

ISSN (Impreso): 1812-6804

ISSN (En línea): 2521-5280

DOI://doi.org/10.24265/voxburis

VOX JURIS

42

N° 1

2024

Lima - Perú Vol. 42 N° 1 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 42, Número 1

2024

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 42 N° 1

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 enero - junio 2023.

CONTENIDO
CONTENT

Presentación.....	7	RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA. UNA REVISIÓN SISTEMÁTICA ENTRE LOS AÑOS 2018 A 2022	
Editorial	8	<i>CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE JUVENILE OFFENDER IN LATIN AMERICA AND SPAIN. A SYSTEMATIC REVIEW BETWEEN THE YEARS 2018 TO 2022</i>	
Artículos originales			
GOBERNANZA UNIVERSITARIA INTERNA Y PERTINENCIA SOCIAL. ANÁLISIS DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR PÚBLICA			
<i>INTERNAL UNIVERSITY GOVERNANCE AND SOCIAL RELEVANCE. ANALYSIS OF PUBLIC HIGHER EDUCATION</i>			
Jaime Agustín Sánchez Ortega			
Universidad Norbert Wiener			
Sylvia Esther Bazán Rezkalah			
Universidad Nacional Federico Villareal			
Perú	11	Lilia Jacinta Reyes Bedoya	
		Universidad Autónoma de Ica	
		Perú	47
Artículos de revisión			
CENSURA DURANTE GOBIERNOS DE VELASCO ALVARADO Y FUJIMORI		LA NEUROPSICOLOGÍA FORENSE COMO DISCIPLINA DE LA NEUROCIENCIA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (CULPABILIDAD) Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL REO	
<i>CENSORSHIP DURING THE GOVERNMENTS OF VELASCO ALVARADO AND FUJIMORI</i>		<i>FORENSIC NEUROPSYCHOLOGY AS A DISCIPLINE OF NEUROSCIENCE AND ITS RELATIONSHIP WITH CRIMINAL LAW IN THE FIELD OF CRIMINAL RESPONSIBILITY (GUILT) AND RESOCIALIZATION OF THE PRISONER</i>	
Augusto Renzo Espinoza Bonifaz			
Melva Andrea Campos Alva			
Jarummy Lidia Maldonado Santiago			
Rodrigo Sebastián Javier Mejía Peña			
Camila Fernanda Patricio Vásquez			
Roxana Alicia Rivas Escobar			
Universidad de San Martín de Porres			
Perú	19	Livyn Yurely Aguinaga Vidarte	
		Ministerio Público	
		Perú	62
ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS CURRÍCULOS DE FORMACIÓN DE LA CARRERA DE DERECHO EN IBEROAMÉRICA		LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS Y SU LUGAR EN EL SISTEMA POLÍTICO MEXICANO. LA EXPERIENCIA DE LA CNDH EN LA RECONFIGURACIÓN DEL ESTADO	
<i>COMPARATIVE STUDY OF THE TRAINING CURRICULUMS OF THE LAW CAREER IN IBERO-AMERICA</i>		<i>AUTONOMOUS CONSTITUTIONAL BODIES AND THEIR PLACE IN THE MEXICAN POLITICAL SYSTEM. THE EXPERIENCE OF THE CNDH IN THE RECONFIGURATION OF THE STATE</i>	
María Luisa Valdivia Bocanegra			
Erika Katherine Medrano Camasca			
Alfredo Antenor Cautín Martínez			
Universidad de San Martín de Porres			
Perú	38	Ignacio García Marín	
		Universidad Complutense de Madrid	
		España	
		Ana Cristina González Rincón	
		Universidad Nacional Autónoma de México	
		México	70

LA DESVIACIÓN DE PODER COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: TRATAMIENTO CONCEPTUAL Y PROCEDIMENTAL EN COLOMBIA, ESPAÑA Y PERÚ
THE POWER DEVIATION AS GROUNDS FOR NULLITY FOR ADMINISTRATIVE ACTS: CONCEPTUAL AND PROCEDURAL TREATMENT IN COLOMBIA, SPAIN AND PERU
 César Luis Correa Zúñiga
 Universidade da Coruña
 España 85

LA VIABLE APLICACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO PARA EL PROCESAMIENTO EFICAZ DE LOS DELITOS DE FRAUDE INFORMÁTICO Y PROPOSICIONES A NIÑOS Y ADOLESCENTES CON FINES SEXUALES POR MEDIOS TECNOLÓGICOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA
THE VIABLE APPLICATION OF THE IMMEDIATE PROCESS FOR THE EFFECTIVE PROCESSING OF COMPUTER FRAUD CRIMES AND PROPOSALS TO CHILDREN AND ADOLESCENTS FOR SEXUAL PURPOSES THROUGH TECHNOLOGICAL MEANS IN THE JUSTICE SYSTEM
 Juan Paul Meneses Ochoa
 Universidad de Medellin
 Colombia 100

A NEW AUTHORITY CORRELATIONS IN THE POLITICAL THEORY OBSERVABLE IN THE GOVERNMENT IN NICARAGUA
 UN NUEVO AUTORITARISMO
 CORRELACIONES EN LA TEORÍA POLÍTICA OBSERVABLES EN EL GOBIERNO EN NICARAGUA
 Camilo Andrés Vargas Machado
 Julie Armenta Calderón
 Universidad Cooperativa de Colombia
 Colombia
 Salvador Cazzato Dávila
 Universidad de Zulia
 Venezuela..... 113

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
CRIMINAL LAW OF THE ENEMY
 Néstor Suárez Pérez
 Universidad de San Martín de Porres
 Perú 129

LA EVOLUCIÓN NORMATIVA PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO AL AGUA EN ECUADOR
THE LEGAL EVOLUTION OF THE GUARANTEE OF WATER LAW IN ECUADOR
 Andrés Martínez-Moscoso
 Universidad San Francisco de Quito
 Ecuador..... 149

ANÁLISIS AL DELITO DE FRAUDE INFORMÁTICO
ANALYSIS TO COMPUTER-RELATED FRAUD
 Anderson Abraham Avila Trivelli
 Universidad Tecnológica del Perú
 Perú 159

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, 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..

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

EDITORIAL

La diversificación temática potencia la utilidad de la investigación científica en el ámbito socio jurídico. La complejidad del ser humano como objeto de estudio se manifiesta en múltiples dimensiones de su entorno y requiere un enfoque interdisciplinario, multidisciplinario, transdisciplinario y pluridisciplinario para su análisis, comprensión y explicación. Los fenómenos jurídicos, al ser intrínsecamente sociales, y el derecho como un producto enraizado en la cultura y la sociedad, demandan una visión global e integral del comportamiento humano.

Conscientes de esta imperiosa necesidad, en Vox Juris nos comprometemos a difundir trabajos relacionados con la ciencia y filosofía del derecho, así como disciplinas afines, cuestiones éticas y temas de relevancia socio jurídica. Nuestra misión es proporcionar un espacio de divulgación para el conocimiento especializado en asuntos de interés y actualidad, dirigido a la comunidad científica, académica, universitaria e institucional, tanto a nivel nacional como internacional.

En este número, presentamos el trabajo original sobre “Gobernanza universitaria interna y pertinencia social. Análisis de la educación superior pública” elaborado por los académicos Jaime Sánchez Ortega y Sylvia Bazán Rezkalah, quienes examinan la gestión interna y la pertinencia social en una universidad de Lima, Perú, proporcionando una visión crítica y esencial para comprender los desafíos y oportunidades en la búsqueda de una educación superior más pertinente y eficaz.

Por otro lado, el profesor investigador Renzo Espinoza Bonifaz y sus coautores presentan el artículo original intitulado “Censura durante gobiernos de Velasco Alvarado y Fujimori” en el que comparan los gobiernos de los presidentes peruanos Velasco Alvarado y Fujimori, destacando su control de los medios de comunicación y cómo manipularon información para favorecer sus respectivos gobiernos. Concluyen que ambos regímenes censuraron los medios para mantenerse en el poder, aunque utilizando enfoques diferentes.

Asimismo, en el artículo original intitulado "Estudio comparativo de los currículos de formación de la carrera de derecho en Iberoamérica", los académicos María Valdivia Bocanegra, Erika Medrano Camasca y Alfredo Cautín Martínez, identifican tendencias en la formación de profesionales del Derecho a nivel nacional e internacional para actualizar el currículo de la carrera de Derecho en la Universidad de San Martín de Porres.

De igual manera, la reconocida profesora Lilia Reyes Bedoya se enfoca en la "Responsabilidad penal del menor infractor en América Latina y España: Una revisión sistemática entre los años 2018 a 2022." ante la actual amenaza de la delincuencia juvenil, incluyendo actividades extremas como el sicariato. Su trabajo resalta la necesidad de tomar acciones preventivas para abordar este problema en América Latina, considerando la gravedad de los delitos cometidos por adolescentes.

Entre los artículos de revisión publicados se tiene el artículo intitulado “La neuropsicología forense como disciplina de la neurociencia y su relación con el derecho penal en el ámbito de la responsabilidad criminal (culpabilidad) y la resocialización del reo” de la talentosa fiscal Livyn Aguinaga Vidarte, quien examina el impacto de la neuropsicología forense en el derecho penal, especialmente en temas de culpabilidad y resocialización de reos, proporcionando un análisis que busca evaluar su aplicación en el sistema jurídico penal peruano, explorando su vinculación con la neurociencia y la neuropsicología forense.

En otro artículo, el ilustre maestro constitucionalista Ignacio García Marín y la distinguida académica Ana González Rincón exploran "Los órganos constitucionales autónomos y su lugar en el sistema político mexicano: La experiencia de la CNDH en la reconfiguración del Estado." En este estudio, destacan el papel de los órganos constitucionales autónomos en la transición democrática de México y su contribución a la limitación del poder presidencial y la modernización del Estado, planteando interrogantes sobre su verdadera autonomía en el contexto de mayorías gubernamentales.

El destacado profesor César Correa Zúñiga profundiza en la nulidad de los actos administrativos en su artículo intitulado "La desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos: Tratamiento conceptual y procedimental en Colombia, España y Perú," resaltando cómo la desviación de poder puede convertir un acto en apariencia lícito en un medio para lograr fines ilícitos, planteando

la necesidad de analizar su naturaleza y procedimientos para detectar actuaciones que socavan el interés público.

También se publica "La viable aplicación del proceso inmediato para el procesamiento eficaz de los delitos de fraude informático y proposiciones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos en el sistema de justicia," un artículo del honorable abogado colombiano Jean Meneses Ochoa. Este artículo se centra en la creciente problemática de los delitos informáticos y propone el uso del proceso inmediato como una herramienta eficaz para abordar casos de fraude informático y proposiciones a menores por medios tecnológicos, con el objetivo de aliviar la sobrecarga en el sistema de justicia y mejorar la percepción de seguridad ciudadana.

De igual manera, se publica el artículo de los distinguidos académicos Camilo Vargas Machado, Julie Armenta Calderón y Salvador Cazzato Dávila, intitulado "A new authoritarianism. Correlations in the political theory observable in the government in Nicaragua", quienes analizan la transformación de la democracia hacia el autoritarismo en América Latina, basándose en las contribuciones de J. Linz, C. Lesgart y O'Donnell. Utilizando métodos de ciencia política, argumentan que los nuevos autoritarismos en la región se consolidan al erosionar las bases democráticas iniciales, pasando de la participación ciudadana a liderazgos autoritarios, limitando las libertades públicas y el derecho a disentir. El caso de estudio en Nicaragua ejemplifica esta tendencia.

Se publica también el artículo intitulado "Derecho penal del enemigo" del estudioso abogado Néstor Suárez Pérez, quien destaca que el aumento de la criminalidad en la modernidad ha llevado a propuestas de soluciones drásticas, como el derecho penal del enemigo, que busca excluir a los potenciales infractores del sistema legal. Este enfoque crítico analiza los fundamentos de esta propuesta y busca promover una perspectiva teórica que respalde la institucionalidad y la vigencia del ordenamiento jurídico.

Asimismo, el distinguido académico ecuatoriano Andrés Martínez Moscoso investiga "La evolución normativa para la garantía del derecho al agua en Ecuador," destacando cómo el tratamiento legal del agua ha evolucionado en Ecuador, pasando de ser considerado un recurso natural a un derecho humano y sector estratégico. Su investigación analiza esta evolución a nivel constitucional y señala la influencia de instrumentos internacionales y jurisprudencia en este reconocimiento, aunque resalta que aún hay desafíos en términos de infraestructura y recursos públicos para garantizar este derecho.

Finalmente, se publica el artículo intitulado "Análisis al delito de fraude informático" del diligente catedrático Anderson Ávila Trivelli, quien analiza el tipo penal de fraude informático en la legislación peruana, comparándolo con el Convenio de Budapest y las leyes de Argentina y España. Concluye que la legislación peruana es coherente con el convenio internacional y que el fraude informático en Perú es más amplio, siendo un delito pluriofensivo, con énfasis en la atipicidad cuando el sujeto pasivo consiente la conducta del infractor.

Estimados lectores, en suma, les presentamos con beneplácito el volumen 42-1 de nuestra revista Vox Juris, confiados en que encontrarán una selección de artículos científicos socio jurídicos verdaderamente enriquecedores, los cuales destacan tanto por su temática de relevancia como por las valiosas conclusiones a las que llegan, respaldadas por la experiencia y el profundo conocimiento de sus autores. Estamos seguros de que estos trabajos contribuirán significativamente a la expansión del conocimiento jurídico en sus respectivas áreas de especialización.

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

ARTÍCULOS ORIGINALES

GOBERNANZA UNIVERSITARIA INTERNA Y PERTINENCIA SOCIAL. ANÁLISIS DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR PÚBLICA

INTERNAL UNIVERSITY GOVERNANCE AND SOCIAL RELEVANCE. ANALYSIS OF PUBLIC HIGHER EDUCATION

Sylvia E. Bazán Rezkalah¹
ORCID: 0000-0003-2004-1646
Universidad Nacional Federico Villarreal
sylviabazan.3012@outlook.com

Jaime A. Sánchez Ortega²
ORCID: 0000-0002-2916-7213
Universidad Norbert Wiener, Perú
Jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe
Perú

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.02](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.02)

Recibido: 20 de febrero de 2023.

Aceptado: 11 de setiembre de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Marco teórico.
- Metodología.
- Resultados y discusión.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

En el contexto actual, a pesar de la pandemia, se siguen desarrollando las diferentes actividades en el ámbito público, al margen de no saber con exactitud cuándo terminaría y cuáles serían sus consecuencias. En particular, en el sector educación a nivel superior, en el que la gestión institucional de la universidad pública no es la adecuada, la ineficiencia de la gobernanza interna y la pertinencia social no cumplen con la responsabilidad social, teniendo un impacto negativo tanto en los estudiantes como en la sociedad. El objetivo fue analizar los elementos de la gobernanza universitaria interna y la pertinencia social de una universidad nacional de Lima, Perú en el 2020. La metodología fue el **método** cualitativo, de carácter exploratorio e interpretativo y diseño hermenéutico. Las técnicas utilizadas fueron las entrevistas abiertas,

semiestructuradas, análisis de la bibliografía especializada y validación de las preguntas por juicio de expertos. Los resultados establecieron que las universidades públicas peruanas, poseen un sistema organizativo impropio. Los que detentan el poder, no toman en cuenta los valores y principios, circunstancias que impiden una pertinencia social universitaria y, por ende, se establece una irresponsabilidad para con la sociedad; salvo, muy pocas excepciones. La conclusión determinó que se hace necesario, prioritariamente, la gestión del cambio personal e institucional a nivel directivo y la realización de estudios de factibilidad desarrollados para nuestro contexto, con la finalidad de construir un paradigma conveniente para la educación superior en nuestro país donde la responsabilidad universitaria social (RUS), abarque a la población como objetivo primordial del quehacer universitario con el objetivo de generar valor público en la sociedad.

PALABRAS CLAVE

gobernanza, pertinencia social, educación superior, gestión, responsabilidad social.

ABSTRACT

In the current context, despite the pandemic, different activities continue to be carried out in the public sphere, regardless of not

1 Aspirante para maestra en gobierno y gestión pública del Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres. Docente en políticas de Estado en la Universidad Nacional Federico Villarreal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2004-1646>

2 Doctor de educación de UNED – España. Coordinador de Investigación, Facultad Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Norbert Wiener, Lima – Perú. Docente e investigador Renacyt. <https://orcid.org/0000-0002-2916-7213>

knowing exactly when it would end and what its consequences would be. In particular, in the higher education sector, in which the institutional management of the public university is not adequate, the inefficiency of internal governance and social relevance do not comply with social responsibility, having a negative impact on both the students as well as in society. The objective was to analyze the elements of internal university governance and the social relevance of a national university in Lima, Peru in 2020. The methodology was the qualitative method, of an exploratory and interpretive nature and hermeneutical design. The techniques used were open, semi-structured interviews, analysis of specialized bibliography and validation of the questions by expert judgment. The results established that Peruvian public universities have an improper organizational system. Those who hold power do not take into account the values and principles, circumstances that prevent university social relevance and, therefore, irresponsibility towards society is established; except, very few exceptions. The conclusion determined that it is necessary, as a priority, to manage personal and institutional change at the management level and to carry out feasibility studies developed for our context, with the purpose of building a convenient paradigm for higher education in our country where responsibility social university (RUS), covers the population as the primary objective of university work with the aim of generating public value in society.

KEYWORDS

governance, social relevance, higher education, management, social responsibility.

INTRODUCCIÓN

A escala internacional, la humanidad ha sufrido una de las pandemias más letales del siglo XXI, el COVID-19. Grave situación en la que se tomaron acciones inmediatas al ser invadidos de forma desprevenida y convertimos en parte de una crisis global. En nuestro país, el primer caso de esta grave enfermedad se manifestó a inicios del 2020. Tal como es mencionado por Sánchez, et al., (2020), la crisis de salud global en la cual la humanidad estuvo inmersa originó que sólo se recibiera información incompleta o de malas fuentes por medio de las TIC. Lo cual afectó no sólo al sector salud, sino también al de educación, que a pesar de no ser uno de los mejores, encontró un vacío digital difícil

de superar. Sin embargo, Figallo et al., (2020) asevera que nuestro país tuvo la suficiente fortaleza económica al ser comparado con otros, pero lamentablemente en el ámbito educativo se vio la necesidad inminente de transcurrir de una enseñanza de tipo presencial a otra, casi desconocida por la colectividad de docentes y estudiantes, refiriendo a la enseñanza vía internet. Así mismo, el ámbito de la salud se hallaba en crisis. No se podía prestar una atención oportuna a la población. En este sentido, Branch (2019) afirmó, incluso desde antes de la pandemia, que debería replantearse la problemática tanto del sector salud como la del sector educación y buscar soluciones pertinentes, teniendo como prioridad impulsar la transformación digital, sin dejar de lado el enfoque humanístico. Así mismo, debería impulsarse la mejora continua para el bienestar de la ciudadanía.

De igual manera Ganga y Contreras (2018) mediante sus investigaciones en los diferentes sistemas de gestión universitaria, tanto en Perú como en Latinoamérica, concluye en que no se ha creado hasta ahora un nuevo paradigma para gobernar en una universidad estatal. Los países de América del Sur carecen de las herramientas básicas para desarrollar un buen modelo acorde a nuestro contexto.

En este sentido, la gobernanza goza de un enfoque multidisciplinario, analiza el diseño interno de una organización, (en este caso, la universitaria), la ética de sus funcionarios y/o directivos, el sistema de incentivos de sus miembros, las normas legales y su influencia. Es menester cambiar, modificar y mejor aún, transformar el funcionamiento de las universidades, y gestionar el cambio; primero de pensamiento, luego de acción.

Con respecto, a la pertinencia de la educación superior, Sosa et al., (2016) investigaron, entre otros, el aspecto social y la reveladora importancia del liderazgo, llegando a la conclusión que los deberes y derechos, de todos los miembros, integrantes de una universidad, deben ser respetados; actuando con ética, transparencia y equidad. Se trata de recuperar los valores y principios de forma holística, fragmento relevante de la misión universitaria.

En consecuencia, la finalidad apremiante que impulsó esta investigación fue analizar la gobernanza universitaria interna con relación a la pertinencia social, la cual debe desplazarse hacia la población para instaurar un impacto

positivo en la sociedad. Motivo por el cual, se consideró analizar los constituyentes políticos y sociales que los determinan. En ese sentido, se apreció que la práctica del cogobierno autónomo fue alterada de pronto, por un gobierno gerencial universitario, el mismo que no tuvo la capacidad de gestión, necesaria para dirigir una institución educativa de nivel superior. Así mismo, Ganga et al., (2018), considera que existen elementos negativos que influyen en la forma de gobernar y en la pertinencia de la educación superior. Enfatiza que, para desarticular estos componentes, es necesario un cambio radical. De esta manera consideramos que la gestión del cambio es necesaria ya que no se trata sólo de un cambio de modelo sino de mentalidad, para que la transformación sea la adecuada y la gestión del conocimiento deba ser compartida y asimilada por toda la comunidad universitaria. El presente análisis es significativo, emerge de la importancia de cambiar o modificar el paradigma actual de la gobernanza universitaria interna y por ende buscar alternativas de solución viables para posicionar y fortalecer a la universidad en el más alto nivel, como corresponde.

MARCO TEÓRICO

La universidad pública en nuestro país se diferencia de la privada, fundamentalmente por la manera de dirigir el gobierno de la casa de estudios superior universitaria (gobernanza) y de lo que realiza ésta en relación con la sociedad (pertinencia social). Por otro lado, Gaete (2011) considera a la educación en general, como uno de los derechos primordiales, tanto para estudiantes como para la sociedad. Por ende, la calidad, la inclusión y la equidad son factores claves para desarrollar una responsabilidad social universitaria idónea. Elementos que hasta la actualidad no se desarrollan en la praxis. Así mismo, Calduch et al., (2020), sostiene que, la participación de toda la comunidad estudiantil debe ser considerada como parte del gobierno de su entidad educativa dentro de un ambiente democrático y en plena autonomía universitaria; Por el contrario, son las mismas autoridades universitarias que no lo permiten, restringiendo su participación y derechos como estudiantes y miembros de una comunidad a la cual se deben.

Ahora bien, sobre la gobernanza universitaria, Ganga, et al., (2017), afirman que comparar a la gobernanza del gobierno nacional respecto a sus ciudadanos es igual a las autoridades universitarias con sus estudiantes. En este

sentido, el paralelismo es válido por sus características propias, en la forma de dirigir a una comunidad la cual debe ser beneficiosa para todos sus integrantes. En palabras de Valdés y Anga (2021) la gobernanza universitaria está asociada a los diferentes instrumentos a través de los cuales las instituciones educativas adoptan ciertas posturas en el interior de dichas organizaciones. Se trata de mecanismos internos inherentes a los sistemas educativos vinculados a la distribución de roles en cada estamento, de manera conjunta con cada factor externo, público, privado, individual y colectivo interesados en el desarrollo de dichos instrumentos.

Por su parte, en palabras de Tomassini (1993, como se citó en Valdés y Anga, 2021) constituye una de las formas de gobernar a una universidad, para los cuales, las interacciones entre los diferentes actores que son parte constituyen uno de los elementos clave, que debe ser tomado en cuenta como un componente relevante para el fin de la gobernanza y de la propia institución. La buena gobernanza universitaria se trata de un tema relevante que conlleva a la excelencia en la educación, porque añade ética, calidad, equidad e inclusión. Así mismo, al referirnos a la responsabilidad social universitaria (RSU), debe iniciarse democráticamente entre la universidad y su comunidad, trabajando en forma conjunta y permanente.

Por otra parte, Salcedo et al., (2023) menciona que debe respetarse los valores relacionados al humanismo y a la parte académica con el objetivo de buscar incansablemente la excelencia, creer en el desarrollo sostenible, permitir y defender la inclusión y la equidad en todas sus formas basadas en la ética.

Para el caso del Perú, conforme refieren La Cruz, et al.,(2022) la RSU fue desarrollada con el nombre de “proyección social” o “extensión universitaria”, a partir de ese momento va incrementando el empeño que tienen las universidades de ejecutar gestiones sociales que permitan el desarrollo sostenible en la región. La Ley N.º 30220 considera a la RSU que son gestiones éticas y eficaces generado por las universidades en las sociedades, pues ejercen una función a nivel académico, investigativa, de servicio de extensión y buscan que la sociedad participe en cada nivel y dimensión necesaria, incluyendo las gestiones de los impactos producidos por la relación entre cada miembro de las comunidades universitarias

sobre una organización pública y privada que se constituye en una parte interesada.

En cuanto a la gestión del conocimiento, la universidad pública presenta muchas dificultades para cumplir con su misión. Los que ostentan el poder deben fundamentar sus políticas académicas y científicas que generen valor público. Para lo cual, cuentan con la gestión del conocimiento para innovar y crear una nueva sociedad más justa. Las autoridades del gobierno universitario, por lo general, tienen la debida preparación para desarrollar proyectos de gestión del conocimiento, en la cual se crea y comparte información y conocimiento a los integrantes de la universidad para lograr un mejor desempeño. Sin embargo, la gestión tiende a burocratizarse, a rigidizar los mecanismos de gobierno y administración o finalmente para dirigirlo políticamente.

Por otro lado, Brunner, et al., (2011), reflexionan acerca de los elementos relevantes arriba mencionados, los cuales no son tomados en cuenta para construir un modelo de gobierno universitario idóneo basado en la ética, no sólo como la gestión que se realiza para el interior de la universidad; sino también desde el interior hacia y para la sociedad. Asimismo, Kehm, mencionado por Ganga et. al., (2018) sostiene que esta, consiste en el gobierno de la universidad, gestionado de manera autónoma y democrática. De tal forma, se revela que los autores citados, se encuentran de acuerdo; en que se necesita una buena gobernanza en el interior de la universidad pública.

Por otro lado, la pertinencia social de la educación superior, se refleja en la responsabilidad para con su comunidad. Es relevante mantener una comunicación efectiva para solucionar posibles problemas dentro de la sociedad, basándose en una democracia efectiva, dando prioridad a los más necesitados, así como a la naturaleza misma; todo ello con la finalidad de establecer una cultura de paz. La UNESCO (1998), declara que la pertinencia es lo que realiza la universidad, y lo que la sociedad espera de ella. Ésta, indica la importancia que tienen las universidades, con respecto a las estratégicas para mejorar las condiciones de la sociedad.

Así mismo, Herrera, et al., (2019) señalan que la pertinencia está asociada a la vinculación y la coherencia entre las propuestas que se presentan y los requerimientos identificados en el desarrollo social y económico de los entornos educativos en el que se insertan los programas,

un estudio de pertinencia permitirá la asignación de una significación y otorga ciertos valores a las propuestas. De esta manera, Calduch et al. (2020) consideran que todo lo pertinente en el aspecto social, tal como la inclusión la equidad y la participación, debe analizarse dentro del enfoque humanista.

Por otra parte, es de suma importancia, que se realice la viabilidad de los proyectos en la educación superior, estos deben ser pertinentes, siendo la factibilidad el estudio previo, mediante el cual, se analizarán los recursos necesarios, así como el contexto actual o futuro – según el caso- para la realización de un proyecto educativo; es decir, si existen las condiciones apropiadas para su ejecución. En otras palabras, que exista una correspondencia impercedera entre la profesión y las demandas de la localidad para contribuir a la resolución de sus conflictos y demandas.

Respecto a la problemática en el periodo 2020 de una universidad pública en Lima, Perú, donde la gobernanza universitaria interna y la pertinencia social, no funcionan de manera adecuad; se precisa que, después de haber analizado los factores primordiales de ambos componentes relevantes para una buena conducción de la educación universitaria, se cuenta con una política nacional de educación superior y técnico-productiva (PNESTP) donde la pertinencia de la educación superior es de obligatorio cumplimiento, sin embargo, no se cumple a plenitud. Es entonces donde sale a relucir la importancia de poner en práctica todos los elementos mencionados en esta investigación y acentuar la relevancia de la gobernanza universitaria a través de la difusión y participación universitaria y por ende, cumplir con la obligación misional de la universidad en nuestro país.

Por lo tanto, es relevante contar con una entidad exclusiva que se encargue de todo lo referente a la universidad, con políticas de Estado adecuadas, idóneas, y pertinentes. Al respecto, después de este estudio se revela que de nada sirve la creación de planes, proyectos si no empoderamos a la ética. A manera de ejemplo, actualmente contamos con el *Programa para la mejora de la calidad y pertinencia de los servicios de educación superior universitaria y tecnológica* (PMESUT, 2019), convenio de cooperación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Ministerio de Educación de Perú, el que tiene como objetivo principal mejorar de manera continua la calidad en la

educación; y del cual cabe esperar buenos resultados.

METODOLOGÍA

La presente investigación de naturaleza cualitativa se analizó por diversas fuentes primarias y secundarias, basadas en entrevistas, revisión de la literatura: bases teóricas, antecedentes y el estado actual del tema tratado. Según Corona, (2018) las investigaciones cualitativas son considerados como enfoques novedosos y flexibles, los cuales están influenciados por la cultura y por cada relación social particular. Hernández, (2014) había mencionado, hace dos años atrás, que la metodología cualitativa, en este tipo de investigaciones se analizan las características de las situaciones a investigar de forma holística y no numérica. De esta forma el investigador posee muchas más herramientas para llegar a un mejor análisis y perspicacia de la situación a investigar. Así también se realizó la validación del instrumento, se convocó a profesionales y autoridades de una o varias jefaturas de universidades públicas y no universitario con amplios conocimientos sobre el tema universitario. Las entrevistas fueron de carácter anónimo.

Así mismo, después de las entrevistas preliminares, se invitó a los expertos a ser parte del proyecto de investigación, suministrándoles los ítems a evaluar para su validación por juicio de expertos; con entrevistas semi estructuradas y no estructuradas, preguntas libres a profundidad. Con la finalidad de la privacidad y confiabilidad de los actores del presente estudio, se desarrolló la codificación correspondiente de los involucrados. Los participantes focalizados fueron: O1GR, 02JS, 03EF, 04LM, 05EA, 06MI, 07BG, y 08FA.

ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Componente: Gobernanza universitaria interna

Categoría: Política y gobernanza

Considerando que la gobernanza universitaria interna, es el lugar donde se ejerce la toma de decisiones dentro de la entidad educativa ¿Considera Ud. que la estructura organizativa es la adecuada?

...Si considero que es adecuada de acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución Política y la Ley Universitaria, pero cabe indicar que en algunos casos se violan las normas y el grupo

mayoritario que se encuentra en el Gobierno manipula todo ello de acuerdo a sus intereses (01GR).

Asimismo, se determina que el sistema organizativo de una universidad pública en nuestro país no es pertinente. La gobernanza universitaria interna y la pertinencia social están influenciadas por componentes ajenos al quehacer universitario, lo cual es nocivo no sólo para los estudiantes universitarios, sino para la sociedad en su conjunto. Igualmente, es relevante comparar a la gobernanza universitaria con la estatal. Interesante comparación por parte de Ganga, et al (2017). No obstante, en tanto no se cambie el paradigma de la gobernanza actual y la forma de pensar, en lo personal, no se llegará al objetivo. Se ha intentado hacer modificaciones, cambios y sensibilizar a los actores claves mediante la gestión del cambio, sin embargo, hasta el momento han sido intentos fallidos. Complementado por Ganga et al, (2018) quien afirma que la universidad debe estar conformada por personas comprometida, que quiera llevar la universidad de forma correcta y para la que ha sido creada con ética y en un ámbito democrático. En el mismo sentido, la gestión del cambio debe iniciarse con la concientización desde las más altas autoridades como de toda la comunidad universitaria.

Dentro de un sistema democrático, como el nuestro, ¿se practica la equidad, inclusividad y participación dentro del recinto universitario, considerando la participación estudiantil, como la del resto de actores que conforman la comunidad universitaria?

... Las normas universitarias establecen que todo ello debe darse, pero en la práctica y en la mayoría de las universidades es letra muerta tal como sucede en todo en nuestro país, la gestión universitaria es una réplica de lo que se da en la gestión del estado, lamentablemente lo representantes del tercio estudiantil también buscan sus intereses y se acomodan de acuerdo con su comodidad, veamos los ejemplos en las universidades del País que tienen conflictos (02JS).

Villace (2020) afirma que a las instituciones universitarias les corresponde innovar, crear y establecer reformas afines a la modernidad, tecnología y al nuevo proceso de enseñanza-aprendizaje, sin dejar de lado nuestro contexto, idiosincrasia y cultura. Como puede apreciarse, la similitud entre el gobierno estatal y el de la universidad pública son casi idénticos. En nuestro país existe desde el 2014 una política nacional basada en la nueva Ley Universitaria 30220. Con

los elementos más relevantes para generar una gobernanza con pertinencia social universitaria que pueda cumplir con las expectativas de un nuevo y mejor modelo de acuerdo con nuestro contexto. A pesar de ello, no se cumple a plenitud. Por lo tanto, seguimos a la espera de una verdadera reforma educativa en general, y superior en particular; donde la responsabilidad social universitaria (RUS) tenga una base ética y democrática para la convivencia pacífica y con el objetivo de crear un impacto positivo en la población. Del mismo parecer, (Fossatti, 2017; Ganga, 2018) concuerdan que para una buena RUS es relevante la cooperación de todos los integrantes de la casa superior de estudios de manera democrática. Se establecen entonces, que debe incentivarse tanto el espacio académico como el de la investigación de forma participativa e interdisciplinaria, practicando la mejora continua y generando valor público.

Finalmente, se logró apreciar a lo largo de la investigación innumerables intentos que no dieron los resultados esperados, se consideró aplicar un modelo apropiado para las universidades públicas peruanas, con una muestra de expertos en gestión del conocimiento y en gestión de universidades con el objetivo de probar si en la realidad funcionaba un determinado paradigma propuesto, obteniendo como conclusión que es factible de ser aplicado, con el fin de obtener resultados que certifiquen la ejecución de la misión y visión de la universidad y que sólo faltaría gestionarlo y ponerlo en práctica. Tema aún en discusión.

En la actualidad, ¿tomamos en cuenta analizar y dar soluciones a las demandas de los universitarios en particular y de la sociedad en general; ¿respecto a la Interculturalidad, al desarrollo sostenible y a la movilidad universitaria y laboral?

...Existe mucha teoría e intentos en el mundo y en América en cuanto a la interculturalidad y movilidad universitaria que van juntos ya que todo ello se refiere a las dinámicas de intercambio con ellos y otras culturas. Esta interacción tiene lugar en igualdad de condiciones. Lamentablemente son muy pocas las universidades en nuestro País que cuentan con condiciones y posibilidades de brindar este servicio (05EA), y (07BG).

Por lo tanto, es de suma importancia un nuevo modelo en la educación superior, donde la responsabilidad social universitaria deba precisar una estrecha relación entre la

gobernanza universitaria interna y la pertinencia social.

Los estudios de factibilidad interna analizan el impacto producido por los egresados en la sociedad. Según su experiencia, ¿la universidad cumple con el objetivo de producir un impacto positivo en la sociedad, respondiendo a demandas y necesidades sociales, culturales y laborales?

...El impacto producido por los egresados en la sociedad, es nulo salvo algunas excepciones, porque no se han formado con el rigor, la seriedad y la pertinencia necesarias, la gran mayoría de universidades tanto públicas como privadas, viven de espaldas a la sociedad; en las públicas falta mistica, adecuada implementación de servicios, entrega de parte de las autoridades y docentes que no les permite cumplir con su visión y misión, además lo han tomado como un trabajo de segundo nivel por las bajas remuneraciones que tienen y en otras existe mucha corrupción e irresponsabilidad, donde la formación profesional resulta mediocre. Y en conclusión el egresado resulta un producto que no es útil en el mercado ocupacional (OIGR)

Asimismo, lo que prima en las universidades privadas es el lucro y la improvisación y en algunos casos, una formación profesional muy deficiente y engañosa, salvo excepciones del caso. Del mismo modo, Sosa, et al., (2016) sostienen que, para el progreso de la universidad pública, es relevante analizar y cambiar el diseño organizacional, es decir, la forma de gobernar, dirigir y gestionar la universidad, considerando la ética, los derechos humanos, la participación y la interculturalidad basados en democracia, dentro del sistema educativo y de acuerdo con nuestra realidad.

Componente: Pertinencia en la educación superior

Categoría: Social

La pertinencia social o externa se encarga de estudiar el contexto mundial para brindar una buena educación a los estudiantes para que puedan afrontar de manera satisfactoria, los retos de la globalización y llegar a ser buenos ciudadanos con la finalidad de edificar una sociedad justa. ¿Cuál es su opinión al respecto?

...Comprendo que la pertinencia es ser coherentes con las necesidades de sus beneficiarios, entonces hablamos de la calidad de la formación profesional que se ofrece en las universidades, pregunto, las universidades

para ofrecer la formación profesional ¿se han puesto a pensar cual es el tipo de profesionales o con que perfil se requiere en el mercado ocupacional?, ¿han efectuado un estudio del mercado y de las demandas? ¿sus perfiles curriculos de estudio responden a las demandas? Lamento decirles que todo es un engaño, porque son pocas las universidades que han hecho esto (03EF), (04LM).

...En este momento la SUNEDU no cumple ninguna función positiva que pueda mejorar y darle sostenibilidad a la formación profesional pertinente. Se ha convertido en una agencia de empleos y un organismo político de persecución a las universidades que no están de acuerdo con el gobierno de turno. (06MI), (08FA).

Finalmente, con la reforma educativa en Perú, se creó la Política Nacional de Educación Superior y Técnico-Productiva (PNESTP) al 2030, la cual contiene objetivos sobre la pertinencia de la educación IES. De igual forma, se creó el *Programa para la Mejora de la Calidad y Pertinencia de los Servicios de Educación Superior Universitaria y Tecnológica* (PMESUT, 2019), bajo un contrato suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo -BID- y el Gobierno de Perú y el Ministerio de Educación. A las cuales se les considera buenas iniciativas y de las que se esperan buenos resultados.

La pertinencia interna abarca de manera integral al gobierno universitario, al ámbito académico y a los objetivos y metas de la universidad, la cual debe ser coherente, en todos los casos con la pertinencia externa. ¿Cuál es su percepción respecto al cumplimiento pertinente en la universidad?

La pertinencia está metida en todo, en parte en la respuesta anterior se ha hecho algunos alcances; particularmente considero que la universidad debe cumplir con la materialización de su misión, visión, sus objetivos, fines, valores, etc. y no solo buscar la acreditación o el mal llamado licenciamiento de la SUNEDU que tiene un matiz político, sino debe buscar la gran acreditación social. (02JS), (05EA) y (08FA).

En este sentido, consideramos también, que la universidad no sólo debe transmitir conocimiento y consagrarse a la investigación, debe igualmente, extenderse hacia la sociedad, por lo tanto, la gobernanza y la pertinencia social son complementarias y deben estudiarse en forma paralela y simultánea para cumplir con su objetivo.

CONCLUSIONES

A nivel latinoamericano, así como en Perú, la gobernanza universitaria se encuentra todavía en construcción. De igual manera, la falta de pertinencia social se ve reflejada en un modelo de gobernanza inadecuado en su estructura interna, donde se realizó específicamente la toma de decisiones; motivo por el cual, es relevante gestionar el cambio personal e institucional a nivel directivo y a su vez, realizar estudios de factibilidad con la finalidad de construir un nuevo y mejor paradigma.

Específicamente en nuestro país del sector de educación superior se halla en crisis, carece de un ente rector específico, capaz de crear un sistema de educación superior adecuado a nuestra realidad. Un paradigma que abarque una nueva alternativa de solución derivado de conflictos diversos, modelos y formas de pensar ajenos a la universidad.

El estudio de la presente investigación se basó en el análisis de nuestra propia realidad, existente desde el 2014, a través de la nueva Ley Universitaria 30220, basada en una política nacional de educación. A pesar de contener elementos relevantes para generar una gobernanza con pertinencia social universitaria que pueda cumplir con las expectativas de un nuevo y mejor modelo de acuerdo con nuestro contexto, éste no se cumple a plenitud. Por lo tanto, seguimos a la espera de una verdadera reforma educativa en general, y superior en particular; donde la responsabilidad universitaria social (RUS), abarque a la población como objetivo primordial del quehacer universitario y cumpla con su verdadera misión de trabajar en paralelo con el objetivo de generar valor público en la sociedad.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Gaete Quezada, Ricardo. (2011), La responsabilidad social universitaria como desafío para la gestión estratégica de la Educación Superior: el caso de España. Universidad de Antofagasta. Chile. *Revista de Educación*, 355. Mayo-agosto 2011, pp. 109-133

Hernández Sampieri, R. (2014) Diseño del proceso de investigación cualitativo, capítulo 15 p.494.

Fuentes electrónicas

Branch Bedoya, J. W. (2019). Transformación digital en instituciones de educación superior: entre el mito y la realidad. *Lámpsakos (revista Descontinuada)*, (22), 13–15. <https://doi.org/10.21501/21454086.3382>

Brunner, J. J. (2011). Gobernanza universitaria: Tipología, dinámicas y tendencias. *Revista de Educación*, 355, 137-159. <https://redined.educacion.gob.es/xmlui/handle/11162/81461>

Calduch, I., Llanes, J., Montané, A., & Méndez-Ulrich, J. L. (2020). Gobernanza y universidad: estudio iberoamericano sobre la participación estudiantil en las Instituciones de Educación Superior. *Revista Iberoamericana De Educación*, 83(1), 187-209. <https://doi.org/10.35362/rie8313839>

Corona, J. (2018). Investigación cualitativa: Fundamentos epistemológicos, teóricos y metodológicos. *Revista Vivat Academia*, 21(144), 69-76. <https://doi.org/10.15178/va.2018.144.69-76>

Figallo, F., González, M. T. y Diestra, V. (2020). Perú: Educación Superior en el contexto de la pandemia por el COVID-19. *Revista de Educación Superior en América Latina y COVID-19: Disrupción y adaptabilidad*. <http://reicentificas.uninorte.edu.co/index.php/esal/article/viewFile/13404/214421444832>

Fossatti, P., Ganga, F. y Jung, H. (2017). Reflexiones en torno a la gobernanza universitaria: Una mirada desde Latinoamérica. *Revista Espacios, Educación*, 38(35). <http://www.revistaespacios.com/a17v38n35/a17v38n35p14.pdf>

Ganga, F. y otros (2018) Paradigmas emergentes en la Gobernanza Universitaria: una aproximación teórica. Utopía y Praxis Latinoamericana, vol. 23, núm. 83, pp. 123–136. Universidad del Zulia. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/279/27957772012/html/index.html>

Ganga-Contreras, F. & Núñez, O. (2018). Gobernanza de las organizaciones: acercamiento conceptual a las instituciones de Educación Superior. *Revista Espacios*, vol. 39 (20).

Ganga, Quiroz y Fossatti (2017) Análisis sincrónico de la gobernanza universitaria: una mirada teórica a los años sesenta y setenta, Educ. Pesqui., São Paulo, v. 43, n. 2, p. 553-568, abr./jun., 2017. <https://doi.org/10.1590/S1517-9702201608135289>

Herrera, J., Guevara, G., & Urías, G. (2019). Los estudios de pertinencia desde referentes contextuales: Experiencia desde una maestría en Educación Inclusiva. *Revista Cientific*, 5(15), 168-190. <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2020.5.15.8.168-190>

PMESUT (2019) Programa para la Mejora de la Calidad y Pertinencia de los Servicios de Educación Superior Universitaria y Tecnológica a Nivel Nacional (PMESUT). 2019. <https://www.pmesut.gob.pe/>

La Cruz, O., Zelada, E., Aguirre, J., & Garro, L. (2022). Responsabilidad Social Universitaria y posicionamiento de universidades en Lima-Perú. *Revista de ciencias sociales*, 18(3). Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/280/28071865023/html/>

Salcedo-Muñoz, V., Arias Montero, V., Núñez Gual, L., y Moreno Loaiza, C. (2023). Responsabilidad social universitaria en instituciones de educación superior de la Provincia de El Oro, Ecuador. *Revista Venezolana De Gerencia*, 28(101), 419-434. <https://doi.org/10.52080/rvgluz.28.101.26>

Sánchez Ortega, J. A., Hidalgo Romero, H. I., & Núñez Lira, L. A. (2020). Impacto político de la COVID-19 en la red social Twitter como instrumento de desinformación. *Revista De Estilos De Aprendizaje*, 13(26), 94–105. <http://revistaestilosdeaprendizaje.com/article/view/2165>

Sosa Castillo, A. M., Íñigo, E., & Martín S. (2016). La dimensión social de la pertinencia como complemento sustancial en el logro de la equidad en la educación superior. *Revista Cubana de Educación Superior*, 35(1), 30-40. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0257-43142016000100003&lng=es&tlng=es

Valdés, M., & Anga, F. (2021). Gobernanza Universitaria: Aproximaciones teóricas de los grupos de interés en Instituciones de Educación Superior. *Revista de Ciencias Sociales*, 17(3), 441-459. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/280/28068740029/html/>

Villace Fernández, C. (2020). Liderazgo y Gobierno Estratégico de las universidades. [Tesis de Doctorado, Universidad de Salamanca]. <https://produccioncientifica.usal.es/documentos/606c5694bd14d863687ff894>

CENSURA DURANTE GOBIERNOS DE VELASCO ALVARADO Y FUJIMORI

CENSORSHIP DURING THE GOVERNMENTS OF VELASCO ALVARADO AND FUJIMORI

Augusto R. Espinoza Bonifaz
ORCID: 0000-0002-3641-4868
Universidad de San Martín de Porres
aespinozab@usmp.pe

Melva A. Campos Alva
ORCID: 0009-0002-8827-7639
Universidad de San Martín de Porres
melvacamposalva@gmail.com

Jarummy L. Maldonado Santiago
ORCID: 0009-0008-5259-7052
Universidad de San Martín de Porres
jarummylidia09@gmail.com

Rodrigo S. Javier Mejía Peña
ORCID: 0009-0009-4300-1824
Universidad de San Martín de Porres
rodrigomejiapenaz@gmail.com

Camila F. Patricio Vásquez
ORCID: 0009-0004-8378-138X
Universidad de San Martín de Porres
camifer.patricio@gmail.com

Roxana A. Rivas Escobar
ORCID: 0009-0002-2054-5473
Universidad de San Martín de Porres
fekgggh@gmail.com

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.03](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.03)

Recibido: 4 de agosto de 2023.

Aceptado: 7 de setiembre de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Antecedentes de investigación.
- La censura a los medios de comunicación.
- Los contextos políticos.
- Teorías sobre los medios de comunicación.
- Resultados.
- Discusión.
- Conclusiones.
- Referencias.
- Anexos.

RESUMEN

La investigación tuvo como objetivo comparar los gobiernos de Juan Velasco Alvarado y Alberto Fujimori Fujimori en Perú, centrándose en la censura de los medios de prensa y su impacto en la sociedad. Además, se observarán las portadas

de diarios más relevantes, a nuestro criterio, con la finalidad de hacer un análisis comparado del grado de censura de los medios informativos. Respecto al diseño de la investigación fue de enfoque cualitativo, tipo teórico y documental, se utilizó el método inductivo, analítico e histórico, y de nivel explicativo. En el caso de Juan Velasco Alvarado, quien llegó al poder a través de un golpe de Estado, implementó reformas sociales y tuvo un control gradual de los medios de comunicación. Esto implicaba regular la crítica de la prensa para favorecer su gobierno y evitar la difusión de información contraria a la revolución. Por otro lado, Fujimori, con un amplio apoyo popular, se aferró al poder bajo la excusa de combatir el terrorismo. Utilizó recursos económicos y manipulación de los medios para influir en la opinión pública a favor de su gobierno y en contra de sus opositores. Adicionalmente, se analizaron diferentes posturas de autores respecto a la censura de los medios, tanto en contra como a favor de la libertad de

expresión. A su vez, hablaremos de dos teorías que complementan la censura política. Finalmente se concluyó que ambos regímenes manipularon los medios de comunicación, encubriendo sus acciones negativas y buscando mantenerse en el poder, aunque bajo instrumentos distintos.

PALABRAS CLAVES

censura informativa, medios de comunicación, libertad de expresión.

ABSTRACT

The objective of the research was to compare the governments of Juan Velasco Alvarado and Alberto Fujimori Fujimori in Peru, focusing on the censorship of the press and its impact on society. In addition, the most relevant newspaper front pages will be observed, at our discretion, in order to make a comparative analysis of the degree of censorship of the news media. Regarding the design of the research, it was of a qualitative approach, theoretical and documentary type, the inductive, analytical and historical method was used, and at an explanatory level. In the case of Juan Velasco Alvarado, who came to power through a coup, he implemented social reforms and had gradual control of the media. This implied regulating the criticism of the press to favor his government and avoid the dissemination of information contrary to the revolution. On the other hand, Fujimori, with broad popular support, clung to power under the excuse of fighting terrorism. He used economic resources and manipulation of the media to influence public opinion in favor of his government and against his opponents. Additionally, different positions of authors regarding media censorship were analyzed, both against and in favor of freedom of expression. In turn, we will talk about two theories that complement political censorship. Finally, it was concluded that both regimes manipulated the media, covering up their negative actions and seeking to remain in power, although under different instruments.

KEYWORDS

information censorship, media, freedom of expression.

INTRODUCCIÓN

La inestabilidad política que caracterizó al Perú en determinados periodos durante el siglo XX consiguió materializarse en severos atentados contra el orden constitucional. Dos de estos acontecimientos notorios fueron el golpe de

Estado de 1968 que puso en la presidencia de la República al Grl. Juan Velasco Alvarado, y el autogolpe de Estado de 1992 por parte del exmandatario Alberto Fujimori Fujimori.

El marco político en el que ambos sucesos se ejecutaron fue motivo de una serie de medidas por parte de este nuevo Ejecutivo, cuyos poderes desmedidos intentaron restringir la opinión pública y tergiversar la información verídica: la censura a los medios de comunicación.

Dentro de estos parámetros, la importancia de los medios de la prensa que permite tener una idea sobre qué tan drástico ha sido el grado de censura que recibieron estos; sin embargo, el problema tiende a ser mucho más complejo por la cantidad de factores tanto políticos como sociales que confluyeron en la ejecución de esta medida, no permitiendo un concreto análisis del porcentaje de censura a estos medios, lo cual será objeto de nuestra investigación.

La presente investigación tiene como objetivos: 1) comparar de acuerdo al contexto político si existió un grado idéntico de censura a los medios de comunicación durante el gobierno dictatorial de Juan Velasco Alvarado y en el periodo gubernamental posterior a la disolución del Congreso en 1992 por parte de Alberto Fujimori Fujimori; 2) establecer cuál sería la censura al medio de prensa escrita «El Comercio» durante el gobierno dictatorial de Juan Velasco Alvarado mediante el análisis de una portada por los años 1968, 1974 y 1975; y 3) determinar cuál sería la censura a los medios de prensa escrita desde el gobierno dictatorial surgido a partir del autogolpe de Estado de Alberto Fujimori Fujimori analizando determinadas portadas del año 1992, 1994, 1995, 1996 y 2000 del diario «El Comercio» y tres portadas de la llamada “prensa chicha”.

La importancia de la investigación radicó en formular un estudio comparado, cuyo análisis permitirá comprender los motivos específicos que conllevaron a la censura a los medios de comunicación establecidos en los objetivos, tanto en el gobierno de Juan Velasco Alvarado como en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori. Los resultados ayudarán a identificar a la sociedad peruana los riesgos y los desafíos para la democracia, el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información.

Asimismo, la consideración subjetiva de sectores de la población se dirige hacia las figuras de ambos gobernantes, lo cual parece no generar distinción entre las acciones que los

susodichos tuvieron en su respectivo gobierno; del mismo modo, el sesgo existente entre los historiadores contemporáneos remite a nuevas investigaciones que esclarezcan el panorama sobre estos gobiernos controversiales.

Nuestra investigación sirve como fuente para futuros trabajos referentes a las vulneraciones a la libertad de expresión (información y prensa) desde una perspectiva comparada. Asimismo, se presenta como aportación a novísimos exámenes contemporáneos sobre la política y sus actores políticos gubernamentales, en el marco de que la necesidad de tener una opinión pública favorable controlando esa misma información pueda favorecer al interés de estos grupos de poder.

También quisimos dar a conocer los derechos vulnerados de los ciudadanos ante la restricción de libertad de expresión, especialmente para aquellos que se oponían a este régimen. La censura fue utilizada para silenciar a la oposición y controlar la información que se difundía en los medios de comunicación. Se encuentra el derecho de recibir y difundir información veraz y verídica. Además, los periodistas fueron perseguidos y amenazados, lo que generó un miedo y autocensura. De igual forma, se afectó la posibilidad a los ciudadanos de desarrollar su participación política y tomar decisiones informadas. Así, limitando el debate público y la pluralidad de ideas, lo cual llevó a pensar en una democracia cada día más en declive.

Respecto al diseño de la investigación fue de enfoque cualitativo, tipo teórico y documental, se utilizó el método inductivo, analítico e histórico, y de nivel explicativo. Asimismo, se recolectó información mediante el análisis de fuentes documentales, cuyo contenido estuvo integrado por libros, informes y portadas relevantes de la época para comprender el grado de censura a los medios de comunicación.

ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

Como primer trabajo que se tomó en cuenta como antecedente fue la investigación realizada por los expertos Moisés Arroyo Huanira, Manuel Olivari Escobar y Javier Vela Jones, titulado «La prensa peruana antes y después de la socialización» realizada en 1977, donde se sometió a análisis el paso de los medios a manos del soporte ideológico de la dictadura velasquista y luego su evolución en el nuevo gobierno de Francisco Morales Bermúdez, donde se ven variables relativas a los medios de prensa escrita.

Los diarios analizados fueron El Comercio, La Prensa, La Crónica, Correo, Expreso, Ojo, Última Hora, Extra y La Tercera.

En una de las conclusiones, se indicó que, a pesar de la transición de Morales Bermúdez, no seguía existiendo una prensa libre ya que «si bien no pertenece a los grupos minoritarios y oligárquicos, tampoco tiene plena libertad de expresión, al ser dirigida por personas nombradas por el Estado y al no haber pasado a los sectores sociales a los cuales estaba destinada» (Huanira, Escobar, & Jones, 1977, p. 95)

Otro antecedente informativo concierne al artículo «La relación entre medios de comunicación y poder en el Perú durante la última etapa de la presidencia de Alberto Fujimori» en el cual Montés (2003) sostiene que la función de los medios de comunicación en la sociedad peruana sufrió un entorpecimiento desde 1992, evidenciando la involución de un pluralismo informativo referente a estos, convirtiéndose «en una característica más del pluralismo restringido característico del país durante el mandato de Alberto Fujimori» (p.64)

Por su parte, Vitolas (2015) en un brillante análisis semiótico titulado «La prensa popular durante el régimen de Fujimori: a propósito de las formas de una práctica de recepción» alega el crecimiento exponencial de los diarios chicha durante su gobierno, cuyo estudio concluye con que la narrativa empleada «buscaba proponer un discurso coherente sobre el universo político y cultural porque su exposición en forma de un mosaico de portadas era aquella a la que accedía la población en los contextos urbanos» (p.247).

A continuación, Gargurevich (2012) indica algunas de las prácticas inmorales adoptadas por el régimen de Fujimori para influir en la opinión pública no se consagraron como en la experiencia velasquista, sino que se corrompió directamente a los dueños de los medios:

El «pensamiento Fujimori» para el periodismo hizo su aparición en la escena política con el llamado autogolpe del 5 de abril de 1992. No tuvieron éxito los fujimoristas en la censura directa, y debieron por tanto diseñar una manera distinta de formar y manejar la opinión pública en frentes bien definidos, utilizando sistemáticamente prácticas perversas, como el soborno a los propietarios de prensa impresa, la fundación de periódicos de corte popular y la compra de la línea editorial a los principales canales de televisión. En resumen: la corrupción del régimen fue trasladada a nuestra profesión. (p. 10-11)

Casi por la misma línea, de acuerdo con Lynch (2012) la nueva prensa que se expandió en los últimos cinco años del régimen de Fujimori se acercaba a un periodismo sensacionalista, especialmente si la crítica se dirigía contra el artífice:

Sus titulares [de estos diarios] priorizaban agredir a quienes amenazaban la reelección del presidente. Pretendían estar dirigidos a la vida privada de las personas y tener una connotación abiertamente sexual, es decir, no sólo eran políticos. Los periodistas y políticos opositores renunciaron a denunciar a estos diarios ante el Poder Judicial porque consideraban era una pérdida de tiempo, debido al caso omiso de los jueces ante otras acusaciones. (p. 282)

Y continúa hablando sobre los medios de señal abierta por ser común en la población de aquel entonces y el presupuesto destinado a estos, precisamente desde 1997 a 1999. De este modo «el Estado aumentó su publicidad en los medios de comunicación, conviniéndose en el principal anunciante y desplazando a sectores tan importantes como los fabricantes de cervezas y gaseosas o los bancos» (Lynch, 2012, p. 283)

En concordancia, se atribuye la palabra «popular» a esta población que vivían en las periferias de Lima (distritos que en su momento se poblaron de invasores), conformada por personas de las provincias que llegaban a la capital en busca de nuevas oportunidades. Entonces esta clase social popular construida por los migrantes de las provincias generó una mezcla de culturas y creencias, dando así origen a la cultura chicha que más tarde el fujimorato emplearía para acercarse más a las masas.

LA CENSURA A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Harold Lasswell nos brinda su definición sobre la censura política en el cual se toma diversas características para considerarla como tal:

Política de restringir la expresión pública de las ideas, opiniones, concepciones e impulsos que tienen o se piensa que tienen la capacidad de socavar la autoridad de quien gobierna o el orden social y moral que dicha autoridad se considera obligada a proteger (Romero Rodríguez, Torres Toukoumidis, & Aguaded, 2017)

En complemento de la cita anterior, se menciona que esta censura no se conoce restricción alguna en los campos donde se practican esta medida:

La censura es un fenómeno que no se limita a alguna región en particular, siendo ejercida tanto en países de tercer mundo como en naciones

consideradas superpotencias. Está presente en la esfera pública y en la esfera privada, donde puede llegar a ser practicada tanto por gobiernos y entidades gubernamentales como por empresas privadas y, en algunos casos, por los mismos medios que emiten la información. La censura es una práctica que suele ser reprochada y considerada una amenaza para la libertad de expresión, la cual es vista como la columna vertebral de cualquier sociedad democrática. (Sanabria Garzón, 2021, p. 25)

Boadella nos menciona los efectos que conlleva una censura de medios de comunicación:

A mí me gustan las cosas claras y en la dictadura lo estaban. Todos sabíamos a quién teníamos que odiar y a quien amar. Pero ahora, a pesar de la Constitución que nos protege, existen formas de marginación y censura que llevan a la muerte civil a los ciudadanos que no son políticamente correctos. Lo peor de todo es que este comportamiento parece lógico, cuando no lo es, porque esto es una democracia. (Boadella, 2023)

Por su parte la Defensoría del Pueblo (2018) señala que:

La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa. (p. 136)

Asimismo, según la Defensoría del Pueblo (2018) a libertad de expresión es:

Condición de la transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en el sistema político. Elecciones y votos pueden desempeñar su correspondiente función sólo cuando el ciudadano se encuentra en la posición de poderse formar un juicio sobre las cuestiones decisivas y cuando sabe lo bastante de la conducta de los gobernantes para poder aprobar o rechazar su gestión. La opinión pública presupone información sobre la cosa pública. (p. 10)

Por su parte Landa (2018) afirma que:

La libertad de expresión se constituye como una de las piedras angulares del sistema democrático, puesto que con ella la persona participa libremente en la discusión de los asuntos públicos o que atañen a la gestión de los intereses del Estado. [...] En este contexto, la prensa desempeña un papel fundamental en la formación de una opinión pública libre e informada, por lo que se acepta que está protegida por la libertad de expresión. (p. 54-55)

Mientras que Arcila (2008) señala sobre el principio de vulgarización de Joseph Goebbels que:

Toda propaganda debe ser popular, adaptando su nivel al menos inteligente de los individuos a los que va dirigida. Cuanto más grande sea la masa que convencer, más pequeño ha de ser el esfuerzo mental a realizar. La capacidad receptiva de las masas es limitada y su comprensión escasa; además, tienen gran facilidad para olvidar. (p. 2)

Sin embargo, a diferencia de nuestra idea, Marx (1948) propuso algo totalmente contrario de los medios de comunicación: «La burguesía ha despojado de su nimbo a todas las actividades hasta entonces venerables y consideradas con respetuosa devoción. Ha convertido al médico, al jurisconsulto, al fraile, al poeta y al hombre de ciencia, en jornaleros suyos.» (p. 8)

Entendiendo de esto, pese a no estar expresamente redactado como tal, los medios de comunicación privados manipulan la información a conveniencia de los dueños de dichos medios y los millonarios.

Respecto a los medios de comunicación nacionales Marx también tiene una posición: «El poder en el estado moderno, es tan sólo un consejo de administración de los negocios de la clase burguesa.» (Marx, 1948, p. 7)

Haciendo alusión a que los medios de comunicación nacional no brindan una información verídica, sino que a favor de los gobernantes. En síntesis, lo propuesto de Marx referente a los medios de comunicación es la abolición del Estado y la expropiación de los medios privados para brindar una verdadera información a favor de toda la población.

LOS CONTEXTOS POLÍTICOS

El golpe de 1968: Juan Velasco Alvarado y sus medidas

El 3 de octubre de 1968, un golpe de Estado contra el presidente Fernando Belaunde Terry puso en gobierno al general Juan Velasco Alvarado con lo que se inicia un periodo de reforma estructural del Estado peruano, virando hacia un modelo económico caracterizado por el predominio del Estado en las actividades económicas (capitalismo de Estado) y una vuelta al rol paternalista del mismo en el campo social, específicamente hacia el campesinado empobrecido.

Las causas que motivaron los hechos quedan referidas a previas situaciones políticas y sociales. En el marco político, la inoperancia del expresidente Fernando Belaunde Terry en la protección de los intereses nacionales evidenciado por el escándalo de la página 11 fue empleado como aparente excusa del golpe, mientras que lo social queda referido a un plano más realista por la urgencia de la realización de reformas sociales. Sin embargo, se manifiesta lo siguiente:

en un principio se pensó que el golpe de 1968 tenía como fin evitar el ascenso al poder del partido aprista, en realidad el ejército perseguía otros objetivos, como la nacionalización del petróleo y la reforma agraria, que fueron mostrados por el gobierno de entonces como las pruebas de que se practicaba una política contra la dominación interna y dependencia externa. (Editorial Toribio Anyarín Enjante, p. 80)

En este caso, las primeras medidas del velascato, concernieron a la reforma agraria mediante la ley homónima el 24 de junio de 1969. Esta fue la más grande realización de este gobierno, se trataba de una simple redistribución de las tierras productivas, entre los trabajadores del campo; así como las organizaciones de las Cooperativas Agrarias de Producción o Empresas Agrícolas de Interés Social (SAIS). De este modo se proscribió el latifundio o hacienda tradicional (p. 80-81). Asimismo, la captura estratégica de los sectores privados dio nacimiento a empresas estatales como SIDERPERU, AERO-PERU, PETRO-PERU y otras.

En cuanto a la prensa, esta «revolución militar» ya tenía previsto un control de los medios de comunicación cuya ejecución se daría progresivamente mediante el «Estatuto de la Libertad de Prensa» promulgado el 30 de diciembre de 1969. Según un artículo de Batalla (2021) en el diario El Comercio, en la primera confiscación realizada el 4 de marzo de 1970 se tomaron los diarios Expreso, Extra, La Crónica y la revista Caretas. Posteriormente, el 27 de marzo de 1974 se acabaría la libertad para los últimos diarios:

El gobierno militar se enfocó en la captura de los otros medios principales como Correo, Ojo, Última Hora, La Prensa, pero especialmente El Comercio, medio que entonces tenía 135 años de vida institucional. Si alguien dudaba aún en 1970 de que los militares querían controlar la prensa peruana, aquella duda desapareció abruptamente el 27 de julio de 1974. (párrafo 17)

Medidas que se basaron en el Plan Inca, que a su vez fue producto de los lineamientos del Estatuto Revolucionario, lo cual, según Rodríguez (2020), marca la diferencia con los anteriores gobiernos militares en la existencia de un documento que guíe las acciones gubernamentales:

Finalmente, el gobierno militar de 1968 orientó su quehacer, en gran medida, en función del denominado “Estatuto Revolucionario”. En esto, el gobierno de Velasco, desde un comienzo, se diferenció de manera sustancial de los añosos caudillos militares que –como se sabe– se caracterizaban por su exagerado pragmatismo. Carentes de un programa o de un ideario de gran formato, aquellos gobernaban a partir de la realidad que encontraban al momento de dar el golpe de Estado. (p. 177)

Las motivaciones del autogolpe de Estado de 1992

El 5 de abril de 1992, el presidente Alberto Fujimori anunciaba en un mensaje a la nación la disolución temporal del Parlamento y la creación de una nueva estructura legislativa, y de forma análoga la intervención en las demás entidades públicas.

Degregori (2013) menciona que esto obedeció al Plan Verde, un proyecto desarrollado por las cúpulas militares años antes de la asunción de Fujimori, que contemplaba el reforzamiento de las medidas contra el terrorismo y una progresiva apertura al libre mercado, lo segundo ya había empezado con las privatizaciones, mientras que para lo primero se necesitaba encontrar un nexo entre el presidente y las FF. AA, presentando a Vladimiro Montesinos como el gestor de la alianza.

Es así como el golpe de Estado presenta varias excusas, como la actuación del Legislativo y Judicial en detrimento de las esperanzas del Ejecutivo. Entre estos vaivenes políticos, Quiroz (2013) señala que el tercero pasó al ataque, donde una justificación con mayor peso social y político jugaba en favor del exmandatario:

Semejante golpe fue justificado ideológicamente como necesario para conseguir la derrota del terrorismo. El presidente pasó a la ofensiva cuando tachó al Palacio de Justicia como el «de la injusticia». El Congreso fue, a su vez, descrito como un lugar de cabildeo o lobby para el narcotráfico. Decenas de prisioneros acusados de terrorismo estaban siendo liberados al amparo de la ley vigente que permitía la reducción de sus sentencias. (p. 376-378)

Entre las medidas tomadas en este plazo contra los medios de comunicación, fue la destinación de uniformados a las sedes de la prensa para una regulación de lo que se publicaría posteriormente, al igual que el intento de periodistas opositores. A largo plazo, el control de medios iría mutando hacia otra forma de control y a la producción de diarios simples pero morbosos:

El soborno de los magnates y celebridades mediáticas a cambio del respaldo político a Fujimori y de lanzar campañas de difamación contra la oposición fue una de las formas más perniciosas de corrupción que manejaron las altas jerarquías del gobierno. Los propietarios y editores de estos pasquines [de los diarios chicha] mostraban gran imaginación en propagar insultos estrambóticos, desinformación y manipulación sociopolítica. (Quiroz, 2013, p. 396-397)

TEORÍAS SOBRE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Teoría crítica de la Escuela de Frankfurt

La teoría de esta escuela se basa en el bombardeo de información que los medios de comunicación, como parte activa, lanzan a las masas poblaciones que las reciben como parte pasiva, asimilándola cuestionamiento alguno. El sentido de esta teoría se encontraba antecedida por las ideas marxistas y fue propugnada por Theodor Adorno, Max Horkheimer y Herbert Marcuse ya que «acusaban a los medios de comunicación masiva de manipular ideológicamente a las masas, inculcándoles una falsa conciencia que les hacía creer que vivían en sociedades justas y auténticamente democráticas» (Lozano, 2007, p. 22)

De este modo, los medios jugaban un rol sustancial influenciando al individuo y llevando al público lo que una minoría privilegiada quería hacer llegar.

La teoría era muy drástica con este papel de los medios, tal como lo asevera Lozano (2007):

Los medios de comunicación masiva servían incondicionalmente a las clases dominantes, y reproducían la ideología de éstas a través de la producción industrial de mensajes comunicacionales estandarizados, repetitivos y estereotipados. Las primeras reflexiones teóricas sobre la comunicación de masas tienden a ser muy pesimistas sobre el impacto social de la misma, y a considerar a los medios de comunicación masiva como agentes todopoderosos capaces de influir y manipular directamente a los individuos, gracias a la masificación y al aislamiento social de éstos. (p.22)

Teoría de la Agenda Setting

Esta teoría da cabida a aquellos asuntos públicos que realmente resultarían relevantes a la colectividad pero que, sin embargo, no son dadas a conocer por la preexistencia de una «agenda» que versa, según la teoría, sobre temas coordinados con antelación a difundir al público, direccionando su opinión hacia temas con una relevancia artificial dada por los medios. Como manifiesta Aruguete (2009) quien complementa su idea con el mayor referente de la teoría, Maxwell McCombs (2006):

Frente a tal incapacidad de controlar con exactitud la representación de la realidad, los medios de comunicación intervienen estableciendo esa relación entre la gente y el mundo que la rodea. Ofrecen «una realidad de segunda mano, que viene estructurada por las informaciones que dan los periódicos (y otros medios de comunicación) de esos hechos» (p. 12)

Menciona citando a varios autores, sobre el concepto que adopta un «tema» en el marco de la Agenda Setting:

Para Shaw (1977), un «tema» es la «acumulación de [una] serie de acontecimientos relacionados que se involucran en el tratamiento periodístico. Dearing y Rogers (1996) afirman que los temas son conflictos entre dos o más grupos sobre un proceso o problema, relacionado con la distribución de posiciones o recursos. Por tanto, que los temas puedan ser vistos o interpretados desde dos o más puntos de vista explica por qué cobran su nivel de importancia en el establecimiento de la agenda. Según Martínez (1996: 320), un tema público es «cualquier situación, fenómeno o condición social sobre la que un público amplio se ve impelido a formarse una opinión y a tomar partido y que, además, requiera de una acción política» (p.13)

RESULTADOS

Acerca del contexto político y la censura a los medios de prensa escrita

Tabla 1

	Contexto	Motivaciones	Tipo de control
Gobierno de Juan Velasco Alvarado	- Crisis del gobierno de Fernando Belaunde Terry (económica y social) - Urgencia de realizar reformas sociales que el anterior mandatario nunca hizo	- Censura a los medios porque se dirigían «contra la revolución» - Regular la crítica	- Control gradual y directo

Fuente y elaboración propias.

Tabla 2

	Contexto	Motivaciones	Tipo de control
Gobierno de Alberto Fujimori	- Época del terrorismo - Crisis económica	- Respaldo popular con el que contaba para intervenir. - Desprestigiar a los opositores. - Distraer a la población.	- Control momentáneo e indirecto

Fuente y elaboración propias.

Posturas dominantes sobre la censura a los medios de comunicación

Tabla 3

	Posturas en contra de la censura de los medios de comunicación	Posturas a favor de la censura de los medios de comunicación	Posturas que propugnan el uso de los medios de comunicación para fines preestablecidos
Joseph Goebbels		X	X
Karl Marx		X	
Defensoría del Pueblo	X		
Ronald Dworkin	X		
Juan José Solozábal	X		
Cesar Landa	X		

Fuente y elaboración propias.

Coincidencias y diferencias entre la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt y la teoría de la Agenda Setting

En este apartado nos centramos en definir las coincidencias y diferencias entre las dos

teorías. Tomando en cuenta la opinión de las perspectivas de cada autor respecto a cómo perciben los medios de comunicación de las teorías previstas, se puede observar en el siguiente cuadro:

Tabla 4

TEORÍAS	TEORÍA CRÍTICA	TEORÍA DE LA AGENDA SETTING
FORMULACIÓN	Siglo XX	Siglo XX
AUTORES	- Theodor Adorno - Max Horkheimer - Herbert Marcuse	- Maxwell McCombs - Donald L. Shaw
COINCIDENCIAS	-Tratan de explicar la influencia de los medios de comunicación de las personas	
DIFERENCIAS	Manipulación ideológica Bombardeo de información	Divulgación de información ya preestablecida Falsa relevancia de los hechos que ocurren Interpretación variada de información

Fuente y elaboración propias.

Cuadros de las portadas relevantes del diario El Comercio

Cuadros referentes al gobierno de Juan Velasco Alvarado

Tabla 5

El Comercio: Portada del año 1968	
Estado	Antes de la expropiación
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Tabla 6

El Comercio: Portada del año 1974	
Estado	Antes de la expropiación
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica Teoría de la <i>Agenda Setting</i>

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Tabla 7

El Comercio: Portada del año 1975	
Estado	Después de la expropiación (control directo)
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Cuadros desde el autogolpe de Alberto Fujimori (1992, 1994, 1995, 1996 y 2000)

Tabla 8

El Comercio: Portada del año 1992	
Estado	Después de la intervención de las FF. AA
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Tabla 9

El Comercio: Portada del año 1994	
Estado	Después de la intervención de las FF. AA
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Tabla 10

El Comercio: Portada del año 1995	
Estado	Ausencia de control directo
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Tabla 11

El Comercio: Portada del año 1996	
Estado	Ausencia de control directo
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Tabla 12

El Comercio: Portada del año 2000	
Estado	Ausencia de control
Teoría dominante sobre el medio	Teoría crítica

Fuente: El Comercio Elaboración: propia.

Portadas de “diarios chicha” del gobierno fujimorista

Tabla 13

Diario «Ajá»	
Estado	Control del gobierno
Teoría dominante sobre el medio	- Teoría crítica - Teoría de la <i>Agenda Setting</i> .

Fuente: El blog de Oscar Gallo Elaboración: propia.

Tabla 14

Diario «Chuchi»	
Estado	Control del gobierno
Teoría dominante sobre el medio	- Teoría crítica - Teoría de la <i>Agenda Setting</i>

Fuente: Última Noticia Elaboración: propia.

Tabla 15

Diario «El Chino»	
Estado	Control del gobierno
Teoría dominante sobre el medio	- Teoría crítica - Teoría de la <i>Agenda Setting</i> .

Fuente: Lamula.pe Elaboración: propia.

DISCUSIÓN

Discusión del contexto político y la censura de los medios de prensa

Se puede afirmar que tanto los gobiernos de Velasco y Fujimori llevaron al país a un estado de crisis, tanto social como económica. Sin embargo, existe una gran diferencia entre estos. Mientras que Velasco dio un golpe de Estado a Belaunde y posteriormente implementó reformas sociales para consolidarse en el poder, Fujimori se aferró al poder bajo la excusa de combatir contra el terrorismo de aquella época.

En ese entonces, la prensa de ese tiempo era sumamente vulnerable, ya que el Estado tenía motivaciones para controlar a los medios de comunicación. En primer lugar, discutiremos el caso del gobierno de Velasco.

Tenemos en cuenta que la prensa era muy crítica hacia el exmandatario debido a sus reformas sociales las cuales iban en contra de la revolución. Consecuentemente, Velasco optó por controlar los medios de comunicación con el fin de regular la crítica de la prensa a favor de su gobierno. Como lo mencionamos en la Tabla 1, a esto lo llamamos como control directa y gradual.

Por otro lado, tenemos el gobierno de Alberto Fujimori:

El objetivo principal de Fujimori era ir en contra de sus opositores, pero en este caso el exmandatario Fujimori contaba con un amplio apoyo popular, por eso tenía una mayor facilidad para poder controlar a la prensa, Utilizaba recursos económicos para influir en los mayores altos para que en las portadas de los periódicos hablaran positivamente de su gobierno (y en contra de sus opositores). Además, se valía de los diarios chicha para desvalorar la atención de la población. Por estas razones, su control sobre los medios era indirecto y monetario.

Podemos inferir de estos dos gobiernos que hubo una gran manipulación a los medios de comunicación, ya sea manera directa o indirecta. Ambos regímenes se caracterizaron por la corrupción y encubriendo sus acciones negativas con su deseo de permanecer en el poder.

Si bien, los dos periodos de gobierno tienen similitud, hay algo que podemos diferenciar, mientras que en el de Velasco fue una censura política muy directa y violenta (toma de los medios de comunicación), el de Fujimori fue

más discreto y muy indirecto (respaldado de su popularidad).

Discusión de las posturas sobre la censura a los medios de comunicación

En las tablas 3 y 4 podemos presenciar las distintas posturas de diversos autores citados en el marco teórico, por lo tanto, analizaremos sus puntos de vista:

Empezando por las posturas más discutibles, se encuentra la de Karl Marx, que manifiesta una postura contra los medios de comunicación, este nos menciona que dichos medios ya sean públicos o privados puede llegar a ser manipulados por personas que tienen poder, esto traería un beneficio para ellos (gobernantes o dueños de dichas empresas) ocultando o manipulando información que contiene una verdad que podría afectar a los habitantes de dicho gobierno. Si bien despotrica contra estos medios, los fragmentos no manifiestan una tendencia hacia un nuevo control de estos.

La premisa del control de medios es abarcada por el dirigente nazi Joseph Goebbels, cuya postura no solo se inclinó a retocar la información que realmente debería expandirse por los medios, sino también adecuarla a los niveles cognitivos más bajos que pueda tener una persona, para poder satisfacer las dudas que se puedan plantear cada uno de ellos sobre lo que puede acontecer en su entorno sociopolítico.

En cuanto a las posturas que se dirigen en contra de la censura política y favoreciendo la libertad de expresión como un derecho fundamental que tiene el pueblo se esboza. Un concepto explicativo - descriptivo es el esbozado por el informe de la Defensoría del Pueblo, que indicó un conjunto de medidas restrictivas a la opinión pública cuyo fin es la implantación de la censura a los medios de comunicación.

En cambio, Ronald Dworkin adquiere una postura de amparo, señalando que la ausencia de libertad de expresión es el equivalente a dejar a la persona sin algún sustento por el cual enunciar el derecho vulnerado. Juan Solozábal este nos menciona diversas formas de presenciar una libertad de expresión, en la cita se basa más en las actas de votos de una forma no tan literal, tomando en cuenta la libertad de expresión, esta influye a través del voto, ya que los ciudadanos pueden elegir a sus propios representantes, tomando en cuenta la información de cada candidato postulado. César Landa considera

que la libertad a expresarse va de la mano con una prensa informativa libre.

Discusión de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt y la teoría de la Agenda Setting

Una de las características más notorias del trabajo es que a lo largo de nuestra investigación se ha hecho referencia a autores que han presentado, principalmente, posturas en contra de la tergiversación o de maniobrar a los medios informativos para beneficio del gobierno regente. Debido que, este sector buscaba suprimir cualquier tipo de crítica respecto a un gobierno o se utilizaba de manera distractora, con el objetivo que la ciudadanía no pueda ver la realidad política y de esta forma, mantenerlos en un estado de sometimiento total.

Tras exponer los propósitos por las que se genera una censura política, caemos en consciencia respecto a la importancia de analizar las teorías sobre la comunicación de los medios, es decir, la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt y teoría de la *Agenda Setting*. Por este motivo tomaremos de base el cuadro comparativo de dichas teorías (Tabla 4).

Partiremos con las diferencias de las teorías mencionadas, respecto a la Teoría crítica, tenemos que hacer un realce al hecho que Marx ha sido un factor relevante, debido que este exponía la existencia de una clase dominante que manipulaba a los medios a su conveniencia. Por esta razón, en esta teoría se podía observar que el emisor realizaba un envío masivo de información hacia el receptor, el pueblo peruano, con el objetivo de distraerlos con temas que no contribuían con el acceso de información relevante del momento o respecto a las actividades del gobierno y del estado del país.

Por otra parte, la *Agenda Setting* se centraba en explicar cómo la prensa divulgaba un mensaje preseleccionado, la cual distraían al pueblo con mensajes que no contribuían con la actualización de datos de la situación política y social, es decir que se veía una relevancia ficticia. Debido a la intención de desviar el interés de la sociedad a temas intrascendentes, se deduce la existencia de una variación de interpretación por parte de los ciudadanos respecto a realidad sociopolítica.

Respecto a las coincidencias entre ambas teorías, se ha concluido que las teorías exponen a los medios de difusión informativa de tratar de implantar una realidad artificial al sector

dominado, de la cual dichos medios son partícipes por motivos de manipulación o extorsión por parte del sector del país que posee un gran poder, es decir el gobierno. Otra similitud entre las teorías vistas es que explican los efectos perjudiciales para nuestra sociedad, ya que, con falta de acceso a información, se le daría vía libre a un gobierno dictador a que someta a los ciudadanos. Puesto que, existe una relación permanente entre los medios informativos y los ciudadanos, la realidad es que los mensajes que transmiten la prensa juegan un rol sustancial hacia la opinión del pueblo y sus posturas que puedan optar durante un gobierno. Por este motivo, el propósito de la censura es que la población no sea un factor decisivo en la interrupción de un mandato o durante la búsqueda de permanencia en el poder.

Confrontación de las teorías en la realidad estudiada a través de las portadas

Diario El Comercio durante el gobierno de Juan Velasco Alvarado

Portada del año 1968:

Entre las portadas vistas, la de la Tabla 5 ha cumplido un propósito enunciativo de anunciar a la población los sucesos políticos acontecidos, pero demostrando que las advertencias de la teoría crítica se encontraban presentes en el mismo ya que esta no distingue entre información de buena o mala calidad, reduciéndose a cumplir con un rol transmisor. Empero, aceptar tempranamente esta premisa es ir contra la objetividad que todavía preservaba el diario, ya que la antedicha función enunciativa no perseguía el generar conmoción en la población, tan solo presentar lo acontecido.

En concordancia, la portada del año 1968 (Tabla 5) muestra que el diario todavía se encontraba fuera de los alcances del gobierno velasquista (aún no existe parcialización) del cual se deduce que supuestos de distracción al pueblo peruano u otro tipo de alteración de la información no se acentuaría durante los próximos años hasta el anuncio de la expropiación de los últimos medios.

Otro punto en cuestión de la Agenda *Setting* refiere a que El Comercio ni algún otro medio avizoraba que los hechos por acontecer se referirían a la toma violenta del poder, es decir, no se tenía conocimiento de la temática política futura, tan solo el mismo grupo militar que planeó con antelación el derrocamiento del presidente Fernando Belaunde Terry. Evidentemente, no se puede hablar de la «relevancia construida» ya

que hubiera sido muy difícil ocultar sucesos de gran magnitud en el futuro del Perú deduciéndose que la portada de la Tabla 5 no podría tergiversar la información ni colocarla como supletoria frente a sucesos de igual o menor trascendencia. También esta última parte encuentra dificultades al sustentarse meramente sobre la influencia ejercida en las mayorías, descuidando pequeños grupos que, por ejemplo, enfoquen que lo auténticamente relevante fueron los 26 muertos por los disturbios en México presentados en el titular secundario, revalidando el concepto del campo subjetivo mental de las personas es totalmente diferente.

Portada del año 1974:

A simple vista la Tabla 6 nos dirige a la realidad internacional abordando la renuncia de Richard Nixon como presidente de los Estados Unidos, pero al observar el abordaje de las demás noticias, el diario sigue con la labor en dar a conocer los asuntos referentes al régimen velasquista cuya expropiación había sido anunciada el 27 de julio.

La cantidad de titulares dedicadas a los mismos implica desde este año una relación indisoluble entre el diario y el gobierno. Además, el diario aun cumple con su función enunciativa, pero pretende virar la opinión a favor del gobierno con los titulares secundarios. La expropiación de «El Comercio» no hizo que volviera al lineamiento reformista, pero lo radicalizó al trasladarlo a la esfera revolucionaria de los nuevos dirigentes. Nos apoyamos en la interpretación del titular que indica los reclamos de Juan Velasco Alvarado ante el estropeo de la Comunidad Internacional; esto lo personifica como el único sujeto a la cabeza ejerciendo la defensa a ultranza de los logros que el Gobierno Revolucionario había conseguido hasta el momento.

Por otro lado, si seguimos apegados a las últimas líneas del análisis sobre las teorías de la comunicación se destierra la idea de que los sectores poblacionales no eran más que actores pasivos; desde el inicio de la dictadura se planeó un clima de afianzamiento con varios de ellos, haciéndolo consciente de que su existencia política era crucial para el mantenimiento del régimen. Esto no implica descartar la teoría crítica, al contrario, confirma que hay un interés de por medio que es mantener la estabilidad gubernamental social y política. Como complemento, es menester diferir el concepto de pueblo en sentido general con el de sector

en sentido restringido; este último contempla grupos específicos afines al dictador donde el mensaje transmitido también es selecto y en el fondo es para para los mismos cuya capacidad receptiva genera la opinión conveniente.

Sobre la base de lo abordado, la teoría de la *Agenda Setting* también complementa la portada con mayores fundamentos si consideramos un contexto en paralelo igual de amplio: el panorama económico no alentador como factor influyente en la divulgación de temas preseleccionados que el régimen quisiera hacer llegar para apartar a la población de este tema, y hablando en el sentido general, versando la opinión pública hacia otros temas en cuestión que resulten más convenientes.

Portada del año 1975:

Para aquel entonces, hablar del alcance del Estado sobre todos los medios de comunicación es reiterar lo que mencionaron líneas atrás algunos autores. Al ser el diario *El Comercio* uno de los últimos en ser tomados, la portada del año 1975 (Tabla 7) muestra la faceta de un gobierno represivo al narrar con poca contemplación el «Limazo» del 5 de febrero.

De esta portada partimos del supuesto de que el rol protector que el velascato había asumido se tornó incongruente por este derramamiento de sangre pero que la información transmitida supone que el régimen había sido salvado de una minoría insurrecta. De aquí se la asocia con la predominancia de la teoría crítica ya que, si bien se hizo creer por los medios una falsa idea de que la nación se encontraba estable por los logros conquistados, la realidad era otra pues de lo contrario no habría sido necesario abrazar la censura absoluta.

Continuando con el análisis de esta portada informativa no hay datos que permitan explayarse sobre la teoría de la *Agenda Setting* por ser sucesos que no podían ser dejar fuera de la realidad, suponiendo que los agentes de la comunicación eran propios del gobierno la cobertura dada a los hechos tan solo podría ser tergiversada pero nunca omitidas.

Gobierno de Alberto Fujimori

Valoración conjunta de las portadas del Diario El Comercio

El diario «El Comercio» fue objeto de amedrentamiento que el régimen fujimorista había tomado contra los medios a posteriori

después del autogolpe de 1992, pero fue efímera. La evolución de las portadas muestra una visión alterna de la realidad con hechos que son pertinentes para el país y una agenda mediática privada, a pesar de que el fujimorato intentó muchas veces camuflar la realidad a través de la aparición de los diarios chicha.

La portada del 6 de abril de 1992 (Tabla 8) continúa con su función informativa colocando en primera plana las acciones del Ejecutivo, utilizando un mecanismo de concentración sobre el tema, por ende, las letras que indican el respaldo golpista de las FF. AA y la Policía Nacional hace que el gobierno fortalezca su postura frente al público en general, y de forma subsiguiente, las fuerzas del orden logran un mayor respaldo colectivo en la lucha contra el terrorismo.

No tiene la misma trascendencia la portada del año 1994 (Tabla 9), ya que la información se desconcentra entre un simple asunto político y demás hechos cuya relevancia es inexistente para comprometer al régimen fujimorista. Sin embargo, la concentración reaparece en la portada de 1995 (Tabla 10): los accionares peruano-ecuatoriano por el conflicto iniciado recientemente. De la portada se desprende una dimensión política y social, donde en esta última existe un reavivamiento en el sentimiento patriótico peruano indirectamente distractor de las actividades del gobierno fujimorista, esta idea se complementa con la primera dimensión, que es el de evitar la redirección de la opinión pública en los controversiales asuntos de gobierno. También la portada del año 1996 (Tabla 11) ejerce una fuerte concentración por la cantidad de información referida la toma de la embajada de Japón por parte del MRTA.

Eventualmente el nuevo formato de la portada del año 2000 (Tabla 12) denota el esfuerzo en migrar la información hacia la política controvertida: la exposición de la falsificación de firmas por parte del partido Perú 2000 y el espacio dedicado a la fiabilidad de las firmas manifiesta que *El Comercio* no jugó a favor del encubrimiento del régimen.

En otras palabras, el fenómeno de concentración resulta aplicable a la teoría de la *Agenda Setting* más que a la teoría crítica, en primer lugar, porque esta tesis implica que el público dirija su opinión hacia un solo hecho que la prensa considere fundamental (aunque verdaderamente no lo sea); sin embargo,

la teoría crítica y concentración implica la existencia de una pluralidad informativa sustentada en la diversificación de temas que la población recibe sin cuestionar estáticamente; en suma, este fenómeno no se replica en al pie de la letra en todas las portadas.

Las portadas “chichas” y la unificación teórica

Un primer punto es respecto a la teoría crítica y su acreditación en las portadas de los diarios chicha. Una crítica a este modelo es que concibe que las masas reciben pasivamente la información de los medios y se orienta a generalizarla de manera peyorativa, de modo que todo tipo de información mediática ya exteriorizada es nociva para la sociedad.

Estas portadas han mostrado una revaloración en parte de esta teoría debido a que es una clara demostración de que un gobierno puede «limitar» el raciocinio en la formación de una opinión en los sectores poblacionales promoviendo la divulgación de información no vinculante a las altas esferas de este, sino a lo que ocurre en el sector bajo de la sociedad (la peruana en este caso). Sin embargo, las cuestiones referidas a la información de verdadera importancia para los sectores poblacionales es el vacío que llena la teoría de la *Agenda Setting*, gestándose una relación de complementación mutua.

Las letras en la portada de la Tabla 13 revelan un primer fin: sacar a la luz sucesos que ocurrieron entre personajes de la farándula y darle una notoriedad mayor a la que le corresponde. La portada de la Tabla 14 no se dirige precisamente hacia la finalidad anterior, sino que es una muestra de desprestigio hacia la oposición y es más explícita en cuanto al papel político que jugaban estos diarios en la conservación del régimen, en este caso el afectado fue el candidato opositor Alberto Andrade. En cambio, la Tabla 15, guarda relación con la primera portada: la distracción colectiva, pero esta portada considera un suceso de poca creencia con las expectativas de generar un morbo colectivo mucho mayor que la inicial.

Así, se tiene la siguiente esquematización:

- Portada de carácter simple: GOLPEO GILA A LO BESTIA.
- Portada de carácter ofensiva: CHANCHO ANDRADE PIDE TANQUES PARA APLASTAR A FAMILIAS.
- Portada de carácter dudoso: CAE CANÍBAL QUE ATACÓ A 30 MUJERES.

El “Vulgarisierungsprinzip” y su aplicación en las portadas “chichas”

No es posible hablar de una censura dentro del campo de la «prensa chicha», pero sí de una distracción artificial por ser el medio por excelencia para lograrlo. La censura, en el caso fujimorista, supuso el ocultamiento de información comprometedor del gobierno para que no llegue a dominio público, pero ya no bajo un mandato coactivo a lo largo de su gobierno, sino a la estimulación y búsqueda de aprobación del sentimiento colectivo para dirigirlo contra los cualesquiera tipos de oposición. En este sentido, es posible hablar de una libertad de prensa «accidentada» y no plena después de consumado el autogolpe, ignorando los parámetros que habían señalado anteriormente César Landa y José Solozábal.

Luego de esta aclaración, entendemos que en el *Vulgarisierungsprinzip* (enunciado en español anteriormente) de Joseph Goebbels se deduce que la adecuación de las manifestaciones de un gobierno va de la mano con el entendimiento del pueblo con el mismo, dando a entender que si se presume la ignorancia de los grupos colectivos se requieren formas de comprobarlo. El gobierno fujimorista lo entendió de esta manera confirmando los descuidos que la gran mayoría de la población ya presentaba, por ejemplo, el no discernir con claridad acerca del orden constitucional al momento de darse el golpe de Estado o que las personas comprendan que, efectivamente, la prensa chicha representaba una distracción de gran magnitud para sus vidas y el panorama presente.

De este modo, el empleo de un lenguaje soez y sencillo logra un entendimiento rápido con los consumidores de estos diarios quienes en la urgencia de buscar algo «informante» no entienden el contenido de otros periódicos que cumplen estrictamente con los parámetros de redacción, imparcialidad y calidad. Por consiguiente, en uno de los nexos más cercanos entre pueblo y gobierno es este quien puede «establecer la agenda», sin embargo, no se acopla en sentido estricto a la premisa del ya fenecido dirigente nazi.

En lo antedicho, el enunciado de Joseph Goebbels se da en un contexto crítico para las democracias europeas: la aparición del autoritarismo y su consolidación, para cuyo afianzamiento se planteaba el control absoluto del Estado sobre las cosas, esto no es así con Alberto Fujimori, cuyo gobierno siguió una

tendencia autoritaria con basamento en la justificación social y política, que en sustancia era finiquitar el terrorismo, para esto el control de medios de comunicación es mínimo en comparación con los gobiernos totalitarios, ya que si bien se gestó una prensa dependiente de los fondos económicos que el gobierno otorgaba, no significó un arroyo total ni la censura de los diarios escrupulosos vigentes, como El Comercio.

Resulta discordante señalar que el control de medios durante el fujimorato representó la viva esencia de los métodos nazis, pero recabamos en un fin común: mantener por lo mínimo un control en la información que expedían los medios de comunicación avocándose en entender cómo pensaban realmente los grupos sociales.

En los dos primeros se interpreta como el conjunto de condiciones y parámetros que deben existir para la fluidez de la información mientras que en Goebbels se reúne de manera estricta los requerimientos para la consolidación de un gobierno totalitario, idea no resultó aplicable aquí ya que se permitió que El Comercio emita portadas que se direccionaron en materia política contra el régimen, como se puede apreciar en las del año 1994 y 2000.

Discusión con la actualidad

A través de esta investigación sobre ambos gobiernos (Fujimori y Velasco) hemos evidenciado que los medios de comunicación, especialmente la prensa, influyen de manera masiva en la opinión pública. En ese momento, los periódicos y las revistas tenían un control casi absoluto sobre la difusión opiniones. Estos medios tradicionales tenían un alcance limitado, estaban controlados por personas de clase alta, para establecer una agenda determinada y moldear la percepción pública a su gusto.

Por otro lado, actualmente existen diversos canales de información que otorgan a los ciudadanos varias fuentes y perspectivas. El medio que tuvo más impacto a lo largo de los años fueron las redes sociales, gracias a su aparición, ha aumentado la democracia permitiendo a cada persona informarse en tiempo real, un ejemplo de este, Twitter.

A comparación de los antiguos tiempos, donde la Agenda *Setting* era dominada por unos pocos, esta diversidad de fuentes y perspectivas proporciona la oportunidad de

obtener información desde diferentes ángulos y formar una opinión más completa sobre los acontecimientos políticos y sociales. También permite que las voces disidentes y críticas sean escuchadas, incluso cuando la censura puede estar presente. De esta manera, concibiendo una mayor diversidad mediática, a su vez, ha disminuido en cierta medida la posibilidad de ejercer esta problemática de manera totalitaria, como pudo haber ocurrido en el pasado.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, aunque estas plataformas permiten una mayor participación, también presentan desafíos, como la propagación de desinformación. Por esta razón es necesaria la educación sobre el uso crítico de los medios y la identificación de la desinformación, así fomentar la demanda de contenido confiable y de calidad. Los medios juegan un rol importante ya que solo ellos pueden enseñar a los ciudadanos a discernir entre información veraz y manipulada.

CONCLUSIONES

1. En respuesta a la pregunta general, podemos concluir que no se configuró un mismo grado de censura a los medios de comunicación de prensa tanto en el gobierno dictatorial de Juan Velasco Alvarado como en el periodo gubernamental de Alberto Fujimori. Haciendo hincapié a lo mencionado anteriormente, en el primero la censura se realizó de manera prolongada y en el sentido literal de la palabra para cuyo fin se requirió del apoyo sectorial del gobierno en la edición del diario ya que ideológicamente eran compatibles con las ideas revolucionarias del gobierno. En cambio, en el segundo no hay evidencia de agresividad estatal prolongada, ya que las portadas mostraron algunos sucesos controvertidos del régimen, pero la aparición de la prensa chicha hizo que las masas asimilaran la nueva información acoplada a la cultura de la diversión, objetivo que cumplió el régimen fujimorista ya que terminó asegurándose de que no haya factores externos que afecte su toma de decisiones como gobernante.
2. En respuesta a la primera pregunta específica, los modelos teóricos empleados arrojan diferentes formas de censura respecto a cada gobierno. El análisis del diario «El Comercio» en el gobierno de Juan Velasco arrojó una presencia mayor de la teoría crítica, centralizándose la información en asuntos de Estado que estimulen el

apoyo colectivo. Por otra parte, es erróneo hablar de un concepto de censura si nos circunscribimos a el diario «El Comercio» en el fujimorato; sin embargo, la teoría crítica consigue presencia en este diario no por estar supeditada al gobierno de turno, sino por la desconcentración informativa privada en temas de diversa calidad.

3. En cuanto a la segunda pregunta específica, no es posible hablar de un desarrollo de la prensa chicha, sino de la variación en los tipos de portadas presentadas, mudando de un tema socialmente insignificante hacia uno con connotaciones políticas. La fusión de la teoría de la Agenda *Setting* y la teoría crítica encontraron sus fundamentos en los temas de escasa relevancia que el gobierno fujimorista usó para la desviación informativa debido al reflejo cultural de la prensa con las masas, que solo la recibían y gozaban; en cambio se usó el tema de connotaciones políticas para reprimir cualquier subordinación al régimen de los nuevos actores políticos.
4. Del modelo teórico de la *Agenda Setting* se extrae un decaimiento inicial; no obstante, las portadas de la prensa chicha presentaron mayor propensión a ambas teorías cuya complementación mutua permitió revalidarla como teorías aún vigentes.
5. Hemos podido deducir que en el régimen dictatorial de Juan Velasco Alvarado como en el mandato extendido de Alberto Fujimori Fujimori, se observa en las portadas una mayor presencia de la teoría crítica, contabilizando diez de ellas. En cambio, en la teoría de la Agenda *Setting* obtuvimos solo seis portadas incluyendo la complementación que esta hacía a las demás, incluyendo las portadas de los diarios chicha.
6. Brindamos a nuestros lectores como fuente de inspiración, un posible tema de futuras investigaciones, se recomienda investigar medidas para prevenir una censura a los medios de comunicación en el contexto actual y encontrar estrategias que promuevan la libertad de expresión y el acceso a la información veraz. Esto con el objetivo de fortalecer la credibilidad entre los ciudadanos peruanos con los políticos, puesto que, gracias a este tipo de prácticas de censura y manipulación, la sociedad ha perdido confianza en ellos.

REFERENCIAS

Arcila, J. F. (2008). De cómo los principios de propaganda e Goebbels infiltran la vida cotidiana. *Revista Urología Colombiana*, 1-3. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1491/149120483001.pdf>

Aruguete, N. (2009). Estableciendo la agenda. Los orígenes y la evolución de la teoría de la Agenda Setting. *Ecos de la información*, 11-38. Obtenido de <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/7119>

Batalla, C. (01 de noviembre de 2021). Día del Periodista: cuando Velasco Alvarado confiscó El Comercio y otros medios de prensa en 1974. *El Comercio*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/archivo-elcomercio/dia-del-periodista-cuando-velasco-alvarado-confisco-el-comercio-y-otros-medios-de-prensa-en-1974-fotos-confiscacion-de-medios-gobierno-militar-juan-velasco-alvarado-diario-el-comercio-1974-nnsp-noticia/?ref=ecr>

Boadella, A. (21 de Febrero de 2023). Albert Boadella: “En Cataluña me quedan un amigo o dos”. *El País*. (G. Rocío, Entrevistador) Obtenido de <https://elpais.com/cultura/2023-02-22/albert-boadella-en-cataluna-me-quedan-un-amigo-o-dos.html>

Defensoría del Pueblo. (2018). *Situación de la libertad de expresión en el Perú (setiembre 1996-setiembre 2000)*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_48.pdf

Degregori, C. I. (2013). *La década de la antipolítica: Auge y caída de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Editorial Toribio Anyarín Enjante. (s.f.). *Presidentes del Perú*. Lima.

El blog de Oscar Gallo. (7 de Octubre de 2008). *Sensacionalismo al amarillo vivo [Fotografía]*. Obtenido de El blog de Oscar Gallo: https://ogallo.files.wordpress.com/2008/10/aja_pg.jpg?w=270&h=300

El Comercio. (1968). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El Comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-1968.jpg

- El Comercio. (1974). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El Comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-1974.jpg
- El Comercio. (1975). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El Comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-1975.jpg
- El Comercio. (1992). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-1992.jpg
- El Comercio. (1994). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El Comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-1994.jpg
- El Comercio. (1995). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El Comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-1995.jpg
- El Comercio. (1996). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El Comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-1996.jpg
- El Comercio. (2000). *Portadas que hicieron historia [Fotografía]*. Obtenido de El Comercio: https://d1ts5g4ys243sh.cloudfront.net/proyectos_especiales_prod/especiales/la-historia-en-el-comercio-ecpm/img/portada-2000.jpg
- Gargurevich, J. (2012). Los medios masivos de información, 1980-2012. *Departamento de comunicaciones de la PUCP*, 10-11. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/conexion/article/view/11555>
- Huanira, M. A., Escobar, M. O., & Jones, J. V. (1977). La prensa peruana antes y después de la socialización. Lima. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5792071.pdf>
- Lamula.pe. (28 de Octubre de 2015). *La prensa creada por Alberto Fujimori [Fotografía]*. Obtenido de Lamula.pe: <https://lamula.pe/media/uploads/43aeabe8-81e2-428d-b61f-553c1f8b7fde.jpg>
- Landa, C. (2018). *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial PUCP. Obtenido de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf>
- Lynch, N. (2012). Los usos de los medios en el Perú de Fujimori. *Controlando la política*, 282-283. Obtenido de <http://www.acuedi.org/ddata/81.pdf>
- Marx, K. (1948). *Manifiesto Comunista*. Santiago de Chile: Babel. Obtenido de file:///C:/Users/User/Downloads/19742.pdf
- Montés, L. A. (2003). La relación entre medio de comunicación y poder en el Perú durante la última etapa de la presidencia de Alberto Fujimori. *Dialnet*, 63-86. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2231994>
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Rodríguez, R. P. (2020). *Historia de la República del Perú (Tomo XVIII)*. Lima: El Comercio.
- Romero Rodríguez, L., Torres Toukoumidis, A., & Aguaded, I. (30 de Mayo de 2017). Métodos de censura en regímenes autocráticos intermedios: estudio de caso de países iberoamericanos 2000-2016. *Espacios*, 38, 33. Obtenido de <https://www.revistaespacios.com/a17v38n28/17382833.html#iden>
- Sanabria Garzón, D. F. (2021). *Las consecuencias de la censura previa e influencias en los medios de comunicación en Colombia [Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana]*. Bogotá. Obtenido de <https://repositorio.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/58984/TG-Sanabria%20Garz%c3%b3n%20Daniel%20Felipe.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ÚltimaNoticia. (2016). *7 portadas elegantísimas de diarios chicha, fruto de la pacificación lograda por Fujimori [Fotografía]*. Obtenido de Última Noticia: <https://ultimanoticia.pe/wp-content/uploads/2019/04/1.jpg>
- Vitolas, M. Á. (2015). La prensa popular durante el régimen de Fujimori. *Dialnet*, 236-249. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6068737>

ANEXOS



Anexo 1 (Tabla 5)
Fuente: (El Comercio, 1968)



Anexo 3 (Tabla 7)
Fuente: (El Comercio, 1975)



Anexo 2 (Tabla 6)
Fuente: (El comercio, 1974)



Anexo 4 (Tabla 8)
Fuente: (El Comercio, 1992)



Anexo 5 (Tabla 9)
Fuente: (El Comercio, 1994)



Anexo 7 (Tabla 11)
Fuente: (El Comercio, 1996)



Anexo 6 (Tabla 10)
Fuente: (El Comercio, 1995)



Anexo 8 (Tabla 12)
Fuente: (El Comercio, 2000)



Anexo 9 (Tabla 13)
Fuente: (El blog de Oscar Gallo, 2008)



Anexo 11 (Tabla 15)
Fuente: (Lamula.pe, 2015)



Anexo 10 (Tabla 14)
Fuente: (Última Noticia, 2016)

ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS CURRÍCULOS DE FORMACIÓN DE LA CARRERA DE DERECHO EN IBEROAMÉRICA

COMPARATIVE STUDY OF THE TRAINING CURRICULUMS OF THE LAW CAREER IN IBERO-AMERICA

María Luisa Valdivia Bocanegra
ORCID: 0000-0001-8993-7032
Universidad de San Martín de Porres
mvalvidiab@usmp.pe

Erika Katherine Medrano Camasca
ORCID: 0000-0003-0927-7113
Universidad de San Martín de Porres
emedranoc@usmp.pe

Alfredo Antenor Cautín Martínez
ORCID: 0000-0001-6502-8870
Universidad de San Martín de Porres
acautinm@usmp.pe
Perú

DOI: [10.24265/voxburis.2024.v42n1.04](https://doi.org/10.24265/voxburis.2024.v42n1.04)

Recibido: 12 de enero de 2022.

Aceptado: 16 de marzo de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Material y métodos.
- Resultados y discusión.
- Conclusiones.
- Recomendaciones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

La presente investigación ha tenido como propósito conocer cuáles son las tendencias principales de la formación de profesionales del Derecho a nivel nacional e internacional, con el propósito de tenerlas en cuenta, en el proceso de actualización curricular, de dicho programa, en la Universidad de San Martín de Porres, de Lima, Perú. Se han tomado el perfil del graduado y los planes de estudio como los elementos de estudio. La investigación se presenta como un artículo de revisión, basado, fundamentalmente en los documentos académicos principales de las instituciones analizadas, así como artículos de otros autores que han descrito la situación de la formación de abogados en diferentes países. Como resultado principal, se obtuvo que, a pesar, de tener como contexto sistemas jurídicos diferentes, los perfiles de los graduados y los planes de

estudios de estudio son bastante similares entre sí. Asimismo, se aprecian como asignaturas emergentes el estudio de tendencias actuales del Derecho y Derecho y Tecnología.

PALABRAS CLAVES

Currículo, perfil del graduado, plan de estudio, formación de abogados.

ABSTRACT

The present investigation has had the purpose of knowing what the main trends in the training of legal professionals at national and international level are, with the purpose of taking them into account, in the curricular updating process, of said program, at the University of San Martín de Porres, in Lima, Peru. The profile of the graduate and the curricular plans have been taken as the study elements. The research is presented as a review article, based mainly on the main academic documents of the analyzed institutions, as well as articles by other authors who have described the situation of lawyer training in different countries. As a main result, it was obtained that, despite having different legal systems as a context, the profiles of the graduates and the study plans are quite like each other. Likewise, the study of Current trends in Law and Law and Technology are appreciated as emerging subjects.

KEYWORDS

Curriculum, graduate profile, study plan, lawyer training.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación ha tenido como propósito conocer cuáles son las tendencias principales de la formación de profesionales del Derecho a nivel nacional e internacional, con el propósito de tenerlas en cuenta, en el proceso de actualización curricular, de dicho programa, en la Universidad de San Martín de Porres, de Lima, Perú (USMP). Esta institución comenzó su actividad académica en 1962. En la actualidad cuenta con más de 45 mil alumnos de pregrado y posgrado, distribuidos entre la sede central de la capital y dos filiales, una en la ciudad de Chiclayo, en el norte del país, y otra en Arequipa, al sur.

La facultad oferta el programa de pregrado de Derecho, un doctorado con la misma denominación y diez programas de maestría. Aunque no lo establece la ley, tradicionalmente, la carrera en esta especialidad tiene una duración de seis semestres académicos. Es la única con esa extensión, pues salvo Medicina Humana que consta de catorce, el resto de los programas, a nivel nacional, se desarrolla en diez semestres.

La gestión académica de los programas académicos de Derecho, en Perú, se enmarca en los cambios producidos a partir de la entrada en vigor de la Ley Universitaria (Ley 30220), en el año 2014. Esta norma creó al Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), encargada entre otras funciones, el licenciamiento obligatorio de universidades y de programas (autorización de funcionamiento), con base en el cumplimiento de ciertas condiciones básicas de calidad (CBC). Todas las instituciones, aunque ya contaban con autorización, se sometieron al proceso. A cincuenta de ellas, les fue denegada la autorización y a 95 se les licenció. En ese contexto, la Universidad de San Martín de Porres obtuvo su licencia en el mes de julio de 2017 (SUNEDU, s.f.).

En el año 2004, la Ley General de Educación (Ley 2044) creó el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE), el cual comenzó a funcionar en el año 2007. El proceso

de acreditación de programas fue declarado voluntario, salvo en algunos programas, que tuvieron carácter obligatorio, entre ellos, la carrera de Derecho, aunque solo por un tiempo. La Ley 30220, estableció la reorganización del SINEACE y se otorgó un plazo de seis meses, para ello, sin embargo, luego de ocho años, no se avanzado nada en ese sentido. Si embargo, aunque de forma muy limitada, se mantiene la actividad de acreditación. Menos del 2% de los programas académicos del país cuentan con acreditación de este organismo.

Ni la SUNEDU ni el SINEACE establecen normas diferenciadas para el licenciamiento, ni la acreditación de los programas, con la excepción, a la fecha, del programa de Medicina Humana, cuya licencia es obligatoria. Las CBC y el Modelo de Acreditación tienen carácter general, sin embargo, existen ciertos consensos interinstitucionales sobre algunas cuestiones. Por ejemplo, todos los programas de derecho tienen una duración de doce semestres, los de Medicina Humana catorce y la mayoría de los otros, diez.

Al concluir sus estudios y elaborar y sustentar un trabajo de investigación, los egresados obtienen el grado académico de bachiller. La habilitación para el ejercicio de la profesión requiere del bachiller, la elaboración y sustentación una tesis, lo que le permite obtener el título profesional de abogado (Ley 30220, Art. 45).

A pesar del panorama nacional, nada halagüeño, en el tema de la acreditación, el programa de Derecho de la USMP, en consonancia con la política institucional, cuenta, en la actualidad con dos acreditaciones internacionales, una con la Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Galicia (ACSUG) y otra con su homóloga de Cataluña (AQU).

El modelo educativo de la USMP establece los lineamientos principales para el proceso de actualización curricular de sus programas. Este debe realizarse, de manera integral en dependencia de la duración de los estudios, en este caso seis años. En el marco del proceso de actualización curricular del programa de pregrado de la Universidad de San Martín de Porres (USMP), se realizó un estudio comparativo de las tendencias nacionales e internacionales de la formación jurídica, enfocado principalmente. Este documento contiene los aspectos más relevantes de ese estudio.

MATERIAL Y MÉTODOS

La metodología que se aplicó fue, en primer lugar, la revisión bibliográfica sobre tendencias generales en algunos países: México, España, República Federal de Alemania (Alemania, en adelante) y los Estados Unidos de América. En segundo lugar, se realizó una comparación de los perfiles de egreso y de los planes de estudio de seis universidades, tres peruanas Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima (ULIMA); y tres extranjeras: Universidad Complutense de Madrid (UCM), Universidad Nacional Autónoma Metropolitana de México (UNAM) y la Universidad de Buenos Aires (UBA). Los datos se tomaron durante el primer semestre de 2021, de la página web de cada universidad. Los resultados se presentan en tablas comparativas, en las que se pueden apreciar las similitudes y tendencias actuales en la enseñanza del derecho en las instituciones analizadas.

Debe advertirse aquí que, los perfiles de egreso y los planes de estudio se presentan de manera textual, tal como aparecen en los documentos institucionales en la web, para que evitar distorsiones en la información. La contribución de las autoras radica únicamente a la interpretación de los datos. En todos los casos, se presenta la dirección electrónica de las fuentes consultadas. La información corresponde a la fecha en que se ha visitado la página web. Si después de esa fecha se han producido modificaciones curriculares en las instituciones, no han podido ser consideradas aquí.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Tendencias de la formación de profesionales del derecho en países seleccionados

México

En el caso de México, Hernández (2017) manifiesta la preocupación, tanto del poder ejecutivo, como del legislativo, por la necesidad de reformar la formación de abogados en México, entre otros factores, por las debilidades del sistema de justicia, que se manifiesta en la impunidad y las violaciones de los derechos humanos. Entre las propuestas se encuentra la necesidad de regular el ejercicio profesional del Derecho, así como realizar un estudio

diagnóstico sobre la materia. La debilidad de la formación se manifiesta en el hecho de que, en 2017, solo el 40% de los estudiantes de Derecho estaban matriculados en programas acreditados por los organismos competentes (p.72).

Contreras (2016) muestra su preocupación por el hecho de que los contenidos de los planes de estudio y sus modificaciones son potestad de cada universidad, pues no existen normas nacionales ni de los estados. Asimismo, las actualizaciones de los programas resultan difíciles de llevar a cabo por un contexto altamente politizado de profesores y alumnos.

Gallardo y Villaseñor (2021) señalan que las escuelas de Derecho no consideran los modelos pedagógicos por competencias, por lo que considera urgente su implementación. Del mismo modo manifiestan que, los estudiantes no requieren aprobar un examen para acceder al ejercicio profesional, después de terminar sus estudios de Derecho; aunque en algunas universidades, sí existe un examen que es administrado por un organismo ajeno a las instituciones.

España

En un análisis acerca de la situación actual de la formación jurídica en el sistema universitario español, Cuenca (2022) plantea que el proceso de Bolonia, mediante el cual, los planes de estudio de los programas de pregrado de derecho pasaron de cinco a cuatro años de duración, permitió que las empresas privadas pudieran decidir cuáles eran las habilidades que debían alcanzar los estudiantes, lo que contribuyó a la mercantilización de la universidad y del conocimiento. De este modo, los contenidos de carácter general, que no estaban directamente con el ejercicio profesional fueron retirados de los currículos, entre ellos, filosofía, derechos humanos, ética y deontología jurídica. En este proceso se considera a los futuros egresados “como meros técnicos jurídicos cuya tarea será desempeñar su función profesional sin ser críticos con el sistema o el statu quo ni tener una labor activa en la defensa y protección material de los derechos fundamentales”. (p. 4)

Alemania

Al contrario del caso español, la formación jurídica en Alemania no se guía por los lineamientos del proceso de Bolonia. En el marco de varios intentos de reforma de la formación jurídica en México, Pérez Hurtado

(2018) realizó un estudio sobre los estudios jurídica en ese país, considerando el prestigio que tiene el sistema judicial germano a nivel internacional. Entre las cuestiones más relevantes que encontró se encuentran los siguientes:

- El programa de Derecho tiene una duración de cuatro años y medio. Las universidades tienen poca influencia en el diseño curricular, pues los contenidos están definidos en la legislación y corresponden principalmente a temas de derecho civil, derecho penal y derecho público (derecho administrativo y constitucional).
- Durante los primeros dos semestres (estudios básicos) se desarrollan las asignaturas de derecho civil I, derecho penal I, derecho público I, fundamentos de derecho y gestión de casos legales.
- En los semestres tercero y cuarto, se desarrollan las materias de Derecho Civil II y III, Derecho Penal II, Derecho Público II y III e Idioma Extranjero Jurídico.
- En los semestres quinto y sexto se estudian las especializaciones. Las más comunes son: Derecho administrativo alemán y europeo, Derecho Comercial, Derecho Internacional y de la Unión Europea, Derecho Penal, Derecho Privado y Procesal Internacional, Derecho Social y del Trabajo, Derecho Tributario, Fundamentos del Derecho y del Estado y Derecho Procesal civil
- En los siguientes semestres se estudian cursos electivos, se realiza la preparación para el primer examen de estado, al cual se someten en el último semestre. La primera parte del examen lo realiza la universidad y tiene un peso de 30%. La segunda la realiza el ministerio de Justicia de cada estado, y tiene un peso de 70%. Los estudiantes sólo tienen dos oportunidades para aprobar este examen.
- Los estudiantes que aprueban el examen reciben un certificado con la calificación obtenida, no un grado de bachiller como en el resto de las profesiones, aunque algunas universidades otorgan títulos propios, que no facultan para el ejercicio profesional.
- Una vez vencida esta etapa, los egresados realizan prácticas profesionales de dos años, mediante rotaciones en diferentes áreas del derecho. A continuación, el practicante se presenta el segundo examen de estado. Al igual que el primer examen de estado, la

evaluación corresponde al ministerio de Justicia del estado. En este caso también, solo existen dos oportunidades para aprobar el examen. Una vez que haya aprobado, recibe su título, pero debe cumplir otros requisitos adicionales para ejercer la profesión. Los requisitos dependen del campo acción en que aspira a desempeñarse: juez y fiscal, notario, funcionario público, abogado independiente o profesor universitario.

Estados Unidos de América

Cobas Cobiella y Mirow (2015) realizaron un exhaustivo análisis de la formación jurídica en los Estados Unidos de América. Entre los aspectos más importantes, para los fines del presente documento, destacan los siguientes:

- Para acceder a los estudios jurídicos es preciso contar previamente con un grado de bachiller otro campo del conocimiento que no tiene que estar necesariamente relacionado con el derecho. Es decir, los estudios jurídicos son auténticos estudios de posgrado. Quien desea seguir esta profesión debe presentarse a un examen de admisión que se realiza cuatro veces al año en diferentes países. El examen consta de contenidos de lectura, lógica, razonamiento y solución de problemas.
- Aprobado el examen, corresponde seleccionar la facultad en la que se desea seguir estudios. El ingreso depende de la calificación obtenida en el examen y del monto de las pensiones que debe pagar.
- El currículo no es único, es diferenciado por instituciones y los estudiantes tienen un alto grado de autonomía en la selección de las asignaturas. En los primeros semestres, las más frecuentes son: Responsabilidad Civil, Obligaciones, derecho Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Constitucional, Bienes y Metodología Jurídica. En segundo y tercer año, se puede optar entre varios programas, entre los cuales destacan: Derecho y Gobierno, Derecho Empresarial y Derecho Internacional y Comparado.
- Aprobados sus estudios universitarios obtiene el título de Doctor Juris, pero para ejercer la profesión debe someterse a un examen de la Barra de Abogados, que es diferente para cada estado.

Tendencias institucionales de la formación

Para conocer las tendencias nacionales e internacionales de los perfiles se realizó un

estudio comparativo de las seis universidades a que se ha hecho referencia al inicio de este documento. En caso de las peruanas, ellas ocuparon los tres primeros lugares en el ranking QS 2021 Perú, entre las que tienen facultades de Derecho. En el caso de las extranjeras, también se encuentran entre las primeras de sus respectivos países.

Tendencias de los perfiles de egreso de las universidades peruanas

Los perfiles de cada universidad se presentan a continuación. Con el propósito de no distorsionar el contenido, la información que se presenta se ha tomado textualmente de cada una de las fuentes que se referencia.

Perfil de egreso de la Universidad de Lima

1. Actúa conforme a los preceptos legales y éticos, respetando los principios y valores del Estado Constitucional; es consciente de la dimensión ética de la abogacía, así como de la responsabilidad social del graduado en derecho.
2. Está en capacidad de razonar y argumentar jurídicamente.
3. Se comunica clara y comprensiblemente. Tiene habilidad para redactar textos y expresarse en un lenguaje fluido y técnico usando términos jurídicos precisos.
4. Prioriza el uso de los medios alternativos en la solución de conflictos administrando eficientemente las posiciones de las partes, de manera que se logren acuerdos satisfactorios y ejecutables.
5. Conoce los métodos de investigación científica y los utiliza, aprovechando las ventajas de la tecnología, para su desarrollo profesional y académico. (Universidad de Lima, s.f.)

Perfil de egreso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1. Investigador, innovador, capaz de transmitir, producir, intercambiar el conocimiento científico tecnológico que la sociedad requiera para la resolución de su problemática y una mejor calidad de vida
2. Comunicador eficaz, que le permita aplicar la inteligencia emocional, autocontrol y empatía, asertivo y dispuesto a adaptarse a nuevas situaciones presentadas como parte de la flexibilidad organizacional en la que evidencie inteligencia emocional, control de sus emociones y adaptabilidad a nuevos contextos de investigación que den

- soluciones a problemas de distinta índole.
3. Ético, en capacidad plena para asumir la acción moral como un elemento sobre el que despliega reflexión transformadora y crítica.
 4. Con responsabilidad social, comprometido con el desarrollo del país, con propuestas que respeten la sostenibilidad medio ambiental y la identificación con nuestra diversidad cultural.
 5. Con capacidad para asumir liderazgo, dirigir personas y equipos hacia la consecución de resultados, mantener actitudes y comportamientos que demuestren liderazgo, capacidad de sistematizar ideas y representar al colectivo.
 6. Emprendedor: puede dar utilidad teórica y práctica a los conocimientos obtenidos, aplicándolos en función a la necesidad que tengan de resolver problemas, desde los más simples y cercanos, hasta aquellas situaciones más complejas que involucren el entorno global, proponiendo alternativas de solución que bien puedan ligarlos a la empresa privada o a instituciones públicas, nacionales o extranjeras.
 7. Con capacidad para trabajar en equipo e interrelacionarse de manera grupal, aprovechando las potencialidades del trabajo intersubjetivo, expresión de colaboración, en torno a un fin y el trabajo por resultados.
 8. Con pensamiento crítico, pues discriminan y procesan la información relevante, asumiendo una postura de reflexión crítica frente al saber, su proceso de obtención y la actitud que involucra su dominio y manipulación.” (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, s.f.)

Perfil de egreso de la Universidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Competencias genéricas

1. Aprendizaje autónomo.
2. Comunicación eficaz.
3. Razonamiento lógico-matemático.
4. Investigación.
5. Trabajo en equipos disciplinarios y pluridisciplinarios.
6. Participación en proyectos.
7. Ética y ciudadanía.

Competencias específicas

1. Marco ético de la profesión.
2. Excelencia académica.

3. Relación con el entorno social.
4. Lógica jurídica.
5. Paradigma del Estado Constitucional de Derecho.
6. Cumplimiento de tareas (Pontificia Universidad Católica del Perú, s.f.).

Aspectos principales de la comparación de los perfiles de egreso de las universidades peruanas

- a. Cada programa ha diseñado su “perfil de egresado” (o de egreso o del graduado) considerando, en alguna medida, pero de diferente manera, los logros de aprendizaje.
- b. El perfil de egreso de la UNMSM es excesivamente general, de tal manera que pudiera servir para cualquier profesión, pues no contiene ninguna competencia referida al Derecho.
- c. Desde el punto de vista del lenguaje utilizado, las concepciones sobre lo que se entiende por perfil de egreso varía significativamente de una universidad a otras. En el caso de la ULima enunciados como “conoce...” y “está en capacidad de...” muy difícilmente pueden considerarse como competencias profesionales. Este hecho no es privativo de esta institución, sino es producto de la confusión terminológica y conceptual que caracteriza al enfoque de formación por competencias en todos los niveles y sistemas educativos.
- d. En la mayoría de los casos, las competencias no hacen referencia a ninguno de los campos de acción del graduado: Penal, Civil, Administrativos, Constitucional, Procesal, etc. Salvo por el uso del término “jurídico”, que se utiliza en casi todos los componentes del perfil, las otras partes de las oraciones pudieran ser válidas para cualquier otra profesión.
- e. El perfil de egreso de la UNMSM tampoco se formula como competencias, sino como características de los graduados: investigador, innovador, comunicador, ético, etc. Estas características son generales y pudieran ser válidas para cualquier profesión, por lo que pueden constituir una guía para la elaboración de los planes de estudio.
- f. En el caso de la PUCP ocurre de manera similar a las otras universidades analizadas.

Los elementos que componen el perfil no constituyen competencias, ninguna presenta una caracterización de la actividad profesional y, de trece componentes, solo una contiene la palabra “jurídica” y otra “Derecho”. Los otros son enunciados escuetos de carácter general, que pueden ser válidas para cualquier profesión.

Tendencias internacionales de los perfiles de egreso

Perfil de egreso de la Universidad Nacional Autónoma Metropolitana de México

1. En la carrera de Derecho se forman juristas con sentido humanista y responsabilidad social, capaces de generar propuestas de solución a los problemas jurídicos de la sociedad.
2. El egresado comprende y resuelve la problemática de la disciplina jurídica, con una sólida conciencia de su responsabilidad y compromiso social para el logro de los fines y principios del Derecho: justicia, equidad, bien común y paz social.
3. El licenciado en Derecho debe mantener una actualización integral, científica y humanística en lo teórico y en lo práctico, a fin de contribuir al desarrollo y búsqueda de ordenamientos jurídicos que posibiliten el desenvolvimiento pleno de las capacidades y habilidades humanas; además es capaz de interpretar y aplicar adecuadamente la normatividad jurídica.

Conocimientos y habilidades desarrollados en la licenciatura:

1. Sólida formación académica en la ciencia jurídica, y en uno o más campos de conocimiento de especialización de la ciencia jurídica.
2. Habilidades para el correcto ejercicio del campo de especialización elegido.
3. Conocimiento del marco jurídico vigente y en específico del campo o campos de conocimientos de especialización en el que se formó.
4. Técnicamente capacitado para resolver problemas jurídicos con eficiencia, eficacia y oportunidad.
5. Juicio crítico basado en la observación científica de la realidad.
6. Formado en un sentido humanista del Derecho.
7. Altamente capacitado para el desarrollo profesional del Derecho, ejerciendo en el

- litigio o práctica jurídica la especialización obtenida.
8. Preparado en el dominio del idioma inglés, como una herramienta adicional para una mayor competitividad en el mercado laboral.
 9. Actitudes y valores desarrollados en la licenciatura:
 10. Identificado con los valores nacionales.
 11. Solidario con las causas de justicia, equidad, cultura de la legalidad y solidaridad entre grupos sociales e individuos.
 12. Interiorizado en los valores fundamentales del derecho: justicia, libertad y seguridad jurídica. (Universidad Nacional Autónoma Metropolitana de México, s.f.).

Perfil de egreso de la Universidad de Buenos Aires

Los graduados de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desarrollarán un perfil acorde con las siguientes características profesionales:

1. Capacidad para conocer sustancialmente el derecho positivo y las grandes categorías del derecho.
2. Capacidad para resolver problemas profesionales complejos, pensar, razonar y argumentar con espíritu crítico, manejar con precisión el lenguaje técnico y diseñar y proponer soluciones jurídicas originales ante nuevas exigencias del ejercicio profesional.
3. Capacidad para el análisis de las decisiones y prácticas judiciales.
4. Capacidad para reconocer las necesidades sociales en relación con las transformaciones del derecho en un contexto de Estado social y democrático de derecho y de compromiso con la promoción de los derechos humanos.
5. Habilidad para analizar críticamente el sistema jurídico e incentivar el interés por emprender proyectos y trabajos de investigación jurídica con metodología apropiada.
6. Capacidad de evaluar axiológicamente las diversas interpretaciones que la norma permite efectuar.
7. Capacidad de desempeñarse de manera humanística y ética.
8. Capacidad para reconocer la apertura hacia otros campos de conocimiento.
9. Capacidad específica para la elaboración de normas jurídicas (Universidad de Buenos Aires, s.f.)

Perfil de egreso de la Universidad Complutense de Madrid

Las competencias genéricas incluyen la comprensión del carácter unitario del ordenamiento jurídico y de la interdisciplinariedad de las situaciones y problemas jurídicos; la identificación de los valores sociales subyacentes en las normas, la capacidad para manejar –con apoyo en las TICs y en las bases de datos- identificar y aplicar las fuentes jurídicas a dichas situaciones y problemas, así como la capacidad para leer, interpretar y redactar textos y escritos jurídicos ofreciendo argumentos y soluciones.

Las competencias específicas están ligadas a cada una de las materias concretas que integran el Plan de Estudios y están relacionadas con el conjunto de conocimientos teóricos y prácticos necesarios para poder ejercer o realizar las funciones propias de las profesiones jurídicas. El detalle de las mismas puede consultarse en las Guías Docentes de cada una de las asignaturas. (Universidad Complutense de Madrid, s.f.)

Aspectos principales de la comparación de los perfiles de egreso de las universidades extranjeras

En el caso de la UNAM los componentes del perfil son de diverso tipo, desde el punto de vista del lenguaje utilizado. Algunas representan características de los graduados: “solidario...”, “identificado...”, “interiorizado...”, “técnicamente capacitado”. Otras hacen referencia a “conocimientos” y otras a “habilidades”. También puede encontrarse “El licenciado en Derecho debe mantener una actualización...”. En síntesis, el perfil no está compuesto por competencias, de manera homogénea. Del mismo modo, tampoco se hace referencia a los diferentes campos de acción de los futuros graduados.

En la UBA, el perfil del graduado se declara una serie de características, aunque se enuncia en todos los casos como “capacidad”, término éste que, en algunos casos se considera como sinónimo de competencia y en otros, como componente de la misma, en la literatura pedagógica Casanova, I, Canquiz, L, Paredes Chacín, Í y Inciarte González, A. (2018), López Gómez, E. (2016). Asimismo, esas capacidades tienen un carácter general, por lo que no logran referirse a la solución a los problemas profesionales específicos a los que deben enfrentarse los futuros profesionales.

En el caso de la UCM, sí se enuncian los campos de acción de los graduados, de los cuales pueden deducirse las competencias genéricas y específicas propias de los futuros abogados. Sin embargo, se plantea que las competencias específicas están relacionadas con las materias concretas que integran el plan de estudios y pueden encontrarse en las guías de cada una de las asignaturas. Esto significa que habría tantas competencias específicas como asignaturas o más, lo cual no es usual en la práctica curricular.

Tendencias nacionales e internacionales de los planes de estudio

De manera general, las tendencias nacionales más importantes son las siguientes:

- Aunque la cantidad de asignaturas por área es diferente, las disciplinas son prácticamente las mismas en las tres universidades: Derecho Civil y Procesal Civil, Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Laboral y Procesal Laboral, Derecho Tributario, Derecho Público y Derecho Internacional y diferentes disciplinas relacionadas con el Derecho Empresarial (Comercial, Mercantil, Corporativo).
- La UNMSM tiene tres asignaturas de investigación y tesis, la ULima 2 y la PUCP 3.
- La ULima tiene 4 asignaturas de temas de Derecho, la UNMSM 5 de Nuevas Tendencias del Derecho.
- Las tendencias internacionales más importantes son las siguientes:
- La mayor parte de las disciplinas son comunes entre los tres programas analizados y tienen alta coincidencia también con las universidades peruanas.
- En todos los casos se encuentran: Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Empresarial (en diferentes variantes como Comercial, Mercantil o Corporativo), Derecho Administrativo, Derecho Laboral, Derecho Internacional y Derecho Tributario
- En la UNAM existe, además, Derecho Público, Derecho Tributario y Nuevas Tendencias del Derecho.
- En la UCM existe también Derecho Tributario y Nuevas Tendencias del Derecho

Aspectos más importantes de la comparación de los planes de estudio

Existe un alto grado de similitud entre los planes de estudio, tanto nacionales, como del

extranjero. Las diferencias son mínimas. Se visualiza una tendencia por la inclusión de cursos de investigación en las universidades nacionales y extranjeras. En todas las universidades peruanas existen estudios de formación general, pues este componente es obligatorio a la Ley Universitaria. Sin embargo, este no es el caso de todas las universidades extranjeras analizadas.

Entre las cuestiones novedosas, la Universidad de Lima ha incluido dos asignaturas de Derecho y Tecnología. Asimismo, las asignaturas de Tendencias del Derecho están presentes en dos de las universidades extranjeras analizadas (UNAM y UCM) y en una de las peruanas (ULima).

CONCLUSIONES

- a. A pesar de la heterogeneidad de los de sistemas legales y judiciales de los países analizados existe un alto grado de similitud entre los contenidos de los planes de estudios de las universidades.
- b. Los perfiles de egreso (o de graduado) son bastante diferentes entre sí y se evidencia que la concepción que se tiene del término “perfil del graduado” no es la misma en ningún caso. Esta conclusión, unida a la anterior, pone de manifiesto que, los planes de estudio no se diseñan necesariamente a partir de las competencias (u otros elementos) que componen el perfil.
- c. Existen algunos contenidos emergentes como son los que se expresan en asignaturas tales como: Tendencias actuales del Derecho y Derecho y Tecnología.

RECOMENDACIONES

- a. En el caso de cambios curriculares en universidades peruanas, se sugiere mantener las tendencias que se han puesto en evidencia, incluir temas actuales del Derecho y la relación de esta profesión con la tecnología.
- b. Se debe llegar a consensos acerca de lo que deben contener los perfiles de los egresados (o graduados), así como acerca del concepto “competencia”, desde el punto de vista curricular.
- c. Ampliar la cantidad de países y universidades para un diagnóstico posterior.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Contreras Acevedo, R. (2016). *La actualización de un plan de estudios para la enseñanza del derecho: reseña de las dificultades y sus resultados*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Fuentes hemerográficas

Casanova, I., Canquiz, L., Paredes Chacín, Í. & Inciarte González, A. (2018). Visión general del enfoque por competencias en Latinoamérica. *Revista de Ciencias Sociales*. 26 (4), 114-125.

Cobas Cobiella, M. & Mirow, M. (2014). Educación legal en los Estados Unidos I: facultades de derecho y el jurisdócto. *Revista de Derecho Interamericano de la Universidad de Miami*. 46 (1), 15-13.

Gallardo, Y. & Villaseñor, M.G. (2021). La enseñanza del profesionalismo a estudiantes de licenciatura en Derecho en México: Incidencia en el ejercicio de la profesión jurídica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*. 8 (2), 151-170.

Gascón Cuenca, A. (2022). El currículo del grado en derecho, los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y la educación jurídica clínica: una reformulación de prospectiva. *Revista de Educación y Derecho*. 25, 1-22.

Hernández Santiago, P. (2017). Breve diagnóstico sobre la oferta académica para la formación de los profesionales del Derecho en México. *Revista de la Educación Superior*. 46, 55-74.

López Gómez, E. (2016). En torno al concepto de competencia: un análisis de fuentes. *Profesorado*. 20 (1), 311-322.

Pérez Hurtado, L. (2018). El sistema de enseñanza del derecho y acceso a las profesiones jurídicas en Alemania: Lecciones para el debate en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 50 (151), 263-311.

Fuentes electrónicas

Pontificia Universidad Católica del Perú (2022). Malla Curricular <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2022/11/malla-curricular-2022.pdf>

Universidad Complutense de Madrid (2022). Plan de estudios <https://derecho.ucm.es/estudios/grado-derecho-estudios-competencias>

Universidad de Buenos Aires (2018). Plan de estudios carrera de abogacía. http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/pdf/plan-de-estudios-abogacia.pdf

Universidad de Lima (2022). Plan de estudios <https://www.ulima.edu.pe/pregrado/derecho/plan-de-estudio>

Universidad de Lima (2022). Plan de estudios pregrado <https://www.ulima.edu.pe/pregrado/derecho/plan-de-estudios>

Universidad Nacional Autónoma de México (2019). Plan y los Programas de Estudio de la Licenciatura en Derecho <https://www.derecho.unam.mx/escolares/archivos/TOMOI-Escolarizado.pdf>

Universidad Nacional Autónoma de México (2020). Licenciatura en derecho en la UNAM <https://escuelasdederecho.com/licenciatura-en-derecho-en-la-unam/>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2018). Plan de estudios <https://derecho2.unmsm.edu.pe/ddocus/ANEXO%20RR%2007023-R-1>

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA. UNA REVISIÓN SISTEMÁTICA ENTRE LOS AÑOS 2018 A 2022

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE JUVENILE OFFENDER IN LATIN AMERICA AND SPAIN. A SYSTEMATIC REVIEW BETWEEN THE YEARS 2018 TO 2022

Lilia J. Reyes Bedoya
ORCID: 0000-0002-7757-4155
Universidad Autónoma de Ica
liliarebed@gmail.com
Perú

DOI: [10.24265/voxxuris.2024.v42n1.05](https://doi.org/10.24265/voxxuris.2024.v42n1.05)

Recibido: 16 de febrero de 2023.

Aceptado: 29 de marzo de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Objetivo.
- Metodología.
- Resultados.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El actual estado de la sociedad es de una amenaza de expansión delincinencial extendida en menores de edad con prácticas más extremas como la de los sicarios, en perjuicio de la integridad común y personal. Además, se percibe un clima de convulsión e incertidumbre económica propia del contexto difícil que atraviesan las sociedades modernas y globalizadas, con tendencia a acrecentarse por la crisis mundial económica y social. Estas crisis son a su vez consecuencias del impacto de los conflictos bélicos entre países potencias en pleno inicio de la transición del uso de insumos energéticos, por un lado, y, por otro lado, el impacto negativo del cambio climático en un ambiente de pandemia y postpandemia del Covid-19. Esta realidad hace que sea de preocupación decidirse a tomar acciones preventivas con efectos benéficos y directos para la sociedad y el bien común. La convulsión social y el elevado costo de vida no solo trae consigo el desempleo sino el consumo de sustancias ilícitas como medio de escape de los menores y adolescentes en abandono moral, todo lo cual puede desencadenar en que estos cometan ilícitos penales por sí solos o participando de bandas criminales. Es así como en este trabajo de revisión se pretende recoger todos los aportes

de diversas realidades de la región de América Latina respecto al trato del menor infractor adolescente basándose en la magnitud del daño y orden del agravio cometido.

PALABRAS CLAVE

responsabilidad penal, menor de edad, medidas socioeducativas, reinserción, infracción, delito.

ABSTRACT

The current state of society is that of a threat of widespread criminal expansion in minors with more extreme practices such as those of hitmen, to the detriment of common and personal integrity. In addition, there is a climate of turbulence and economic uncertainty typical of the difficult context that modern and globalized societies are going through, with a tendency to increase due to the global economic and social crisis. These crises are, in turn, consequences of the impact of armed conflicts between powerful countries at the very beginning of the transition in the use of energy inputs, on the one hand, and, on the other hand, of the negative impact of climate change in an environment pandemic and post-pandemic. from covid-19. This reality makes it worrying to decide to take preventive actions with beneficial and direct effects for society and the common good. The social upheaval and the high cost of living bring with them not only unemployment but also the consumption of illicit substances as an escape route for minors and adolescents in moral abandonment, all of which can encourage them to commit crimes on their own account or by participating in criminal gangs. This is how this review work aims to collect all the contributions from various realities in the Latin

American region regarding the treatment of juvenile offenders based on the magnitude of the damage and order of the crime committed.

KEYWORDS

criminal responsibility, minor, socio-educational measures, reinsertion, infraction, crime.

INTRODUCCIÓN

Se aborda los análisis y estudios de autores, en donde se hallan publicaciones con la temática de la edad de responsabilidad del menor infractor para los países de España, Colombia, Argentina, Brasil y Perú; además, se encuentra una sola publicación por país para los países de Ecuador, Uruguay, Venezuela y Puerto Rico, por lo que se decidió agruparlos en un solo acápite en el que explica la posición individual de cada uno de ellos.

Como es razonable, en el derecho penal la edad del menor que infringe la ley debe corresponder a una adecuada tipificación de las conductas que están inmersas en el acto delictivo, y así poder dedicar una responsabilidad criminal y su debida sanción atribuida, en lo que se incluye principalmente las medidas o regímenes socioeducativos que sustituyen el ejercicio del derecho penal en menores de edad, situándose convenientemente como el último recurso aplicable.

OBJETIVO

El artículo de revisión sistemática tiene por objetivo destacar estudios publicados que incluyan como tema principal la responsabilidad del menor infractor, plasmados en publicaciones con menos de cinco años de antigüedad, diferenciando su perspectiva de estudio temático y puntos de análisis o discusión. Este documento pretende servir primero para un análisis panorámico y quizá luego para un análisis más exhaustivo a cargo de futuros investigadores juristas, así como para reconocer la importancia y necesidad de analizar la jurisprudencia de la mano con las opiniones y aportes de otros autores con publicaciones en revistas científicas o especializadas, lo cual no se realiza con mucha frecuencia.

METODOLOGÍA

El presente estudio se desarrolla con la técnica o método del derecho comparado con la finalidad de identificar rasgos generales

‘convergentes’ de las legislaciones de varios países de la región de América Latina y España, orientada a la solución de sus propios problemas sociales internos. Este modelo convergente como objetivo de la disciplina del Derecho Comparado tiene la finalidad de permitir “superar las contradicciones, poniendo de presente las semejanzas y las diferencias, haciéndolas explícitas, a través de un diálogo que permita el reconocimiento mutuo” (L. Gómez, 2009).

Asimismo, como artículo de revisión sistemática de artículos publicados en revistas científicas indexadas contenidas en reconocidos repositorios tales como Dialnet y Google académico a nivel internacional, así como Vox Juris a nivel nacional. Se ha valido de las palabras “edad” “responsabilidad penal” con sus respectivos operadores booleanos según sea la necesidad de cada repositorio o base de datos utilizada.

Para un mejor alcance cultural y social se incluye los idiomas español y portugués, excluyendo por razones prácticas el idioma francés (para la búsqueda de artículos de la Guayana Francesa y Haití) y el idioma inglés (para los países de la Guyana o ex Guayana Británica, Surinam o ex Guayana Holandesa, Jamaica y Trinidad y Tobago). En esta búsqueda se procede a valorar los últimos cinco años como fecha previa de publicación, considerando por el alcance del idioma español y portugués abarcando a España y a 22 de los 28 países considerados de América Latina, es decir algunos países de Sudamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, exceptuando a la Guayana Francesa, Guyana o ex Guayana Británica y Surinam o ex Guayana Holandesa), de Centroamérica (Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá), de América del Norte (México), de las Antillas mayores del Caribe (Cuba, Puerto Rico, República Dominicana, exceptuando a Haití y Jamaica) y de las Antillas menores del Caribe (Granada, exceptuando a Trinidad y Tobago) para los cuales se podrían encontrar estudios referidos al tema en cuestión, en orden de su importancia.

Finalmente se ubica un autor de cada uno de los países de Ecuador, Uruguay, Venezuela y Puerto Rico, lo que motiva la agrupación de ello en un solo acápite en el que se explica la posición de cada uno de ellos.

RESULTADOS

En la interpretación de los resultados que se refieran de manera directa o indirecta al

tema de la responsabilidad penal establecida para los infractores menores de edad se han clasificado según los países en donde se realizó el estudio.

Tabla 1. Resultados de búsqueda de artículos académicos por país e idioma

N	BASE DE DATOS	AUTOR	DESCRIPCIÓN	PAÍS	IDIOMA
1	Dialnet	Barbosa (2019)	La minoría de edad penal y su naturaleza en el Derecho brasileño	Brasil	Español
2	Dialnet	Gutiérrez (2020)	Dossier II: la ley orgánica de responsabilidad penal del menor	España	Español
3	Dialnet	Martínez (2020)	Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos del Derecho anglosajón	España	Español
4	Dialnet	Zaragoza (2019)	Menores y redes sociales. Nuevos tipos penales y responsabilidad penal	España	Español
5	Dialnet	Ordoñez (2022)	Reflexiones sobre la responsabilidad penal y las medidas privativas de libertad de los menores. Especial referencia a Cataluña (1)	España	Español
6	Dialnet	Ríos y Ríos (2018)	El sistema de responsabilidad penal de adolescentes en Colombia desde un análisis económico del derecho	Colombia	Español
7	Dialnet	Andrade et al. (2021)	Caracterización de jóvenes y adolescentes bajo el sistema de responsabilidad penal en Bogotá, Colombia: modalidad privativa en un centro de atención especializado	Colombia	Español
8	Dialnet	Bertolín (2021)	El consentimiento sexual de los menores de edad en España: Consideraciones clínicas y jurisprudenciales	España	Español
9	Dialnet	Torres y Corrales (2019)	Inimputabilidad e inmadurez psicológica y su relación con Los principios generales de la responsabilidad penal del adolescente infractor en Colombia	Colombia	Español
10	Dialnet	Boldova (2021)	La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de 16 años: regla y excepción	España	Español
11	Dialnet	Gómez (2019)	Teleología del Derecho penal de menores	México	Español
12	Dialnet	Alva (2019)	La niñez encarcelada: Lineamientos en cuanto a una posible reforma al Régimen Penal Juvenil. La baja de edad de inimputabilidad detrás de una supuesta reforma progresista	Argentina	Español
13	Dialnet	Useche (2021)	La responsabilidad de crecer en el conflicto	Colombia	Español
14	Dialnet	González (2021)	Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal	España	Español
15	Dialnet	Rivero (2020)	La autopuesta en peligro de la víctima como factor atenuante de la responsabilidad civil	México	Español
16	Dialnet	Tizzano (2018)	Comprobación de la edad mínima para ser considerado responsable penalmente para poder enjuiciar o condenar en concreto a un menor	España	Español

17	Dialnet	Navarro (2020)	La sexualidad de los adolescentes: valor jurídico del consentimiento en el derecho penal. Su análisis en el contexto legal ecuatoriano	Ecuador	Español
18	Dialnet	Silva (2019)	Sexualidad adolescente y derecho penal. Avances, estancamiento y retrocesos en la legislación uruguaya	Uruguay	Español
19	Dialnet	García (2018)	Un ejemplo más de política legislativa securitaria: Análisis del discurso del legislador español en el ámbito del derecho penal juvenil	España	Español
20	Dialnet	Arrieta et al. (2020)	Delitos sexuales en contra de menores de edad en Colombia: Caracterización criminológica y político-criminal	Colombia	Español
21	Dialnet	Cortes et al. (2022)	Experiencias restaurativas en jóvenes infractores un análisis narrativo del diálogo víctima-ofensor	Colombia	Español
22	Dialnet	Pozuelo (2020)	Poena sine culpa? Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo	España	Español
23	Dialnet	Colombero (2021)	The metamorphosis of the discourse on infancy and crime in Argentina: A review of the field of production of the legal discourse of the Criminal Regime for Minors. <i>La metamorfosis del discurso sobre la infancia y el delito en Argentina: Una revisión del campo de producción del discurso jurídico del Régimen Penal de Menores</i>	Argentina	Inglés
24	Dialnet	Iglesias (2021)	Sobre a (in)xustiza xuvenil: da súa histórica vocación educativa e a intrusión da lóxica neoliberal Sobre la (in)justicia juvenil: su histórica vocación educativa y la intrusión de la lógica neoliberal	España	Gallego
25	Dialnet	Da Rosa y Zangerolame (2020)	A relativização da presunção de vulnerabilidade dos menores de 14 anos no crime de estupro de vulnerável: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul <i>La relativización de la presunción de vulnerabilidad de los menores de 14 años en el delito de violación de persona vulnerable: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul.</i>	Brasil	Portugués
26	Dialnet	González (2020)	La regla de las equivalencias del art 183 quater y el consentimiento La sexualidad de los jóvenes ¿en suspenso?.	España	Español
27	Dialnet	Periago (2020)	Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción. El recurso a la justicia restaurativa y al principio de flexibilidad	España	Español
28	Dialnet	Delgado y Pérez (2018)	Sistema Sancionatorio Administrativo con Medidas de Protección Socio-Educativas para los Niños, Niñas y Adolescentes	Venezuela	Español
29	Dialnet	Siesto (2019)	Legislación y tratamiento de los menores que cometen delitos antes de los 14 años	España	Español

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR INFRACTOR EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA. UNA REVISIÓN SISTEMÁTICA ENTRE LOS AÑOS 2018 A 2022.

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE JUVENILE OFFENDER IN LATIN AMERICA AND SPAIN. A SYSTEMATIC REVIEW BETWEEN THE YEARS 2018 TO 2022

30	Dialnet	Bernuz (2021)	Emocionalización de la justicia de menores. Un análisis preliminar	España	Español
31	Vox Juris	Oyarce (2019)	Responsabilidad restringida por la edad en la comisión de delitos graves y la jurisprudencia de las salas de la Corte Suprema	Perú	Español
32	Vox Juris	Hikal (2020)	Involucramientos de adolescentes en el crimen organizado: abordaje mediático, jurídico y criminológico	Perú	Español
33	Google académico	Ferreira et al. (2021)	La Reducción de la Edad de Responsabilidad Penal desde la Perspectiva de Adolescentes	Brasil	Portugués
34	Google académico	Rangel (2021)	La edad de responsabilidad penal juvenil en México	México	Español
35	Google académico	Parrondo (2020)	Reflexiones acerca de la baja de la edad mínima de responsabilidad penal	Argentina	Español
36	Google académico	De Rosa (2018)	Garantía sustancial de edad mínima de responsabilidad penal juvenil	Argentina	Español
37	Google académico	Jiménez (2019)	En Defensa del Establecimiento de una Edad Mínima de Responsabilidad Penal	Puerto Rico	Español
38	Google académico	Guemureman y Bianchi (2019)	Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. Un análisis de los proyectos de ley sobre responsabilidad penal juvenil en Argentina 2016-2018	Argentina	Español
39	Google académico	Paredes-Sotelo (2022)	El sicariato y la problemática de la justicia penal y el tratamiento de los adolescentes infractores en el Distrito Judicial de Lima	Perú	Español

Elaboración propia

Tabla 2. Resumen de los resultados de la revisión sistemática por autores

Términos de búsqueda	Base de datos	Hallazgos por países							Total
		España	Colombia	Argentina	Brasil	México	Perú	Otros (Ecuador, Uruguay, Venezuela y Puerto Rico)	
“edad” “respon-sabilidad penal”	Dialnet	15	6	2	2	2	-	3	30
“respon-sabilidad penal”	Vox juris	-	-	-	-	-	2	-	2
“edad” “respon-sabilidad penal”	Google académico	-	-	3	1	1	1	1	7
Total		15	6	5	3	3	3	4	

Elaboración propia

España

En un plano más amplio Tizzano (2018) explica su interpretación del Derecho de la Unión con jurisdicción en los países de la Unión Europea, incluyendo a España, la cual prevé denegar la detención de individuos menores de edad al no responsabilizarlos penalmente según la ejecución de cada país miembro, para lo cual se examina prioritariamente la edad, incluso sobre los cargos o condenas imputadas.

Luego de casi dos décadas de la normativa española sobre la responsabilidad penal de las personas menores de edad, García (2018) evalúa las particularidades de las modificaciones del enfoque penal sobre seguridad ciudadana que realizan al modelo securitario sobre el garantista. En el marco de esta reforma, las normativas se orientan a endurecer las penas por actos delictivos de gravedad acompañados de actos intimidatorios o violentos, debido a que se viene percibiendo impunidad de las infracciones que atentan contra el patrimonio. Es así como se propone equilibrar la proporcionalidad con el interés máximo otorgados a los menores de edad, basándose en la retribución de la sanción penal, y para lo cual se contrastó con otros estudios, así como con encuestas de opinión en torno a los crímenes o delitos recientes.

Por su parte el fiscal de familia español Javier Zaragoza (2019) frente a delitos que devienen del abundante uso de las redes sociales virtuales infringidos por menores contra otros menores de edad discute la idea de proceder a resoluciones extrajudiciales, así como de la aplicación de penas o sanciones diferenciadas tales como la inactividad o desconexión total de las redes sociales.

La capacidad e idoneidad del sistema de la LO 5/2000, aplicada desde hace dos décadas, es cuestionada por la opinión de Siesto (2019), específicamente al tratar con acciones ilícitas cometidas por menores de 14 años desde un análisis social y jurídico a cargo de expertos que evalúan el abordaje de las entidades encargadas de la acción educativa con menores de 14 años que delinquen, constituyendo su análisis en el ámbito jurisdiccional nacional de la provincia de Málaga y a nivel de Comunidad Autónoma de Andalucía a la que pertenece.

En España, según el análisis de Gutiérrez (2020) acerca de la pertinencia de la ley orgánica española LORPM que regula la edad penal para el ámbito de los menores de edad (Ley 5/2000)

incluye el razonamiento de los criterios sobre ciertos delitos para prevenir que se afiancen conductas ilícitas en los menores, de tal manera que no se perciba impunidad o condescendencia según la óptica de mayoría de los ciudadanos. Así se observa que la mayoría de los ilícitos penales, considerados ‘delitos’ cometidos por menores, son los que atentan contra la propiedad y los sicariatos, y bajo esta realidad se plantea que es más conveniente instaurar medidas sancionadoras y a su vez medidas educativas, donde siempre permanece la figura del menor que asume su responsabilidad, pero con un sistema de medidas que sustituye al sistema de penas para adultos. Hay que considerar también que el hecho de asumir su responsabilidad y ser reeducado, no quiere decir que no se apliquen medidas restrictivas con su respectiva gradualidad, así como su tratamiento por dependencias o drogas. El autor ayuda a distinguir a aquellos ciudadanos que delinquen con minoría de edad hasta 14 años no son alcanzados por la LORPM, sino por normas protectoras como la de Protección Jurídica del Menor (Ley Orgánica 1/1996) y el Código Civil, no obstante sí asumen responsabilidad y juzgamiento de las consecuencias de sus actos pero no de manera penal, y si alcanzan infracciones graves, se exigen conductas sobre los padres o tutores mientras estos ostenten capacidades para ofrecer un ambiente familiar estructurado, buena formación en valores y en aspectos cognitivos, sino en caso contrario, se les daría en adopción a sus hijos involucrados.

Un alcance mayor es el que aporta Martínez (2020) al explicar los fundamentos anglosajones para la responsabilidad penal en relación con la edad sexual del infractor, específicamente analizando de manera análoga la cláusula que excluye de responsabilidad penal (artículo 183 quáter CP) donde se establecen parámetros más flexibles o permisibles basados en el consentimiento de establecer relaciones sexuales por dos personas siendo próximas en edades o en desarrollo psicológico o físico. Es así como observando la edad de responsabilidad menor en los Estados Unidos no se configura como tal, sino a partir de la valoración de la gravedad de la infracción o delito que el menor de edad (menor de 18 años y en algunos casos hasta los 21 años) es que un juez termina por decidir si es procesado bajo el sistema penal de cortes juveniles o si es transferido al sistema penal de adultos. Es también relevante que siendo la edad de responsabilidad penal de 14 años el promedio de los Estados, la ONU por

medio de su Comité por los Derechos del Niño recomienda que sea entre 15 a 16 años. Pese a ello es que en los países del Reino Unido y Gales tienen el récord más bajo de edad responsable penalmente a partir de los 10 años. Similarmente, en Escocia recientemente en el año 2019 se elevó la edad de 8 años hasta los 12 como edad en la que a partir de la cual el o la menor son responsables penalmente, para lo cual hasta los 16 años se aplica el procedimiento del 'Children's Hearing'. Para el caso de Canadá, a diferencia de los países anteriormente descritos, la edad de consentimiento sexual es a partir de los 16 años, elevada desde el año 2008 siendo antes la edad de 14 años la que desde 1890 era la requerida para dicho consentimiento. No obstante esta norma no es general para no admitir delitos sexuales entre menores, pues entre algunas de las excepciones para validar el delito sexual está la edad de la víctima entre 12 a 14 años y con la edad del acusado no mayor de dos años más que su víctima; o también con la edad de la víctima entre 14 a 16 años y la edad del acusado no mayor de 5 años que la de su víctima, no existiendo una posición de autoridad, confianza, dependencia o estado de explotación (pornografía o prostitución) para ambos casos. También existen otras situaciones, como en la que se llevan relaciones sentimentales de carácter virtual por Internet o redes sociales con una diferencia mayor de cinco años entre la víctima y el acusado, pudiéndose considerarse como una situación de explotación y estableciéndose la edad de consentimiento sexual de 18 años.

Un abordaje interesante ofrece Pozuelo (2020) dada su incapacidad de culpabilidad penal, no era delito? En este trabajo se abordan los problemas derivados de la previsión legal que permite enviar a una prisión de adultos a alguien que, tras ser condenado siendo menor a la medida de internamiento en régimen cerrado, alcanza la edad de 18 o 21 años (con diferentes requisitos en uno u otro supuesto acerca de la problemática del traslado de régimen de internamiento de menores al haber cumplido mayoría de edad o hasta los 21 años, pues se considera que cambia en este proceso su 'imputabilidad adolescente' (denominada así la capacidad limitada de culpa del menor) a la imputabilidad del adulto con la que se procesa según el Código Penal para adultos y ya no por la L.O. 5/2000 que regula la RPM (responsabilidad penal de los menores). Tal hecho es cuestionable por razones de que el adolescente que cumple 18 años en reclusión y bajo intervenciones socioeducativas, no cuenta con la capacidad de

culpa completa (estándar de capacidades mínimas volitivas y cognitivas). De esta manera se advierte de un error en la práctica acerca de una 'grave contradicción valorativa', tal como lo define el autor, pues pasa a un nuevo entorno que incluye penas efectivas ofrece un peligro de graves consecuencias, victimizando al menor quien poco tiempo antes fue valorado por sus acciones ilícitas con intervenciones educativas.

Otro análisis que se concentra en la realidad del no otorgamiento de la responsabilidad penal al menor de edad en España es el que realiza González (2020) desagregando analíticamente la cláusula de equivalencia incluida en el artículo 183 quater CP, ampliando y reforzando los conceptos con cierta ambigüedad, entre ellos el de 'madurez', 'desarrollo personal', 'edad' y 'proximidad', determinando así las condicionales y necesidades que permiten validar el consentimiento de niños y adolescentes en su práctica sexual entre pares. Además, el autor realiza un análisis de los elementos que se requieren para tal consentimiento de los menores de acuerdo con el artículo 189 quater CP considerando también otros factores que acotan o extienden tales requerimientos.

Como se ha visto en el análisis de Pozuelo (2020), un análisis más específico es realizado por Periago (2020), quien propone valerse de todos los elementos ofrecidos o soluciones por parte de la justicia restaurativa en fases específicas del proceso de traslado de régimen, considerando que la privación de su libertad es el último recurso para los menores que han infringido la ley, por lo que se adopta su intervención educativa.

Dentro de los varios análisis expuestos sobre aspectos de la sexualidad de los menores de edad en una publicación de Bertolín (2021) se encuentra la Ley Orgánica 5/2000 que regula en los menores su responsabilidad con respecto a lo penal, la cual fue modificada en el año 2012. También hace referencia de una modificación del Código Penal español del año 1995 introduciendo en el año 2010 un capítulo dedicado a los abusos sexuales a menores con edades por debajo de los 13 años. También en España se incrementó la edad de consentimiento sexual a la de 16 años, considerándose como abuso las situaciones sexuales por debajo de ese límite de edad, aunque en otros países de la Unión Europea todavía permanezcan con la edad de 14 años como límite de edad mínimo para no considerar como delitos a los actos sexuales actuados.

Sobre esta última modificación en la edad mínima para el consentimiento sexual, Boldova (2021) describe de manera más específica las condiciones. Una de ellas es la famosa cláusula denominada ‘Romeo y Julieta’ donde basta la proximidad en las edades mental y cronológica para que no se considere abuso o ilícito de carácter sexual; siendo este un punto donde se rebate la supuesta presunción acerca de la frágil voluntad de los menores de 16 años, a la vez que se resguarda la indemnidad sexual orientándola a una libre voluntad respecto a los actos sexuales de cualquier individuo. De este modo se beneficia a los menores excluyéndoles de carga delictiva respecto al ejercicio de su sexualidad, aunque pueda resultar la norma invasiva o indeterminada para algunos. Este análisis concluye con la propuesta de *lege ferenda* para la norma en cuestión con el fin de darle mayor garantía y seguridad en la aplicación futura de la misma.

Una explicación necesaria de las recientes modificaciones de las leyes penales españolas es otorgada por González (2021) a partir de los cambios del Código Penal español, la ley que ampara a los infantes y adolescentes (Ley Orgánica 8/2021), así como a la ley general del orden penitenciario de España, poniendo en relieve las inclusiones o reconsideraciones de ciertos delitos, los niveles de exoneración de responsabilidad penal, las amonestaciones y sanciones penales, diferenciando los casos en los que se cometa discriminación. En su apreciación también refiere de manera informativa de la idoneidad de las normas relacionadas a la verificación del registro de delitos sexuales y de trata de personas.

Iglesias (2021) en su estudio crítico, analiza el sistema de justicia juvenil específicamente de La Coruña, Galicia y denuncia una violación sistemática de los derechos de las niñas y niños, analizando a fondo los términos fácticos sobre los que se ha justificado la fijación de las particularidades de la responsabilidad penal del menor, de manera específica en tres aspectos: a) las estrategias consensuadas en el ámbito político parlamentario, b) el quehacer educativo en el tiempo histórico con fines de sopesar la intervención de bien, el control social y regulación, o sino contrariamente sus competencias básicas de reconocimiento e identificación de sus propios deberes y derechos, y c) un debate político acerca de las garantías de una justicia auténtica para los menores a quienes se les atribuye ilícitos.

Según la observación de Bernuz (2021), el hecho que los menores de edad se responsabilicen por sus actos delictivos es parte de su tratamiento como también son las acciones que favorecen su reinserción a la sociedad, evitando así que prosigan en una carrera delincencial, y en medio de todo ello existe transversalmente una valoración del estado emocional que percibe el menor sobre el acto delictivo y su víctima, lo cual se analiza que pueda tener un mayor o menor peso valorativo a fin de establecer instrumentos moralizadores o considerar que asuma su responsabilidad sobre sus actos al margen de la ley.

Siguiendo con un análisis de la normativa española, específicamente la catalana, concerniente a los menores de edad imputados penalmente, Ordoñez (2022) explica las sanciones penales, las herramientas reeducadoras y resocializadoras dentro de un plano de controversia, así como las medidas a aplicarse de manera individual y adecuaciones normativas en los lugares destinados para su internación de los menores que realicen ilícitos penales dentro del límite de la edad que lo coloca como responsable penalmente por tales actos.

Colombia

En Colombia Ríos y Ríos (2018) aborda el hecho de que siendo recurrente el problema social de los actos delincuenciales infringidos por adolescentes, en el año 2006 la ley 1098 que incorporó la aplicación de un *Sistema de responsabilidad penal del adolescente*, con un trato distinto para los menores entre 14 y 18 años, valorando la importancia metodológica del ‘Análisis Económico del Derecho’ a fin de dar un mejoramiento continuo y una más amplia difusión de dicha ley, es decir de manera más entendible.

En el estudio hermenéutico del colombiano Arrieta et al. (2020) incorpora la revisión de delitos sexuales en contra de menores bajo la concepción y aplicación del ‘derecho penal del enemigo’ por lo que propone retos para una adecuación tanto para los delitos de índole sexual como para los que incluyen a menores como sus víctimas.

Los datos que describen Andrade et al. (2021) en cuanto al perfil sociodemográfico como sexo y edades de 483 adolescentes colombianos, además la frecuencia que estos cometían en homicidio y hurto (15.9% y 62.1% respectivamente), así como el índice de

reincidencia del 31.1%, permitió un análisis de su asociación de esta reincidencia en acciones delincuenciales con el abuso de sustancias de tipo psicoactivas, contribuyendo de esta forma a concluir y proyectar los resultados que conducen a establecer que se aplican sanciones efectivas de corrección, así como la eficacia del cumplimiento sobre lo que se espera en dicho sistema.

Respecto al análisis emocional y psicológico del infractor, Torres y Corrales (2019) analizan la manera cómo la ley 1098 del año 2006 se desenvuelve en su aplicación, siendo sustentado en principios que ayudan a mantener las características de específico, adversarial y acusatorio. De este modo, considerando a los infractores adolescentes entre 14 a 18 años como inimputables de la acción penal, sino con un tratamiento especial, los autores de este artículo profundizan en la madurez psicológica para concluir que se equilibre las expectativas sociales.

Otro autor colombiano como Useche (2021) ofrece otra perspectiva dentro del mismo análisis al estudiar las descripciones que distinguen diferenciadamente a quienes se perjudicaron del conflicto armado, en lo que se incluye algunos esclarecimientos respecto a las posiciones contrarias y a favor del nivel de responsabilidad que se pudiera atribuir a menores de edad. Es así como se expone el caso particular de Dominic Ongwen a quien la CPI Corte Penal Internacional no considera su reclutamiento a temprana edad para su juzgamiento.

Desde la óptica de Cortes et al. (2022) de la Justicia Restaurativa expone un estudio descriptivo a partir del diálogo entre siete ofensores menores de edad y sus víctimas, eventos acontecidos entre el año 2015 al 2021 con la finalidad de liberar malas emociones y dar un nuevo rumbo tanto al perjuicio realizado como al de su actitud antisocial.

Argentina

De Rosa (2018) pone en relieve la carencia de voluntad política a fin de establecer la modalidad en la que el Estado intervendría a los menores que no son considerados punibles (según la ley argentina 22.278 de 1980), ya que en vista que se aplica una garantía de mínima edad con la que el menor adquiere responsabilidad penal. Esta norma pone en evidencia una restricción del sistema de represión del Estado, para

sustituirlo por prevenir el delito ofreciendo protección de sus derechos de manera integral.

En la publicación del estudio crítico de Alva (2019) propone acciones jurídicas, políticas y sociales de reforma del régimen penal que incluye a los jóvenes que incurrir en ilícitos penales, con la finalidad de que alcance a este Régimen Penal Juvenil elevarse la edad de inimputabilidad a la edad de 16 años, la cual al no ser uniformizada continua siendo 12 años. Cabe mencionar que el CDN (Comité de los Derechos del Niño) recomienda que la edad de imputabilidad sea acorde a una madurez intelectual, mental y emocional.

Guemureman y Bianchi (2019) ofrecen un análisis de la posición de temor de los menores que infringen la ley sobre los discursos, por lo que desde una posición política pone en relieve ocho proyectos de ley al respecto, los mismos que sin ser unitarios o antagónicos guardan una combinación de valores, conceptos y percepciones. Se concluye que el estudio aporta con claves analíticas a partir de las concepciones de vulneración, peligro y riesgo, las cuales trascienden otros varios conceptos dicotómicos tales como justicia restaurativa o actuarial, regresión o progresión, pena o garantía, derecho o tutela.

El aporte de Parrondo (2020) se centra en el análisis de la existencia de fundamentos constitucionales que restringen al *ius puniendi* del Estado, según las normas internacionales en el marco del derecho penal juvenil. Asimismo, el autor explica las consecuencias positivas en torno a la Justicia Restaurativa (proponiendo una reforma penal en su país), y por otro lado los efectos negativos de la teoría denominada del 'etiquetamiento'.

En este sentido, Colombero (2021) explica el trasfondo en base a discursos políticos dados que sustentan la reducción de la edad de responsabilidad que alcanza a menores acusados de presunta infracción de la ley penal, concluyendo en una crítica de dicha sanción dura sobre niños y adolescentes, la cual puede derivar en tratos inhumanos y crueles en la práctica.

Brasil

En la línea de pensamiento de varios estudios, es que se presenta el breve análisis de Barbosa (2019), quien aborda el tema de la minoría de edad en el marco del derecho brasileño, y quien concluye acertadamente en su análisis

que el ECA (Estatuto del Niño y Adolescente) de Brasil se aplica aportando las medidas de educación social partiendo del hecho del expreso reconocimiento de ser el adolescente responsable de sus propias acciones. De este orden de ideas se explica que en Brasil la exención de su responsabilidad penal se entienda como responsabilidad no reconocida para la aplicación de penas que pueda ejercer un Juez de Menores, sino para la aplicación de medidas o regímenes específicos en reemplazo de las penas.

Da Rosa y Zangelolame (2020) presentan una investigación de tipo jurisprudencial de un conjunto de sentencias sobre las que no se aceptó ninguna exención de responsabilidad penal por consentimiento de menores para tener relaciones sexuales en el marco del artículo 217-A del Código Penal brasileño. Sobre esas sentencias se analizan tanto la definición de carácter jurídico de violación de personas en estado de vulnerabilidad, como la posición jurídica y de doctrina en cuanto a relativizar tal vulnerabilidad.

Un debate entre adolescentes de 12 a 17 años (entre los cuales 5 guardan medidas socioeducativas) sobre la propuesta vigente respecto a la reducción de la edad de responsabilidad penal, es el presentado por Ferreira et al. (2021) en el que haciendo uso de círculos y entrevistas grupales no solo opinaron sino que elaboraron soluciones de relevancia. De este estudio se concluye la necesaria e importante intervención profesional en prácticas de psicología sobre los menores que cometieran ilicitud.

México

Desde el punto de análisis de Gómez (2019) defiende la necesidad del adolescente infractor de reinsertarse a nivel familiar y social en el marco del derecho especializado para menores, con sus propias instituciones y principios, no obstante este se deriva del derecho ejercido para individuos en edad adulta, y que se desarrolla en base al conocimiento de las particularidades con las que se desenvuelven los menores y respaldados por los términos de la firmada 'Convención sobre los derechos del niño'.

Otro autor que examina el rango de edades es Rivero (2020), quien parte de la perspectiva de la responsabilidad civil por actos temerarios que podrían darse por negligencia del cuidador hacia el menor de edad cuidado, en el marco del

artículo 100 del Código Civil de Yucatán, el cual asimila la exclusión del delito de exposición al peligro.

Por su parte el mexicano Rangel (2021) estudia los criterios que sustentan a la edad base de 12 años con la que se halla a los púberes infractores de la ley como responsables penalmente, edad reducida a partir del año 2005 con el cambio del artículo 18 de la carta magna mexicana, dado a que sus niveles de comprensión y entendimiento son aceptables. Un aspecto a tener en cuenta es que se considera también que a esta edad de 12 años los menores brasileños ya poseen autonomía al identificarse y al razonar de manera independiente.

Perú

Desde su experiencia investigativa Oyarce (2019) explica que en el ámbito de excepción de la imputabilidad de crímenes en países latinoamericanos se encuentra el caso de Chile, en el que a partir de los 16 años los menores son evaluados en su estado mental y discernimiento para poder definir con certeza que cuenta con capacidad de la comprensión de sus actos fuera de la licitud. También, haciendo una explicación del término 'imputabilidad' o 'responsabilidad disminuida, atenuada o disminuida', explica que según el artículo 22 del Código Penal peruano esta no solo se basa en la edad entre 18 a 21 años y mayor de 65 años, sino en la situación de la personalidad débil o grado de imputabilidad del acusado y de las circunstancias que rodean la escena del crimen, donde la edad sería considerada un atenuante.

Por otro lado, lo destacable de la publicación de Hikal (2020) es el análisis de la conducta criminal del adolescente (entre 12 a 18 años) en crímenes organizados y su evolución con connotación negativa, así como los factores que lo propician su criminalidad (tales como la distinción entre fantasía versus realidad, la influencia de los medios de los medios masivos y el Internet, entre otros), lo que deviene en conducta desviada o antisocial, producto de factores tales como agresión en cualquiera de sus modalidades y circunstancias, así como el rechazo social producido por condiciones de escasez, falta de servicios básicos, de educación y salud o la separación de los progenitores, la presión de sus compañeros de grupo, el afianzamiento de su personalidad y autoestima, entre otros. En sus conclusiones hace planteamientos generales sobre modificaciones en el sistema educativo de México, en los que se

incluyen talleres de identificación de conductas de riesgo o antisociales y mecanismos de interlocución y consulta de las necesidades no satisfechas, alternativas de solución ineficientemente adoptadas y la propuesta de nuevas.

Dentro del mismo entorno peruano, Paredes-Sotelo (2022) crime levels have increased and Peru has not escaped this reality. Various factors motivate criminal organizations to commit illegal acts, the most commonly used being hired killers and extortion, most of which are carried out by minors. Thus, in this study we aimed to recognize the deficiencies of juvenile criminal justice that influence the treatment of juvenile offenders in the Judicial District of Lima. The result is that there is a direct and moderate relationship (Rho of Spearman = .529) expone el aprovechamiento de los menores de edad como instrumentos para cometer homicidios por encargo o sicariato, a la vez que identifica el trato deficiente hacia los adolescentes infractores en la jurisdicción de Lima generado por una poco efectiva justicia penal para jóvenes, adolescentes e infantes. También propone que se incorpore la figura de ‘responsabilidad penal con restricciones’ representándose como un requerimiento de carácter jurídico.

Ecuador, Uruguay, Venezuela y Puerto Rico

En la realidad ecuatoriana acerca de los delitos sexuales y la edad considerada válida para el consentimiento por parte de los menores de edad, Navarro (2020) trató una discusión teórica acerca de considerarlos ‘intangibles o indemnables sexuales’ a las víctimas, así como la consideración a los culpados como sujetos activos de los ilícitos penales por causa de la política criminal, del aspecto biopsicosocial y jurídico (incluyendo la ‘capacidad progresiva’ y la libertad de los adolescentes), todo con el fin de prevalecer la trascendencia de delimitar los rangos de edades que se deben definir, proponiendo completar el vacío de la normativa penal del Ecuador, incluidas las prácticas y dogmáticas de carácter penal.

Para el entorno de la legislación uruguaya conservadora Silva (2019) incorpora la concepción de la ‘autonomía progresiva’ de los adolescentes que no solo se encuentra excluida sino que su situación excluida se presenta confrontada con los derechos constitucionales

y los derechos humanos dentro del campo del Derecho Internacional. La crítica de autor abarcó incluso áreas confusas, acciones delictivas desfasadas como el posible ejercicio de tutela sexual para el adolescente bajo la reciente ley que ofrece básicamente protección y prevención de la violencia de género del año 2017.

En la realidad de Venezuela y partiendo de la edad de 14 años como el límite mínimo para responsabilizar penalmente al adolescente, Delgado y Pérez (2018) amplía la base teórica a fin de proponer se operacionalice la garantía hacia la tutela completa que logre proteger a los menores infantes y adolescentes. Para ello, el diseño de programas de carácter estratégico y operativo tendrían la finalidad de fijar los principios en materia procesal de justicia para los imputados de ilícitos penales a cargo de menores entre rango etario entre 8 a 13 años, focalizadamente analizado en una población específica.

Finalmente el autor puertorriqueño Jiménez (2019) observa directa y profundamente un estudio que orienta a incorporar los términos de una edad más baja para responsabilizar a los menores que infringieran algún ilícito.

CONCLUSIONES

Si bien no se ha observado uniformidad de todos los temas comunes para todos los países sudamericanos y España, los cuales se encontraron publicaciones entre el 2018 hasta la actualidad, se ha podido hacer un recorrido de etapas distintas en cuanto al avance de principios y bases para no solo establecer la edad a partir de la que un menor se hace responsable de sus ilícitos, sino también las modalidades de intervención más eficiente, las cuales se vienen desarrollando y especializando según la carga de casos ya recibidos.

Hallando una amplia lista de estudios publicados de diferente tipo –ya sea de análisis, hermenéutico, o de discusión abierta– que incluyen el tema de la penalidad ejercida sobre el menor infractor en España, en que se estudia, debate y discute constantemente la normatividad penal española que incluye la edad de inimputabilidad penal hasta los 21 años y el consentimiento sexual con el mínimo de 16 años con sus pares próximos etarios, guardando relevancia siempre las medidas de corrección, educadoras e integrativas sobre

las sanciones penales orientadas hacia los adultos.

En los estudios colombianos revisados se ha encontrado temáticas que van desde estilos narrativos, teóricos y hermenéuticos hasta investigaciones descriptivas, estudio de casos y de investigación-acción en los que participan los propios involucrados, con el fin de escudriñar en el espíritu de la ley penal y ofrecer mejores propuestas en el ámbito de la *justicia restaurativa* para el menor infractor entre 14 a 18 años que se enfrenta a la ley penal según sus vivencias, problemáticas sociales y en un entorno de violencia acontecido en la historia reciente de Colombia.

Existe una clara posición de los autores argentinos de defensa de los derechos y protección del Estado sobre los menores de edad hasta los 12 años, donde en más de una publicación se critica el aprovechamiento político para intentar incrementar las penas a fin de satisfacer la voluntad popular que en su mayoría desconoce por desinterés de los fines del derecho, proponiendo por otro lado una reforma penal en Argentina donde se discuta una mayor participación de los principios de la *justicia restaurativa*.

Los autores de las publicaciones encontradas en relación con la edad del menor que incurre en ilícitos en Brasil además de esclarecer la posición excluyente del derecho penal brasilero, defienden y proponen en el fondo la aplicación del derecho penal como último recurso sobre tales menores, aplicando regímenes educativos y sociales, pues si bien adquieren responsabilidad sobre sus acciones no amerita de ninguna manera la aplicación de penas en reemplazo de medidas acorde a su desarrollo personal y social.

Entre los tres autores mexicanos que incluyen la aplicación del derecho hacia el beneficio del menor infractor, se pudo apreciar con claridad la voluntad de dos de ellos de no incluir al menor infractor al alcance del sanciones punitivas de derecho penal, en observancia de los derechos del niño reconocidos y aceptados, así como la responsabilidad que recae en los cuidadores, generándose discrepancia frente al mero enfoque de la edad de 12 años de edad de responsabilidad penal alcanzable en México sostenida en comparación con la autonomía adquirida en esa edad –mas no responsabilidad penal –en el Brasil.

De los tres estudios de autores peruanos recogidos se pudo distinguir claramente, aunque se pueda considerar como una cantidad escasa de publicaciones en razón de la relevancia actual del manejo de la delincuencia juvenil, que aún persiste en uno de los autores una percepción de insatisfacción de la aplicación de la justicia meramente penal para los menores que participan en crímenes por encargo; no obstante los otros dos autores peruanos –y desde un plano más general en cuanto a delitos–buscan analizar y escudriñar los factores y causas manejables que pueden modificar la conducta y llevar al menor infractor a su plena socialización.

Además de estos estudios, se hallaron publicaciones con la temática de la edad de responsabilidad del menor infractor, reflejada en un autor por país respecto a Ecuador, Uruguay, Venezuela y Puerto Rico, por lo que se decidió agruparlos en un solo acápite en el que explica la posición individual de cada uno de ellos.

En este ámbito que recoge las publicaciones más notorias de los últimos años que incluyen temáticas concernientes a la edad de responsabilidad penal en menores de edad en América Latina y España, no se aprecia un consenso uniforme más sí mayoritario de otorgar una responsabilidad de sus actos delincuenciales que va desde los 12 años hasta los 16 años, por lo que se debe siempre mantener una actitud analítica y dialogante entre todos los actores que se vinculan, integrando el compromiso de ofrecer un buen ambiente y trato al menor de edad que infringe la ley bajo los fines previstos del propio derecho y el bienestar social.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Gómez, L. (2009). *Metodología y técnicas en el Derecho Comparado*. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Fuentes hemerográficas

Alba, S. (2019). La niñez encarcelada: Lineamientos en cuanto a una posible reforma al Régimen Penal Juvenil. La baja de edad de inimputabilidad detrás de una supuesta reforma progresista. *Derechos En Acción*. 10 (10), 309–325.

- Andrade, E., Mendoza, J., & Bernal, F. (2021). Caracterización de jóvenes y adolescentes bajo el sistema de responsabilidad penal en Bogotá, Colombia: modalidad privativa en un centro de atención especializado | Conocimiento global. *Conocimiento Global*. 6 (1), 49–59.
- Arrieta, E., Duque, A., & Diez, M. (2020). Delitos sexuales en contra de menores de edad en Colombia: caracterización criminológica y político-criminal. *Criminalidad*. 62 (2), 247–274.
- Barbosa, R. (2019). La minoría de edad penal y su naturaleza en el Derecho brasileño. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. 22 (1), 247-253.
- Bernuz, M. (2021). Emocionalización de la justicia de menores.: Un análisis preliminar. *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas En Materias Penales*. 16(32), 4.
- Bertolín, J. (2021). El consentimiento sexual de los menores de edad en España: Consideraciones clínicas y jurisprudenciales. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. 24(1), 1–14.
- Boldova, M. (2021). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 23 (16), 1–41.
- Colombero, P. (2021). The metamorphosis of the discourse on infancy and crime in Argentina: A review of the field of production of the legal discourse of the Criminal Regime for Minors. *Oñati Socio-Legal Series*. 11 (3), 722–752.
- Cortés, E., Orduz, F., García, S., & Lizcano, L. (2022). Experiencias restaurativas en jóvenes infractores un análisis narrativo del diálogo víctima-ofensor. *Eirene Estudios de Paz y Conflictos*. 5(9), 167–194.
- Da Rosa, O. & Zangerolame, L. (2020). La relativización de la presunción de vulnerabilidad de los menores de 14 años en el delito de violación de vulnerables. *Derecho y Cambio Social*. 60 (1), 311–333.
- De Rosa, P. (2018). Garantía sustancial de edad mínima de responsabilidad penal juvenil. *Teoría y Praxis*. 32, 3–12.
- Delgado, M., & Pérez, S. (2018). Sistema Sancionatorio Administrativo con Medidas de Protección Socio-Educativas para los Niños, Niñas y Adolescentes. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas*. 3(4), 24–36.
- Ferreira, M., Lopes, M., Machado, T., Albuquerque, A., da Silva, R., & Leitão, J. (2021). La Reducción de la Edad de Responsabilidad Penal desde la Perspectiva de Adolescentes. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 41.
- García, D. (2018). Un ejemplo más de política legislativa securitaria: análisis del discurso del legislador español en el ámbito del derecho penal juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 147 (1), 115–140.
- Gómez, A. (2019). Teleología del Derecho penal de menores. *Dereito: Revista Xuridica Da Universidade de Santiago de Compostela*. 28 (2), 43–60.
- González, G. (2020). La regla de las equivalencias del art 183 quater y el consentimiento La sexualidad de los jóvenes ¿en suspenso?. *Revista General de Derecho Penal*. 34 (1), 8.
- González, M. (2021). Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal. *Diario La Ley*. 9902 (1), 1–5.
- Guemureman, S., & Bianchi, E. (2019). Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. *Derecho y Ciencias Sociales*. 20, 1–22.
- Gutiérrez, A. (2020). Dossier II: la ley orgánica de responsabilidad penal del menor. *Quadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses*. 48, 38–43.
- Hikal, W. (2020). Involucramientos de adolescentes en el crimen organizado: abordaje mediático, jurídico y criminológico. *Vox Juris*. 39 (1), 169–182.
- Iglesias, A. (2021). Sobre a (in)xustiza xuvenil: da súa histórica vocación educativa e a intrusión da lóxica neoliberal. *Sarmiento: Revista Galego-Portuguesa de Historia Da Educación*. 25 (1), 211–229.
- Jimenez, A. (2019). En Defensa del Establecimiento de una Edad Mínima de Responsabilidad Penal. *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*. 88, 1042–1059.
- Martínez, A. (2020). Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos del Derecho anglosajón. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 23, 67–106.

- Navarro, R. (2020). La sexualidad de los adolescentes: valor jurídico del consentimiento en el derecho penal. Su análisis en el contexto legal ecuatoriano. *Contribuciones a Las Ciencias Sociales*. 64 (1), 1–2.
- Ordóñez, F. (2022). Reflexiones sobre la responsabilidad penal y las medidas privativas de libertad de los menores. Especial referencia a Cataluña (1). *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores*. 34, 183–208.
- Oyarce, J. (2019). Responsabilidad restringida por la edad en la comisión de delitos graves y la jurisprudencia de las salas de la Corte Suprema. *Vox Juris*. 38 (1), 73–88.
- Paredes-Sotelo, J. (2022). El sicariato y la problemática de la justicia penal y el tratamiento de los adolescentes infractores en el Distrito Judicial de Lima. *Revista Científica Ratio Iure*. 2 (1), 305–305.
- Parrondo, R. (2020). Reflexiones acerca de la baja de la edad mínima de responsabilidad penal. *Nueva Crítica Penal*. 2 (4), 55–66.
- Periago, J. (2020). Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción. El recurso a la justicia restaurativa y al principio de flexibilidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 22 (1), 2.
- Pozuelo, L. (2020). Poena sine culpa? Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo. *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*. 2 (1), 1–11.
- Rangel, X. (2021). La edad de responsabilidad penal juvenil en México. *Revista Universitarios Potosinos*. 256 (1), 18–23.
- Ríos, C., & Ríos, C. (2018). El sistema de responsabilidad penal de adolescentes en Colombia desde un análisis económico del derecho. *Inciso*. 20 (1), 146–156.
- Rivero, J. (2020). La autopuesta en peligro de la víctima como factor atenuante de la responsabilidad civil. *IUS Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 14 (46), 345–366.
- Siesto, D. (2019). Legislación y tratamiento de los menores que cometen delitos antes de los 14 años. *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*. 20 (20), 133–155.
- Silva, D. (2019). Sexualidad adolescente y derecho penal. Avances, estancamiento y retrocesos en la legislación uruguaya. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de La Seguridad: REEPS*, 5 (1), 1–6.
- Tizzano, A. (2018). Comprobación de la edad mínima para ser considerado responsable penalmente para poder enjuiciar o condenar en concreto a un menor. *La Ley Unión Europea*. 56, 1.
- Torres, H., & Corrales, D. (2019). Inimputabilidad e inmadurez psicológica y su relación con Los principios generales de la responsabilidad penal del adolescente infractor en Colombia. *Saber, Ciencia y Libertad*. 14 (2), 46–62.
- Useche, L. (2021). La responsabilidad de crecer en el conflicto. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*. 9 (9), 1–26.
- Zaragoza, J. (2019). Menores y redes sociales. Nuevos tipos penales y responsabilidad penal. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores*. 23, 1–10.

ARTÍCULOS DE REVISIÓN

LA NEUROPSICOLOGÍA FORENSE COMO DISCIPLINA DE LA NEUROCIENCIA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (CULPABILIDAD) Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL REO

FORENSIC NEUROPSYCHOLOGY AS A DISCIPLINE OF NEUROSCIENCE AND ITS RELATIONSHIP WITH CRIMINAL LAW IN THE FIELD OF CRIMINAL RESPONSIBILITY (GUILT) AND RESOCIALIZATION OF THE PRISONER

Livyn Y. Aguinaga Vidarte
ORCID: 0000-0001-5020-3162
Ministerio Público
liyurely_02@hotmail.com
Perú

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.06](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.06)

Recibido: 6 de junio de 2022.

Aceptado: 19 de setiembre de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Neurociencia.
- Neuropsicología forense como disciplina de la neurociencia.
- Responsabilidad criminal (culpabilidad) en el Derecho Penal.
- Resocialización del reo.
- Neuropsicología forense y su relación con el derecho penal en los ámbitos de la responsabilidad criminal (culpabilidad) y resocialización del reo.
- Conclusión.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El surgimiento de la neurociencia y de la neuropsicología forense en el siglo XXI ha traído consigo repercusiones en el derecho, principalmente en el derecho penal centrado en los ámbitos de responsabilidad criminal (culpabilidad) y la resocialización del reo. Con el análisis del presente tema se busca determinar los efectos de la aplicación de la neuropsicología forense (aplicable al ámbito penal) en el sistema jurídico penal peruano, en cuanto a la culpabilidad y resocialización del reo; para lograr este propósito se conceptualizará el objeto de estudio de la neurociencia, neuropsicología forense y su vinculación con el derecho penal.

PALABRAS CLAVES

neurociencia, neuropsicología forense, responsabilidad criminal, culpabilidad, resocialización y derecho penal.

ABSTRACT

The emergence of neuroscience and forensic neuropsychology in the 21st century has achieved consequences in law, mainly in criminal law focused on the limits of criminal responsibility (guilt) and the resocialization of the prisoner. The analysis of this topic seeks to determine the effects of the application of forensic neuropsychology (applicable to the criminal sphere) in the Peruvian criminal legal system, in terms of guilt and resocialization of the prisoner. To achieve this purpose, the object of study of neuroscience, forensic neuropsychology and its relationship with criminal law will be conceptualized.

KEYWORDS

neuroscience, forensic neuropsychology, criminal responsibility, guilt, resocialization and criminal law.

INTRODUCCIÓN

La neurociencia y la neuropsicología forense surgen en el siglo XXI como una de las disciplinas o ciencias que han alcanzado influencia y preponderancia en las ramas del derecho, principalmente en el derecho penal,

dado que al ser aquellas ciencias encargadas de buscar las explicaciones del comportamiento humano y los fundamentos de la toma de sus decisiones, podrían ser relevantes para el análisis jurídico y la determinación de la responsabilidad penal del encausado, toda vez que permitiría determinar presuntamente si una persona dice la verdad o no respecto a la comisión de un hecho delictivo.

Así también, se ha señalado que la neurociencia y la neuropsicología forense podrían traer beneficios en el derecho penal, en lo relacionado a la rehabilitación de los condenados, pues sería capaz de intervenir para analizar comportamientos en donde no sea pasible de una pena privativa de libertad, pero sí de medidas terapéuticas de prevención ante las futuras comisiones de hechos delictivos por personas que padecen enfermedades psiquiátricas, como el Alzheimer, entre otras.

Al respecto, existen críticas sobre las personas que defienden dichas disciplinas, dado que concebir quizás la idea de que las personas que cometen delitos graves no realizan acciones violentas o delictivas porque sean malas personas, sino que toman decisiones de actuar violentamente o de forma deshonestas, amorales, dañinas o ilegales, porque no son sujetos con libertad de elección, sería algo complicado de aceptar; debido a que no siempre se va tener certeza si una persona ha actuado conforme a su libre albedrío o han tenido alguna afectación en su comportamiento por las células del sistema nervioso que pudieron haber eliminado su capacidad de decisión. (Monroy & García 2017)

Es por ello que se pretende precisar el objeto de estudio de la neurociencia y la neuropsicología forense como disciplina de esta, así como establecer de qué manera se relaciona con el derecho penal en los ámbitos de la responsabilidad criminal (culpabilidad) y resocialización del reo; y, determinar de esta manera si se puede saber con certeza los motivos que fundamentan la conducta humana.

NEUROCIENCIA

Araya & Espinoza (2020), han sostenido que:

Las neurociencias comprenden el conjunto de ciencias y disciplinas científicas y académicas que estudian el sistema nervioso, centrándose principalmente en su estudio en la actividad del cerebro y su relación e impacto en el comportamiento, su origen se remonta en la década

de 1960, abordando aspectos neurobiológicos de la conducta apoyados en la psicología cognitiva, la lingüística, la antropología y la inteligencia artificial, entre otros. Desde las Neurociencias se identifican varias ciencias y disciplinas vinculadas, tales como la neurobiología, neurofisiología, neuropsicología, neuroquímica, neuroanatomía, neuromarketing, neuro liderazgo, neuro economía, neuro *management*, neuro genética, neurociencia computacional, entre otras. Se ha iniciado su aplicación en diferentes campos como la filosofía, la ética, la sociología, el arte, la economía, la educación, entre otros. (p.3)

Por su parte, Tirapu (2011) ha señalado que:

La neurociencia estudia el funcionamiento cerebral desde un punto de vista multidisciplinario, esto es, mediante el aporte de disciplinas no excluyentes como la física, la química, la biología, la neurología, la genética, la informática, la psiquiatría y la (neuro)psicología. Todas estas aproximaciones, dentro de una nueva concepción de la mente humana, son necesarias para comprender los procesos mentales, particularmente los más complejos como la inteligencia, la conciencia, la personalidad o las emociones.

Siendo así, en el campo del derecho, específicamente en el derecho penal, la neurociencia ha ido resolviendo enigmas del maravilloso cerebro humano tratando de explicar el porqué de la conducta humana, para lo cual se incluye fenómenos tan complejos y delicados como es el delito. Es en ese sentido, que la neurociencia ha sido definida como una disciplina con rango científico utilizada en los procesos jurídicos para la determinación de la responsabilidad penal. (Leguía, 2019)

En mérito de lo expuesto, se ha sostenido también que con la ayuda de la neurociencia se permite conocer la determinación de nuestras conductas y nuestro yo, el proceso de la toma de decisiones y el funcionamiento del trastorno del sistema nervioso relacionado con el Alzheimer u otras enfermedades psiquiátricas. (Cárdenas, 2016). A partir de dicha noción acerca de la neurociencia, se considera que la aplicación de la misma permitiría verificar cuando una persona dice la verdad respecto a la comisión y autoría de un hecho delictivo e incluso podría contribuir a que una persona a quien se le ha impuesto medidas de seguridad realmente logre su rehabilitación; cumpliendo de esta manera, las finalidades de prevención general y especial del derecho penal, las cuales buscan evitar por parte de la sociedad la comisión de futuras infracciones a ley penal y que se

influya de manera directa en el agente infractor para que no cometa nuevos hechos delictivos, respectivamente.

Por último, Cárdenas (2016) que la neurociencia en cuanto a su relación con el derecho, aunque sea aún muy limitado el estudio al respecto, podría traer grandes beneficios, dado que al explicar el fundamento de nuestras decisiones podría ser relevante para el análisis jurídico y la determinación de la responsabilidad penal del encausado, toda vez que permitiría saber si una persona dice la verdad o no respecto a la comisión de un hecho delictivo.

NEUROPSICOLOGÍA FORENSE COMO DISCIPLINA DE LA NEUROCIENCIA

Nagore (2019) señala que:

Como la neurociencia estudia el funcionamiento del cerebro desde un punto de vista multidisciplinario, necesita el apoyo de otras disciplinas no excluyentes como la física, la química, la biología, la neurología, la genética, la informática, la psiquiatría y la (neuro)psicología. (p.82)

Por su parte, la neuropsicología se enmarca como una disciplina dentro de la neurociencia que se encarga estudiar las relaciones existentes entre el cerebro, los procesos cognitivos superiores y la conducta humana, que tiene como finalidad en estricto de describir, evaluar, diagnosticar y rehabilitar todas aquellas alteraciones derivadas de las disfunciones del sistema nervioso central. Asimismo, la neuropsicología se concibe como el puente de unión entre diferentes aspectos del saber cómo la neurología, la psiquiatría y la psicología. (Nagore, 2019)

La mencionada disciplina comienza a formar parte del estudio de cualquier trastorno que afecte a la mente de una persona y, evidentemente, se debe a un cambio de paradigma conceptual, toda vez que, la neuropsicología plantea un modelo y un nivel de análisis que la permite situarse entre los modelos más mentalistas y neurobiológicos con lo que une mente y cerebro. (Nagore, 2019)

Sobre la neuropsicología forense, se ha establecido lo siguiente:

La neuropsicología forense se sirve de una metodología e instrumentación específica desarrollada en el marco de la Neuropsicología clínica y experimental, con ello se proporciona a los tribunales de manera fiable, sensible y

específica, la posible existencia de alteraciones cognitivas, su relación con la cuestión forense; su pronóstico y probabilidad de recuperación y las posibles consecuencias funcionales sobre el desempeño diario del sujeto evaluado. (Nagore 2019, p.19)

En ese sentido, la neuropsicología debe describirse como aquella disciplina científica dedicada al estudio de la relación entre el cerebro y la conducta, mientras que la neuropsicología forense (objeto de estudio), se concibe como la disciplina que se encuentra encargada de la aplicación del conocimiento teórico y metodología de la neuropsicología al ámbito jurídico. A partir de ello, resulta pertinente precisar que el neuropsicólogo forense sería un profesional capacitado para actuar como perito en causas judiciales en las que se vean implicadas personas de algún tipo de disfunción o daño cerebral, de tal manera, que su labor versaría en conocer si existen alteraciones en el sistema nervioso central, y si estas pueden ser de utilidad para el caso penal que se investiga, además se debe tener en cuenta que su labor permitiría dotar su evaluación como medio de probatorio en un proceso penal. (Monroy & García 2017)

Además, (Monroy & García 2017) establece que:

Los expertos en neuropsicología forense tendrían que aportar información relevante en cuestiones tan complejas como la evaluación de la psicopatía, en particular cuando dichas personalidades estén involucradas en un comportamiento antisocial relacionado a la comisión de un delito. Máxime que, el neuropsicólogo tendría que evaluar la relación entre las habilidades cognitivas y la conducta, especialmente desde el punto de vista funcional, incluyendo la evaluación de la inteligencia, el rendimiento académico, la atención y concentración, la memoria visual y verbal, el funcionamiento del lenguaje, el funcionamiento viso-espacial, las habilidades motoras, el procesamiento senso-perceptual, el razonamiento abstracto y las funciones ejecutivas, a efectos de obtener el estudio de la relación del derecho y la conducta humana. (p.170)

Como funciones del neuropsicólogo también se considera el planificar el tratamiento, seguir la evolución de los programas de rehabilitación, preparar los informes escritos y devolver la información a la fuente o persona que ha remitido el caso, así como valorar el impacto sociolaboral derivado de la patología que presenta el paciente y establecer un pronóstico de la evolución y del

beneficio de la aplicación de un programa de rehabilitación neuropsicológica, en este caso para conseguir la readaptación sociolaboral del paciente, si fuera posible, y si no lo fuera de manera completa, tratar de conseguir el mayor grado de autonomía personal en las actuaciones del ser humano. (Monroy & García 2017)

Finalmente, es de precisar que las técnicas utilizadas en la neuropsicología forense que permiten medir diferentes funciones cognitivas asociadas a redes neuronales y estructuras del cerebro, son: la tomografía por emisión de positrones, la tomografía por emisión de fotón único y la imagen por resonancia magnética funcional. Asimismo, se ha indicado que para llevar a cabo dicha evaluación se deberían examinar procesos específicos, como la atención, la memoria y las funciones ejecutivas –autocontrol y planificación. (Monroy & García 2017)

RESPONSABILIDAD CRIMINAL (CULPABILIDAD)

Los neurocientíficos han establecido que el libre albedrío no es demostrable científicamente como base del comportamiento de la persona. Postular que, antes de cualquier actuación voluntaria (basada en el libre albedrío), en la persona se desarrolla una sinapsis neuronal – involuntaria, que determina al sujeto a comportarse en uno u otro sentido, suprimiría en el actuar del sujeto lo que se llama libertad. (Delgado, 2012)

Esto definitivamente atenta contra el fundamento del derecho penal para demostrar la culpabilidad en el cual se toma en consideración que la persona a la cual se le imputa la comisión de hecho delictivo se encuentre en condiciones de elegir el modo o la forma de realizar la conducta delictiva que se ejerció o comprender el injusto del hecho que realizó. (Delgado, 2012)

Lo expuesto lo corrobora Taruffo (citado por Briones, 2013), cuando señala que el uso probatorio de la información aportada por las neurociencias plantea un problema teórico fundamental en el derecho penal, formulándose la interrogante de: ¿es posible reducir la mente al cerebro, identificando las actividades mentales con las actividades cerebrales?, ¿somos nuestro cerebro? En esa línea argumentativa, se cuestiona, si se puede avalar lo que los neurocientíficos sostienen referido a que somos nuestro cerebro, y que estamos determinados por este.

Tal respuesta, sostiene Taruffo citado por Briones (2013), implicaría adoptar una perspectiva teórica estrictamente materialista y determinista, según la cual toda la vida mental, espiritual, volitiva y cognitiva se reduciría al funcionamiento de las células cerebrales y sus conexiones. Lo que significa que estaríamos absolutamente determinados por lo que realice nuestro cerebro; es decir, nuestras acciones y elecciones no serían más que resultados de una especie de programación neuronal, no siendo responsables de nuestros actos y de nuestras decisiones.

Por su parte, sobre el fundamento de la responsabilidad en el derecho penal (sistema de culpabilidad), se ha señalado por Cárdenas (2016), que se ha tenido desde siempre la concepción de que todos los seres humanos son libres y responsables de sus actos porque controlan voluntariamente sus conductas. En cuanto a dicha idea se ha ido construyendo los fundamentos del sistema jurídico de culpabilidad penal.

El libre albedrío es una condición *sine qua non* para que una persona pueda ser declarada culpable de una conducta criminal conforme a lo señalado por Symington citado por (Cárdenas, 2016).

En atención a lo precitado, Feijoo (2011) señala que dogmáticamente la culpabilidad se refiere a los criterios normativos que permite justificar la imposición de una pena a una persona que previamente se le ha efectuado por un injusto jurídico penal, teniendo como uno de los criterios a la autodeterminación como construcción de la libertad.

Es por dichas consideraciones, que la neurociencia recibe muchos cuestionamientos, dado que Cárdenas (2016), sostiene que podría considerarse que cuando analiza el cerebro de una persona y, por lo tanto, el fundamento de sus decisiones para determinar en un caso hipotético que un hombre mató a su esposa no porque era libre sino porque tenía problemas en el cerebro, como una afectación a lo más íntimo de las personas y pueda convertirse en una disciplina que atente contra los derechos fundamentales como la libertad de pensamiento, de consciencia y de autoincriminación.

Al respecto, cabe precisar que no solo la neurociencia ha comenzado con el análisis para determinar si la libertad en todas nuestras

actuaciones se constituye como un elemento que guía de nuestro comportamiento humano.

En primer orden, conforme lo ha señalado Delgado (2012):

Freud y sus discípulos iniciaron el estudio del vínculo entre el cerebro y el comportamiento, partieron de la existencia de importantes componentes de la vida síquica que establecían las motivaciones para actuar con un carácter subconsciente; es por esa razón, que no resultaba posible admitir la libertad de acción de quién decidía conscientemente sus actuaciones. (p.10)

En segundo orden, Delgado (2012) sostuvo que:

Las ciencias sociales llegaron a objetar las circunstancias sociales en que nacía la persona y las colocó como influyentes en la manera de pensar y actuar; y, por ello, determinaron la existencia de relaciones sociales desfavorables. Por último, señaló que las ciencias naturales enfocaron a través de un estudio comparativo entre humanos y primates, que el comportamiento agresivo y, con ello, la actividad delictiva, estaban determinados genéticamente no influyendo en ninguna circunstancia el libre albedrío en el actuar de las personas. (p.13)

En dicho contexto, se debe indicar que, en algunos estados, la neurociencia se viene aplicando desde el 2009, como es el caso de Italia, donde por medio de esta disciplina se rebajó la pena de una persona que había asesinado a un colombiano, en tanto se habría determinado que no actuaba bajo su libre albedrío, por lo que no podía atribuirsele los hechos delictivos causados por su comportamiento, ya que han sido producto del funcionamiento de las células cerebrales. También se viene aplicando en Estados Unidos y en México desde el año 2005. Al respecto, se advierte que en el Perú aún no se ha aplicado la neurociencia y la neuropsicología forense, razón por la cual, no se podría determinar los efectos que podría tener su influencia en el ámbito del derecho penal, específicamente en la responsabilidad criminal (culpabilidad) del reo, es decir, si se podría verificar si la conducta de una persona se efectuó bajo su libre albedrío o predispuesto por el funcionamiento de las células cerebrales.

RESOCIALIZACIÓN DEL REO

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

El principio de resocialización (el cual se compone de los mandatos de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad) es aquel por el cual el Estado garantiza que – en la ejecución de la condena – el penado

desarrolle una serie de actuaciones que permitan asegurar su aptitud para desenvolverse en la vida en libertad, así como su reinserción a la vida comunitaria en las mismas condiciones y con los mismos derechos que los demás ciudadanos. (STC Expediente N°0021-2012-PI/TC, fj.7)

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto a la resocialización, lo siguiente:

La disposición contenida en el artículo 139.22 de la Constitución trae consigo la obligación estatal de asegurar un régimen penitenciario orientado a la resocialización del penado, entendida esta como la situación en virtud de la cual el ser humano, no solo ha internalizado y comprendido el daño social generado por la conducta que determinó su condena, sino que además es representativa de que su puesta en libertad no constituye una amenaza para la sociedad, al haber asumido el deber de no afectar la autonomía moral de otros seres humanos ni otros bienes necesarios para la convivencia pacífica. (STC Expediente N°0012-2010-PI/TC, fj.67 y 68)

En concreto, se puede colegir que el Tribunal Constitucional ha precisado que la resocialización del reo busca que este se reintegre en la sociedad en las mismas condiciones y derechos que los demás ciudadanos, después de haber internalizado el daño que ha generado con su actuar ilícito.

Se ha mencionado que la neurociencia podría contribuir a lograr el cumplimiento de la finalidad que busca la resocialización del reo; ello en mérito de que, Cardona (2020) señala que, la rehabilitación del reo se realiza solo a partir de la aplicación de técnicas de habilidades sociales y de afrontamiento o tratamiento de trastornos afectuosos emocionales, que no han dado sus frutos y han resultado insuficientes. Es por esta razón que el citado autor se formula la interrogante de: ¿si a partir de la neuropsicología clínica, los estudios neuro genéticos, sinapto genéticos, epigenéticos y heurísticos, se pueden elaborar planos neuro funcionales que comprendan la rehabilitación de funciones ejecutivas afectadas, o de la cognición social; que permitan lograr la efectiva resocialización del reo?

Cardona (2020) precisa además que las posibilidades que ofrece la neurociencia y la neuropsicología (agregado nuestro) a través de las tomografías por emisión de positrones, las resonancias magnéticas funcionales o nucleares, entre otros, permiten conocer mejor la naturaleza de la conducta humana y aplicar métodos experimentales que contribuyan en la rehabilitación del individuo y la prevención de futuros delitos.

Basado en lo precitado, Cardona (2020) indica que proponer una reorientación de la política criminal, en el sentido de dar más importancia al tema de la resocialización en ciertos grupos de delinquentes violentos impulsivos reincidentes en los que se encuentran anomalías o alteraciones estructurales o funcionales similares, podría dar lugar a una explicación de la conducta delictiva como enfermedad o patología de tal suerte que llegara a hacerse innecesaria la pena, pero si muy necesaria el tratamiento neuronal rehabilitador. Aspectos relevantes que deben ser tomados en cuenta a efectos de determinar el papel que podría obtener el derecho penal cuando se realiza la imposición de las penas por la comisión de un hecho delictivo.

Cardona (2020) sostiene que:

A partir de los avances neurocientíficos existe la posibilidad de visualizar en tiempo real la actividad humana que involucra procesos mentales. Pero difícilmente se tendría la manera de saber qué siente el ser humano, qué piensa, cuál es la fuerza motivadora de sus actos. Puesto que, las neurociencias podrán ayudar a caracterizar los cerebros de asesinos y psicópatas; podrían incluso proponer algún tipo de tratamiento para recuperar las funciones ejecutivas de los mismos; pero difícilmente podrá predecir el comportamiento futuro de cada individuo, dado que también hay factores epigenéticos, que inciden considerablemente en la conducta final del individuo. (p.94)

Finalmente, esto permite colegir que la incidencia de la aplicación de la disciplina de la neurociencia puede contribuir a lograr la efectiva resocialización del preso, que es uno de los fines busca el derecho penal con la imposición de la pena; empero no garantiza que se cumplan con los otros fines de la pena consistente en la prevención general y especial, destinados a prevenir la comisión de hechos delictivos; por lo que se considera, que la aplicación de esta disciplina se enfrenta a diversos cuestionamientos en cuanto a su relación con el derecho penal sobre la responsabilidad criminal (culpabilidad) del reo y su resocialización.

NEUROPSICOLOGÍA FORENSE Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL EN LOS ÁMBITOS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (CULPABILIDAD) Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL REO

La evaluación neuropsicológica ha adquirido mayor atención, debido a la creciente aceptación respecto a la concepción de que las alteraciones a nivel cerebral podrían influir de manera importante en el establecimiento de si un determinado individuo tiene alteraciones en la conciencia

o autocontrol, lo que sería de gran relevancia para orientar a los jueces en la determinación de responsabilidad penal e incluso la posibilidad de considerarla como un medio de prueba ante los tribunales de justicia, así como la posibilidad de incorporarla como un rubro en un peritaje psicológico con la finalidad de que la evaluación del comportamiento humano adquiera mayor robustez y validez científica dentro de un sistema de justicia. (Monroy & García 2017)

Es por dicha razón que, la precitada evaluación se convierte en gran utilidad en casos en los que se requiera de la descripción de procesos cognitivos y emocionales, que tiene como finalidad el de tener un mejor entendimiento respecto a por qué ocurrió un determinado acto violento, e incluso en aquellos casos en los que existan alteraciones cognitivas derivadas del consumo de sustancias. No obstante, la evaluación neuropsicológica se ve limitada en el sentido de que presenta una dificultad respecto a la identificación del factor o factores que son realmente responsables de las conductas agresivas, puesto que el estudio de las alteraciones cerebrales solo proporciona una explicación parcial del porqué se desarrollan tales conductas, lo que no permitiría tener certeza al momento determinar si una persona actúa con libre albedrío o no. (Monroy & García 2017)

Inclusive, Monroy & García (2017) indica que:

La presencia de determinadas disfunciones cognitivas a nivel del lóbulo frontal, orbitofrontal, fronto-temporal y/o regiones subcorticales del sistema límbico, se han asociado como variables de riesgo para que un individuo presente comportamientos violentos, lo cual es de suma utilidad para la valoración de riesgo de violencia. Aunado a lo anterior, otro punto relevante para las relaciones entre neurociencias y derecho lo encontramos en el concepto de edad penal, donde tanto el análisis de la maduración cerebral como el funcionamiento cognitivo resultan fundamentales para el sistema de justicia, en general, y el de los adolescentes, en particular. En síntesis, el alcance de la neuropsicología forense puede abarcar todas las áreas del derecho y orientar al sistema de justicia. Al mismo tiempo, la evaluación neuropsicológica forense ha sido conveniente para elaborar la descripción de las alteraciones neuro funcionales de una persona, debido a que ciertas alteraciones en la estructura del cerebro –como el lóbulo temporal y la amígdala– se han relacionado de manera significativa con conductas agresivas y descontrol emocional, mientras que las alteraciones en el lóbulo prefrontal se han asociado con conductas antisociales. Además, algunas alteraciones frontotemporales se han vinculado con problemas de inhibición y capacidad de planificación. (p.4).

Asimismo, Monroy & García (2017) ha señalado que:

Con respecto al ámbito penal, la intervención del neuropsicólogo se enfocó inicialmente en la identificación de la llamada discapacidad intelectual (antes también conocida como retraso o deficiencia mental), como concepto atenuante de la conducta criminal. Empero, a través del paso del tiempo el campo de intervención se ha ido ampliando, sobre todo en aspectos relacionados con el papel de los lóbulos frontales en la conducta delictiva. (p.4)

Empero, se ha establecido que el hecho de que un individuo presente o no alteraciones en el cerebro no predice, sin lugar a dudas, que necesariamente cometa un acto violento; puesto que, indudablemente no por el hecho de que haya una alteración en una región del sistema nervioso que se ha correlacionado en forma estadística a un determinado comportamiento, significa que el individuo obligatoriamente presentará la misma conducta o que esta sea determinante de su actuación presente o futura. Por tal razón, se deben integrar los datos neuropsicológicos obtenidos junto con los que se refieran al ambiente, historia de vida y circunstancias del hecho, así como todos los datos necesarios y relevantes para el suceso que se investiga, lo cual permitirá llevar a cabo una evaluación más completa, e inclusive su aplicación deberán complementarse con las evaluaciones que realicen el psiquiatra, el neurocirujano, el neurólogo y el psicólogo, aunque esto tampoco sería definitorio. (Monroy & García 2017)

Por último, en atención a lo expresado por Leguía (2019), quién ha referido que la neurociencia ha ido resolviendo los maravillosos enigmas que presente el cerebro humano, se puede advertir que aún el estudio del cerebro humano es algo inexplicable e incierto, ello en mérito a lo indicado por Monroy & García (2017), pues a pesar de los grandes avances que se ha logrado obtener con la aplicación de la neuropsicología forense en el ámbito jurídico aún no se ha podido definir los comportamientos delictivos de una persona.

CONCLUSIONES

1. La neurociencia surge como una disciplina en el siglo XIX, su objeto de estudio se centra en el estudio que existe entre el cerebro y la conducta humana, con la finalidad de encontrar el fundamento de nuestras decisiones, de lo que somos y como nos pensamos como seres humanos morales y espirituales, a efectos de determinar si nuestro actuar se realizó en

base a nuestro libre albedrío; sin embargo, no ha sido la única disciplina que se ha ocupado de estudiar o analizar el libre albedrío como fundamento en nuestro actuar, puesto que de ello también se ha ocupado la psicología y algunas ciencias sociales.

2. El derecho penal para sancionar o reprochar determinadas conductas que afectan bienes jurídicos, necesita que las personas sean culpables, esto es, después que su conducta se establezca como típica, antijurídica, que hayan actuado bajo su libre albedrío o conscientes del injusto penal que han realizado, de lo contrario, se produciría causales de inimputabilidad.
3. La resocialización del reo consiste en que el penado desarrolle una serie de actuaciones que permitan desenvolverse en la sociedad de forma libre en las mismas condiciones y con los mismos derechos que los demás ciudadanos.
4. En el Perú, aún no se ha aplicado la neurociencia y la neuropsicología forense, motivo por el cual, no se podría determinar los efectos que podría tener en el ámbito del derecho penal, específicamente en la responsabilidad criminal (culpabilidad) del reo y su resocialización, puesto que se considera que podrían ayudar a caracterizar los cerebros de asesinos y psicópatas; incluso proponer algún tipo de tratamiento para recuperar las funciones ejecutivas de los mismos, pero empero no garantiza que se cumplan con los otros fines de la pena consistente en la prevención general y especial, destinados a prevenir la comisión de hechos delictivos.
5. La neuropsicología forense es la aplicación de la neuropsicología, encargada de estudiar la relación del cerebro y la conducta humana, en el ámbito legal que podría ayudar a contribuir al esclarecimiento de los hechos delictivos y a la resocialización del reo, lo cual no necesariamente es determinante porque no siempre se podrá definir la forma de comportarse del individuo y si está es repetitiva en todas sus actuaciones presentes o futuras.
6. El neuropsicólogo forense se convierte en el profesional capacitado para actuar como perito en causas judiciales en las que se vean implicadas personas de algún tipo de disfunción o daño cerebral, cuya labor versaría en conocer si existen alteraciones en el sistema nervioso central, y si estas pueden ser de utilidad para el esclarecimiento de la comisión y autoría de los hechos delictivos.

7. Se ha planteado la posibilidad que la neuropsicología forense sea considerada como un parámetro aplicable dentro de la evaluación psicológica que pueda practicar a la persona que realiza un comportamiento delictivo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Feijoo Sánchez, B. (2011). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Thomson Reuters.

Nagore Casas, A (2019). *Neuropsicología Forense. Una disciplina Emergente*. Editorial Síntesis

Fuentes hemerográficas

Araya Pizarro, S & Espinoza Pasten, L (2020). Aportes desde las neurociencias para la comprensión de los procesos de aprendizaje en los contextos educativos. *Propósitos y representaciones*. Vol.8 N°01

Briones Velastequi, M (2013). Neurociencia y Proceso Judicial. *Revista Euat Neurol*. Vol.22 N°1-3.

Camargo Brito, R (2021). Neurociencia y Derecho. El impacto del Neuroderecho en la Práctica Judicial Chilena. *Revista Chilena Derecho*. Vol.48 N°03.

Cárdenas Krenz, R. (2016). *Neurociencia y derecho: Problemas y posibilidades para el quehacer jurídico*. *Bioethics Update*. 82-106.

Cardona Godoy, J (2020). La influencia de la Neurociencia en ejecución de la pena desde el fin resocialización. *Nuevo foro penal*. 94 (16), 93-124.

Delgado Calderón, I. (2012). El dilema del derecho penal y las neurociencias: ¿libre albedrío o determinismo? *Revista Pensamiento Penal*, 3-20.

Monroy, N. & García-López, E. (2017). Neuropsicología forense, una aportación al sistema de justicia en México. *Revista Criminalidad*, 59 (3): 163-181.

Tirapu Ustarroz, J (2011). Neuropsicología – neurociencia y las ciencias “Psi”. *Cuadernos de neuropsicología*. Vol.05 n°01

Tesis

Acevedo Vega, N. (2015). *Culpabilidad jurídico penal y neurociencias: una aproximación multidisciplinaria a la fundamentación y justificación de la culpabilidad frente a los actuales avances científicos* (Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Universidad de Chile, Chile.

Leguía Cerna, J (2019). *Neurociencia criminológica como mecanismo de análisis para la determinación de la responsabilidad subjetiva de la violencia criminal* (Tesis de licenciatura). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2014).STC Expediente N°0021-2012-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2011).STC Expediente N°0012-2010-PI/TC

LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS Y SU LUGAR EN EL SISTEMA POLÍTICO MEXICANO. LA EXPERIENCIA DE LA CNDH EN LA RECONFIGURACIÓN DEL ESTADO

AUTONOMOUS CONSTITUTIONAL BODIES AND THEIR PLACE IN THE MEXICAN POLITICAL SYSTEM. THE EXPERIENCE OF THE CNDH IN THE RECONFIGURATION OF THE STATE

Ignacio García Marín
ORCID: 0000-0003-2754-1934
Universidad Complutense de Madrid
Nachogarciamarin08@gmail.com
España

Ana Cristina González Rincón
ORCID: 0000-0003-0305-4808
Universidad Nacional Autónoma de México
acgonzalez@cua.uam.mx
México

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.07](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.07)

Recibido: 28 de julio de 2023.

Aceptado: 29 de agosto de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- El presidencialismo como forma de gobierno y la variante mexicana.
- Elementos configuradores de los órganos con autonomía constitucional en México.
- Efectos jurídicos y políticos del modelo de los OCA en el presidencialismo mexicano.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

La presente investigación aborda el papel que juegan los Órganos Constitucionales Autónomos (OCA) dentro del presidencialismo en el sistema político mexicano. Se parte del análisis del régimen presidencial y de la variante mexicana, dando especial atención a la transición democrática en los años 90. Posteriormente, se analiza desde una mirada constitucional y política, una de las principales innovaciones constitucionales mexicanas que allanaron este camino con la creación de las OCA, que facilitaron la pérdida de poderes constitucionales del jefe de Estado y el fin del presidencialismo imperial. Para facilitar su comprensión y configuración legal, se analiza el caso concreto de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), lo que ejemplifica bien los límites de estas instituciones, pero

también su capacidad para modernizar y democratizar al Estado mexicano. Sin embargo, aparentemente este tipo de instituciones estarían rediseñando el sistema político en cuanto a la separación y división de los poderes del Estado, pero sin lograr una verdadera autonomía y límite para gobiernos con mayoría en las cámaras.

PALABRAS CLAVE

Constitución mexicana, CNDH, división y separación de poderes, México, órganos constitucionales autónomos, presidencialismo.

ABSTRACT

This research addresses the role played by the Autonomous Constitutional Bodies (OCA) within presidentialism in the Mexican political system. It starts with the analysis of the presidential regime and the Mexican variant, paying special attention to the democratic transition in the 1990s. Subsequently, it analyzes from a constitutional and political point of view, one of the main Mexican constitutional innovations that paved the way for the creation of the OCAs, which facilitated the loss of constitutional powers of the head of state and the end of imperial presidentialism. To facilitate their understanding and legal configuration, the specific case of the National Human Rights Commission (CNDH) is analyzed, which exemplifies well the limits of these institutions, but also their capacity to modernize and

democratize the Mexican State. However, this type of institutions would apparently be redesigning the political system in terms of the separation and division of the powers of the State, but without achieving true autonomy and limits for governments with a majority in the chambers.

KEYWORDS

autonomous constitutional bodies, CNDH; division and separation of powers, Mexican Constitution, Mexico, presidentialism.

INTRODUCCIÓN

El Estado mexicano se configura como una república representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos (art. 40, CPEUM). No obstante, desde su independencia (1821) y hasta el año 2000, tuvo una limitada experiencia democrática, condicionada, en gran medida, por jefes de Estado iliberales y elevada concentración del poder. Por ello, resulta interesante analizar el proceso de transición a la democracia del sistema político mexicano a partir de una innovación constitucional a cargo de los Órganos Constitucionales Autónomos (OCA), los cuales comenzaron a ser reconocidos en la Carta Magna a partir de 1993. A través de ellos, se trató de otorgar una protección reforzada y especializada al sistema, así como limitar la influencia del poder ejecutivo en el sistema político. Asimismo, se buscó una paulatina desconcentración del poder presidencial en favor de estas nuevas instituciones, tratando con ello de alejar el hiperpresidencialismo (Carpizo, 2001; Escamilla Cadena & Reyes García, 2001) o presidencialismo imperial (Krauze, 1999) del pasado y propiciando un renovado y teóricamente equilibrado juego democrático.

En efecto, los OCA comenzaron a establecerse en la Constitución mexicana con el propósito de que pudieran desempeñar funciones que, por su importancia y trascendencia, no debieran estar sujetas a decisiones partidarias (Cadena y García 2015; Casar, 2001; Weldon, 1997), caso de la celebración de elecciones, la política monetaria o la promoción y protección de los derechos humanos. Por ello, es interesante discutir su adecuación constitucional, naturaleza jurídica y facultades que han ido adquiriendo a lo largo del tiempo, así como el nuevo diseño resultante del sistema político mexicano, en especial en lo que respecta a la institución presidencial.

Así, la presente investigación pretende responder a la pregunta ¿cuál es la *raison d'être* de los Órganos Constitucionales Autónomos dentro del sistema presidencial mexicano a partir de su configuración constitucional? Y, si ello pudiera reconfigurar la forma del Estado. Esto, debido a que, en los últimos años, los OCA han tendido a configurarse como verdaderos actores de entre los tradicionales poderes del Estado, logrando incluso condicionar la actuación de éstos y logrando cierta autonomía con respecto al ejecutivo. Derivado de ello, se discute si el presidencialismo mexicano puede resultar en la consideración de una nueva variante de esta forma de gobierno, así como la categorización y naturaleza jurídica de los OCA, particularmente, de la mano de la experiencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), cuyas facultades constitucionales le han servido para limitar los abusos de los demás poderes en cuanto a los derechos y las libertades fundamentales.

En consecuencia, en la primera parte del documento se discute la naturaleza del régimen presidencial y de su variante mexicana, para posteriormente analizar el proceso de transición democrática del país y la configuración constitucional de los OCA. A continuación, se estudia a la CNDH, dado su papel central en los años 90 en la protección y tutela de los derechos y las libertades constitucionales. Finalmente, se discute el encaje de estas instituciones en el conjunto del sistema mexicano, en especial su impacto en la separación y división de los poderes del Estado y de su verdadera autonomía y garantía constitucional.

EL PRESIDENCIALISMO COMO FORMA DE GOBIERNO Y LA VARIANTE MEXICANA

El Estado liberal, nacido de los procesos revolucionarios del período 1776-1830, constitucionalizó la división y separación de poderes. En concreto, se instauró el modelo propugnado por Montesquieu (1906), destacándose desde entonces como la tríada clásica de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. De las formas de gobierno existentes, fue en el presidencialismo donde la separación de poderes se destacó por una mayor separación.

En este sentido, el presidente de la república es la primera figura política y jurídica del Estado. Lo dirige, personifica y se encuentra en la cima de la jerarquía. Cuenta con importantes

facultades en materia legislativa, como veto u observación, decreto y reglamento; libertad para formar su gobierno, mando de las fuerzas armadas, dirige la política exterior; no puede ser destituido de su cargo salvo juicio político, y su mandato es rígido, en términos temporales. Dada su preeminencia y separación constitucional sobre los demás poderes del Estado, el mandato del presidente de la república está constitucionalmente delimitado, así como la posibilidad de reelección.

El poder legislativo, si bien es elegido directamente por el pueblo, no tiene una capacidad excesiva para influir en la actividad del ejecutivo. No es necesario para su elección y permanencia, y su propia conformación partidaria introduce variables que pueden acercar o alejar ambos poderes (Basabe-Serrano, 2017; Chasqueti, 2008; Garrido & Nohlen, 2020; Lanzaro, 2012). Cuando existe la misma mayoría política en el ejecutivo y el legislativo, se establece el gobierno unificado (Fernandois, 2000; García Marín, 2021; Santos et al., 2014), situación que teóricamente coloca al jefe de Estado con mayor protagonismo, dificultando el control y fiscalización de la legislación. De lo contrario, estaríamos ante un gobierno dividido, que en algunos regímenes latinoamericanos ha favorecido la existencia de ejecutivos con tendencia al abuso del decreto y a gobernar de espaldas a la cámara (Mainwaring, 1993b; Negretto, 2015; O'Donnell, 1993; Travers & Carneiro, 2017).

Precisamente, esta rígida y amplia separación en términos constitucionales entre los dos principales poderes políticos del Estado (ejecutivo y legislativo), ha sido utilizada habitualmente como crítica en el ámbito académico al presidencialismo como forma de gobierno (J. Linz & Valenzuela, 1994; Juan. Linz, 2013; Mainwaring & Shugart, 1997). Dado que apenas existen mecanismos para la resolución de conflictos y la permanencia de los legisladores y el presidente está establecido de antemano con poca capacidad de alteración, pueden existir enfrentamientos irresolubles hasta el final del mandato de cada una de las autoridades electas. Si a eso se suma la breve y muchas veces conflictiva historia democrática de gran parte de América Latina (Hochstetler, 2008; Valenzuela, 2008) se puede entender que un sector sustancial de la academia mantuvo una visión muy pesimista sobre la estabilidad de los regímenes que apenas abandonaron el autoritarismo a partir de 1980.

En este sentido, Mainwaring (1993a, 1993b), Linz y Valenzuela (1994) y Valenzuela (2008) fueron los primeros en advertir sobre las características constitucionales que desalentaban casi irremediabilmente su implementación en esta región del mundo. Si a eso se le suma el autogolpe de Fujimori en 1993 y la llegada de Hugo Chávez en 1998, todo parecía indicar que el análisis académico tenía razón. Afortunadamente, y aun con algunos retrocesos democráticos evidentes (Bolivia, Nicaragua, Venezuela, El Salvador), la democracia se consolidó en la región y algunos sistemas políticos como Uruguay, Chile y Costa Rica se encuentran entre la élite de la libertad a nivel mundial.

Ahora bien, si en su diseño constitucional el presidencialismo busca consolidar la estabilidad del sistema, la falta de mecanismos rápidos y de negociación con minorías parlamentarias puede representar un problema en situaciones de notoria confrontación política. De hecho, sólo se cuenta con el juicio político como una efectiva herramienta de destitución presidencial, y su uso generalmente requiere de mayoría política en el poder legislativo, lo que en la práctica ha hecho que su uso y éxito sean relativamente bajos (Pérez-Liñán, 2009, 2016; Travers & Carneiro, 2017).

La variante mexicana del presidencialismo

El modelo mexicano se diferencia del originario por la ausencia de una vicepresidencia, aunque tal cargo históricamente se ha considerado ocupado *de facto* por el secretario de gobernación (Carpizo, 2001; Rivera Suárez & Rivera Suárez, 2019). El mandato es de seis años, asumiendo así la presidencia más larga del continente, no reconoce la posibilidad de reelección y; el poder ejecutivo sí tiene la facultad de presentar proyectos de ley ante el Congreso, incluso a través de un proceso acelerado y prioritario¹. Por otro lado, el presidente de la república mexicana ha tendido a mostrar una clara posición de desdén o desprecio hacia el Congreso respecto al informe anual (Gómez Jiménez & León Pérez, 2022; Loaeza, 2021), hecho que no es excesivamente diferente a otros regímenes presidenciales (Iazzetta, 2020;

¹ A través de la iniciativa preferente, regulada en el art. 71, fracción IV (CPEUM, 2023), pero limitada a sólo dos iniciativas por año legislativo. La cámara donde se presentó originalmente la iniciativa tiene solo 31 días para discutirla y votarla en sesión plenaria.

Zícari, 2022). De igual forma, el uso del veto u observación presidencial suele ser bajo en perspectiva comparada (Aníbal Pérez-Liñán & Rodríguez Raga, 2009).

Desde el año 2000 el ejecutivo ha contado con cierto dominio de la actividad legislativa a pesar de que el gobierno unificado no se recuperó hasta 2018 con la mayoría oficialista de Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA). Véase la siguiente tabla para una rápida comparación entre el modelo originario y el mexicano:

Tabla 1. El presidencialismo de Estados Unidos y México

	Modelo EUA	Modelo mexicano
Elección directa e independiente de legisladores	Sí	Sí
Elección directa e independiente del presidente	No	Sí
Presidente de término fijo	Sí	Sí
Legisladores plazo fijo	Sí	Sí
El presidente puede ser destituido por juicio político	Sí	Sí
El Congreso puede ser disuelto por el presidente	No	No
Existencia del primer ministro	No	No
Presidente tiene iniciativa legislativa	No	Sí
El legislativo es bicameral	Sí	Sí
Reelección presidencial	Sí, máximo 2 términos	No
Vicepresidente de Existencia	Sí, uno	No
Presidente del Congreso	Vicepresidente de la república	Diputado, elegido por la cámara

Fuente: elaboración propia con base en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por otro lado, para analizar el presidencialismo mexicano se debe tener en cuenta su práctica política. Entre 1917, fecha en que entró en vigor la actual constitución, y el año 2000, el país norteamericano padeció un régimen autoritario de base partidaria, dominado de manera hegemónica por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y sus configuraciones previas. Durante este largo tiempo, el país se caracterizó por la práctica del hiperpresidencialismo, dada

la inexistencia de separación entre los poderes del Estado y la sumisión del poder legislativo y judicial al jefe de Estado. El propio presidente de la república fue elegido por la dirección del partido en un proceso que no era ni democrático ni transparente (González Casanova, 1975; Loaeza, 2013), siendo los procesos electorales en el país una ficción sin competencia partidista (Barrón, 2006). Los gobernadores de las entidades federativas a menudo eran seleccionados por el presidente de la república y la colusión entre las élites políticas y económicas del país fue la norma durante todo el régimen del PRI (Petraça, 1994). Así, los dos grandes pilares del sistema autoritario del siglo pasado fueron el partido hegemónico y el hiperpresidencialismo.

Una de las principales cuestiones que hubo que resolver desde el punto de vista legal y constitucional de cara a una transición a la democracia en México fue la búsqueda de pérdida de poderes y facultades (incluidas las metaconstitucionales) del poder ejecutivo (Uvalle Aguilera, 2022, p. 51). A esto, añádase que, desde la propia presidencia, así como desde el PRI, se intentó (con éxito) controlar el proceso democratizador (Hernández Rodríguez, 2023; Mora-Donatto, 2010). Ejemplo de ello, las reformas electorales de 1977, 1986, 1991, 1994 y 1996 redujeron progresiva y controladamente, el predominio unipartidista en el Congreso y, finalmente, permitieron la realización de elecciones creíbles y confiables, logrando que en 1997 el presidente Ernesto Zedillo se situara en un gobierno dividido (Arturo Escamilla Cadena, 2016), hecho inédito desde 1917.

Así, la senda por la que atravesó el país para finalmente alcanzar la democracia fue, sin duda, la paulatina pérdida de poderes de la figura presidencial (Loaeza, 2013; Méndez de Hoyos, 2007), tanto constitucionales como metaconstitucionales (Carpizo, 2001). En gran medida, la profesionalización e imparcialidad de las instituciones fue la que finalmente permitió que la oposición llegara al poder de manera legítima y pacífica, fortaleciendo al poder legislativo como una institución separada y autónoma del ejecutivo. Como ejemplo de lo anterior, en 1996 se creó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), el cual estuvo previamente acompañado en 1990 por el Instituto Federal Electoral (IFE, actualmente INE), con el objeto de realizar los procesos electorales y establecer el marco normativo para los mismos (Petraça, 1994). Hasta antes de ese

momento, las elecciones eran monitoreadas y realizadas por el propio ejecutivo, lo que explica bien el conflicto de intereses y la falta de garantías institucionales que caracterizó al proceso electoral en México durante décadas. Todo este proceso de reforma, desarrollado principalmente en las dos últimas décadas del siglo pasado, estuvo acompañado de un contexto económico de apertura, como la entrada al GATT en 1985, la reconfiguración autónoma del Banco de México en 1993 y la entrada en vigor en 1994 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá (TLCAN) (Nacif, 2004).

Como conclusión, se puede resaltar que durante la transición democrática en México se buscaron tres objetivos principales: acotar y limitar el poder político dominante, en especial al poder ejecutivo, establecer mecanismos y procesos en materia electoral que fueran confiables, seguros y con capacidad real para que la oposición pudiera gobernar y la progresiva desvinculación de facultades y tareas del ejecutivo en muy diversas áreas, las cuales fueron transferidas a órganos especializados y autónomos con rango constitucional, como se analiza en el apartado siguiente.

ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LOS ÓRGANOS CON AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Como se destacó previamente, en la década de 1990 y bajo la presidencia del PRI se introdujeron instituciones técnicas y especializadas para ejercer funciones públicas de regulación, vigilancia y control, históricamente ejercidas por el poder ejecutivo (Fabián Ruíz, 2017). Estas instituciones han aparecido y evolucionado de manera creciente, lo que ha supuesto cuestionar, por algún sector de la doctrina, su desarrollo como un debilitamiento del gobierno, sin necesariamente fortalecer la posición del Estado (Ugalde, 2014; Dussauge Laguna 2015). Esto, pues han generado nuevos problemas administrativos, particularmente relacionados con la coordinación interinstitucional, así como una transformación nociva a la teoría clásica de la división de poderes. Sobre estos argumentos, sin embargo, se han reconocido ciertos límites en cuanto a la falta de un análisis empírico profundo que ayude a demostrar adecuadamente la supuesta distorsión que sufre el Estado por la moda (Ugalde, 2014) de estos órganos.

Contrariamente, otra postura ha manifestado que la razón que ha favorecido decisivamente la aparición de estas organizaciones se debe,

primero, a la pérdida de legitimidad de las instituciones democráticas y a la complejidad en la gestión pública y, segundo, a la demanda de espacios ciudadanos de mayor pluralidad (Carbonell, 2006, Cárdenas Gracia, 2001; Pedroza de la Llave, 2002; Córdova Vianello, 2011). En este sentido, la acción frente al poder público, con el fin de apartar y democratizar los órganos de gobierno del Estado ha hecho florecer (García Ramírez, 2017) a estos órganos ajenos a las fuerzas políticas, y dotados de reconocido prestigio y experiencia en la materia. El caso de la CNDH que se analiza en el siguiente apartado es un ejemplo de esto.

Precisamente, antes de conocer esa práctica, es importante tener en cuenta su regulación a nivel constitucional, así como los elementos configuradores que determinan su naturaleza jurídica. Son órganos que se han establecido directamente en la Constitución, por lo que son producto de reformas que han discutido y avalado la necesidad de su creación. Deben mantener relaciones de coordinación con los demás órganos del Estado, incluidos otros OCA y los poderes tradicionales. Gozan de autonomía e independencia funcional y financiera, tanto al interior como hacia el exterior, de manera que no deben subordinar su labor ni sus facultades a las de los otros poderes, pues no pueden ser considerados una prolongación de ellos (Codes Calatrava, 2010). A su vez, deben atender las funciones coyunturales del Estado que requieran ser atendidas efectivamente en beneficio de la sociedad (Controversia Constitucional 32/2005). En definitiva, se trata de un conjunto de órganos a través de los cuales la Constitución federal mexicana ha encargado la realización de actividades en concreto, otorgándoles igualdad (SCJN, Jurisprudencia 172456, 2007, p. 1647) e independencia, en relación con otras instituciones, para llevar a cabo funciones específicas del Estado en busca de una mayor especialización, agilidad y transparencia (Fabián Ruíz, 2017).

La Constitución mexicana reconoce actualmente nueve OCA: el Banco de México (BANXICO), encargado de velar por la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, así como de propiciar el sano desarrollo del sistema financiero y promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago (art. 28 CPEUM); la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), para promover, proteger y garantizar la libre competencia y concurrencia económica, prevenir, investigar y combatir

los monopolios y prácticas monopólicas (art. 28 CPEUM); el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), a fin de garantizar el ejercicio, asegurando el acceso de toda la población al desarrollo social (art. 26, apartado C, CPEUM); la Fiscalía General de la República (FGR), con el objeto de investigar delitos federales y procurar justicia y adecuada reparación para las víctimas (art. 102, apartado A, CPEUM); el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), para regular las materias relacionadas con el espectro radioeléctrico, las redes públicas de telecomunicaciones, la comunicación satelital y, en general, los servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión (art. 28 CPEUM); el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), para brindar a la sociedad y al Estado información de calidad, pertinente, veraz y oportuna, a fin de contribuir al desarrollo nacional (art. 26, apartado B, CPEUM); el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), con el fin de proteger los derechos de acceso a la información pública en poder de cualquier autoridad que reciba y ejerza recursos públicos y la protección de datos de todas las personas en posesión de los sujetos obligados (art. 6 CPEUM); el Instituto Nacional Electoral (INE), para la organización y ejecución de los procesos electorales federales y locales (art. 41 CPEUM); y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), cuya función principal es la protección y promoción de los derechos humanos en todo el país (art. 102, apartado B, CPEUM).

No existe homogeneidad en su regulación, estructura o composición, sin embargo, destaca en todos ellos su autonomía funcional y financiera, sin la cual su naturaleza y eficacia se verían gravemente afectadas. En efecto, la autonomía funcional exige que tengan competencias propias sin estar sujetas a la intervención de otros poderes, así como designar su propio personal con base en criterios específicos (Fabián Ruíz, 2017). En el caso de la autonomía financiera, es importante proyectar sus necesidades económicas a partir de su plan de actividades y ejercer los recursos de acuerdo con su propio presupuesto (Fabián Ruíz, 2017), aunque esto no significa que no estén sujetos al control, vigilancia y supervisión por las autoridades del Estado (Matheus, 1995).

Otras notas comunes en el diseño de estos órganos es que constituyen un contrapeso

eficiente porque promueven la participación ciudadana no partidista en la toma de decisiones fundamentales (Caballero Ochoa, 2000). Por tanto, entre los requisitos de sus integrantes está el de tener experiencia en el campo que van a ocupar, ser funcionarios técnicos de reconocido prestigio en las áreas académica y profesional y no pertenecer a ningún partido político.

También se puede mencionar la legitimidad activa que tienen para interponer ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), controversias constitucionales cuando consideren que hay una invasión en su esfera de competencias, y acciones de inconstitucionalidad, por la contradicción entre normas generales y la Constitución federal. Esta situación de interacción entre los poderes del Estado, caso de la SCJN y los OCA, podría explicarse por la relevancia que han adquirido a lo largo del tiempo Caballero Ochoa, 2000). Así, por ejemplo, las controversias constitucionales que se plantean de acuerdo con el artículo 105, fracción I, incisos k) y l) de la Constitución, sobre la constitucionalidad de las normas generales, actos y omisiones, se puede observar que pueden ser resueltos los conflictos que se susciten entre dos OCA de una entidad federativa, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo de esa Entidad, así como entre dos OCA federales, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión. De esta forma, “esta garantía constitucional pretende preservar el sistema de distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno y entre los distintos poderes” (SCJN, Tesis aislada 2a. LXXXVIII/98, 1998, p. 421).

Cuestión similar ocurre en el caso de las acciones de inconstitucionalidad previstas en el artículo 105, fracción II, incisos g), h) e i) de la Constitución federal, con la salvedad de que no todos los OCA están previstos para la interposición de esta figura. Esto es, únicamente tiene la facultad de promover acciones de inconstitucionalidad la CNDH, el INAI y la FGR, aunque con diferencias entre ellos. A modo de ejemplo, la CNDH tiene derecho a recurrir contra las leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como los tratados internacionales suscritos por el ejecutivo federal y aprobados por el senado de la república, que violen los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Por su parte, el INAI, aun

con la misma facultad para promover acciones de inconstitucionalidad, sólo puede hacerlo respecto de aquellas leyes que vulneren el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales. Por último, la FGR podrá hacerlo exclusivamente respecto de las leyes federales y de las entidades federativas en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones.

La experiencia de la CNDH en la tutela y promoción de los derechos humanos

A continuación, se estudia uno de los ejemplos más representativos en el que se puede apreciar una auténtica evolución de una OCA en México, no solo en cuanto a sus competencias internas con otras instituciones del Estado, sino también en cuanto a su interacción con organismos supranacionales como son la Comisión y Corte Interamericanas. Para empezar, cabe recordar que esta institución fue inicialmente creada como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (1990), posteriormente fue incorporada a la Constitución federal como un órgano desconcentrado (1992) y años más tarde (1999) adquirió su personalidad jurídica y autonomía en la Constitución federal. Estas etapas son relevantes porque, como órgano desconcentrado y descentralizado, el nombramiento de su titular estaba directamente a cargo del presidente de la república, y ya como un OCA, ese poder pasó directamente a formar parte de las facultades de la Cámara de Senadores. Así, el artículo 102, fracción B del texto constitucional reconoció a la CNDH en los siguientes términos:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán los órganos de protección de los derechos humanos que tutelen el ordenamiento jurídico mexicano, los cuales conocerán de las denuncias por actos u omisiones de cualquier naturaleza, autoridad administrativa de cualquier autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos [...]. El órgano que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; tendrá autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propio.

Desde el inicio, la CNDH tuvo a su cargo una función reparadora consistente en proteger y reparar los derechos humanos, pero también, junto a ello, una función preventiva para promoverlos, estudiarlos y difundirlos. A nivel nacional, esto le ha permitido sugerir

reformas sobre determinadas políticas públicas en esa materia, como ha ocurrido con el Desplazamiento Forzado Interno (DFI), en el que, a través de un estudio pormenorizado de la legislación vigente y de los pronunciamientos interamericanos más vigentes, la CNDH destacó la ausencia de un diagnóstico oportuno y eficaz, así como de estadísticas oficiales que permitan medir las consecuencias de este tipo de fenómeno (CNDH, Informe Especial sobre DFI). En consecuencia, propuso la elaboración de un diagnóstico general que permitiera tomar acciones y prevenir delitos. En ese sentido, en parte a su gestión, el Congreso Federal revisó y propuso diversas iniciativas con el objetivo de regular dichas conductas y reparar a las víctimas.

A nivel internacional, la CNDH también ha impulsado diversos acuerdos para promover una cultura en derechos humanos (González Rincón, 2019). Por ejemplo, se puede mencionar la promoción de la Cartilla de Derechos para los mexicanos migrantes en Estados Unidos, permitiéndoles contar con una guía sobre sus derechos que los informe y asista en caso de ser detenidos, así como números telefónicos de contacto para la embajada, consulado y organizaciones civiles que puedan ayudarlos durante el procedimiento de su detención. Este cuadernillo ha sido distribuido en internet a través de las redes sociales y también de forma física, gracias a la colaboración de otras instituciones como la sede de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en ese país. Por lo tanto, a través de esta labor de prevención de la CNDH, busca evitar futuras violaciones a los derechos de las personas, siendo esta función fundamental tanto para las autoridades gubernamentales como para las personas en general, ya que la finalidad se proyecta a largo plazo, educando en derechos humanos a través del aprendizaje, el conocimiento y la cultura de la legalidad con apego al respeto de las normas nacionales e internacionales.

La CNDH es una institución cuya defensa del control de los derechos y las libertades fundamentales se realiza a través de la recomendación, cuya característica principal es que debe tener una sólida base jurídica a fin de que pueda ser aceptada por la autoridad a la que se dirige (Acuña Llamas, 2001). Las recomendaciones emitidas no son vinculantes para la autoridad, sin embargo, en caso de ser rechazadas, la Cámara de Senadores a petición de la CNDH, podrá citar a los servidores

públicos para que expliquen el motivo de su negativa, en una especie de control legislativo. A continuación, un resumen del número de recomendaciones que han sido emitidas por la CNDH desde su creación en 1990 hasta el último período completo de su titular en 2019.

Tabla 2. Recomendaciones emitidas por la CNDH 1990-2019

Períodos	Años en cada período	Recomendaciones emitidas	Derechos más vulnerados
1) del 6 de junio de 1990 al 13 de enero de 1993	4	435	Integridad personal y seguridad
2) del 14 de enero de 1993 al 26 de noviembre de 1996	4	702	Integridad personal y seguridad
3) del 8 de enero de 1997 al 13 de noviembre de 1999	3	344	Integridad y seguridad personal, derecho a la salud
4) del 16 de noviembre de 1999 al 15 de noviembre de 2009	11	567	Integridad y seguridad personal, derecho a la salud, derecho a la vida
5) del 16 de noviembre de 2009 al 15 de noviembre de 2014	6	417	Derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la integridad y seguridad personal
6) del 16 de noviembre de 2014 al 15 de noviembre de 2019	6	401	Derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la integridad y seguridad personal

Fuente: Elaboración propia con base en información obtenida del sitio web de la CNDH.

Cabemencionar la participación de la CNDH en la interposición de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, a las que ha recurrido en más de una ocasión. A modo de ejemplo, se expone la controversia constitucional 45/2019, en la que la CNDH consideró en perjuicio de su competencia constitucional, específicamente de su autonomía

presupuestaria y de gestión, el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2019, emitido por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y el Presidente de la República. Lo anterior, toda vez que al momento de emitirse ese decreto se rechazó el proyecto de presupuesto elaborado por la Comisión Nacional, obligándola a reducirlo en detrimento del artículo 127 de la Constitución, que permite fijar la remuneración de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. En ese caso, la CNDH consideró que la disminución del presupuesto para el ejercicio fiscal 2019 afectó su jurisdicción constitucional, lo que resultó en una vulneración directa de su autonomía presupuestaria (Controversia Constitucional 45/2019, p.14). Asimismo, argumentó que el Presupuesto de Egresos de la Federación, al disponer que la remuneración de los servidores públicos de mando y de máxima representación de la CNDH, debe ser inferior a la establecida para el cargo de Presidente de la República, violaba el mismo artículo 127, fracción III de la Constitución mexicana ya que, de conformidad con dicha disposición, los servidores públicos pueden recibir una remuneración como consecuencia del desempeño de diversos trabajos públicos, producto de las condiciones generales de su trabajo, derivadas de un trabajo técnico, calificado o por especialización de su función, limitando así, de igual forma, la autonomía presupuestaria de la CNDH (Controversia Constitucional 45/2019).

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad promovidas por ese órgano nacional, se puede citar la 4/2019, contra el órgano legislativo de Tamaulipas y el gobernador de la misma entidad federativa. En particular, respecto del artículo 17 Ter, séptimo párrafo, fracción I de la Constitución Política de Tamaulipas, que disponía que, para poder formar parte del Instituto Estatal de Protección de la Identidad, la persona debería ser ciudadana mexicana por nacimiento. De acuerdo con la CNDH, la consideración de ser mexicano solo por nacimiento para poder ser Comisionado de ese Instituto era violatorio de diversos preceptos constitucionales y convencionales que establecían la igualdad de derechos, la no discriminación, el derecho al trabajo y a ser designado para cualquier cargo o comisión de servicio público, contenidos en los artículos 1, 5, 32 y 35, fracción VI, de la Constitución federal, artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),

artículos 2.1, 25, inciso c), y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 2 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

Entre sus argumentos y citando tanto el texto constitucional federal como la CADH y la jurisprudencia nacional e interamericana, la CNDH manifestó que el nacimiento se refería a una categoría sospechosa en materia de igualdad y no discriminación, por lo que su incorporación al texto constitucional de Tamaulipas se asociaba a desvalorización cultural, desventaja social y marginación política (Acción de Inconstitucionalidad 4/2019), razones suficientes para ir en contra de los derechos humanos protegidos por esos mismos ordenamientos jurídicos. En cuanto al derecho al trabajo, la CNDH precisó que a ninguna persona se le puede impedir ejercer una actividad lícita que sea de su elección y, en ese sentido, los ciudadanos mexicanos tienen derecho a ser designados para ocupar cargos públicos. A continuación, la CNDH manifestó que, si bien la Constitución federal en su artículo 32 establece la posibilidad de determinar los cargos y funciones en los que se puede exigir ser mexicano por nacimiento, tal facultad no corresponde a las legislaturas locales, sino que es exclusiva del legislador federal, ya que los congresos de las Entidades Federativas no están facultados constitucionalmente para establecer ese requisito (Acción de Inconstitucionalidad 4/2019).

La evolución que ha tenido la CNDH como institución de protección de los derechos humanos se ha reflejado, por otra parte, en su función adquirida para investigar violaciones a derechos humanos graves, como consecuencia de la reforma de 2011, en la que dicha facultad pasó de pertenecer a la SCJN a la CNDH. Aún más, diversos estudios (González Rincón, 2023) han podido detectar la importancia de la incorporación de la jurisprudencia interamericana en las recomendaciones de la CNDH, con el fin de guiar la argumentación desde conceptos actuales y novedosos. Tal es el caso de la desaparición forzada y el derecho a la verdad, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, por mencionar algunos. Incluso, la

CNDH ha tenido una colaboración cada vez más cercana con el sistema interamericano a través de la presentación de *amicus curiae*, como ha sucedido en 2005 y 2017 y, también como coadyuvante en el cumplimiento de las sentencias interamericanas por el Estado mexicano, en los años 2009, 2010, 2011 y 2013.

Los párrafos anteriores son prueba suficiente de la experiencia de la CNDH, en tanto OCA, que ha podido desempeñar su función eficazmente cuando antes, era tarea del poder ejecutivo, llegando incluso a representar sus recomendaciones una especie de recordatorios jurídicos (Fix-Zamudio & Fix-Fierro, 2018) a las autoridades sobre los espacios en que deben mejorar sus actuaciones, sobre una mala gestión, conducta o violación que hubieran cometido en su actuar.

EFFECTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DEL MODELO DE LOS OCA EN EL PRESIDENCIALISMO MEXICANO

Como se mencionó previamente, la base orgánica del sistema liberal contemporáneo descansa en la doctrina de la división y separación de los poderes del Estado. Esta concepción se da independientemente de la forma de gobierno, aunque hay que reconocer la distinta configuración que imprimen el presidencialismo, el parlamentarismo y los regímenes híbridos (Basabe-Serrano, 2017; Bobbio, 2022; Garrido & Nohlen, 2020). Sin embargo, su diseño e implementación varían notablemente, ya que los propios sistemas políticos han ido divergiendo por la propia creación de instituciones autóctonas, -ejemplo de los OCA- o por la relación de fuerzas partidarias en entre el congreso y el ejecutivo, lo que trastoca el empleo de las facultades constitucionales y el alcance real de los frenos y contrapesos (Chasqueti, 2001; García Marín, 2023; Aníbal Pérez-Liñán, 2008; Reniú & Albala, 2012).

Todo esto, sin embargo, debe ir de la mano del reconocimiento de que las relaciones entre los poderes del Estado siempre han sido conflictivas, cooperativas o de negación. Es decir, no existe una absoluta o verdadera separación de poderes, si no que el propio diseño constitucional y la distribución de poderes constitucionales de cada uno de ellos, prevé situaciones muy diferentes entre ellos, aunque uno de los principios del derecho constitucional reside en el poder político ha de distribuirse y repartirse,

a fin de que éste se autolimite (Montesquieu, 1906; Valadés, 2016). De hecho, la separación de poderes “no consiste sólo en la división del trabajo: implica también que los diferentes órganos de gobierno sean independientes entre sí” (Duverger, 1992). En esta misma línea y como destaca Loewenstein (1979), el objetivo último de la separación de poderes es garantizar la libertad, buscando evitar el abuso de poder o su excesiva concentración.

Por otro lado, cabe señalar que la creación de los OCA es una verdadera innovación en el derecho constitucional, pues descansan en un principio de contra mayoría por estar dedicadas a funciones técnicas, y pueden interpretarse como verdaderos mecanismos de equilibrio constitucional y de especialidad de funciones (SCJN, Jurisprudencia 172456, 2007, p. 1647). En el caso de México, no se debe olvidar su pasado autoritario y de concentración de poder, por lo que, desde un punto de vista práctico, su origen tuvo claramente un objetivo democratizador y de pluralización de las instituciones del Estado. Si la transición se hizo desde el interior del propio sistema político, éste trató de adaptarse a una configuración orgánica más liberal y pluralista. Asimismo, este tipo de instituciones autónomas, al ser creadas por el constituyente permanente (Valadés, 2007), adquieren especial protección ante los poderes del Estado, al no someterse a ninguno de ellos, así como una singular eficacia jurídica.

No obstante, tras la mirada de los efectos de los órganos constitucionales autónomos en el sistema político mexicano, es necesario destacar no sólo el debilitamiento de la figura presidencial y por ende del ejecutivo, sino también que se han creado instituciones independientes en asuntos tan importantes para la ciudadanía como son la política monetaria, la protección de los derechos humanos o el acceso a la información y la protección de sus datos. Es decir, si hay que interpretar los efectos de los OCA sobre los poderes del Estado, es en su relación con la presidencia donde mejor se muestra a quién se ha querido limitar y quién ha tenido que ceder prerrogativas y poder político.

Por todo ello, debe afirmarse que los OCA son un ejemplo de búsqueda de un poder político más acotado, más tecnificado y descentralizado, al mismo tiempo que concentra tareas de gran envergadura en instituciones especializadas y capaces de actuar bajo sus propios lineamientos y reglas. Puede decirse que la inclusión de este tipo de organizaciones no trastoca ni lesiona

la tradicional división y separación de los poderes del Estado, sino que, por el contrario, profundiza los objetivos de esta doctrina y la complementa, en el sentido que “la división de poderes reclama una concepción que no puede quedar circunscrita a las nociones clásicas ni tradicionales” (Garita Alonso, 2003). En efecto, dada la historia reciente de México, donde todo el sistema político giró en torno al hiperpresidencialismo autoritario, la sustracción de poderes y funciones del ejecutivo a nuevas instituciones autónomas con rango constitucional debe considerarse una herramienta eficaz para mantener el equilibrio del sistema político. Sobre todo, si se habla de instituciones que no pueden tener funcionarios afiliados a partidos.

Ahora bien, cabe señalar que el concepto de Órgano Constitucional Autónomo, por sí mismo, no es claro ni está bien definido. Dado que se trata de nuevas instituciones independientes, con campos técnicos muy diferentes, sin competencias similares y creadas en diferentes momentos, es difícil establecer fácilmente la naturaleza política de un OCA, más allá de su reconocimiento constitucional, su ubicación fuera de los poderes del Estado y su función controladora y técnica. Lo que se refleja también en que no pueda hablarse de los OCA como un cuarto poder, dada su heterogeneidad, su independencia entre sí, la inexistencia de cláusulas pétreas que impiden su reforma o incluso su derogación constitucional o su carácter técnico. Tienen capacidad para limitar al poder político, especialmente el ejecutivo, y han servido para democratizar el Estado, caso de celebración de elecciones genuinamente creíbles y competitivas, pero aún no cuentan con la defensa constitucional y doctrinal de los poderes del Estado. Esto es, no se encuentran al mismo nivel que los demás porque si se propusiera una reforma constitucional con mayorías cualificadas podría afectarse su naturaleza jurídica, facultades, funciones y, lo más grave, su autonomía. Se debe entender, entonces, desde esta perspectiva, que son una nueva forma de reconocer instituciones con rango constitucional que representan al Estado mexicano, pero que no corresponden en igualdad de importancia y sofisticación que los tradicionales poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Apoyando esta tesis y, a modo de ejemplo, se puede advertir la consideración que tienen los tribunales constitucionales europeos,

cuyo estatus, competencias, independencia y autonomía los convierten en cuasi cuartos poderes o en instituciones que se quedan fuera de la clásica triada (Aragón Reyes, 2000). Véase al respecto el Tribunal Constitucional de España, independiente de los poderes del Estado (incluido el judicial), autónoma, con capacidad de organizarse internamente y, además, tener carácter constitutivo, es decir, necesarios para el buen funcionamiento del Estado García Pelayo (1981). Sin los tribunales constitucionales, el estado de derecho y la justicia constitucional no podrían entenderse tal como se desarrollan en el continente europeo. García Pelayo agrega la dirección política del Estado, ya que los tribunales constitucionales no toman decisiones en base a lo dictado por otras instituciones, sino que tienen la capacidad de decidir de manera autónoma e influir en el funcionamiento del aparato estatal. De ahí que este autor determine que los tribunales constitucionales son órganos verdaderamente autónomos.

Sin embargo, no es tan fácil determinar que estas características, propias de las instituciones de control constitucional en Europa, sean comparables o adaptables a las que gozan los órganos constitucionales autónomos en México. Como se mencionó anteriormente, la CNDH no tiene la capacidad de imponer sus decisiones, ya que sus recomendaciones no son vinculatorias para las autoridades a las que se dirigen, aunque bien se puede discutir la obligatoriedad de cumplir con ellas una vez que se han aceptado. Asimismo, el INE, si bien tiene mayor capacidad de decisión y de imposición de sus resoluciones, pueden ser en última instancia revisadas por el TEPJF. Las mismas situaciones podrían extenderse a los restantes órganos constitucionales autónomos, razón por la cual su ámbito de actuación y dirección política del Estado quedan severamente limitados.

Finalmente, la caracterización de los Órganos Constitucionales Autónomos en México, así como sus atribuciones, encaje constitucional y posición frente a los demás poderes del Estado debe llevar a repensar y profundizar la triada clásica de la separación y división de poderes. Es decir, independientemente del rango político que se considere que tienen los OCA, es claro que su papel especializado, técnico, autónomo y separado del poder ejecutivo es un signo de modernización y adaptación de la administración pública a las necesidades que demandan las sociedades en el siglo XXI, como la mexicana. Los ejecutivos, como en el pasado los

parlamentos, en ocasiones se ven desbordados por la creciente complejidad que requiere la toma de decisiones en el ámbito público, así como por la demanda de perfiles concedores de la res pública. La implementación de estas nuevas figuras constitucionales puede ayudar a los ejecutivos a no tomar decisiones en áreas donde la ideología y la representación popular no priman sobre el conocimiento especializado de la materia. Es decir, menos política y más ciencia.

CONCLUSIONES

Desde la era revolucionaria del siglo XVIII hasta hoy, ha habido numerosos desarrollos en el estado liberal. Las constituciones han ido recogiendo nuevos derechos fundamentales, el papel del estado en la economía y la sociedad cambió y la organización institucional de la administración pública se transformó. En términos generales, el poder público se volvió más complejo, técnico, profesional y con mayor capacidad de incidir en el día a día. Esta evolución ha sido muchas veces analizada desde la evolución de los derechos fundamentales o desde la nueva configuración de las formas de gobierno. Suele ser que la lista de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución ha sido una buena herramienta para conocer la capacidad y los estados liberales para adaptarse a los cambios políticos y culturales de la sociedad. Del mismo modo, las reformas constitucionales que han venido sufriendo formas de gobierno, intentaron adaptar el Estado a las nuevas necesidades y a sus propias debilidades institucionales: generalmente limitado al Congreso en el parlamentarismo (racionalización) y limitando al jefe del Estado en presidencialismo. Esta racionalización de ambas formas de gobierno buscó un nuevo equilibrio de los poderes del Estado y un impulso a la democratización, pues no hay que olvidar que la democracia plena es un ideal ciertamente inalcanzable, que va cambiando en función de la mentalidad y exigencias de las sociedades.

Estos cambios y reconfiguraciones del Estado han sido continuos y progresivos en estos 250 años de vida constitucional. Sin embargo, hay que destacar un último impulso e innovación orgánica: la creación de los Órganos Constitucionales Autónomos, siendo México un buen ejemplo de ello. En efecto, el reconocimiento constitucional de estas instituciones y su autonomía, independencia y

poderes, representan un nuevo giro a la doctrina de la separación de poderes y división del Estado. No se debe situarlos en ninguno de los tres poderes clásicos, aunque sí como nuevos actores capaces de tomar decisiones técnicas y especializadas con base en su autonomía, que es su principal característica para actuar en coordinación con otras instituciones. Son muy diferentes entre sí, con objetivos, medios y temas que no son comparables.

A esto hay que añadir que no se implica genuinamente en la dirección del Estado y su posible desaparición no debe trastornar la naturaleza liberal del Estado como si fuera poder. Tienen, por tanto, una naturaleza político-jurídica *sui generis*, situándose de manera diferenciada sobre los distintos órganos de gobierno que pertenecen al poder ejecutivo, pero no tienen la categoría orgánica de los tribunales constitucionales de Europa, verdaderos poderes separados e independientes con una trascendencia única para estos sistemas legales.

Sin embargo, cabe destacar el importante papel que han jugado y juegan las OCA en la democratización de México desde la década de 1990. Sirvieron para limitar el hiperpresidencialismo autoritario del PRI, que sumió a la república en décadas de arbitrariedad, caciquismo y falta de pluralismo político. Despojó al ejecutivo de la organización y conducción de los procesos electorales (base real de la dictadura del partido único mexicano del siglo XX) y permitió una investigación y protección autónoma e independiente de las violaciones a los derechos humanos desde la CNDH. Asimismo, se podrían enumerar los beneficios para la democracia que se han derivado del reconocimiento constitucional del INAI, el INEGI, BANXICO o el IFT, entre otros: transparencia, decisiones públicas con base técnica y no partidista y la consolidación de un modelo económico liberal y apartidista y también de base no personal.

La CNDH es un ejemplo de ello, ya que a través de su naturaleza jurídica como OCA ha jugado un papel fundamental en la consolidación de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos. Desde sus facultades primigenias hasta las que ha ido adquiriendo como la investigación de violaciones graves y la adopción de conceptos jurídicos novedosos creados en sede interamericana, hasta su cada vez mayor participación activa como amigo de la Corte y para el cumplimiento de sentencias

interamericanas en México, han hecho que su labor sea más eficaz. Es decir, se ha configurado como un control al poder político mexicano en sus tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) y es también la bisagra entre el sistema interamericano de derechos humanos y la administración pública mexicana. Todo ello supone un nuevo aspecto de actuación de estos órganos en el plano internacional y su integración en el orden nacional.

Finalmente, queda por resaltar la importancia y auge de este tipo de instituciones sin base democrático-electoral; que impliquen riesgos en su configuración y diseño, tales como su insuficiente protección constitucional; y que representen una nueva evolución del Estado liberal nacido hace aproximadamente 250 años. Un modelo constitucional en constante evolución y que en esta nueva etapa destaca la consolidación del pluralismo político, el tecnicismo en la toma de decisiones y el debilitamiento del poder ejecutivo, verdadero motor de las relaciones ejecutivo-legislativo, particularmente en el presidencialismo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Acuña Llamas, F. J. (2001). Intervención del doctor Francisco Javier Acuña Llamas, director del Proyecto de Derechos Humanos de la Universidad Anáhuac del Sur. *Memoria Del Quinto Congreso Anual de La Federación Iberoamericana de Ombudsperson*, 178–179.

Aragón Reyes, M. (2000). La democracia constitucional. In *Constitución y Constitucionalismo Hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo* (pp. 12–93). Fundación Manuel García-Pelayo.

Barrón, L. (2006). La transición a la democracia en México con perspectiva histórica. *Política y Gobierno*, 13(1), 175–190.

Basabe-Serrano, S. (2017). Las distintas caras del presidencialismo: debate conceptual y evidencia empírica en dieciocho países de América Latina. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, enero-marzo (157), 3–22.

Bobbio, N. (2022). *Teoría De Las Formas De Gobierno En La Historia Del Pensamiento político*. FCE.

- Caballero Ochoa, J. L. (2000). Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes. *Jurídica, Anuario Del Departamento de Derecho de La Universidad Iberoamericana*, 30.
- Cadena, A. E. & García, L. R. (2015). Las transformaciones del presidencialismo mexicano. *Sociológica México*, 45(46), 233-250.
- Carbonell, M. (2006). *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2006.
- Cárdenas Gracia, J. (2001). “Justificación de los órganos constitucionales autónomos”. *Derecho y Cultura*, 2.
- Carpizo, J. (2001). Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000. Una recapitulación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 34(100), 71–99.
- Casar, M. A. (2001). Executive-Legislative Relations: The Case of Mexico. . In Scott Morgenstern & Benito Nacif (Eds.), *Legislative Politics in Latin America*. Cambridge University Press.
- Chasqueti, D. (2001). Democracia, multipartidismo y coaliciones en América Latina: evaluando la difícil combinación. In *América Latina: evaluando la difícil combinación*. Clacso.
- Chasqueti, D. (2008). *Democracia, presidencialismo y partidos políticos en América Latina: Evaluando la “difícil combinación”* (Ediciones CAUCE). Ediciones CAUCE.
- Codes Calatrava, J. M. (2010). El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 26.
- Córdova Vianello, L. (2011). “Incumplimiento de la ley y pérdida de credibilidad en las instituciones”. En Gutiérrez Garza, E. (ed.), *Cambiar México con participación social*, México, Siglo XXI, UANL-Senado de la República.
- Dussauge Laguna, M. (2015). Mitos y realidades de los órganos constitucionales autónomos mexicanos. *Revista de Administración Pública*, 138.
- Duverger, M. (1992). Influencia de los sistemas electorales en la vida política. In Albert Batlle i Rubio (Ed.), *Diez textos básicos de ciencia política*. Ariel.
- Escamilla Cadena, Alberto & Reyes García, L. (2001). Las transformaciones del presidencialismo mexicano. *Sociológica*, 16(45–46), 233–250.
- Escamilla Cadena, Arturo. (2016). Presidencialismo. Transición a la democracia en México. In E. C. MG (Ed.), *México entre siglos. contexto, balance y agenda* (pp. 167–181). UAM-PRD.
- Fabián Ruiz, J. (2017). Los órganos constitucionales autónomos en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 37.
- Fernandois, A. (2000). Gobierno Dividido versus Gobierno Unificado - Reflexiones sobre el Periodo Presidencia. *Revista Chilena de Derecho*, 27(3), 12–50.
- Fix-Zamudio, H. & Fix-Fierro, H. (2018). *Las recomendaciones generales de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. UNAM-IJ-CNDH.
- García Marin, I. (2021). La oposición parlamentaria en el Perú (2006-2020): de la cooperación al conflicto. *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 20(2). <https://doi.org/10.15304/rips.20.2.7448>
- García Marin, I. (2023). Las instituciones sí importan: el presidencialismo parlamentarizado del Perú y la amenaza a la democracia en el período 2016-2021. *Analecta Política*, 13(25).
- García Pelayo, M. (1981). El Estado del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1), 11–34.
- García Ramírez, S. (2017). La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In A. Von Bogdandy & M. Morales Antoniazzi (Eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Universidad Nacional Autónoma de México-Max-Planck-Institut for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Garita Alonso, M. Á. (2003). *Nuevo concepto de la división de poderes*. UNAM.
- Garrido, A. & Nohlen, D. (2020). *Presidencialismo comparado: América Latina*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Gómez Jiménez, L. & León Pérez, A. (2022). Presidencialismo mexicano: debilitamiento de los contrapesos y controversias con poderes federales. *Política y Cultura*, 57, 9–36.
- González Casanova, P. (1975). *La democracia en México* (Ediciones Era).
- González Rincón, A. C. (2019). Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos como promotoras de una cultura en derechos humanos. *Ratio Juris UNAULA*, 14(29).
- González Rincón, A. C. (2023). La ruta de ida y vuelta entre la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el sistema interamericano: una relación para la protección de los derechos en México. *Revista Estudios Constitucionales*, 21(1).
- Hernández Rodríguez, R. (2023). El autoritarismo presidencial en México. Entre la tradición y la necesidad. *Foro Internacional (FI)*, LXIII (1), 5–40.
- Hochstetler, K. (2008). Hochstetler, K. (2008). Repensando el presidencialismo: desafíos y caídas presidenciales en el Cono Sur. *América Latina Hoy*, 49, 51–72.
- Iazzetta, O. (2020). Liderazgos y estabilidad presidencial: las democracias sudamericanas y sus vaivenes. In Gerardo Caetano & Fernando Mayorga (Eds.), *Giros políticos y desafíos democráticos en América Latina. Enfoques de casos nacionales y perspectivas de análisis*. CLACSO.
- Krauze, E. (1999). *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano. (1940-1996)*. Tusquets Editores México.
- Lanzaro, J. (2012). *Presidencialismo con Partidos y sin Partidos. El presidencialismo en América Latina: Debates teóricos y evolución histórica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Linz, J. & Valenzuela, A. (1994). *The breakdown of democracies*. Johns Hopkins university Press.
- Linz, Juan. (2013). Los peligros del presidencialismo. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 7, 11–31.
- Loeza, S. (2013). Dos hipótesis sobre el presidencialismo autoritario. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, LVIII (28), 53–72.
- Loeza, S. (2021). Las reformas mexicanas y los riesgos de una restauración autoritaria. *Revista Euro Latinoamericana de Análisis Social y Político*, 2(3), 81–98.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Mainwaring, S. (1993a). Presidentialism in Latin America. *Latin American Research Review*, 25(1), 157–179.
- Mainwaring, S. (1993b). Presidentialism, Multipartism, and Democracy. *Comparative Political Studies*, 26(2), 198–228.
- Mainwaring, S. & Shugart, M. S. (1997). Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal. *Comparative Politics*, 29(4), 449–471.
- Matheus, M. M. (1995). Relaciones de los institutos autónomos con la administración central. *Cuestiones Políticas*, 14.
- Méndez de Hoyos, I. (2007). Transición y consolidación democrática en México ¿es posible una regresión? *Revista de La Facultad de Derecho de México*, 57(247), 63–70.
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes*. Librería General de Victoriano Suárez.
- Mora-Donatto, C. (2010). Oposición y control parlamentario en México. *Cuestiones Constitucionales*, 23, 121–151. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Nacif, B. (2004). Las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo tras el fin del presidencialismo en México. *POLÍTICA y Gobierno*, XI (1), 9–41.
- Negretto, G. (2015). *El estudio del presidencialismo en América Latina: Una evaluación Crítica. Manual de Política Comparada*.
- O'Donnell, G. (1993). Estado, Democratización y ciudadanía. *Nueva Sociedad*, 128, 62–87.
- Pedroza de la Llave, S. T. (2002). “Los órganos constitucionales autónomos en México”. En Serna de la Garza, J. M y Caballero Juárez, J. A (eds.). *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM-III, 179-180.
- Pérez-Liñán, A. (2009). *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. Fondo de Cultura Económica.
- Pérez-Liñán, A. (2016). Juicio político, cultura legal y escudo popular. *Revista SAAP*, 10(1), 11–33.

- Pérez-Liñán, Aníbal. (2008). Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política: perspectivas teóricas sobre las crisis presidenciales. *América Latina Hoy*, 49, 105–126. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30804906>
- Pérez-Liñán, Aníbal & Rodríguez Raga, J. C. (2009). Jugadores con veto en los regímenes presidenciales: variables institucionales y cambio de política. *Revista de Ciencia Política*, 29(3), 693–720.
- Petraca, M. (1994). Transición a la democracia en México. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 39(157), 9–23.
- Reniú, J. Ma. & Albala, A. (2012). Los gobiernos de coalición y su incidencia sobre los presidencialismos latinoamericanos: el caso del Cono Sur. *Estudios Políticos (México)*, 26, 161–214. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162012000200008&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Rivera Suárez, J. F. & Rivera Suárez, M. (2019). Presidencialismo mexicano, responsabilidades, poderes y controles. *Polis*, 15(1), 65–102. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-23332019000100065&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Santos, M. L., Pérez-Liñán, A. & García Montero, M. (2014). El control presidencial de la agenda legislativa en América Latina. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 34(3), 511–536. <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2014000300001>
- Travers, F. & Carneiro, F. (2017). Presidencialismo, juicio político y deterioro del vínculo democrático en América Latina. RELIGACIÓN. *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2(7), 48–62.
- Ugalde, L. C. (2014). En la marea de la baja calidad del Estado. *Nexos*.
- Uvalle Aguilera, R. A. (2022). *Órganos Constitucionales Autónomos en México: análisis y propuestas para su desarrollo institucional*. UNAM-III.
- Valadés, D. (2016). *El control del poder*. Porrúa.
- Valadés, Diego. (2007). Las funciones de la reforma constitucional. In Diego Valadés & M. Carbonell (Eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917* (p. 819).
- Valenzuela, A. (2008). Presidencias latinoamericanas interrumpidas. *América Latina Hoy*, 49. <https://doi.org/10.14201/alh.1348>
- Weldon, J. (1997). Political sources of “Presidencialismo” in Mexico. In Scott Mainwaring & Matthew Soberg Shugart (Eds.), *Presidentialism and democracy in Latin America* (pp. 225–258). Cambridge University Press.
- Zicari, J. (2022). Crisis presidenciales, escudos parlamentarios y escudos populares en América Latina. La supervivencia presidencial en la inestabilidad política (1990-2015). *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1(29), 248–276.

Fuentes Legales

Acción de inconstitucionalidad 4/2019. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-02/Acc_Inc_2019_4.pdf. 10 de enero de 2019.

Controversia Constitucional 45/2019. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-06/Con_Const_2019_45.pdf. 12 de febrero de 2019.

Controversia Constitucional 32/2005. Disponible en https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/YDRm3ngB_UqKst8o-oEm/Papel%20sellado. 22 de mayo de 2006.

CPEUM. (2023). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Congreso de la Unión.

Tesis aislada 2a. LXXXVIII/98, “Disputas constitucionales. Un organismo público estatal descentralizado carece de legitimación activa en el caso”. Disponible en <https://vlex.com.mx/vid/tesis-jurisprudencial-pleno-aislada-27210202>. Junio de 1998.

Jurisprudencia

SCJN, Jurisprudencia 172456: Órganos Constitucionales Autónomos. Notas distintivas y características. Disponible en https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/WfhzMHYBN_4klb4HQ-G-/->División%20de%20poderes. Mayo de 2007.

Otras

CNDH, Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado Interno (DFI) en México. Disponible en https://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15008/2016_IE_DesplazadosD.pdf. Mayo de 2016.

LA DESVIACIÓN DE PODER COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: TRATAMIENTO CONCEPTUAL Y PROCEDIMENTAL EN COLOMBIA, ESPAÑA Y PERÚ

THE POWER DEVIATION AS GROUNDS FOR NULLITY FOR ADMINISTRATIVE ACTS: CONCEPTUAL AND PROCEDURAL TREATMENT IN COLOMBIA, SPAIN AND PERU

César Luis Correa Zúñiga
ORCID: 0000-0003-4256-0834
Universidade da Coruña
ccorreaz@usmp.pe
España

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.08](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.08)

Recibido: 24 de mayo de 2023.

Aceptado: 4 de agosto de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Actos administrativos y la finalidad que cumplen en un estado de derecho.
- La desviación de poder: Naturaleza jurídica y su contravención con la finalidad del derecho administrativo.
- La desviación de poder en España: Contenido y desarrollo.
- La desviación de poder en Colombia: Contenido y desarrollo.
- La desviación de poder en Perú: Contenido y desarrollo.
- Apreciaciones finales.
- Fuentes de información.

RESUMEN

La nulidad de los actos administrativos deviene en una potestad que ostenta la administración pública ya sea a través de petición de parte vía recurso impugnativo o de oficio con el propósito de dejar sin efecto los actos administrativos que contengan algún vicio siempre que no se permita su subsanación o conservación.

En el presente caso la desviación de poder en apariencia deviene en un acto lícito, no obstante, el agente emisor emplea dicha apariencia para satisfacer ya sea intereses personales de forma directa o indirectamente con lo cual el acto administrativo termina siendo un móvil para la consecución de un fin ilícito, valiéndose del cargo que ostenta, contraviniendo con ello el interés general.

Por tal motivo es preciso estudiar su naturaleza, tratamiento conceptual y procedimental con la finalidad de determinar si el mismo permite su detección o por el contrario se requieren de otras medidas para advertir la producción de actuaciones que transgreden la finalidad pública que trae consigo la emisión de actos administrativos.

PALABRAS CLAVES

acto administrativo, desviación de poder, finalidad pública, interés público, presunción de validez, reglamento.

ABSTRACT

The nullity of administrative acts becomes a power held by the public administration either through a request by a party via a challenge or ex officio with the purpose of rendering administrative acts that contain a defect without effect as long as their rectification is not allowed or conservation.

In the present case, the misuse of power in appearance becomes a lawful act, however, the issuing agent uses said appearance to satisfy either personal interests directly or indirectly, with which the administrative act ends up being a motive for the achievement of an illegal purpose, using the position he holds, thus contravening the general interest.

For this reason, it's necessary to study its nature, conceptual and procedural treatment in order to determine if it allows its detection or, on the contrary, if other measures are required to warn of the production of actions that transgress the public purpose that comes with the issuance of administrative acts.

KEYWORDS

administrative act, power deviation, public purpose, public interest, presumption of validity, regulation.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda uno de los temas más interesantes del derecho administrativo contemporáneo ya que involucra la toma de decisiones (la cual muchas veces se encuentra a cargo de un funcionario de libre nombramiento y remoción) como se le conoce mayoritariamente en la doctrina iberoamericana.

Esta toma de decisiones para ser cuestionada debe partir del ejercicio ilegítimo del poder entendido como aquella actuación u omisión por parte de un funcionario público que contraviene el marco legal o los fines concedidos a través de la designación efectuada, lo cual lesiona el interés público, pero sobre todo la confianza legítima puesta por los ciudadanos en la administración pública.

Por tal motivo nos encontramos ante la toma de decisiones administrativas contenidas en actos administrativos de carácter general y particular que buscan beneficiar intereses personales de forma directa o indirecta; y, es ahí donde aparece la segunda arista que en realidad es de difícil probanza y versa sobre la satisfacción de los intereses particulares del agente emisor defraudando el interés general de la sociedad.

A simple vista es posible que el lector considere que cualquier acto administrativo puede incurrir en este vicio, no obstante, como se desarrollará, existen elementos evidentes y contundentes para singularizarlo, siendo su probanza aún quizá el escenario más complejo para su descubrimiento; sin perjuicio del tratamiento normativo que en algunos casos aún es flexible en algunos ordenamientos.

Cabe añadir a modo introductorio que la presente investigación complementa la ponencia efectuada el 03 de mayo de 2023 en el evento académico denominado: Seminario Internacional de Derecho Administrativo: Instituciones del Derecho Administrativo en el Escenario Nacional y Global organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y el Centro de Estudios de Derecho Administrativo de dicha casa de estudios.

ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA FINALIDAD QUE CUMPLEN EN UN ESTADO DE DERECHO

Iniciar explicando la naturaleza jurídica de una de las instituciones más clásicas del derecho administrativo es todo un reto ya que por encima del texto positivo de algunas leyes que como en el caso peruano sucede con la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, debemos entender al acto administrativo no solo como aquel instrumento que incide en la esfera personal del ciudadano, sino como toda declaración efectuada por las entidades de la administración pública en el marco de los poderes públicos asignados producto de la repartición de las competencias administrativas, motivo por el cual, antes de hacer referencia a los efectos jurídicos de la emisión del acto administrativo hay que tener presente que nos encontramos ante una verdadera declaración productora de estos efectos. Sobre la definición de acto administrativo, el profesor José Carlos Laguna de Paz, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid considera “que son declaraciones jurídicas realizadas por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa. En cuanto tales tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir unilateralmente situaciones jurídicas.” (2020, p. 681).

Esta acepción guarda relación con la propuesta por el profesor Miguel Sánchez Morón, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, quien considera “al acto administrativo y su concepto no están del todo claro, no obstante, resalta que el acto administrativo es una declaración unilateral que produce efectos jurídicos sometida al derecho administrativo” (2022, p. 534).

En este escenario advertimos entonces que nos encontramos ante verdaderas declaraciones efectuadas, en principio, por instituciones públicas a las que se les ha denominado como entidades de la administración pública conferidas de poder en mérito a la asignación competencial efectuada conforme al principio de legalidad, siendo su finalidad la producción de efectos jurídicos en la esfera personal de los ciudadanos a los que va dirigidos (administrados), es por ello que en adición a lo antes expuesto el acto administrativo tiene una finalidad social ya que traslada la declaración unilateral de una entidad administrativa a una persona particular de forma directa y de forma

indirecta a toda la colectividad, quienes pueden incluso revisar el contenido del acto a través de los medios de acceso a la información pública, siempre que dicho acceso no exponga derechos fundamentales protegidos constitucionalmente o acceder a los portales institucionales de transparencia.

No obstante, una interrogante mayor conlleva a pensar si es que el acto administrativo solo involucra a los actos decisorios, es decir los que conllevan una declaración que incide en una toma de decisión final que va a producir efectos jurídicos o los llamados actos declarativos de la voluntad; al respecto, el profesor Santa María Pastor señala lo siguiente: “La declaración puede ser: i) juicio o valoración, ii) declaración de conocimiento, iii) declaración de deseo o propuesta” (2018, p. 124).

Estos aspectos narrados por el citado profesor si bien no inciden en todos los casos en la esfera particular de los ciudadanos y por ello no son impugnables, puede dar en la práctica a verdaderos actos de incidencia y de afectación como en el caso de algunos actos de trámite con gravamen como en el caso de una medida preventiva carente de legalidad a través del cual el administrado le asiste el derecho cuestionar la misma sin esperar la decisión definitiva; no obstante, entonces partiendo de dicho análisis, los vicios de los actos administrativo no solo afectan a actos definitivos sino incluso a otra clase de actos administrativos como los antes enunciados.

Habiendo quedado establecido que el concepto de acto administrativo no solo se restringe a los llamados actos decisorios o declarativos de la voluntad de la administración pública, resaltando el poder que ostenta el agente que en representación de las entidades públicas hace frente a los ciudadanos mediante la interacción legalmente establecida, como por ejemplo en los procedimientos administrativos, siendo el medio o nexo el acto administrativo, por lo cual afirmamos que dicho acto conlleva intrínsecamente un fin social, este mismo podemos advertirlo cuando analizamos la finalidad del acto administrativo.

En lo que respecta a finalidad que lleva consigo un acto administrativo evidentemente nos encontramos ante un aspecto esencial del propio acto ya que esta finalidad debe encontrarse asociada al interés general que si bien podemos entenderlo como un concepto genérico y quizá

sin importancia para el estudio efectuado, ello no es cierto ya que este término consagra la naturaleza que origina la esencia de autenticidad de la actuación de la administración pública y es por ello que a fin de concretizar su alcance el profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz señala que:

[...] el interés general es causa y fin del derecho administrativo. Y también, obviamente, es el principal límite, pues impide, como señala Sainz Moreno, que la administración actúe al margen del ordenamiento jurídico y, sobre todo, que sean dictados actos en contra de la finalidad establecida en la norma de la que traen causa. Los actos administrativos no tienen sentido sin la norma de cobertura. Por tanto, deben dictarse siguiendo fielmente los principios y el régimen jurídico en ella establecidos. (2012, p. 53).

El citado respetado profesor consagra lo que a todas luces constituye la esencia del derecho administrativo, me animaría a señalar que el interés general es todo aquello que de forma mínima el Estado de derecho debe salvaguardar en beneficio de los habitantes de un determinado territorio, ello, por regla general debe estar contenido en disposiciones legislativas siendo la Constitución y las leyes las de mayor relevancia, motivo por el cual el interés general se sujeta y relaciona con la ley en el marco y respecto del estado de derecho, permitiéndose actuaciones discrecionales de forma específica; tanto así que la discrecionalidad debe llevarnos a la adecuación al fin en el marco de un interés general que se puede desprenderse del propio estado de derecho y es así como lo hace notar del mismo modo el profesor Javier Bermúdez Sánchez de la Universidad Autónoma de Madrid quien manifiesta que,

[...] el legislador deja en manos de la Administración la ponderación de las circunstancias concretas cuando ello resulte necesario en la consecución de los intereses generales siendo compatible con la legalidad de un Estado de Derecho, mediante el control de tal decisión”. (2021, p. 56).

En suma, ya sea a través de una actuación reglada o discrecional la decisión debe sustentarse en el interés general.

Por consiguiente, habiendo caracterizado al fin o finalidad como un aspecto de suma relevancia en el acto administrativo a ser dictado en un estado de derecho; y, dado su contenido social, los maestros Eduardo García de Enterría y

Tomas Ramón Fernández (2020) señalan lo siguiente:

Distinto del presupuesto de hecho es el fin que la norma creadora de la potestad asigna a ésta como objetivo a perseguir. También tenemos una referencia del fenómeno en el estudio que anteriormente hicimos sobre las potestades, en especial a propósito de las potestades discrecionales y de la desviación de poder. Al configurar la potestad, la norma, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico, que por de pronto es un fin público, pero que matiza significativamente en cada uno de los sectores de actividad o institucionales como un fin específico. El acto administrativo, en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente a ese fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir a una finalidad distinta aun cuando se trate de otra finalidad pública. (p. 598).

La importancia del fin en esta primera parte del artículo radica en que cualquier finalidad distinta a la perseguible a través del empleo de la competencia que ostenta la entidad administrativa a través de su funcionario sujeta al ordenamiento jurídico o a los parámetros de discrecionalidad que se desprenden de esta deviene en ser un vicio cuya observancia es necesaria ya que el agente emisor cuya apariencia, en principio, de su acto emitido irradia legalidad, solo emplea superficialmente la capa de legalidad ya que los motivos y razones para la emisión de dicho acto solo estaban destinados a un beneficio ajeno al interés general toda vez que el acto administrativo cumple fines sociales a pesar de que este dirigido a una persona como por ejemplo el establecimiento de una sanción administrativa sirve como mecanismo aleccionador, de desincentivo y reparador del daño causado al bien jurídico lesionado por el administrativo cuya tutela recae en una entidad de la administración pública. Es por ello que la desviación de poder se erige como una herramienta contraria a los fines sociales que trae consigo la emisión de actos administrativos.

Un aspecto que no es ajeno a la discusión radica si este alcance que se analiza incide en los llamados reglamentos administrativos; y, por consecuencia su categorización como acto administrativo. Al respecto, si bien es cierto el profesor Sánchez Morón afirma que “el acto administrativo no tiene carácter normativo y esta es su diferencia sustancial con el reglamento” (2022, p. 534), encontramos por ejemplo que en la práctica del derecho administrativo colombiano se entiende mayoritariamente al reglamento como un acto administrativo de alcance general, lo cual no sucede mayoritariamente en Perú; no obstante,

es preciso antes de iniciar el tránsito de estudio acerca del vicio bajo análisis, si es posible conceptualizar al reglamento como un acto administrativo.

Para tal efecto es propicio revisar la obra del profesor Gabriel Doménech Pascual, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Cardenal Herrera, quien desarrolla en parte de su obra acerca de la naturaleza jurídica de los reglamentos considerándolos como actos jurídicos que contemplan declaraciones de voluntad y establecen efectos jurídicos. Al respecto, menciona lo siguiente: “Las disposiciones reglamentarias pertenecen a la categoría de los actos jurídicos - públicos, los mismo que las leyes o los actos administrativos. Todos ellos crean unilateralmente e imponen efectos jurídicos a personas distintas de las que han emanado el correspondiente acto” (2002, p. 181).

Si bien el citado autor conceptualiza la noción, en adición a ello incorpora a la discusión un aspecto que es sumamente interesante en el análisis y tiene que ver con que las instituciones del derecho administrativo no necesariamente deben ser idénticas sino que estén sometidas bajo un régimen jurídico en común, considerando que si bien el reglamento no puede ser entendido como un acto administrativo singular, eso no impide que se le reconozca una categoría en común, ejemplificando en la práctica el tratamiento símil que se le brinda en algunos supuestos con el acto administrativo singular y justamente en lo que respecta a la institución de la prohibición de incurrir en desviación de poder, en el derecho español esta disposición esta recogida de forma literal para “actos” los que pueden ser de alcance singular y también de alcance general.¹

Si bien el tema es polémico e interesante a su vez dado que en algunos países de la región se emplea de forma masiva el uso de reglamentos administrativos, es preciso señalar que si consideramos efectuar una categorización general del acto administrativo, el concepto de reglamento cumpliría con las características que definen a un acto administrativo, motivo por el cual considero que nos encontramos

¹ En el derecho peruano los profesores Victor Baca Oneto, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura; y, el profesor Antonio Abruña Puyol, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura (2019) arriban a la misma idea concluyendo que conforme el artículo 23 de LPAG, los reglamentos son también actos administrativos, aunque en virtud del artículo 1.1 no se sometan al procedimiento administrativo general regulado en dicha norma. Su contenido normativo no es un criterio suficiente para distinguirlo de los demás actos administrativos, que se definen por estar sometidos a las leyes y ser susceptibles de control jurisdiccional, características que comparten con los reglamentos (Pág. 92).

ante actuaciones administrativas de alcance general aptas para producir efectos jurídicos tal y como sucedería con un acto administrativo de alcance singular o particular, con las diferencias propias entre este y un acto de alcance general, lo cual no lo descalifica de ser un acto declarativo emitido por la administración pública de acuerdo con su cuota legal de poder ni de la producción de efectos jurídicos típico de los actos administrativos así sea de manera general.

LA DESVIACIÓN DE PODER: NATURALEZA JURÍDICA Y SU CONTRAVENCIÓN CON LA FINALIDAD PROPIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La teoría general de las nulidades nos obliga a darle un vistazo al derecho civil donde se conciben dos tipos de nulidades: la nulidad absoluta y la nulidad relativa, siendo la primera la regla y la segunda la excepción. Teniendo en consideración que el núcleo a distinguir cuando hablamos de nulidades es la invalidez del acto jurídico en el derecho privado y el acto administrativo en el derecho público, debemos incorporar nuestro análisis justamente en el escenario de derecho público, específicamente en el derecho administrativo.

Es así como Raúl Bocanegra Sierra (2012) profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid manifiesta lo siguiente:

Que en principio, si la regla general en el Derecho privado es la afirmación de la nulidad de los actos que contradicen las leyes, en el Derecho Administrativo la regla general es, por el contrario, la mera anulabilidad de los actos administrativos que infrinjan lo establecido en las normas jurídicas, reservando el ordenamiento la sanción de nulidad para los supuestos más graves y manifiestos de actos irregulares, particularidad esta que es común en la tradición jurídica de los ordenamientos europeos y en el propio derecho comunitario (p. 183).²

Entonces, en los ordenamientos jurídicos por analizar distinguimos referencias a la nulidad de pleno derecho y la de aquellos actos que a

pesar de contener vicios en su estructura ya sea de forma o de fondo, es posible su conservación o enmienda a través de las instituciones que el derecho administrativo pregona; sin perjuicio de ello en los sistemas iberoamericanos se erige de la misma forma un principio clásico y con vigencia actual acerca de lo que se conoce como la presunción de validez de los actos administrativos. Respecto de dicho principio el profesor Santamaría Pastor establece que esta fórmula tradicional es tomada de la doctrina italiana que alude a la denominada legitimidad siendo una presunción *iuris tantum*, con arreglo a la cual los actos administrativos han de tenerse por ajustados a derecho hasta tanto su invalidez no sea declarada formalmente por otro acto posterior o una sentencia judicial (2018, p. 140).

Esto de forma complementaria nos lleva a la premisa postulada por el profesor Laguna de Paz quien afirma:

[...] que lo habitual es que los actos inválidos (con apariencia de legalidad) desplieguen los mismos efectos jurídicos que un acto válido, mientras no sean anulados. Así son las cosas, por más que – desde algunas posiciones – se aspire a que los actos nulos de pleno Derecho no sean susceptibles de producir efecto alguno. No hay que olvidar que incluso la nulidad radical – ha de ser declarada, y sólo lo pueden hacer los órganos a los que el ordenamiento jurídico confiere dicha potestad. (2020, p. 770).

Este aspecto incluso del mismo modo es ratificado por el profesor Tomas Ramon Fernández, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid quien manifiesta:

[...] que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho común, en el que como norma general, basta con ignorar el acto nulo, que solamente se impugna cuando ha creado una apariencia que es conveniente destruir, la regla general del comportamiento ante un acto administrativo nulo es la contraria: es preciso impugnar el acto, como regla general, porque el acto nulo no solo crea una apariencia, sino que produce efectos como si fuera un acto perfectamente válido. (2019, p. 51)

Este es un aspecto sumamente relevante en lo respectivo a la existencia de un acto administrativo con vicios que originaría su nulidad de pleno derecho, siendo la invalidez la consecuencia de dicha figura; no obstante para que ello suceda, y por consiguiente se destruya dicha presunción, se requiere de un pronunciamiento expreso que advierta el motivo y sustento del por qué dicho acto debe ser sometido a una declaración de nulidad, una

² Lo manifestado por el citado profesor distingue la autonomía del derecho privado con el derecho público, específicamente el derecho administrativo y sobre todo respecto a que la anulabilidad es la causa general mientras que la nulidad de pleno derecho es la excepción a dicha regla. Esto puede verse reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia de 20 de abril de 1952 donde se pregona a criterio del profesor acerca de la función constitucional de la firmeza del acto administrativo como garantía de seguridad jurídica y, por ende, de la regla general de la anulabilidad, ha sido destacada, partiendo de los mismos presupuestos procesales del ordenamiento español.

vez declarado ello, el acto administrativo sería ineficaz, es por ello que en los ordenamientos a estudiar no rige una tercera categoría referida a los actos inexistentes, en mérito a lo mencionado, ya que se requiere de un pronunciamiento expreso para la pérdida de validez de un acto administrativo.

Entonces, el modelo propio consagrado uniformemente respecto de la actuación administrativa se rige por la naturaleza legítima en apariencia y ejecutiva del acto administrativo una vez dictado; por consiguiente, en la práctica jurídica la emisión de los actos administrativos conlleva un inmenso poder público ya que dicho hecho va a ser generador de diferentes consecuencias jurídicas a pesar de que en su contenido existan vicios muy graves incluso que requieran un pronunciamiento expreso.

Por lo que una primera lección de este aspecto viene a estar dada por la intervención pública la cual será *ex post*, es decir una vez dictado el acto administrativo, lo cual es lógico ya que de lo contrario no nos encontraríamos ante un acto administrativo declarativo sino únicamente ante propuestas o tentativas de actos administrativos que no han producido efectos jurídicos; no obstante, lo que se resalta necesariamente y es ahí donde arriba el comentario está referido a que se requiere de una declaración efectuada por la propia administración pública, o en algunos casos el propio Poder Judicial, para que dicho acto sea declarado nulo y por consiguiente sea inválido perdiendo su eficacia inicial nacida con la emisión del mismo, esto nos lleva nuevamente al camino inicial que da lugar al presente trabajo: el poder público que ostenta el funcionario de turno, aspecto que no es ajeno al derecho administrativo como la rama del derecho público que justamente se enfoca en el estudio de los límites de dicho poder a través del cumplimiento y aplicación de las garantías y libertades ciudadanas.

Por tal motivo, al ser el derecho administrativo garantista en un enfoque de Estado de derecho y partiendo del respeto a la legalidad, toda intervención administrativa da lugar a que se solicite su revisión ya sea en vía administrativa e incluso vía judicial, por lo que nos encontramos ante un escenario de control ciudadano en beneficio del interés general.

Teniendo en cuenta los efectos de la declaración de invalidez del acto administrativo, la polémica no es ajena a la discusión sostenida respecto de los alcances *ex nunc* (desde ahora) y *ex tunc* (desde el inicio) de los actos administrativos nulos y los actos

administrativos anulables, si bien queda claro que los actos administrativos nulos al momento de su declaratoria y advirtiéndose el vicio de formación origina la invalidez de todos sus efectos como si dicha declaratoria se efectuase desde el momento de la emisión del acto administrativo, no sucede lo mismo con los actos administrativos anulables ya que en esos casos incluso pueden conservarse los mismos o convalidarse; no obstante resaltamos la preocupación sobre el particular efectuada por el profesor Laguna de Paz quien manifiesta: “que los efectos de la declaración de invalidez de un acto anulable deberían retrotraerse al momento en que fue dictado (*ex tunc*) no habiendo razón para que el perjudicado tenga que soportar las consecuencias de un acto inválido” (2020, p. 764). Este es un aspecto sumamente interesante que será abordado en el estudio de las legislaciones bajo comentario.

Un aspecto final ya referido a los actos anulables tiene que ver con la convalidación de los actos administrativos mediante la cual se emplea el mismo medio de emisión del acto administrativo original (es decir la misma forma) con el fin de que puedan subsanarse. El aspecto por considerar en este punto está referido a los límites de la subsanación ya que nos encontramos antes el análisis de una institución que permite, por lo menos en España, su anulabilidad como es el caso de la desviación de poder. Veremos en los casos puntuales que cada ordenamiento ha desarrollado disposiciones y un tratamiento diferente para la enmienda y conservación del acto administrativo lo cual da autonomía e independencia a las actuaciones administrativas nacionales.

Habiendo desarrollado las bases de la teoría de la invalidez de los actos administrativas, partiendo por el estudio de la teoría general de la nulidad, es preciso incursionar en la materia específica del presente trabajo de investigación. Como mencionaba el profesor Santamaría Pastor en la cita recogida precedentemente, la legitimidad de acto o presunción de validez del mismo se recoge de la doctrina y desarrollo jurisprudencial italiano, es por ello que parto por definir la naturaleza jurídica de la desviación de poder (conocido en Italia como *l' ecceso di potere*) conforme lo mencionado por el Roberto Garofoli (2022), ex Subsecretario de Estado a la presidencia de Consejo de Ministros de Italia quien afirma lo siguiente:

El exceso de poder se configura cuando la administración pública utiliza el poder para una finalidad diversa de la que está establecida en la norma que le atribuye tal poder. Para explicar la naturaleza jurídica del vicio recurre a tres teorías, siendo estas las del i) vicio de la voluntad cuando el procedimiento de formación de la voluntad de

la administración pública fuese viciado por error, violencia o dolo, no obstante ello no ha estado exento a críticas de autorizada doctrina como para el caso de los contratos; mientras que por otro lado en lo que respecta a la ii) teoría del vicio de la causa este mal uso del poder consiste en un apartamiento del fin con la causa que persigue la actuación ; finalmente iii) la teoría del vicio de la función debe verificarse el carácter global de la actuación administrativa y todos los intereses en juego, debiendo llevarse a cabo dicho análisis asegurándose una íntima coherencia entre las valoraciones individuales y el fin público perseguido (p.p. 410-411).

Es interesante el punto de vista valorativo que brinda el citada autor relacionado con la naturaleza del exceso de poder partiendo de aspectos volitivos, finalísticos y funcionales para entender al ejercicio del exceso del poder como la decisión adoptada en el plano subjetivo de un funcionario público (lo cual considero no es de interés del derecho público sino de la criminología o psicología) que incide en lo objetivo, esto es en el apartamiento injustificado entre el empleo de su poder y los fines que persigue dicho empleo, es por ello que veo con gratitud los alcances de las teorías del vicio de la causa y del vicio de la función para entender la naturaleza de esta institución.

No obstante, no es posible escribir acerca de desviación de poder sin tener presente su alcance en el derecho francés, cuna de la autonomía del derecho administrativo, para ese propósito y siguiendo los postulados del profesor José A. López Mendoza (2013), docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires quien citando a Hauriou en “*Precis de Droit Administratif*” señala que:

[...] la desviación de poder es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescriptivas y no incurriendo en violación formal de ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio. (2013, p. 305).

Del mismo modo, el profesor Laguna de Paz efectúa una propia definición de cómo debe entenderse dicha institución, al respecto manifiesta que es la utilización de potestades administrativas para la consecución de fines distintos de los específicamente previstos en la norma, aunque también sean de interés público; no obstante en su referencia cita parte de lo resuelto en el Asunto T-57/11 en donde se

consagra que en el derecho de la UE responde también a esta misma idea: el concepto de desviación de poder se refiere el hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas (2020, p. 760).

Por tanto, en todas estas posiciones académicas se coincide de que nos encontramos ante la desviación de poder o también llamado exceso de poder cuando un funcionario público en ejercicio emplea su poder para fines distintos de los previstos en la norma ya sea en salvaguarda de otro bien jurídico que la entidad cautela o simplemente para beneficio personal directo o indirecto, es por ello que sobre este punto el control ciudadano es sumamente importante ya que nos encontramos en apariencia ante verdaderos actos administrativos que como ya se mencionó están provistos de la presunción de veracidad por un lado, mientras que en cuanto a contenido su finalidad trae consigo la satisfacción de intereses subjetivos del emisor del acto y no en beneficio de la sociedad, defraudando consigo la confianza legítima y las expectativas puestas por los integrantes de una sociedad en el marco del también denominado contrato social, desarrollo que inspiro finalmente la revolución francesa.

El estudio de la desviación del poder como un vicio del acto administrativo, más aún cuando en apariencia todo acto administrativo es válido hasta que se declare lo contrario, nos lleva a un dilema en el derecho administrativo donde la evidencia o material probatorio es sumamente relevante para su actuación e invalidez posterior de ser el caso, pero es preciso previamente antes de ingresar al tratamiento efectuado en los ordenamientos antes señalados, habiendo quedado claro que nos encontramos ante un vicio subjetivo – objetivo partiendo de que este nace del interior del ser cuyas consecuencias si bien son objetivas, deben analizarse partiendo de los fines que busca la actuación administrativa en mención.

En ese escenario es preciso citar al profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz quien citando a Gonzales Navarro han concluido que el derecho administrativo no es otra cosa que la rama del derecho que regula el derecho del poder para la libertad (2006, p. 96). Esta reflexión expresada por el profesor Gonzales Navarro y desarrollada por el profesor Rodríguez Arana Muñoz es sumamente ilustrativa para poner en relieve la importancia de tratar su estudio en un estado de derecho.

Como hemos visto el poder público lo podemos encontrar clásicamente en los tres poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, lo que originan los llamados pesos y contrapesos del Poder; sin embargo no podemos afirmar que la práctica administrativa es exclusiva únicamente del Poder Ejecutivo ya que hacerlo distorsionaría el concepto de función administrativa propio de los países iberoamericanos que partiendo del desarrollo de competencias de la administración pública como cuotas de poder, a la que les denominaré potestades, inciden en las libertades, derechos y obligaciones de los ciudadanos; sin embargo, dicha actuación no debe estar provista de las garantías mínimas que el sistema constitucional de cada país asigne, ya que de lo contrario nos encontraríamos ante un escenario de arbitrariedad y tiranía común de regímenes autoritarios sin respecto alguno por el Estado de derecho que finalmente termina siendo el ejercicio del poder por el pueblo a través de sus representantes y con reglas claras y sólidas, las que deben encontrarse previstas en los ordenamientos jurídicos.

En ese escenario, el poder y derecho no pueden alejarse, más por el contrario el derecho administrativo a través de las diversas instituciones públicas debe modelar esta relación que existe y es por ello lo valioso de la disciplina. Pongámonos en un ejemplo muy puntual, imaginemos al próspero empresario que con audacia, tenacidad, esfuerzo y dedicación hoy tiene a su cargo un negocio comercial compitiendo con otros actores que quizá hayan tenido el mismo camino, sucede que un buen día uno de aquellos competidores es designado funcionario público en la oficina local y empieza un persecución irracional hacia sus competidores ya sea a través de vías de hecho, entendidas como coacciones ilegales conforme nos mencionan los maestros García de Enterría y Tomás Ramón Fernández; o, a través de actuaciones administrativas reglamentarias u demás actos administrativos que carecen de vinculación entre el medio utilizado y el fin perseguido, en esos casos si bien pueden existir indicios respecto de la finalidad que realmente persigue este nuevo funcionario, considero que lo más tangible es identificar si las actuaciones se sustentaban en un mínimo de legalidad o contaban con una situación de justificación adecuada aunque sea mínima, de no ser así no solo estaríamos ante una pésima gestión que transgrede la legalidad e incluso la razonabilidad sino que se habría permitido el acceso de una persona que no cuenta con

la integridad, moralidad ni aptitud para el desarrollo de una función pública, motivo por el cual advertir estos aspectos nos lleva en base a la naturaleza de la institución a analizar a dos aspectos: i) el funcionario que con su actuación persigue fines que a pesar que responden a bienes jurídicos protegidos a cautelar por el derecho administrativo buscan como fin satisfacer intereses personales directamente o indirectamente o ii) El funcionario que en abierta contravención al marco legal utiliza su actuación para obtener beneficios personales de forma directa o indirecta.

En ese contexto manteniendo la posición de importancia del derecho administrativo para combatir y desterrar estas malas prácticas en resguardo del interés general, habiéndose analizado en principio la naturaleza de la teoría de la invalidez en vía administrativa, los problemas referidos con la invalidez, la naturaleza del exceso de poder como se le conoce en Italia o desviación de poder en Iberoamérica y su alcance en contravención a la razón de ser del derecho administrativo, es preciso adentrarnos en los ordenamientos nacionales para identificar cual es el cauce procedimental que se sigue para con el citado vicio que se somete a revisión teórica y práctica.

LA DESVIACION DE PODER EN ESPAÑA: CONTENIDO Y DESARROLLO

La primera aproximación positiva a la institución analizada podemos identificarla en el numeral 2 del artículo 70 de la Ley N° 29/1998 del 13 de julio – Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa que funge de definición a lo que debe entenderse como desviación de poder como aquel ejercicio de potestades administrativas para los fines distintos fijados por el ordenamiento jurídico.³

Como bien se ha citado a pie de página, este vicio es uno que versa sobre la legalidad ya que proscribire la actuación pública ejercida por funcionarios públicos contrario a la finalidad pública en salvaguarda del interés general. Es

3 De acuerdo con lo establecido en las Leyes Administrativas Básicas 4ta Edición – 2022 por parte del profesor Luis Martín Rebollo, el párrafo segundo del apartado procede textualmente del art. 83.3 de la LJCA/1956. Es importante la precisión y la fecha porque fue la primera vez que legalmente se definió entre nosotros la desviación de poder como vicio del fin insito en todo acto administrativo como aplicación que es del Ordenamiento jurídico. La desviación de poder no es, pues, un vicio de moralidad sino de legalidad y era conocido en Francia desde finales del siglo XIX. Se introduce entre nosotros primero en la LJCA/1956 y luego en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (Pág. 750)

interesante la mención a que esta institución para España tiene su práctica incorporada en la experiencia francesa de finales de siglo XIX. Por citar el famoso y celebre fallo “*Breat de Boisanger*” que de acuerdo a lo narrado por Jacqueline Morand- Deviller, profesora emérita de la Universidad de Paris I (Phantéon – Sorbonne) se tiene lo siguiente:

Se trata de un caso emblemático de desviación de poder en el derecho francés a través del cual en principio el gobierno francés desconoce una decisión adoptada en 1961 por el Consejo de Estado Frances dejando sin efecto una primera destitución efectuada al señor Bréart de Boisanger, valiéndose posteriormente de una modificación a la naturaleza del servicio que prestaba el citado señor vía decreto y en mérito a ella una posterior destitución, por consiguiente el Consejo de Estado procede a anular la posterior destitución ello porque a criterio del fallo, el gobierno ha ido contra la naturaleza de la cosa juzgada evidenciándose el ejercicio de la desviación de poder, por lo cual el citado autor concluye de que existen dos variedades de desviación de poder: poderes utilizados con un interés particular; poderes utilizados con un fin de interés general diferente a aquel que podía legalmente buscar la administración. (2017, p. 737).

Este aspecto es bastante ilustrativo para abordar el escenario que trae a colación el análisis de la institución; no obstante, es preciso el estudio de la institución con una mirada en el derecho administrativo español para identificar si merece una atención en vía administrativa y a través del proceso contencioso administrativo.

Sobre este punto y tal como se mencionó, el profesor Raúl Bocanegra Sierra (2012) señala:

Debe recordarse que la desviación de poder viene definida en el artículo 70.2, párrafo segundo de la Ley jurisdiccional de 1998, en los siguientes términos: Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Este supuesto de anulabilidad, que no es, como la propia ley indica, sino un ejemplo más de infracción del ordenamiento jurídico, plantea, ciertamente, un grave problema de prueba, de modo que su funcionalidad depende de que se pueda demostrar la efectiva desviación del fin en el ejercicio de la correspondiente potestad por parte del órgano que la actúa. (p. 203).

El citado profesor hace referencia a que nos encontramos ante una causal de anulabilidad (que como se ha mencionado precedentemente le cabe la conservación) ello nos lleva justamente a preguntarnos si detectada dicha vulneración al ordenamiento jurídico y legalidad yace la posibilidad de que el acto pueda ser conservado,

la respuesta a nuestro criterio es que ello no es posible dada la naturaleza del vicio, no obstante ello dependerá de la evidencia probatoria que se destine para su cuestionamiento, ello quiere decir como ya se mencionó, que conforme al numeral 1 del artículo 48 de la Ley N° 39/2015 del 01 de octubre – Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, estamos ante una causal de anulabilidad que corresponde su cuestionamiento a través del ejercicio de la acción contenciosa administrativa que a modelo de ejemplo graficamos.

Sobre este punto procesal del cauce de amparo del cuestionamiento y la pretensión de anulabilidad de un acto administrativo viciado con desviación de poder es preciso tomar como referencia la Sentencia N° 897/2016 del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Séptima, recurso interpuesto por la desestimación de un recurso de alzada presentado contra una resolución a través de la cual se adjudicaron puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación. Como puede apreciarse el cauce procesal implica que el afectado con el alcance del acto administrativo pueda cuestionar a través del proceso contencioso administrativo si el acto administrativo contempla o no vicio de anulabilidad insalvable como sería el de desviación de poder previa actuación probatoria.

Este escenario es sumamente ilustrativo ya que la resolución en mención hace referencia a una convocatoria de un puesto de trabajo de Subdirector Técnico, nivel 30, estableciéndose en principio quienes podían tomar parte de la convocatoria, no obstante, con posterioridad se produjo vía corrección de errores una modificación respecto de quienes podían participar en la convocatoria y la formación específica requerida, cabe señalar que posteriormente a ello se desarrollan actuaciones internas e incluso un nuevo concurso con el fin de designar a una persona en particular lo que evidencia justamente la concurrencia de la figura bajo comentario.

En lo que respecta al razonamiento del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso Administrativo advierte como fundamento jurídico del fallo que dicha corrección efectuada constituía una burla de las expectativas legítimas o derechos de participación en el concurso de provisión ya generados con el primer acto, resultando contrario a los principios de buena fe y confianza legítima. Del mismo modo, teniendo en cuenta que la demanda se funda en la existencia de actos administrativos que evidencian la

conurrencia de desviación de poder, si bien es cierto, la jurisprudencia viene exigiendo que quien invoca la causal que deba acreditar la finalidad perseguida por el órgano administrativo distinta de la perseguida por el ordenamiento jurídico, no obstante manifiesta que la carga de la prueba también se cumple mediante presunciones sin que sea necesario una prueba directa y plena, siendo suficiente para lograr una razonable convicción del Tribunal de que se dio la divergencia de fines lo cual es sumamente aleccionador.

En ese escenario tenemos que, para la práctica jurídica española, basta con prueba indiciaria para analizar el fondo de la controversia. Sobre este particular el profesor Sánchez Morón (2022) menciona:

Ahora bien, ya vimos que nuestra jurisprudencia contenciosa – administrativa poco propicia a la apreciación de este motivo de ilegalidad, exige a quien alega desviación de poder una prueba cumplida de su concurrencia, que muchas veces resulta prácticamente imposible. Ciertamente es que la línea jurisprudencial más sensible admite la prueba por presunciones, pero para ello exige la demostración de un conjunto de hechos y circunstancias de las que el órgano judicial pueda deducir la convicción de una intención desviada de la Administración, ya que no son suficientes las meras conjeturas o sospechas (SSTS de 10 de diciembre de 1998, 22 de marzo de 1999, 30 de junio de 2000, 23 de junio de 2003, 15 de septiembre de 2015, 25 de abril de 2016, etc). (p. 573).

Esta prueba indiciaria consideramos debe partir de los propios criterios expuesto por el Poder Judicial Español. Como referencia tenemos lo expuesto en el numeral c del punto 9 de la Sentencia 24/1997 de 11 de febrero de 1997 que hace referencia a la exigencia de la prueba indiciaria.⁴

Como puede evidenciarse del ejemplo procesal antes narrado, encontramos que en el ordenamiento jurídico español la desviación de

poder constituye una causal de anulabilidad del acto administrativo, pudiendo el afectado con la dación de un acto administrativo recurrir al proceso contencioso administrativo para lo cual deberá demostrar la concurrencia a través de medio de prueba o siguiendo los criterios antes previstos el empleo de prueba indiciaria.

LA DESVIACIÓN DE PODER EN COLOMBIA: CONTENIDO Y DESARROLLO

Los límites al poder, qué duda cabe, son uno de los aspectos más discutidos y estudiados en el derecho público. Si bien es cierto desde una óptica del derecho administrativo, estos límites están enmarcados en la llamada función administrativa del Estado, la cual enmarca una serie de potestades, prerrogativas, aptitudes y acciones que le corresponde a las entidades de la administración pública a través de sus servidores; no obstante, esta no debe ceñirse únicamente a las acciones formales de sus integrantes sino también al alcance que trae consigo los efectos de la llamada función administrativa, que por lo regular la vemos ejemplificada en la emisión de actos administrativos tendientes a producir efectos jurídicos particulares en situaciones concretas.

Dentro del escenario antes narrado, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia aprobado por Ley N.º 1437 de 2011, dentro del título de Medios de Control, desarrolla la figura de nulidad administrativa.

Al respecto, el citado artículo resalta que constituye un derecho de todo ciudadano colombiano el solicitar de forma directa o vía de representación, la nulidad de un acto administrativo de alcance general, enlistando las causales al respecto, siendo estas las siguientes: la de infracción normativa, acto emitido de forma irregular, sin competencia, con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

En ese escenario, el concepto que se tiene respecto de acto administrativo de alcance general es vital para comprender en qué circunstancias son de aplicación las causales antes referidas que guarda relación con la explicación del reglamento como acto administrativo.

⁴ Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SST C 174/1985, 175/1985, 229/1988, 94/1990 y 111/1990) y STS 244/1994, de 15 de septiembre, entre otras, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del art. 120.3 C.E., según el cual las Sentencias deberán ser siempre motivadas, así como del art. 24.1 C.E., pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho, ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irrazonable o absurdo.

Sobre el particular el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, profesor de la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad del Externado y referente del Derecho Administrativo Colombiano, considera al acto administrativo de contenido general como una especial modalidad de expresión del Poder público administrativo que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras (2017, p. 551). Motivo por el cual, sobre este punto, la legislación colombiana enfatiza en causales relacionadas a actos administrativos de corte general, en el marco de la función normativa que ostenta la administración pública.

En ese sentido, a criterio del profesor Enrique José Arboleda Perdomo, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario plantea que respecto del tema de nulidades se plantearon dos posiciones siendo la segunda posición la contenida en el código referida a la necesidad de continuar con un esquema que combine la necesidad del acto previo para algunos casos y para otros no. (2021, p. 264)

Por consiguiente, la legislación colombiana, considerando que los actos de alcance general, como los reglamentos, son actos administrativos ha establecido el mecanismo a través del cual procede se declare la nulidad de estos actos, especificando como causal los hechos en lo que quien expide el acto contiene vicios de desviación de atribuciones propias conforme hemos estudiado.

Por otra parte, la citada legislación en el artículo 138 hace referencia a que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo al amparo de una norma jurídica puede solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, siendo las causales las mismas que para la nulidad de un acto administrativo de alcance general.

Es por ello que con mucho acierto el profesor Libardo Rodríguez, referente del Derecho Administrativo Colombiano, enuncia que existe una causal general de ilegalidad consistente en la violación de una norma jurídica superior. Esta causal general se encuentra consagrada en los artículos 137 y 138 del CPACA, al manifestar que la nulidad, tanto de actos administrativos generales como particulares, “procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse”. (2021, p. 152).

En ese escenario, de la mano del citado autor es preciso adentrarnos al concepto que representa la causal de desviación de poder para el derecho

administrativo colombiano, graficando que si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación del poder. Del mismo modo manifiesta lo siguiente:

También puede haberse previsto una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, situación en la cual el acto administrativo, además de perseguir interés general, deberá buscar cumplir con esa finalidad especial de la norma, no obstante, resalta que el vicio señalado no corresponde a un mero juicio de legalidad, sino que es necesario que quien demande la nulidad de un acto administrativo, acredite los elementos probatorios suficientes para demostrar ello (p.p. 158-159).

Por lo cual conforme se advierte encontramos los diversos aspectos especiales de la citada institución empleada en Colombia: I) demanda a través de proceso contencioso administrativo de conformidad con la estructura del Consejo de Estado Colombiano, ii) causales idénticas para la nulidad de actos reglamentarios generales y actos administrativos de alcance particular que lesionen derechos subjetivos amparados en una norma jurídica, iii) causal de desviación de poder se rige bajo la actuación de la carga de la prueba a favor de la parte accionante.

El desarrollo jurisprudencial colombiano, muy minucioso y técnico – jurídico no está exento de críticas relacionado al alcance de la institución bajo análisis ya que en un primer momento la Corte Constitucional a través del pronunciamiento contenido en la Sentencia C 456/98 estableció que el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia, no obstante la crítica versa sobre la vinculación del concepto hacia lo ético o moral por parte de la actuación funcional; sin embargo la tendencia actual es considerar a la desviación del poder como un vicio de legalidad conforme se manifiesta la doctrina más autorizada en España, por lo cual hemos transcurrido entre el vicio ético a un vicio de pura contravención a la legalidad.

Del mismo modo Paola Andrea Bernal Galeano (2021) de la Universidad Católica de Colombia considera que:

Lo esencial para identificar la causal de desviación de poder en un acto administrativo es entender en primer lugar que el funcionario que lo expide está facultado para hacerlo y que la construcción del acto administrativo proferido en consecuencia tiene validez en su forma, sin embargo, la finalidad que persigue el acto administrativo es la que se aparta de aquel que ha previsto el ordenamiento jurídico, y es aquí donde existe una irregularidad, ya que si bien a simple vista el acto puede parecer legal, en el momento en que el funcionario se aparte del fin que el ordenamiento jurídico prevé. (p.14).

Un último caso que involucra la institución que nos encontramos estudiando tiene que ver con lo resuelto por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta del 20 de mayo de 2021 referido a la demanda de ejercicio de medio de control de nulidad electoral contra la designación de la señora Margarita Leonor Cabello Blanco como Procuradora General de la Nación, por lo cual la institución también es aplicable para los escenarios electorales. Sobre el citado fallo se menciona lo siguiente: De esta manera, el vicio de la desviación de poder se relaciona con la fiscalización del elemento teleológico del acto electoral, propendiendo por que la puesta en marcha de las competencias de elección se avenga a los fines últimos que explican la propia existencia del Estado, relacionados con el establecimiento de un orden justo en el que la garantía y efectividad de los derechos y libertades públicas sea una realidad.

Del mismo modo el citado Consejo de Estado a raíz de la radicación 05001-23-33-000-2013-01754-01 en la Sentencia de 15 de noviembre de 2018 estableció lo siguiente:

(...) la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva

de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.

Estos escenarios de probanza justamente son los que terminan siendo el reto para la configuración del vicio y su declaración en vía judicial, no obstante, es interesante la discusión jurisprudencial acerca de los alcances y fines del vicio estudiado, el cual incluso puede ser extensivo a actos administrativos de carácter general.

LA DESVIACIÓN DE PODER EN PERÚ: CONTENIDO Y DESARROLLO

El desarrollo de la institución narrada referida a la desviación de poder recibe un tratamiento singular en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el particular es propicio hacer referencia a la positivización del principio de ejercicio legítimo del poder. Al respecto, el profesor Juan Carlos Morón Urbina (2017) catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú señala lo siguiente:

Es de esta forma que el principio bajo comentario se configura como una obligación en la actuación de la Administración Pública, instaurando el límite para el ejercicio del poder, y proscribiendo cualquier forma de abuso de poder o desviación de poder, como lo llama algún sector de la doctrina. Cabe señalar que este se configura cuando la autoridad, actuando bajo las facultades atribuidas, decide ejercerlas para objetivos diferentes a los establecidos por la ley o cuando el ejercicio del poder contravenga el interés general. (p. 138).

Siguiendo las directrices analíticas del citado profesor, la incorporación de este principio en la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma común que tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, conlleva un mandato de dirección que permita determinar que el funcionario está habilitado para el desarrollo de una actividad pública; siendo el otro escenario el prohibitivo en lo que respecta al abuso de poder ya sea para objetivos distintos al interés general.

En consecuencia, el derecho administrativo peruano cuenta con un principio positivizado que permite dirigir la actuación de los funcionarios y servidores al cumplimiento de los fines concordantes con el interés general, proscribiendo el abuso de poder. Esta naturaleza no es extraña ya que se desprende de lo previsto en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que establece que la finalidad pública es un requisito de validez del acto administrativo sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, alguna finalidad personal de la propia autoridad a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley, no obstante se establece un aspecto contundente referido a que la ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad; no obstante como ya se mencionó líneas arriba, es preciso entender el alcance de la discrecionalidad para determinar que la ausencia normativa debe ser atendida en el Perú bajo la regla prevista en el artículo VIII (Deficiencia de Fuentes).

El profesor Guzmán Napuri (2020), catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú respecto del vicio en la finalidad pública – desviación de poder señala lo siguiente:

Se presenta cuando el acto se ha dictado con un fin distinto al previsto por el legislador. Para que ocurra la denominada desviación de poder tan mentada por la doctrina europea, debe haber una autoridad administrativa con competencia definida por la Ley, que haga uso de poder para un fin distinto del conferido por la norma que regula dicha competencia. Entre los supuestos de desviación de poder encontramos, en primer lugar, que el agente actúe con una finalidad personal, en segundo lugar, que los actos sean realizados con el objeto de beneficiar a terceros. En estos dos casos nos encontramos ante actos de corrupción, típica situación en la que se genera desviación de poder, puesto que en dichos casos el agente actúa mediando una ventaja o recompensa. Finalmente, nos encontramos ante desviación de poder cuando el fin perseguido sea de interés general pero distinto del fin preciso que la ley asigna al acto que se emite. En este último caso nos encontramos ante el supuesto de menoscabo o perturbación de la competencia de otra autoridad, cuya corrección corresponde al Tribunal Constitucional a través del proceso competencial.” (p. 466).

Conforme puede apreciarse, el tratamiento desarrollado en el Perú para la desviación de poder no ha sido ajeno a la práctica normativa ni doctrinaria, ya que se distinguen aspectos que inciden justamente con la ilegalidad

sobrevenida referida a un vicio de nulidad insalvable como debemos entenderlo.

Este comentario que efectuó se sujeta a que la falta de un requisito de validez, como el de finalidad pública, origina la nulidad del acto administrativo de pleno derecho, lo cual no opera en nuestra legislación de manera literal ya que conforme establece el artículo 09 se requiere que el acto inválido sea declarado por autoridad competente.

Quizá algún lector en este punto considere que la nulidad al ser una decisión que adopta en principio la administración pública puede conllevar a un examen que determine la conservación del acto administrativo; no obstante, el propio artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 establece que es posible la conservación cuando el vicio del acto administrativo no sea trascendente.

En ese escenario considero que el vicio bajo análisis es trascendente, no obstante, su probanza quizá sea el escenario más complejo para que proceda con la declaratoria de nulidad.

Un punto final respecto del análisis del ordenamiento general peruano conlleva a preguntarnos si en el derecho interno puede cuestionarse un acto de carácter general (como el reglamento) a través de la figura de la desviación de poder.

Sobre el particular, en lo que respecta a las disposiciones reglamentarias, encontramos que en la elaboración de estas existe mucho margen discrecional; sin perjuicio de que su cuestionamiento clásico no está reservado al proceso contencioso administrativo sino al proceso constitucional a través de la llamada acción popular; y en los casos de existencia de barreras burocráticas a cargo de INDECOPI; sin embargo, dada la discrecionalidad de la figura de emisión de disposiciones reglamentarias, no está demás preguntarnos si este principio positivizado en nuestra LPAG referido al ejercicio legítimo del poder puede aplicarse al diseño normativo de muchos agentes de la administración pública en el marco del respeto de la función administrativa del Estado conforme consagra el artículo 2 de la LPAG; sin perjuicio de ello en el marco de la mejora regulatoria, específicamente a través del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante, debe abordarse este riesgo relacionado al ejercicio legítimo del poder, en el marco de la experiencia colombiana, ello con el

fin de combatir la desviación del poder, tarea que corresponde sea supervisada y vigilada a todos los agentes públicos con competencia sobre el particular.

APRECIACIONES FINALES

La desviación de poder conforme se ha analizado constituye una figura clásica relacionada con el derecho administrativo y que a pesar del tiempo mantiene su vigencia. Si bien desde su aparición en el derecho francés hasta nuestros días el enfoque ético moral ha sido dejado de lado para dar lugar a un verdadero vicio de legalidad, encontramos que las legislaciones estudiadas (incluido Francia e Italia) han diseñado un mecanismo procesal para la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos de alcance particular y también para los de alcance general.

En ese escenario se efectúan las siguientes conclusiones:

- a. En los ordenamientos jurídicos estudiados evidenciamos la aplicación de la teoría de la invalidez de los actos administrativos. No obstante, encontramos que, si bien en todos los ordenamientos es posible la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, esta potestad termina siendo la excepción a la regla, en mérito al principio de presunción de validez de los actos administrativos, lo que origina que se requiera de un acto administrativo declarativo que deje sin efecto el acto administrativo que contenga un vicio de validez.
- b. En lo que respecta a que los reglamentos administrativos sean considerados como verdaderos actos administrativos, en base al estudio efectuado se debe concluir señalando que nos encontramos ante actuaciones administrativas de alcance general aptas para producir efectos jurídicos tal y como sucedería con un acto administrativo de alcance singular o particular, con las diferencias propias entre este y un acto de alcance general, lo cual no lo descalifica de ser un acto declarativo emitido por la administración pública de acuerdo con su cuota legal de poder ni de la producción de efectos jurídicos típico de los actos administrativos así sea de manera general.
- c. La desviación de poder es una institución clásica del derecho público y que se asienta en que el agente emisor de una actuación administrativa emplea dicha apariencia legal

para satisfacer ya sea intereses personales de forma directa o indirectamente con lo cual el acto administrativo producto de dicha actuación termina siendo un móvil para la consecución de un fin ilícito, valiéndose del cargo que ostenta, contraviniendo con ello el interés general.

- d. En el ordenamiento administrativo español la institución se encuentra positivizada en la norma que regula el proceso contencioso administrativo, estableciéndose una definición. Del mismo modo en la ley de procedimiento administrativo común español se ha establecido que la desviación de poder constituye una causal de anulabilidad del acto administrativo, lo cual se efectúa a través de una demanda en proceso contencioso administrativo cuya probanza será esencial, pudiendo emplearse prueba indiciaria de acuerdo a las disposiciones dictadas por la jurisprudencia nacional.
- e. En el ordenamiento administrativo colombiano la institución se encuentra prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, estableciéndose la posibilidad de declarar la nulidad de actos administrativos de alcance general, incluido el reglamento, y los actos administrativos de alcance particular, cuyo particular tratamiento ha sido desarrollado a través de resoluciones del Consejo de Estado Colombiano.
- f. En el Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General ha establecido que la contravención al requisito de validez denominado como finalidad pública origina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, no obstante se requiere de una declaración efectuada por autoridad competente para tal fin; no obstante, y dada la gravedad de la institución se considera que no es posible la conservación del acto administrativo que contenga dicho vicio, ello conforme con el principio de ejercicio legítimo del poder incorporada a la citada ley a raíz de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 1272. Del mismo modo y dada la naturaleza de discrecionalidad de los reglamentos administrativos, se postula por la aplicación de dicho principio con el fin del correcto funcionamiento de la administración pública en nuestro estado de derecho.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Arboleda, E. (2021). *Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Legis.

Bernal – Galeano, P. (2021). *Configuración de desviación de poder en la expedición de actos administrativos y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad Católica de Colombia.

Bocanegra, R. (2015) *Lecciones sobre el acto administrativo*. Thomson Reuters.

Doménech Pascual, G. (2002). *La Invalidez de los Reglamentos*. Tirant lo Blanch.

García, E. & Ramon Fernández, T. (2020). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Thomson Reuters.

Garofoli, R. (2022). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Neldiritto Editore.

Guzmán, C. (2020). *Procedimiento Administrativo General Tomo I*. Instituto Pacifico.

Laguna de Paz, J. (2020). *Tratado de Derecho Administrativo General y Económico*. Thomson Reuters.

López, J. (2013). *La desviación de poder: Estudios de Derecho Público*. Asociación de Docentes.

Morand – Deviller, J. (2017). *Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

Morón Urbina, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Ramon Fernández, T. (2019). *La nulidad de los actos administrativos*. Ediciones Olejnik.

Rodríguez Arana, J. (2012). *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Iustel.

Rodríguez, L. (2021). *Derecho Administrativo General y Colombiano Tomo I*. Editorial Temis.

Santamaria Pastor, J. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General II*. Iustel.

Santofimio, J. (2017) *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

Fuentes hemerográficas

Bermúdez, J. (2021). Concepto y clases de acto administrativo. La declaración responsable y la comunicación previa. La estructura del acto administrativo. *La discrecionalidad. Régimen Jurídico de la Actuación Administrativa*. 1, 37-67.

LA VIABLE APLICACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO PARA EL PROCESAMIENTO EFICAZ DE LOS DELITOS DE FRAUDE INFORMÁTICO Y PROPOSICIONES A NIÑOS Y ADOLESCENTES CON FINES SEXUALES POR MEDIOS TECNOLÓGICOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

THE VIABLE APPLICATION OF THE IMMEDIATE PROCESS FOR THE EFFECTIVE PROCESSING OF COMPUTER FRAUD CRIMES AND PROPOSALS TO CHILDREN AND ADOLESCENTS FOR SEXUAL PURPOSES THROUGH TECHNOLOGICAL MEANS IN THE JUSTICE SYSTEM

Jean Paul Meneses Ochoa
ORCID: 0009-0007-7383-3264
Universidad de Medellín
jpm1691@gmail.com
Colombia

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.09](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.09)

Recibido: 5 de junio de 2023.

Aprobado: 1 de agosto de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Problemáticas que atender en el sistema de justicia.
- El proceso inmediato y sus resultados en el sistema de justicia.
- Los delitos de fraude informático y proposiciones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos de la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos.
- El proceso inmediato como herramienta eficaz para el procesamiento de los delitos de Fraude Informático y *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos* de la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación parte de la problemática relacionada con el aumento del número de denuncias registradas de delitos informáticos, lo que afecta negativamente con la percepción de inseguridad ciudadana y la sobrecarga procesal en el sistema de justicia, existiendo la necesidad por parte del Estado de atender esta problemática. En atención a ello, considerando que se han recopilado datos que demuestran que el Proceso Inmediato ha obtenido resultados eficaces en el sistema de justicia, el

objetivo de este trabajo de investigación es exponer la viable aplicación del Proceso Inmediato como una herramienta eficaz para el procesamiento de los delitos de *Fraude informático y Proposiciones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos* regulados en la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos. Para esto se observan las cifras de la criminalidad, sobrecarga procesal del sistema de justicia, inseguridad ciudadana y el crecimiento de las denuncias por delitos informáticos a fin de mostrar la problemática a atender. Luego se realiza un análisis del Proceso Inmediato, además, se observan los resultados obtenidos en su aplicación en el sistema de justicia. Posteriormente, se efectúa un análisis de los delitos de fraude informático y proposiciones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos. Finalmente, mediante un análisis de casos relacionados con los referidos delitos informáticos, se logra exponer la viabilidad del Proceso Inmediato para el procesamiento eficaz de estos delitos informáticos.

ABSTRACT

This research work is based on the problems related to the increase in the number of registered complaints of computer crimes, which negatively affects the perception of citizen insecurity and the procedural overload in the justice system, there being a need on the part of the State to address this problem. In response to this, considering that data have been collected that demonstrate that the Immediate Process has obtained effective results in the justice system, the objective of this research work is to expose the viable application

of the Immediate Process as an effective tool for the processing of the crimes of Computer Fraud and Proposals to children and adolescents for sexual purposes through technological means regulated by Law No. 30096 – Computer Crime Law. For this, the crime figures, procedural overload of the justice system, citizen insecurity and the growth of complaints for computer crimes are observed in order to show the problem to be addressed. Then an analysis of the Immediate Process is carried out, in addition, the results obtained in its application in the justice system are observed. Subsequently, an analysis of the crimes of Computer Fraud and Proposals to children and adolescents for sexual purposes through technological means is carried out. Finally, through an analysis of cases related to the aforementioned computer crimes, it is possible to expose the viability of the Immediate Process for the effective prosecution of these computer crimes.

PALABRAS CLAVE

criminalidad, delitos informáticos, eficacia procesal, proceso inmediato, sistema de justicia

KEYWORDS

criminality, computer crimes, procedural efficiency, immediate process, justice system

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que la sociedad siempre reclama a las autoridades es la urgente atención de la criminalidad. Respecto al caso peruano, se tienen datos y estadísticas presentados por instituciones públicas, donde se registra que en los últimos años los índices de criminalidad se han incrementado.

Los altos índices de criminalidad han ocasionado que los peruanos identifiquen a la delincuencia como uno de los principales problemas que afectan al país junto con la corrupción, superando otros problemas como la falta de empleo, la pobreza o la estabilidad política. Sobre este punto, según la encuesta realizada a 800 personas entre el 17 al 23 de enero de 2023 por Activa - Pulso Ciudadano, se puede observar que, ante la pregunta ¿Cuáles son los 3 principales problemas de Perú en estos momentos?, en primer lugar, se encuentra la corrupción, en segundo lugar, está la inseguridad pública/delincuencia y, en tercer lugar, la economía. (Activa – Pulso Ciudadano, 2023, P. 40)

Asimismo, debemos tener en consideración que el crecimiento de la criminalidad es un problema que no solo genera perjuicios a las víctimas en forma aislada, por cuanto es un hecho que al existir más delincuencia en una sociedad se estaría afectando notablemente a la percepción de inseguridad ciudadana.

De igual forma, el aumento de la delincuencia también generaría el crecimiento del índice de denuncias, contribuyendo de esta forma con el incremento de la sobrecarga procesal en el sistema de justicia, por cuanto muchas de esas denuncias continuarían su trámite en la vía judicial.

Conforme a lo expuesto, podemos señalar que el crecimiento de la delincuencia afecta negativamente a la percepción de inseguridad ciudadana y sobrecarga procesal en el sistema de justicia.

Por otro lado, también es un hecho que el fenómeno criminal ha conseguido adaptarse a los cambios sociales, de tal forma que los avances tecnológicos han abierto espacio para la aparición de nuevas conductas ilícitas. En el caso peruano, esto ha obligado al legislador a regular los delitos informáticos.

Con relación a ello, a fin de asegurar acciones eficaces contra esta nueva delincuencia tecnológica, con fecha 22 de octubre de 2013 se publica la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos, la cual tiene como objeto prevenir y sancionar los delitos que afectan los sistemas y datos informáticos, los cuales son ejecutados por medio de las tecnologías de la información o de la comunicación. (artículo 1, Ley N° 30096 - Ley de Delitos Informáticos).

En atención a las cifras registradas sobre la criminalidad en general, se advierte que estas han ido en aumento, o por lo menos no ha habido una reducción importante. Respecto al caso específico de los delitos informáticos, se tienen datos y estadísticas, las cuales fueron recogidas y elaboradas por instituciones públicas, que de la revisión de estas nos permiten advertir que la incidencia en este tipo de delitos también se ha incrementado con el pasar de los años.

Al respecto, el aumento de la incidencia delictiva en los delitos informáticos no ha sido el único problema para atender, debido a que informes elaborados por el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, han concluido que el tratamiento de

este tipo de delitos va a requerir nuevas formas de intervención por parte de las instituciones que conforman el sistema de justicia.

De este modo, resulta necesario que el Estado implemente acciones eficaces frente a estos fenómenos criminales, refiriéndonos a los altos índices de la criminalidad en general, así como la creciente incidencia en la comisión de los delitos informáticos, los cuales afectan negativamente a la inseguridad ciudadana y sobrecarga procesal en el sistema de justicia.

Por otro lado, es menester señalar que no nos oponemos a la implementación de reformas legislativas debidamente diseñadas para mejorar las funciones de las autoridades en el sistema de justicia. Sin embargo, consideramos que el Código Procesal Penal - Decreto Legislativo 957, en su cuerpo normativo, brinda mecanismos eficaces que pueden ser utilizados para la lucha contra la criminalidad y la reducción de la sobrecarga procesal del sistema de justicia, uno de ellos es el Proceso Inmediato, el cual ya ha tenido resultados exitosos, los cuales han sido recogidos mediante informes de instituciones públicas.

Es así como teniendo en consideración que el Proceso Inmediato ha obtenido resultados eficaces en el procesamiento de la criminalidad en general, así como la reducción de la sobrecarga procesal del sistema de justicia, creemos que este proceso especial puede ser utilizado para el procesamiento eficaz en algunos tipos penales regulados en la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos.

No obstante, debido a la sofisticación tecnológica para la ejecución de los delitos informáticos, esto puede ocasionar dificultades para que las autoridades puedan aplicar el Proceso Inmediato para este tipo de delitos. En ese sentido, consideramos que, al no aplicar el mencionado proceso especial, las autoridades se estarían privando de una herramienta eficaz que brindaría resultados positivos en el sistema de justicia.

Conforme al expuesto, la presente investigación tiene el objetivo de exponer la viable aplicación del Proceso Inmediato como una herramienta eficaz para el procesamiento de los delitos de Fraude informático y Propositiones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos regulados en la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos.

Para esto se observarán las cifras y datos de la criminalidad en general, inseguridad ciudadana, sobrecarga procesal en el sistema de justicia, así como cifras de las denuncias de los delitos informáticos, a fin de mostrar la problemática en el sistema de justicia.

Luego se realizará un análisis sobre la estructura y supuestos de aplicación del Proceso Inmediato. Asimismo, se observarán los resultados obtenidos en el sistema de justicia a fin de exponer la eficacia de este proceso especial.

Posteriormente, se observarán los delitos de fraude informático y propositiones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos regulados en la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos, a fin de identificar las características y modalidades de los mencionados delitos.

Consecutivamente, se efectuará un análisis de casos relacionados con los referidos delitos informáticos, lo cual servirá para exponer la viabilidad del Proceso Inmediato para el procesamiento eficaz de los delitos de fraude informático y propositiones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos.

Finalmente, expondremos las conclusiones obtenidas producto de la presente investigación.

PROBLEMÁTICAS QUE ATENDER EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

Con la finalidad de conocer la problemática en el sistema de justicia, respecto al crecimiento de los índices de la criminalidad, en específico de los delitos informáticos, en la presente investigación observaremos las cifras sobre la criminalidad en el Perú, los datos relacionados con la inseguridad ciudadana y sobrecarga procesal en el sistema de justicia. De igual forma, observaremos datos relacionados con los delitos informáticos.

Al respecto, en el Informe Técnico N° 01 – marzo 2023 del Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, se recogen la cantidad de denuncias registradas desde el año 2016 al 2022. Con relación al año 2016 se registraron 355,876 denuncias, en el año 2017 se registraron 399,869 denuncias, en el año 2018 se registraron 466,088 denuncias, en el año 2019 se registraron 446,508 denuncias, en el año 2020 se registraron 320,819 denuncias,

en el año 2021 se registraron 403,071 denuncias y en los meses de enero a noviembre del año 2022, se registraron 497,581 denuncias. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2023, P. 2)

En atención a las cifras expuestas, puede observarse que las denuncias registradas entre los años 2016 a 2022 han ido en aumento. Sobre el crecimiento de las denuncias, podemos señalar que se vincula con la percepción de inseguridad ciudadana, por cuanto esta puede entenderse como la idea o preocupación de las personas de ser pasible de una conducta ilícita. Por lo que puede inferirse que, al registrarse más denuncias en un determinado lugar, esto va a generar que la percepción inseguridad ciudadana también aumente.

Asimismo, en atención a la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales-ENAPRES, se tiene que entre los meses de julio a diciembre de 2022 el 83.0% de la población del área urbana a nivel nacional percibe que puede ser víctima de algún hecho ilícito en los próximos doce meses. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2023, P. 69)

Respecto a la sobrecarga procesal, nos referimos a la acumulación de expedientes en los despachos de los funcionarios que intervienen en el sistema de justicia, los cuales no pueden ser tramitados debido a la cantidad de nuevos expedientes que ingresan a diario para su atención, dificultando o imposibilitando la labor de los funcionarios del sistema de justicia.

Con relación a ello, en el documento titulado *PLAN DE GOBIERNO 2023-2024 - Hacia una justicia de calidad con rostro humano en la era digital*, elaborado por el Mg. Javier Arévalo Vela, se recogen las cifras de la carga procesal del Poder Judicial de los años 2020 a 2022. Respecto a la revisión de las mencionadas cifras de la carga procesal, se puede observar que en el año 2020 se registraron 3'603,092 de carga procesal, en el año 2021 se registraron 4'286,311 carga procesal y en los meses de enero a agosto de 2022, se muestra la suma de 4'158,442 carga procesal. (Arévalo Vela, 2022, P. 13)

Asimismo, podemos mencionar que el crecimiento de las denuncias también se vincula con el aumento de la carga procesal en el sistema de justicia, por cuanto en muchos casos las denuncias van a continuar su trámite en el Poder Judicial. De tal forma que, al

registrarse más denuncias, esto va a contribuir al crecimiento de la sobrecarga procesal en el sistema de justicia.

Conforme a lo expuesto, se observa que la percepción de inseguridad ciudadana y la sobrecarga procesal en el sistema de justicia demuestran cifras alarmantes.

Por otro lado, con relación a la incidencia de delitos informáticos debemos señalar que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, así como el Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, han publicado informes donde se recogen las cifras de las denuncias registradas de este tipo de delitos.

En atención a ello, en el documento titulado *Ciberdelincuencia – Reporte de Información Estadística y Recomendaciones para la Prevención* elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se expone la cantidad de denuncias registradas por delitos informáticos, desde el año 2018 a 2019, proporcionada por los registros de la Policía Nacional del Perú, así como del Ministerio Público. Respecto a las cifras de denuncias por delitos informáticos, en el año 2018 se registraron 2,917 denuncias, en el año 2019 se registraron 7,108 denuncias, en el año 2020 se registraron 8,897 denuncias y en el año 2021 se registraron 14,671 denuncias. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, P. 10)

Aunado a ello, en el Informe de Análisis N° 04 – *Ciberdelincuencia en el Perú: Pautas para una Investigación Fiscal Especializada*, elaborado por la Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad-OFAEC de la Fiscalía de la Nación-Ministerio Público, se registran las denuncias por delitos informáticos en las Fiscalías Penales Comunes y Mixtas, de octubre del año 2013 a julio del año 2020. Con relación a las cifras, se tiene que en el año 2016 se registraron 1410 denuncias, en el año 2017 se registraron 2841 denuncias, en el año 2018 se registraron 4648 denuncias, en el año 2019 se registraron 8504 denuncias y en el año 2020 se registraron 2738 denuncias. (Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, 2021, P. 22)

Al respecto, de la revisión de los referidos informes, se puede observar que cada año las denuncias registradas por la comisión de delitos informáticos han ido en aumento y que el delito de Fraude Informático es el que registra más incidencia. De este modo, podemos interpretar

que la incidencia delictiva de este tipo de delitos está contribuyendo con el crecimiento de la sobrecarga procesal en el sistema de justicia.

Asimismo, las altas cifras de denuncias registradas por delitos informáticos también afectan a la percepción de inseguridad ciudadana, por cuanto esta sensación de ser víctima de un delito, ya no solo se limita a un espacio físico, puesto que ahora también abarca el ámbito del uso de las tecnologías de la información y comunicación. Lo referido resulta preocupante, porque ahora la población no solo se siente insegura en las calles, sino, también se siente insegura al momento de usar los dispositivos tecnológicos que les son útiles y necesarios en sus actividades diarias.

En atención a las cifras del Poder Judicial, podemos observar que la cantidad de condenas emitidas por delitos informáticos es mucho menor respecto al número de denuncias registradas por parte del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación. Lo referido es preocupante por cuanto puede generarse una percepción de impunidad y falta de eficacia al momento de procesar los delitos informáticos por parte del Poder Judicial.

Conforme a la información expuesta relacionada con la criminalidad en general, percepción de inseguridad ciudadana, sobrecarga procesal del sistema de justicia y de los delitos informáticos, podemos señalar que se expone una evidente problemática que debe ser atendida de manera urgente, por cuanto de la revisión de las cifras exhibidas se observa que estas no se han reducido, por el contrario, han ido en aumento.

EL PROCESO INMEDIATO Y SUS RESULTADOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

A fin de exponer que el Proceso Inmediato ha obtenido resultados eficaces, se realizará un análisis sobre su estructura y supuestos de aplicación. Asimismo, se observarán los resultados obtenidos de este proceso especial en el sistema de justicia.

Es así que, con la finalidad de lograr una aplicación eficaz y eficiente del Proceso Inmediato, así como contribuir en la reducción de la carga procesal del sistema de justicia, el 30 de agosto de 2015, se publica el Decreto Legislativo N° 1194 - Decreto Legislativo que Regula el Proceso Inmediato en Casos de Flagrancia, por el cual se modificaron los

artículos del 446 al 448 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957.

En atención a la mencionada reforma, en el artículo 446 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957, se establece que se debe solicitar la aplicación del Proceso Inmediato para los siguientes supuestos: i) flagrancia delictiva; ii) confesión; iii) suficientes elementos de convicción acumulados; iv) delito de omisión de asistencia familiar; y v) delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción.

Sobre el supuesto de flagrancia, debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 259 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957, donde se indican las situaciones donde se configura flagrancia. De la lectura del referido artículo, podemos señalar que se considerará flagrancia cuando un sujeto es descubierto en la realización del hecho punible o, ni bien haber cometido el delito, inmediatamente es descubierto. También existirá flagrancia cuando, dentro de las 24 horas de haberse cometido la conducta ilícita, se interviene al agente con efectos, instrumentos o señales procedentes de la ejecución del delito o si el delincuente ha sido reconocido por medio de un dispositivo audiovisual.

Respecto al supuesto de confesión, conforme al inciso 1 del artículo 160 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957, se puede colegir que esta institución de derecho premial implica la aceptación por parte del imputado de la imputación o de los cargos formulados en su contra.

Con relación a los suficientes elementos de convicción acumulados, coincidimos con lo mencionado por Sánchez Velarde, por cuanto sostiene que bajo este supuesto se viabiliza la procedencia del Proceso Inmediato, debido a que la continuación de la investigación preparatoria resulta innecesaria en atención a que los elementos probatorios de cargo son suficientes para determinar la comisión del delito. (Sánchez, 2022, P. 446)

Asimismo, el legislador también consideró habilitar la aplicación del Proceso Inmediato para los delitos de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción y omisión de asistencia familiar, sin embargo, conforme al objetivo de la presente investigación, no nos detendremos a revisar y desarrollar estos últimos supuestos.

Aunado a ello, en la Casación N° 1620-2017 - Madre de Dios, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República señala que en los incisos 1 y 2 del artículo 446 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957 se regulan los presupuestos que deben concurrir para la procedencia del Proceso Inmediato, los cuales son: i) Ausencia de complejidad del caso, también conocido como simplicidad procesal, y ii) Evidencia delictiva, refiriéndose a la presencia de flagrancia, confesión sincera o suficientes elementos de convicción. (Fundamento de Derecho N° 5.2)

Con relación a la estructura del trámite del Proceso Inmediato, esta se encuentra regulada en los artículos 446 al 448 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957. De este modo, de la revisión de los referidos artículos, se advierte que, este mecanismo procesal inicia a solicitud del fiscal, cuando durante la investigación se presente alguno de los supuestos previstos en el artículo 446 del mencionado cuerpo normativo.

Por medio de la aplicación de este proceso especial en las primeras diligencias de la etapa de la investigación, se habilita pasar directamente a la fase del juicio oral del proceso penal, obviándose la etapa intermedia.

En ese sentido, conforme a lo establecido en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/ CIJ-116 - II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de fecha 01 de julio de 2016, podemos señalar que el Proceso Inmediato es una herramienta procesal que nos permite terminar el proceso penal de forma célere, debido a que mediante su aplicación se prescinde de fases procesales, logrando una respuesta rápida ante la sociedad, conforme a la noción de la evidencia delictiva o prueba evidente. (Fundamento Jurídico N° 7)

Además, a fin de conocer los resultados obtenidos mediante la aplicación del Proceso Inmediato, la Unidad de Equipo Institucional del Código Procesal Penal del Poder Judicial, elaboró el documento titulado *Justicia Penal - El nuevo modelo Procesal Penal Peruano Proceso de Implementación ETI-PENAL 2017-I*, en el cual se recogen datos relacionados con la efectividad de este proceso especial.

De la lectura del referido informe, se puede observar que, desde el 29 de noviembre de 2015 hasta el 27 de junio de 2017, mediante la aplicación del Proceso Inmediato se resolvieron

60,663 procesos penales, lo que implica una efectividad del 74.57% de los requerimientos de incoación de procesos inmediatos que fueron resueltos. (Unidad de Equipo Institucional del Código Procesal Penal, 2017, P. 68)

Respecto a las estadísticas y los resultados eficaces, coincidimos con el magistrado Bonifacio Meneses Gonzales, ex Coordinador Nacional para la Implementación de Órganos Jurisdiccionales de Flagrancia, Delitos de Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad del Poder Judicial, quien en una entrevista señaló que este proceso especial ha obtenido resultados exitosos y eficaces, por cuanto contribuye a la disminución de la carga procesal en el Poder Judicial, pudiendo resolver los casos en una sola audiencia. (Poder Judicial, 2016, párr. 2, 3 y 4)

Aunado a ello, Víctor Ticona Postigo, cuando ejercía la presidencia del Poder Judicial de enero de 2015 a noviembre de 2016, en su mensaje a la Nación por el inicio del año judicial del 2016, señaló que los resultados del Proceso Inmediato fueron positivos. Asimismo, comentó que, en el primer mes de su implementación, este proceso especial resolvió 2000 procesos penales. Además, informó que los beneficios han sido importantes, por cuanto se ha logrado establecer la responsabilidad de las conductas ilícitas y la reparación civil producto del delito. También comentó que se ha reducido considerablemente la morosidad en la justicia penal, al eliminarse etapas procesales y las dilaciones sin justificación, logrando una mayor legitimidad del Poder Judicial. (Franceza, 2016, párr. 6 y 7)

En la actualidad, podemos confirmar que el Proceso Inmediato continúa vigente, por cuanto las autoridades que integran el sistema de justicia siguen apostando por este proceso especial en la lucha contra la criminalidad. Lo referido se demuestra con la implementación de la Primera Unidad de Flagrancia el 01 de julio de 2022, en el distrito de El Porvenir, en el departamento de La Libertad. Al respecto, en la referida unidad funcionan las autoridades que intervienen en el proceso penal en un solo espacio físico, con la finalidad de procesar casos mediante el Proceso Inmediato. (Poder Judicial, 2022, párr. 1, 2 y 4)

En este orden de ideas, a fin de confirmar la eficacia del Proceso Inmediato, resulta conveniente revisar lo señalado por Rubén H. Donzis, debido a que señala que la eficacia de una norma concuerda de hecho con la

realización de la función que le fue asignada. (Donzis, 2006, P. 12)

Conforme a lo señalado, teniendo en consideración que el Proceso Inmediato tiene como finalidad la reducción de la sobrecarga procesal en el sistema de justicia, así como la obtención de sentencias anticipadas en el proceso penal, en atención a las estadísticas, opiniones y datos expuestos, podemos confirmar que esta herramienta procesal ha obtenido resultados eficaces en el sistema de justicia.

**LOS DELITOS DE FRAUDE
INFORMÁTICO Y PROPOSICIONES
A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
CON FINES SEXUALES POR MEDIOS
TECNOLÓGICOS DE LA LEY N° 30096 –
LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS**

Teniendo en consideración que la presente investigación tiene como objetivo exponer la viable aplicación del Proceso Inmediato como una herramienta eficaz para el procesamiento de los delitos de fraude informático y proposiciones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos regulados en la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos, consideramos necesario observar los referidos tipos penales.

Al respecto, en la presente investigación nos enfocamos en el delito de Fraude Informático (artículo 8, Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos) por cuanto es la conducta ilícita que registra más denuncias, en atención a las cifras expuestas en el Informe de Análisis N° 04 – *Ciberdelincuencia en el Perú: Pautas para una Investigación Fiscal Especializada*. (Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, 2021, P. 20)

Asimismo, también se observará el delito de *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos* (artículo 5, Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos), debido a que existe un antecedente que cumple con los requisitos para la aplicación del Proceso Inmediato.

Es así como, los avances de la tecnología han ocasionado la aparición de nuevas formas delictivas, obligando a los legisladores a regular nuevos delitos. Con relación a ello, en la exposición de motivos de la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos, también se señala la problemática sobre los avances tecnológicos y su incidencia en el derecho penal.

En ese sentido, con el objeto de prevenir y sancionar las conductas que afectan a los sistemas y datos informáticos, con fecha 22 de octubre de 2013 se publica la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos.

De la revisión de la referida ley se puede observar que se compone de doce artículos, siete capítulos y once disposiciones complementarias finales. En el capítulo I se establece el objeto y la finalidad de la ley en mención. Además, de la lectura del capítulo II al VII se puede determinar que contienen las conductas ilícitas, las cuales tiene como fin asegurar la lucha eficaz frente al fenómeno de la cibercriminalidad, que se relaciona con los delitos informáticos.

En esta línea, la conducta ilícita de proposiciones a niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos, regulado en el artículo 5, contenido en el Capítulo III de la Ley N° 30096, titulado Delitos Informáticos contra la Indemnidad y Libertad Sexual, se encuentra redactado de la siguiente forma:

El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal. (...)

De la lectura del referido artículo, respecto al sujeto activo, podemos advertir que esta conducta ilícita puede ser ejecutada por cualquier persona, no exigiéndose alguna cualidad o característica especial. Asimismo, al sujeto activo de este delito también se le conoce como *groomer* o ciberacosador sexual infantil. Por otro lado, el sujeto pasivo de este delito, solo puede ser un menor de edad.

Sobre el bien jurídico protegido, puede inferirse que se protege la indemnidad y libertad sexual de un menor de edad. Esto por cuanto el mencionado delito sanciona la acción de que un mayor de edad contacte a un menor de edad por medio del internet o medios análogos, con fines de índole sexual.

Conforme a las modalidades de este delito, podríamos dividirlos en atención a la finalidad ilícita del sujeto activo, las cuales son las siguientes: i) contactar a un menor para solicitar u obtener de él contenido pornográfico o ii) contactar a un menor de edad para proponerle cualquier acto de connotación sexual.

Asimismo, consideramos necesario precisar que esta conducta ilícita no debe confundirse con el delito de *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales*, regulado en el artículo 183-B del Código Penal. Para la inmediata identificación del delito que corresponde en un caso en específico, debemos confirmar si se ha utilizado el internet u otro medio análogo para lograr el contacto con el menor de edad. De este modo, realizada la referida confirmación, podrá identificarse si estamos ante un delito informático o no.

De la revisión de casos registrados por estos delitos, se tiene que el agente suele usar redes sociales como Facebook, Instagram o WhatsApp, entre otros, a fin de realizar el contacto con un menor de edad. Asimismo, existen casos donde se han utilizado lo que se conoce como juegos en línea, como medio para realizar este delito. De igual forma, se han registrado casos donde el *groomer* utiliza una identidad falsa, sin embargo, también hay casos donde el delincuente no demuestra inconvenientes en usar su identidad real.

En atención a lo expuesto, para la configuración de este delito, que también se le conoce en otras legislaciones como *grooming* o ciberacoso sexual infantil, se requiere que el sujeto activo, utilice medios tecnológicos, como el internet, para lograr un contacto con un menor de edad. Este contacto tiene el objetivo de lograr que la víctima le facilite información de contenido sexual o llevar a cabo actos sexuales.

Con relación al delito de Fraude Informático, este se encuentra regulado en el artículo 8 contenido en el Capítulo V titulado Delitos Informáticos contra el Patrimonio. Esta conducta ilícita se encuentra redactado de la siguiente forma:

El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa. (...)

Como puede observarse, a diferencia del delito de *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos*, el delito de *Fraude Informático* establece un castigo para conductas dirigidas a la manipulación de datos informáticos o de un sistema informático

a fin de lograr un beneficio ilegal. En esta línea, en las disposiciones complementarias finales de la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos, se definen los términos de datos informáticos y sistema informático.

Con relación a los datos informáticos, estos se refieren a representaciones de hechos, información o conceptos representados de cualquier manera para el procesamiento informático, como programas diseñados para ejecutar una función por un sistema informático. (literal b, Novena Disposición Complementaria Final, Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos)

Conforme al término de sistema informático, este puede entenderse como un dispositivo aislado o un conjunto de dispositivos interconectados cuya función, o el de uno de sus componentes, es el procesamiento automático de datos cuando un programa se ejecuta. (literal a, Novena Disposición Complementaria Final, Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos)

No obstante, teniendo en consideración que para la configuración de este delito se exige un provecho ilícito en perjuicio de un tercero, puede inferirse que el bien jurídico primordial que se protege es el patrimonio, por cuanto puede entenderse que este provecho ilícito va a significar un beneficio patrimonial a favor del sujeto activo.

Sin embargo, debemos mencionar que otros autores señalan este delito no solo protege el patrimonio, por cuanto también protege la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. De igual forma, no existe un consenso en la comunidad jurídica sobre el bien jurídico protegido en este delito.

Con relación al sujeto activo de este delito, podemos advertir que puede ser ejecutado por cualquier persona, no exigiéndose alguna cualidad o característica especial. De igual forma, el sujeto pasivo de esta conducta ilícita también puede ser cualquier persona.

De la revisión del delito de *Fraude Informático*, se advierte que establece 7 modalidades dirigidas a la manipulación de datos informáticos o de un sistema informático para la comisión de este delito, las cuales son las siguientes: i) diseño; ii) introducción; iii) alteración; iv) borrado; v) supresión; vi) clonación de datos informáticos; y vii) cualquier interferencia o manipulación.

Respecto a la modalidad de diseño, podemos asociarla con la acción de crear datos informáticos con la finalidad de obtener un provecho ilícito. A manera de ejemplo, podemos citar el caso donde el agente diseña constancias electrónicas de pagos o transferencias bancarias inexistentes mediante la utilización de una página web, con la finalidad engañar a un tercero sobre la realización de un pago o transferencia bancaria, generando un provecho ilícito proveniente de esta persona.

Consecutivamente, a fin de ejemplificar la modalidad de introducción de datos informáticos, podemos remitirnos al caso de las personas que, sin tener permiso, introducen datos informáticos de terceros en un portal web de una entidad bancaria, logrando tener un provecho ilícito de otras personas, mediante el retiro o transferencia de dinero no autorizado.

Con relación a la modalidad de alteración, este puede relacionarse con la acción de cambiar, transformar o modificar, datos informáticos con la finalidad de obtener un provecho ilícito en perjuicio de otra persona. Como ejemplo, podemos citar un caso donde el agente accede al sistema bancario de una empresa, a fin de alterar el número de cuentas bancarias donde se debe depositar los pagos de los trabajadores y de esta forma colocar un número de cuenta bancaria donde este pueda recibir los pagos, obteniendo de esta forma un provecho ilícito de otros trabajadores.

Sobre las modalidades de borrado y supresión, consideramos que en este caso no logramos advertir la necesidad del legislador en individualizar las referidas modalidades como si se tratara de distintas, por cuanto al momento de ejecutarse tienen los mismos fines, los cuales son el esconder, eliminar o desaparecer datos informáticos. De este modo, sobre las referidas modalidades podemos ejemplificarlas juntas. Con relación a ello, a manera de ejemplo se tiene el caso donde el agente logra borrar o suprimir recibos electrónicos de la web de la Superintendencia Nacional de Tributos (SUNAT), a fin de negar pagos realizados anteriormente y solicitar que se realicen nuevamente, procurando un provecho ilícito en perjuicio de otra persona.

Respecto a la modalidad de clonación, esta se entiende como la acción de copiar o duplicar datos informáticos. A manera de ejemplo podemos citar el caso del agente que realiza la clonación de tarjetas de entidades bancarias de otras personas, a fin de retirar dinero sin la autorización correspondiente, obteniendo un provecho ilícito en perjuicio de terceros.

Con relación a la modalidad de efectuar cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, podemos señalar como ejemplo el ataque al sistema informático del Bono Universal, el cual era administrado por el Estado, que tenía como fin otorgar un monto económico a ciudadanos afectados en la época de la pandemia originada por el COVID-19. En este caso, un grupo de delincuentes manipularon el sistema informático del Bono Universal, a fin de direccionar los depósitos de este bono para facilitar su retiro, obteniendo de esta forma un provecho ilícito, en perjuicio del Estado peruano. (Neyra, 2020, párr. 2 y 3)

Conforme a lo expuesto, para la configuración del delito en mención, se requiere que el agente realice alguna de las conductas establecidas por el tipo penal, las cuales están dirigidas a la manipulación de datos informáticos o de un sistema informático, sin tener el debido permiso o autorización, con la finalidad de obtener un provecho ilícito para sí o para un tercero.

De la observación realizada a los delitos de *Fraude Informático y Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos* de la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos, se ha logrado identificar las características y modalidades de los mencionados delitos.

EL PROCESO INMEDIATO COMO HERRAMIENTA EFICAZ PARA EL PROCESAMIENTO DE LOS DELITOS DE FRAUDE INFORMÁTICO Y PROPOSICIONES A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON FINES SEXUALES POR MEDIOS TECNOLÓGICOS DE LA LEY N° 30096 – LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS

Habiendo expuesto la problemática del sistema de justicia respecto a las cifras alarmantes de la sobrecarga procesal y de los delitos informáticos, podemos señalar que esta situación debe ser atendida de manera urgente.

Asimismo, de la revisión del *Diagnóstico Situacional Multisectorial sobre la Ciberdelincuencia en el Perú*, elaborado por la Dirección General de Asuntos Criminológicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, podemos resaltar que en una de sus recomendaciones se menciona la necesidad de implementar una normativa que tenga el objeto de dar celeridad a los procesos de investigación de ciberdelitos, los cuales también abarcan a los delitos informáticos. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020, P. 71)

En tal sentido, teniendo en consideración que el Proceso Inmediato habilita la posibilidad de obtención de sentencias anticipadas de forma celeré, sostenemos que este proceso especial puede ser una herramienta eficaz para el procesamiento de algunos casos relacionados a los delitos informáticos.

De este modo, con la finalidad de exponer la viable aplicación del Proceso Inmediato como una herramienta eficaz para el procesamiento de los delitos de *Fraude Informático y Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos* regulados en la Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos, se realizará el análisis de casos reales relacionados con los delitos de informáticos anteriormente mencionados.

En esta línea, con relación a la viabilidad del Proceso Inmediato para el delito de Fraude Informático, podemos citar los siguientes casos: i) Yape o Plin falsos; ii) Clonación de tarjetas del Metro de Lima; y iii) Compras *online* fraudulentas.

Respecto al caso del Yape o Plin falsos, nos es menester señalar que en la actualidad existen aplicativos móviles los cuales nos permiten recibir y realizar envíos de dinero provenientes de las entidades bancarias donde tenemos nuestro dinero. Una vez realizada esta transacción económica, la aplicación emite un comprobante en el cual se indica el nombre completo y número de teléfono celular de quien lo remite, lo cual permite confirmar el envío o recepción del dinero. Sobre los aplicativos móviles más usados, podemos mencionar al Yape y al Plin.

Sin embargo, se han registrados casos donde la Policía Nacional del Perú han intervenido a delincuentes que, mediante la utilización de una plataforma de nombre Blog de Zheard, han diseñado comprobantes falsos de Yape o Plin, con la finalidad de perjudicar económicamente a terceras personas. (Ángeles, 2023, párr. 1, 2 y 3)

En el presente caso se configuraría el delito de Fraude Informático bajo la modalidad del diseño de datos informáticos, por cuanto el agente, obrando de forma ilegítima, mediante el uso de un medio tecnológico, diseña un comprobante de pago inexistente con la finalidad de ocasionar un perjuicio económico a un tercero.

De este modo, si en la investigación del referido delito informático se han realizado las siguientes acciones: i) denuncia inmediata del agraviado; ii) se han recopilado elementos de

prueba (comprobante de pago inexistente con los datos del agente); iii) se ha identificado al agraviado y al agente; y iv) se ha efectuado la detención e interrogatorio del sujeto activo; consideramos que en el presente caso se contaría con los suficientes elementos de convicción acumulados para la aplicación y procedencia del Proceso Inmediato, por lo que no sería necesario continuar con la investigación.

Respecto al caso de clonación de tarjetas del Metro de Lima, debemos señalar que el sistema de transporte público brinda tarjetas electrónicas, las cuales permiten tener acceso al servicio de transporte público del Metro de Lima. Estas tarjetas pueden ser recargadas hasta un monto máximo de 100 soles en los módulos de la administración del Metro de Lima.

No obstante, se ha registrado un caso donde efectivos de la Policía Nacional del Perú intervinieron a una persona quien tenía en su posesión una tarjeta clonada, la cual tenía un saldo aproximado de 4 millones de soles. (Cornejo, 2023, párr. 1, 2 y 3)

En el referido caso se configuraría el delito fraude informático, por cuanto el agente, actuando en forma ilegítima, ha realizado la clonación de datos informáticos (tarjeta del Metro de Lima) con la finalidad de obtener un provecho ilícito en perjuicio de la administración del Metro de Lima.

Con relación a ello, si en la investigación del referido delito informático se han realizado las siguientes acciones: i) detención en flagrancia (detención del agente en posesión de la tarjeta de Metro de Lima clonada por parte de efectivos de la Policía Nacional del Perú); ii) se han recopilado elementos de prueba (tarjeta del Metro de Lima clonada); y iii) se ha efectuado el interrogatorio del detenido; consideramos que en el presente caso, habiéndose detenido al agente en flagrancia con elementos que determinen la comisión del delito, correspondería la aplicación y procedencia del Proceso Inmediato.

Respecto al caso de compras fraudulentas, en esta situación los agentes ofertan productos en redes sociales como Facebook, Instagram o WhatsApp. No obstante, una vez realizada la transferencia económica por parte de un comprador, estos delincuentes proceden a borrar o suprimir la información de redes sociales, desvinculándose de la obligación de entregar el bien ofertado. (Pichihua, 2023, párr. 5)

En el caso en mención, se configuraría el delito de fraude informático por cuanto el agente, al borrar o suprimir datos (eliminar su página de Instagram o Facebook donde ofrecía el bien), se estaría procurando un provecho ilícito, perjudicando a un tercero que le transfirió un monto económico por la entrega de un determinado bien que el delincuente ofrecía en redes sociales.

Para poder aplicar el Proceso Inmediato en el caso en cuestión, deberán presentarse conversaciones y/o coordinaciones entre el agraviado y el agente donde se pueda confirmar la promesa de entrega del bien. Estas comunicaciones servirán para que el fiscal pueda identificar al agente, sus datos personales, el Registro Único de Contribuyente de su empresa y una dirección donde pueda ser ubicado el sujeto activo. Asimismo, es necesario contar con foto pantallas del sitio web donde se ofrecía el bien en cuestión.

En ese sentido, contando con todos los referidos medios probatorios, una vez realizado el borrado de los datos informáticos de la red social, aplicativo o sitio web donde se ofrecía el referido bien y realizada la denuncia por el agraviado ante las autoridades, existirían suficientes elementos de convicción acumulados para aplicar el Proceso Inmediato.

Con relación al delito de *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos* (artículo 5, Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos), también consideramos que puede tramitarse vía el Proceso Inmediato.

De este modo, podemos citar un caso producido en la República Argentina, donde se detuvo y condenó en 48 horas a un *groomer* que contactó a una niña menor de edad por medio de una plataforma de juegos *online*.

Al respecto, para obtener el referido resultado, la Unidad Fiscal Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas de la Ciudad de Buenos Aires, tuvo que efectuar una inmediata investigación en fuentes abiertas y medidas de constatación, logrando averiguar el domicilio del *groomer*. Asimismo, una vez realizada las entrevistas con la parte denunciante, preservarse la evidencia digital y analizarse las conversaciones entre el investigado y la menor de edad, pudo confirmarse el delito de ciberacoso sexual, mediante el uso de medios tecnológicos. (Ministerio Público Fiscal, 2021, párr. 4 y 5)

Realizadas las referidas acciones por parte de la fiscalía argentina, se logró la condena del agente

en 48 horas de haberse producido su detención. Teniendo en cuenta este antecedente, podemos señalar que sería viable en el Perú aplicar el Proceso Inmediato para este tipo de delitos si se consigue realizar una investigación célere.

En atención al análisis efectuado a los casos expuestos, podemos señalar que en la presente investigación se ha logrado exponer que en los referidos casos resultaría viable la aplicación del Proceso Inmediato para el procesamiento eficaz de los delitos de *Fraude Informático y Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos*.

Conforme a lo expuesto, si en una investigación relacionada a la comisión de los delitos de *Fraude Informático y Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos* se cumple alguno de los supuestos establecidos para la incoación y procedencia del Proceso Inmediato, consideramos que el Ministerio Público deberá solicitarlo, por cuanto está comprobado que este proceso especial ha obtenido resultados eficaces en el sistema de justicia.

En tal sentido, coincidimos con lo establecido por Miró Llinares, por cuanto señala que el reto político criminal es adaptar las estructuras políticas, jurídicas y sociales a fin de hacer frente a las nuevas formas delincuenciales. (Miró, 2012, P. 28)

En esa línea de ideas, consideramos que les corresponderá a las autoridades adaptar sus funciones en la investigación y procesamiento de los delitos de *Fraude Informático y Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos*, con la finalidad de aplicar el Proceso Inmediato ante la creciente cantidad de denuncias, contribuyéndose de esta forma con la disminución de la sobrecarga procesal en el sistema de justicia.

CONCLUSIONES

De la observación de los informes elaborados por entidades públicas se evidencia que las cifras relacionadas con la criminalidad en general, percepción de inseguridad ciudadana, sobrecarga procesal en el sistema de justicia y de los delitos informáticos, han ido en aumento con el pasar de los años por lo que corresponde su atención de manera urgente.

El Proceso Inmediato forma parte de los procesos especiales regulados en el Código Procesal Penal - Decreto Legislativo 957, el cual tiene

como fin terminar el proceso penal de forma célere y anticipada, evitando etapas procesales innecesarias para los casos donde exista evidencia delictiva y ausencia de complejidad.

Conforme a las cifras y datos expuestos respecto a la aplicación del Proceso Inmediato, podemos confirmar que esta herramienta procesal ha obtenido resultados eficaces en el sistema de justicia, respecto al tratamiento de la criminalidad y reducción de la carga procesal en el sistema de justicia.

Respecto al delito de *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos*, se concluye que, para la configuración de este delito, se requiere que el sujeto activo, utilice medios tecnológicos, para lograr un contacto con un menor de edad con fines sexuales.

Con relación al delito de *Fraude Informático*, se concluye que, para la configuración del delito en mención, se requiere que el agente realice alguna de las conductas establecidas por el tipo penal, las cuales están dirigidas a la manipulación de datos informáticos o de un sistema informático, sin tener el debido permiso o autorización, con la finalidad de obtener un provecho ilícito, que puede ser para sí mismo u otra persona.

Conforme al análisis realizado a casos reales relacionados con los delitos de *Fraude Informático* y *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos*, podemos exponer que en los referidos casos resultaría viable la aplicación del Proceso Inmediato como una herramienta eficaz para el procesamiento de los referidos delitos informáticos.

Sobre la aplicación del Proceso Inmediato para el procesamiento de los delitos de *Fraude Informático* y *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos*, podemos concluir que este proceso especial será viable, si se cumplen alguno de los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 446 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957.

Finalmente, concluimos que la viabilidad del Proceso Inmediato para el procesamiento de los delitos de *Fraude Informático* y *Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos*, dependerá de la oportuna intervención de las autoridades encargadas de

la aplicación eficaz e inmediata de este proceso especial, con la finalidad de atender la creciente cantidad de denuncias por delitos informáticos, contribuyendo con la disminución de la sobrecarga procesal en el sistema de justicia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Miró Llinares, F. (2012). *El Cibercrimen Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Marcial Pons.

Sánchez Velarde, P. (2022). *Código Procesal Penal Comentado*. Editorial Iustitia.

Fuentes hemerográficas

Donzis R. (2006). La eficacia social de las normas jurídicas. *Revista electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas*. 2(4), 6-24.

Fuentes electrónicas

Ángeles, G. (2023). ¿Cómo reconocer un Yape falso? Consejos para evitar estafas. <https://n9.cl/87d3j>

Arévalo Vela, J. (2022). Plan de Gobierno 2023-2024 Hacia una justicia de calidad con rostro humano en la era digital. <https://n9.cl/z67xc>

Cornejo, D. (2023). Clonan tarjeta del Metro de Lima con saldo de 4 millones de soles, pese a que el límite es de 100. <https://n9.cl/oh9i7>

Defensoría del Pueblo (2023). Informe Defensorial N° 001-2023-DP/ADHPD – La Ciberdelincuencia en el Perú: Estrategias y retos del Estado. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/INFORME-DEF-001-2023-DP-ADHPD-Ciberdelincuencia.pdf>

Franceza, F. (2016) La ley de flagrancia en debate. <https://revistaideele.com/ideele/content/la-ley-de-flagrancia-en-debate>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2023). Informe Técnico N° 01 – marzo 2023. <https://acortar.link/WkeMWk>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2023). Informe Técnico N° 01 – marzo 2023. <https://acortar.link/WkeMWk>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). Diagnóstico Situacional Multisectorial sobre la Ciberdelincuencia en el Perú. <https://n9.cl/9t6tl>

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). Diagnóstico Situacional Multisectorial sobre la Ciberdelincuencia en el Perú. <https://n9.cl/9t6tl>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022). Ciberdelincuencia – Reporte de Información Estadística y Recomendaciones para la Prevención. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3562747/Reporte%20de%20Ciberdelincuencia.pdf.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022). Ciberdelincuencia – Reporte de Información Estadística y Recomendaciones para la Prevención. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3562747/Reporte%20de%20Ciberdelincuencia.pdf.pdf>
- Ministerio Público – Fiscalía de la Nación (2021). Informe de Análisis N° 04 – Ciberdelincuencia en el Perú: Pautas para una Investigación Fiscal Especializada. <https://n9.cl/cpi3z>
- Ministerio Público – Fiscalía de la Nación (2021). Informe de Análisis N° 04 – Ciberdelincuencia en el Perú: Pautas para una Investigación Fiscal Especializada. <https://n9.cl/cpi3z>
- Ministerio Público Fiscal. (2021). Detienen y condenan en 48 horas a un *groomer* que contacto a una niña de 13 años de edad a través de una plataforma de juegos online. <https://n9.cl/w20vv1>
- Neyra, C. (2020). Hackers vulneraron plataforma del Bono Familiar Universal para apropiarse de dinero. El Comercio. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/coronavirus-en-peru-hackers-vulneraron-plataforma-del-bono-familiar-para-apropiarse-de-dinero-noticia/?ref=ecr>
- Nota de Prensa. (2016). Doctor Meneses Presenta Balance Sobre Procesos De Flagrancia. Poder Judicial. <https://n9.cl/jwzvx>
- Pichihua, S. (2023). Conoce las modalidades de fraude informático más usadas para ciberdelitos en el Perú. Andina – Agencia peruana de noticias. <https://n9.cl/4qyf7>
- Poder Judicial. (2022). A partir del 1 de julio inicia funcionamiento unidad de flagrancia impulsada por el Poder Judicial. <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/610733-a-partir-del-1-de-julio-inicia-funcionamiento-unidad-de-flagrancia-impulsada-por-el-poder-judicial>
- Pulso Ciudadano (2023). Publicación N° 06. Percepción Contexto Económico / Evaluación de Gobierno / Problemas país / Covid-19 / Conflictos sociales. <https://n9.cl/thzfb>
- Unidad de Equipo Institucional del Código Procesal Penal (2017) Justicia Penal - El nuevo modelo Procesal Penal Peruano Proceso de Implementación ETI-PENAL 2017-I. <https://n9.cl/0ncp6>

Fuentes legales

Salas Penales Permanente y Transitoria (2016). Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria.

Jurisprudencia

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021). Casación N° 1620-2017 - Madre de Dios

***A NEW AUTHORITARIANISM.
CORRELATIONS IN THE POLITICAL THEORY OBSERVABLE IN THE
GOVERNMENT IN NICARAGUA.***

***UN NUEVO AUTORITARISMO.
CORRELACIONES EN LA TEORÍA POLÍTICA OBSERVABLES EN EL
GOBIERNO EN NICARAGUA***

Camilo Andrés Vargas Machado
ORCID: 0000-0003-0993-358X
Universidad Cooperativa de Colombia
camilo.vargasma@campusucc.edu.co
Colombia

Julie Armenta Calderón
ORCID: 0000-0003-2561-2364
Universidad Cooperativa de Colombia
julie.armenta@campusucc.edu.co
Colombia

Salvador Cazzato Dávila
ORCID: 0000-0003-3255-6700
Universidad de Zulia
salvadorcazzato@gmail.com
Venezuela

DOI: [10.24265/voxxuris.2024.v42n1.10](https://doi.org/10.24265/voxxuris.2024.v42n1.10)

Recibido: 17 de enero de 2023.

Aceptado: 11 de julio de 2023.

SUMMARY

- Introduction.
- Authoritarian and totalitarian government conventions.
- Traits of authoritarian regimes.
- Differences in Latin American authoritarianisms.
- Managing a new kind of authoritarianism.
- Reluctances and approaches to authoritarian consolidation.
- Inclinations for a new authoritarianism.
- Conclusions.
- References.

ABSTRACT

This paper is the final product of investigation that seeks to found the discussion on the transformation of democracy to emerging authoritarianism in Latin-American. In which the contributions of three specific authors were correlated: J, Linz; C, Lesgart and O'Donnell, who offer their own concepts on the typologies of determined political governance, as can be seen in the representation of the case of the Republic of Nicaragua, and the

actions undertaken by its main political actors. In this sense, it emerged from the use of analysis and descriptive methods typical of political science, that there are new authoritarianisms in the Latin-American States, which will not dissipate, since, according of evidence, on contrary; these will be consolidated. Well, authoritarian regimes have eroded the democratic bases of the initial political system, which served them as means to gain access to political power, as can be seen in the case study, since initially it was based on the mechanisms of citizen participation, to later deviate from the proportions of a democracy, giving rise to personalistic, arbitrary and radical positions that redefine the ruler as a leader with an authoritarian inclination, where public liberties, right to dissent and to express political positions are limited.

KEYWORDS

authoritarianism, governance, totalitarian regime, totalitarian regime, democracy.

RESUMEN

Este documento es el producto final de una investigación que buscó fundar la discusión sobre la transformación de la democracia al autoritarismo emergente en el contexto

latinoamericano. Donde se correlacionaron las contribuciones de tres autores específicos: J, Linz; C, Lesgart y O'Donnell. Que brindan los conceptos propios sobre las tipologías de gobernanzas políticas, como se puede observar en la representación del caso de República de Nicaragua, y las acciones acometidas por sus actores políticos principales. En este sentido, emergió a partir de la utilización de los métodos de análisis y descriptivos propios de la ciencia política, el que existen nuevos autoritarismos en los Estados latinoamericanos, los cuales no se disiparon, ya que, de acuerdo con la evidencia, al contrario; estos se consolidaron. Pues los regímenes autoritarios han erosionado las bases democráticas del sistema político inicial, que les valió como medio para acceder al poder político, como se aprecia en el caso de estudio, pues en un inicio se fundó en los mecanismos de participación ciudadana, para luego apartarse de proporciones democráticas, dando lugar a posiciones personalistas, arbitrarias y radicales, redefiniendo al gobernante como un Líder con inclinación autoritaria, limitando las libertades públicas, el derecho a disentir y a expresar posiciones políticas.

PALABRAS CLAVES

autoritarismo, gobernanza, régimen totalitario, régimen totalitario, democracia.

INTRODUCTION

In the first place, it is cardinal to establish what is an authoritarian regime?, which from the thought of Juan Linz -one of the central authors of this document-, is determined as a political system with four characteristics that are: not having responsible political pluralism limited; not having an elaborate ideology; not to make an intense or vast political mobilization; and the fact that one of the Chiefs and/or a small political group exercises power (1996, págs. 19-20). In this sense, we must add that at certain moments of their development, authoritarian regimes develop a political mobilization and that the exercise of power will have legally defined limits, but also predictable ones (Vargas, 2019). In such a way that an authoritarian regime, from the thought of Juan Linz, refers to a political system in which power is concentrated in the hands of one or more leaders or a small political group. These leaders exercise absolute control over political decisions and state institutions, without real political competition or effective opposition (Geddes, 2004). From which it is significant to note that J, Linz recognizes

that at certain stages of their development, authoritarian mechanisms may experience moments of intense political mobilization and that the exercise of power may have legally defined limits (Linz, 1990). However, these characteristics do not alter the authoritarian essence of the regime, since political control continues to be concentrated in the hands of a leader or small group and there is no true political pluralism or responsible political competition (Linz, 1978).

Within this axiom, it should be noted that in the context in which the authoritarian political system is produced, the dividing line between State and Society can be demarcated, against which J. Linz himself has established a specific typology for regimes with these autocratic characteristics, being five main and two secondaries. In this sense, the first will be: 1) The military bureaucratic authoritarian regime; 2) The authoritarian regime of organic states; 3) The post-democratic authoritarian regime of mobilization; 4) The post-independence mobilization authoritarian regime; 5) The post-totalitarian authoritarian regime. While in the characteristics for the secondary typology the following are mentioned: 1) The regime of imperfect totalitarianism and, 2) The regime of racial democracy (1996, pág. 96).

In this order of ideas, in the opposite sense, it is significant to clarify what a democracy is in general terms for this author, who affirms that from this orbit the power to form political parties and that in turn the voters can, through the free and transparent participation (direct or indirect), periodically electing all elected officials. Which is clearly expressed by J, Linz, when explaining that in a democratic regime there is the freedom to create political parties, to hold honest and free elections formally established regularly, where also none of the possible political positions are excluded from responsibility before the electorate, either directly or indirectly (1996, pág. 17).

As observed in the words of J, Linz, three conditions must be met to affirm that there is a democratic system in a State: 1) The freedom to create political parties; 2) The regular holding of free and fair elections; 3) The effectiveness of the voters in the election of all political offices. From which it can be deduced that these are directly related to the concept of delegative democracy: proposed by O'Donnell, referenced by thinkers A, Chaguaceda and M, Puerta -in context- asserts that delegative

democracies result in serious economic damage and social crisis, in a context where four characteristic elements come together: the crisis of democratic representation; social fragmentation; deinstitutionalization; and social fragmentation (2015). Based on the aforementioned concepts, from the perspective of the two mentioned authors and adding the approach of Cecilia Lesgart and David Collier, the conceptualization of the authoritarian political system, the democratic system and political personalism located in Latin America will be deepened (Diamond & Morlino, 2004).

AUTHORITARIAN AND TOTALITARIAN GOVERNMENT CONVENTIONS

According to what has been said, the term authoritarianism has been a connoted specialized category and of fundamental use for the German political scientist -now deceased- Juan Linz, who since the 1960s characterized this concept. Being one of his starting points the criticism of Francoism, for a period that he himself lived in the Iberian Country. As is well known, Francoism as a dictatorial regime had its own features in its bowels, a situation that Linz studied, from which he reasoned in depth the differences with other authoritarian regimes of the time, for which reason he argued that Francisco Franco was, his own European political experience and of a different origin than Chinese communism, Soviet Stalinism or fascism in decline, paraphrasing it (Linz & Stepan, 1978).

Thus, Linz and Stepan did not classify authoritarian regimes with specific surnames, but rather expressly authoritarian situations, so the author did not lose track of the circumstances (1978, pp. 219-220), but was sharpening his critical lens on politics, establishing certainties with comparative studies well known to scholars of political science. His comparisons that are classic -if you will- were always in search of terms to adopt and insert to understand, as well as to explain the different authoritarian political situations, destined for the laudable political analyzes of his time. His vision also pointed out that these situations were procurers of some aspects, prerogatives or pre-established requirements that allowed him to operationalize said regimes that he pointed out, these contributions, aspects or theoretical-operative prerogatives of both Linz (1996, pp. 221-264), O'Donnell (1997, pp. 287-304) from Lesgart (2020, pp. 341-358) and other

thinkers, who contributed their approaches to the development of the concept.

TRAITS OF AUTHORITARIAN REGIMES

Analyzing the current Latin American context, one of the problems of growing authoritarianism in the region lies not only in the accurate repression of freedoms as a central characteristic, nor in the fact that it is a regime contrary to the well-known precepts of political systems. democratic, nor to the different oppressive forms that these protagonists and leaders adopted or disguised, with which they would print their own stamp of governing, earning the stigma of an authoritarian dictatorship (Bassols & Mendoza, *Gobernanza*, págs. 272-273). Rather, from the sociological-historical perspective, viewed from a time continuum, these regimes tend to change their form during their rule. Its essence may remain intact, but the forms adopted are particularly varied, so that repression -strong or not- entails the dissonances of the voices and wills not shared with the biased criteria of the autocratic protagonist are biased according to the collaborative analytical approach.

From this orientation, in order to be considered an authoritarian system, some minimum requirements are required for its operation, which indispensably depends on essential internal rules that empower them in the political arena, which entails the degradation of the rules of the democratic board. From where it is affirmed that their nuclear essences are not deformed, since contemporary authoritarianisms are now a distinctive alloy that is consolidated or reinforced punctually through institutional coercion or particular political personalities that energize contemporary politics. Said alloy is contained in that governability or despicable democratic forms of governing, it is here when one of the authors previously analyzed on the subject of delegative democracy is introduced, who is the Argentine Guillermo O'Donnell; Regarding these regimes, the underlying rules are not fickle, and at the same time they are necessary prerogatives for an authoritarian political system to sustain itself, function, or begin its political expansion without contracting it (1997). Therefore, a delegative democracy will always have a well-formulated curriculum, with defined premises, precepts and practices, which have been cataloged and weighed by this Argentine author.

In contrast, C, Lesgart mentions that this categorization runs through Latin America, although with surprising forms of access to political power, but that fully express the analysis of its peculiarities. In this orientation, Ella tells us about a series of varied authoritarianisms because they have oppressive forms that J. Linz also detected previously. These oppressive forms -of authoritarianism- can include forms of government (States or authoritarian bureaucratic regime, military regimes, dictatorships, new authoritarianism) like many others, which are not in parentheses (2020, pp. 357-358). Therefore, Lesgart specifically expresses those authoritarian regimes, therefore, they are a modern voice that refers to a repressive and oppressive way of exercising political power, without resorting to temporarily available concepts such as totalitarianism in the past. and fascism. But neither does it fall into categories that characterize a certain type of personalism and its expansion to a form of exercise of political power, like the classic figures of tyranny and tyrant, dictatorship and dictator, despotism and despots. That is to say, that with the category of authoritarianism the political system can be understood, which wants to build a certain typology that comes from the daily personality of the ruler, from where the approach of the state or system is formulated (2020, págs. 355-356).

For this reason, it can be said from Linz that the political change of a regime is a distinction that resizes that Argentina that Cecilia Lesgart perceives, considering that, for her, a distinctive analytical dimension is first needed that is capable of describing the different ways of exercising political power as pointed out by the second author. Because authoritarianism and totalitarianism are autocratic forms of the exercise of political power, and Linz distinguished their characteristics, sometimes ambiguous. But Lesgart relies on this, and points out how in totalitarianism the differentiation between the State and (civil) society is erased, where the spaces of the public, and the private and intimate, of the state and of the apolitical public are not perceived. clearly without proper analysis. For both authors, authoritarianism has a heterogeneous and even plural base, but always being a totalitarian system, it presents an immovable monism of the individualist ambition of the regime leader.

In all cases, it is necessary to address authoritarianism as a political model, which creates a type of regime that degrades the

masses, limiting, repressively controlling and persecuting - if necessary - even eliminating specific groups and institutions that may oppose it. Totalitarianism also mobilizes the masses and, at the same time, penetrates and destroys pre-existing institutions and sociopolitical groups, creating new institutions that have no origin in civil society (Lesgart, 2020, pp. 353-354). These features are evident if we pay attention to the critical observations of both authors, on the characteristic military regimes -for example, of the Southern Cone during the seventies- called authoritarian regimes or new authoritarianisms according to Collier (1985), as well as indicated by O'Donnell (1972, 2008).

This is possible thanks to the approaches to contemporary comparative politics developed by both O'Donnell and Juan Linz and others in stages of the 1960s and 1970s, since the contributions of both cannot be ruled out due to the fact that they were made in less modern times. recent to the current date. Because in order to explain and dismantle the authoritarian or non-authoritarian contexts in Latin America, both thinkers offer keys and basic categories that were the product of the analysis of the emergence of autocratic periods and various authoritarian forms of government from the 1950s. Said autocratic political contexts they demand basic theoretical-conceptual tools of these, with the purpose of dismantling in an explanatory way the sui generis institutional and state development and functioning of the new governmental or governance systems from the 1970s.

As the concept of authoritarianism is inferred, it has evolved over time and has acquired different meanings in different historical and cultural contexts, therefore, according to what was mentioned from thought C, Lesgart, it can be argued that the author emphasizes the importance of understand authoritarianism as a complex and multidimensional concept (2020), because his conviction is that the intellectual left in the region has gone through various theoretical and political transformations over time and these changes have been influenced by historical contexts, social movements, political struggles and intellectual debates (2000). At the same time, for C, Lesgart, authoritarianism refers to a form of government or political system in which power is concentrated in the hands of a central authority, generally a leader or small group, and is exercised coercively and without the consent or significant participation

of the population. In an authoritarian system, political decisions and control over society are exercised unilaterally by the leader or group in power, without a clear separation of powers or protection of individual rights and freedoms (2020). For this reason, an authoritarian system is characterized by the lack of accountability mechanisms and the suppression of political opposition, where the leader or group in general has the power to exercise absolute control over government institutions, the media, and other sectors. society key (2008). According to which, political repression, censorship, violation of human rights and lack of civil liberties are common characteristics in authoritarian systems. Since, in an authoritarian system, decision-making is based on the will and interests of the elite in power, without considering the participation or consent of the population (2012). So political plurality, open debate and democratic competition are often limited or completely absent in these systems.

On the other hand, similarly, Guillermo O'Donnell, who was one of the most outstanding political scientists in the field of Latin American political science; recognized for his multidisciplinary approach and rigorous analysis of political systems (1986), especially in relation to authoritarian systems and democratization processes.

However, in relation to our categories of analysis, G, O'Donnell explored the interactions between the modernization process and the rise of authoritarian regimes in Latin America, arguing that economic and social development nonetheless led to democratization, and highlighted the importance of political elites and institutions in the configuration of authoritarian systems. Likewise, O'Donnell made important contributions to the study of political transitions and democratic consolidation (2010). But, he focused on the challenges and obstacles that countries face on their way to democracy, such as institutional weakness, lack of accountability, and the persistence of authoritarian practices (2021). Thus, he stressed the importance of citizen participation and the strengthening of civil society as fundamental elements for the construction and sustainability of democracy, for which he highlighted the role of social movements and non-governmental organizations in promoting accountability, accounts and political inclusion. In addition to this, O'Donnell also addressed the issue of inequality and poverty in Latin America

and its impact on political and social stability (O'Donnell, Quiroga, Acosta, Lazzetta, & Seminara, 1998). Exploring the ways in which socioeconomic inequality can create tensions and conflicts in political systems and policies to address these problems. What generated an important contribution from his ideas about the transition processes to democracy, through the development of the concept's micro democracy and delegative democracy (O'Donnell, Quiroga, & Iazzetta, Democracia delegativa, 2011). For this reason, unlike J, Linz and C, Lesgart; O'Donnell has examined the phenomenon of authoritarianism from the perspective of the authoritarian bureaucracy. In his work on bureaucratic authoritarianism (1988), where authoritarian regimes in Latin America are explored, finding that they are characterized by the domination of a powerful, but also repressive state bureaucracy.

In accordance with the aforementioned, a table is presented below showing the positions that each of the three authors Juan Linz, Cecilia Lesgart and Guillermo Alberto O'Donnell propose and show according to all of the above, all of the above commented, and from what they say about authoritarianism and authoritarian systems, in three different positions, like this:

Table No.1. Comparison of the authors Juan Linz, Cecilia Lesgart and Guillermo Alberto O'Donnell.

	Juan Linz	Cecilia Lesgart	Guillermo O'donnell
Similarities	- Study of authoritarianism	- Focus on contemporary authoritarianism	- Analysis of Latin American authoritarianism
Differences	- Focus more focused on authoritarianism in Europe	- Broader focus that includes Latin America	- Focus more focused on the Latin American context
Theory	- Theory of transitions to democracy	- No specific theory mentioned	-Competitive authoritarianism theory
Contributed concepts	- Transitions to democracy	-Contemporary authoritarianism	-Competitive authoritarianism
Birth and death	-Born in 1927 and died in 2013	-Born in 1970 - in good health	-Born in 1936 and died in 2011
Period	- Second half of the 20th century	- Currently in development	- Second half of the 20th century

Source: Self made.

As can be seen in the previous table, the previous table presents a comparison between the three authors: Juan Linz, Cecilia Lesgart and

Guillermo Alberto O'Donnell, in relation to their positions on authoritarianism and authoritarian systems. The table consists of three columns for each author and five rows that address different aspects. The first row highlights the similarities between the three authors, since it is highlighted that they all share an approach in the study of authoritarianism and authoritarian systems. In addition, all have made relevant theoretical contributions in the field of political science and have carried out comparative case analyses. In the second row, the differences between the authors are exhibited, that each author uses specific theoretical and methodological approaches in his work, which implies differences in their study approaches and areas of emphasis within the field of authoritarianism (Schmitter & Lynn, 1991). According to what J has shown, Linz is recognized for his theory of transitions and democratic consolidation and has worked on concepts such as authoritarianism, totalitarianism, authoritarian regimes and democratic transitions. he has worked extensively on the study of authoritarianism and has developed related concepts. Although a specific definition is not provided in the above box, Linz has addressed authoritarianism as a political system in which power is concentrated in a leader or small group, without effective control mechanisms and without respect for individual rights and liberties. Linz has also analyzed authoritarian mechanisms and has studied transitions from authoritarianism to democracy.

On the other hand, G, O'Donnell has generated theories on authoritarian bureaucracy, delegative democracy and political transitions, having also developed concepts related to authoritarian bureaucracy, delegative democracy and the comparative analysis of authoritarian systems. he has made important contributions to the study of authoritarianism and has developed related concepts. Although a specific definition is not provided in the box above, O'Donnell has addressed authoritarianism as a political system characterized by the concentration of power in one leader or group, the absence of effective checks and balances, and the suppression of freedoms. and individual rights. O'Donnell has also analyzed authoritarian bureaucracy and delegative democracy as specific forms of authoritarianism.

Cecilia Lesgart, it is noted that she has also worked in the field of authoritarianism and authoritarian systems, but her approach and her

definition of authoritarianism differ from the other two authors. The introduction presents the term "authoritarianism" as a fundamental concept in comparative politics since the 1960s. It was used by Juan Linz to characterize Francoism in Spain and differentiate it from other European and Soviet political experiences. Throughout history, the concept of authoritarianism has been associated with oppressive forms of exercise of political power, such as dictatorships and military regimes.

In Latin America, the interest in studying the surprising forms of access to political power and the oppressive forms of exercise of power has led to the consolidation of the concept of authoritarianism. It has been used to analyze coups, military regimes and dictatorships in the region. However, in recent years new approaches have emerged that seek to distinguish authoritarianism from other forms of government. Terms such as "competitive authoritarianism", "electoral authoritarianism" and "authoritarian electoral regimes" have been introduced to describe contemporary political situations in which authoritarianism is combined with electoral processes (Maxwell, 2018).

DIFFERENCES IN LATIN AMERICAN AUTHORITARIANISMS

From the perspective developed, this section shows a margin of the importance that resides in the first two American thinkers already mentioned, since the new authoritarianisms had already been warned by both J, Linz and O'Donnell, but with the passage of time, authoritarian cases have suffered, first, from institutional ruptures and ad hoc characteristics, which will allow their rulers to gradually demobilize the massive sectors of Latin American civil societies. And, secondly, these are clearly exposed by A, Chaguaceda and A, Caldera (2016). In this way, it is worth highlighting an aside, where A, Chaguaceda managed to summarize the basic and practical precepts of a delegative democracy that tends to be a markedly authoritarian political regime; thus neither O'Donnell nor Lesgart are eligible for systematic study. Indeed, from this reflection, the authoritarian political experiences compiled by the literature of O'Donnell and Linz and many others, guide us through the thematic transit, assumed by Lesgart, who asserts with conviction that these are associated with the different national forms in each State of the

oppressive exercise of political power (2020, p. 350). In this way, he goes further in his critical review of the dissonant and compartmentalized opposition of the pendular thinkers of the Cold War who coordinated their premises on the axes of the authoritarianism/democracy binomial, understood as indissoluble opposites from almost all points of view (Borgonovi & Silva, 2016).

For this reason, here is one of Cecilia Lesgart's contributions when she points out that this axis argument blurs the theoretical productions of third wave political science, and the pompous global resurgence of democracy (Huntington, 1991; Diamond & Plattner, nineteen ninety six). cited by Lesgart, 2020 p.355), evidently discrediting -by antonym- authoritarian systems or those contrary to the mentioned resurgence. For the rest, it is opportune to point out that the phenomenon of the erosion of democracies in Latin America is not a recent historical fact, but permanent forms that are typical of its development. This undeniable erosion highlights conceptual notions and distinctions of certain authoritarianisms in Latin America that have governed under oppressive forms of exercise of political power (civil, military or civic-military dictatorships), and with surprising forms of access to political power, as in the case of coups (Lesgart, 2020, p. 351). Indeed, one of her contributions will revolve around a type of authoritarianism that orbits, which is based on elements indicated by O'Donnell (1972, 2009), where C, Lesgart indicates that, since the late nineties and up to the present, authoritarianism does not necessarily arise from the force of a military coup, because military intervention or action by military forces is not required today (Lesgart, 2020, p. 351). Undoubtedly, it is necessary to examine the respective authoritarian systems in more detail, since the apparently contradictory combination between the emergence of authoritarian political forms and the holding of periodic open elections, outlines us on an electoral authoritarianism, or authoritarian electoral regimes, or competitive autocracies (Schedler, 2004; Diamond, 2004; Levitsky & Way, 2004; Corrales, 2006; Frantz, 2018). This is how they reveal it and O'Donnell himself with the category of delegative democracy.

Therefore, the examination of the different pre-characterized systems makes it necessary to delimit how diversification is shown in terms of the classification of hard regimes, which

are effectively sui generis political models because, on occasions, they do not respond to local theories or explanations contained in political science. Although it is true, one of the theoretical arguments is that some models present hybrid or combinatory political forms that move away from the central canons of a traditional democratic system. It should be noted that, simply or complexly, certain regimes are supported by institutionally democratic forms or methods (for example, the holding of free and direct elections sponsored by agents who figure in political power at the time, but who can imperatively be classified within of a liberal democratization), which is perfectly feasible from O'Donnell's analytical argument. For this author, authoritarianisms are configured because they do not fully comply with the combinatory formula of the basic premises of what is understood by democracy; and is understood by her. Thus, a democracy is understood as a government elected by the people through open and competitive elections -perhaps not always free or fair- but where the liberal component of the rule of law, the separation of powers and individual liberties are not corroded (Zakaria, 2007 referenced by Lesgart).

In this way, when affirming that there are orbital regimes in the democratic, this thinker has not ceded any validity, since there are still rulers who have masked or distorted this formula of traditional and institutional premises guided by Zakaria, which are maintained under the formalities of a democracy without being, really. Likewise, it is appropriate to register the case of the Republic of Nicaragua, in Central America. Where presidential elections were formally organized and held on November 7, 2021, ominously supporting this characteristic model of a hypothetical democracy for him and his way of governing (Chaguaceda N. A., 2020). As far as she is concerned, it is no coincidence that Daniel Ortega and his wife hold elections with the absence of the main agents or loyal opponents, feeding -in order to comply- within the systemic formality of the democratic orbit, its inconsistency lies in the analytical criteria from the factual because those who openly opposed that Sandinista revolution were imprisoned, execrated, disappeared or exiled and could not contend (Fernández, 2022). In fact, for many foreign diplomacies, D, Ortega is a thematic contingency that has provoked resounding rejections of democratic foreign policies, whether of the European Union or

the United States. Therefore, D, Ortega means a political contingency to what a democracy borrowed from Zakaria represents. Although it is clear that Daniel Ortega did not reach the presidency by forceful military action as authoritarianism is traditionally conceived. So, the case of Nicaragua, at present, challenges us to understand its political dynamics with an adequate analytical approach of what are the democratic characteristics of a regime. Given that the superficial characterization of what is conceptualized as authoritarianism must be overcome, the full understanding of a problem around the limits of presidential power is also sought, even more so when political scientists have neglected the edges of complexity. of political phenomena such as that of Nicaragua that represents the personalization of political power, observing a concentration of political power in the person of the leader (Soriano de García-Pelayo, 1996, pp. 48-49).

In such a way that, a political personalism like the one presented in the figure of Ortega exercises, for example, necessary controls or mechanisms over the executive power or the rest of them, until reaching the essential concentration of power through institutional submission, in the national media or the Judiciary, to mention some works of control or political subjection generally framed in a delegative democracy (Moreira, Raus, & Gómez, 2008, p. 247). This could be the case. Thus, the fact that electoral processes are carried out often does not ensure that the essential codes or premises of a democracy are not affected. Therefore, the periodic holding of formally democratic elections does not always motivate their real representation, since it can become the ramification of a democracy in a state of erosion in the words of J. Linz. Therefore, elections can be fraudulent or manipulated in an apparently competitive process, even in a double count system or with the presence of international observers (1996, p. 223).

This is how a democracy in permanent or critical erosion can be part of a furtive authoritarian denomination, as O'Donnell, Schmitter and Whitehead have already argued. (1988), authors who began an analytical effort to systematize the various forms of authoritarian domination that have occurred in different geographies. Orientation from which they theorized about explanations at a casuistic level. For although certain authoritarian denominations border on political forms described as a series of

new authoritarianisms (Collier, 1985), in reality they retain many of the features of the authoritarianism that appeared in Europe in the third and fourth decade of the previous century, which coincides with O'Donnell's position, with the difference that I call them subtypes of authoritarianism. Thus, it can be observed that these are dominant authoritarian denominations or forms according to the typology of analytical criteria with which they are delimited; it is not attached to a formal normative denomination or definition in the democratic sphere. Consequently, these new democratic forms, instead of supporting a true democratization process as Manuel Garretón would express it, misrepresent or misrepresent under the description of particular political forms, as presented in the specific case: the Nicaraguan Country. Although at the same time, these specific political forms represent a particular type of governance (2011, pp. 34-35) that does not endorse or contain the conceptual premise of a representative, participatory and liberal democracy, regardless of how it is approached.

All in all, the political behavior of Ortega and his wife Rosario Murillo distorts the features of the democratic nucleus, approaching more to an authoritarian domination, since its forms are opposite and contrast with the aforementioned features of the well-known liberal democracies. Likewise, their political methods of imprisoning opponents, around the time of elections, really belie institutional support for inclusive suffrage or the interdependence of civil liberties (Schumpeter, 1983; Dahl, 1989). It should be noted that all the authors -including Shumpeter- consider that the possibilities, impossibilities and difficulties of following a two-way path: authoritarianism or political democratization, present the concept of transition, which acquires gradual elements of processes that oscillate on one side. the other. to another. However, the difference in the aforementioned is that according to J. Schumpeter and R. Dahl, they considered the possibilities of a coup d'état, and instead J. Linz raised the rupture of the political regime or the rupture of democracy.

Just as, sometime later, O'Donnell, Schmitter and Whitehead carried out a detailed political study of thirteen cases, in two different geographies, verifying five situations in Europe and eight in Latin America, where these three authors verified that not always validating the denominations of what could be the new authoritarianisms (1988). This is particularly

so because they are also specific forms of governance (Bassols & Mendoza, 2011), since not all authoritarian regimes always have the decisive presence of the legitimate Armed Forces of a State, or of the military as a central actor; while some are defined by the hegemony of a political party, and several are personalist. Which is the same as stated by C, Lesgart (2020, pp. 350-351). That is why, in the exercise of political power -paraphrasing O'Donnell- the modes of political organization can have subtypes of authoritarianism, which can involve too many denominations used such as: military populism, despotism, personalized dictatorships, military autocracies, etc. many others (2008).

In an accessory way, the case of Nicaragua with the culmination of the electoral process in 2021, demonstrated the emerging displacement of contingent processes that are aimed at generating the new denominations, which later became authoritarian dominations, which is what really happened, regardless of whether it is focused in one way or another, which is related to what was stated by O'Donnell, Schmitter & Whitehead (1988), and Lesgart (2020). Where this last author rightly points out that a new reflection has emerged on political forms that are not fully democratic or authoritarian, in such a way that they are presented and are hybrid forms using a term proposed by Overy (2006). In the same way, to talk about the Central American C political regimes, Lesgart uses this term (Lesgart, 2020, pp. 351-352), and to explain the expansion with the so-called authoritarian enclaves, which is a concept taken from Garretón (1988), also agreeing that these enclaves are generated for certain periods. Thus, according to what has been mentioned, we can affirm that the proposed idea allows us to affirm that there are transitory transition periods that have residues clearly proposed to become institutionalized political regimes in another way, or delegative democracies (Lesgart, 2020). Therefore, the theorizing about the nuclear inflection of the limited Nicaraguan political dynamics up to this point is sustainable.

MANAGING A NEW KIND OF AUTHORITARIANISM

This section will answer the question of whether, according to the classification constructed by O'Donnell and Lesgart, the case of the Republic of Nicaragua in Central America can be classified as a new type of authoritarianism.

This hypothesis wants to express in the first place that both O'Donnell and Lesgart point out that democracies intrinsically and occasionally can exhaust the democratic systems that they have built and that are formally established, which are not subtypes, neither old nor new like Lesgart. points out, but that, through comparative politics, ensures that electoral and/or competitive authoritarianisms emerge (Lesgart, 2020, pp. 361-362). Since, in these subtypes where the periodic holding of elections and the presence of certain parties reflect the turning point of the new authoritarianism, particular and ad hoc. Consequently, the following eight paragraphs will explain the points that determine this relationship.

Therefore, first of all, there is an emerging hybridization of political changes within the regimes that claim to be democratic, the mixture of their political governance leads to the frequent holding of elections that do not always guarantee individual rights and/or civil liberties. Said political mix enables reflections of a theoretical and conceptual nature that C, Lesgart abbreviates into conceptual networks of eight types such as: semi or pseudo democracy; virtual democracy; electoral democracy; partly free democracy; semi-authoritarianism; soft authoritarianism; electoral authoritarianism; competitive authoritarianism (Lesgart, 2020, pp. 361-362).

In any case, secondly, when indicating the different variables around the term democracy, the variations adjusted to the categories indicated or registered by the author are denotative; Based on Diamond (2004), she points out how there are democratic electoral regimes, authoritarian electoral regimes or electoral authoritarianism, which occupies our scientific attention when referring to the identity difficulties found between democratic systems and the elective processes of their rulers. , hence the permanent adjectives of both democracies and authoritarianism contribute to the tirade of political science researchers so far (2004).

Here the third point is presented, so that the Nicaraguan political system is pigeonholed or moves within the identification of what an ad hoc democracy is, which is a neo-authoritarianism or also called new authoritarianism, in correlation with the carrying out of processes adjusted elections. to the contextual conditions of the ruling party. Thus, this statement is found in a variety of variables exposed by Lesgart (2020), Diamond (2004), among others. Well, in recent years the State of Nicaragua and its rulers have carried out universal suffrage with

a secret ballot for all people with the right to vote, accompanied by periodic elections that support the regime within a political democracy, but there is no democratization. But, on the contrary, there has not been or has been promoted organizational freedom within the political system of Daniel Ortega. Because most unions and union movements have been restricted, unless they are experts in government interests. Furthermore, there is currently no free competition between political parties sympathetic to or politically opposed to the Nicaraguan regime headed by the president. Since, in this last-mentioned election, there are known numbers of arrests of opponents of it or political parties disqualified by the State electoral body (OEA, 2021).

However, as a fourth point we can mention that in the Nicaraguan case there is no real and adequate separation of the political powers of the State such as the Judicial or the electoral, which was not imposed by its leaders on duty, year after year, until to the current state of things. The mere fact that the Nicaraguan judicial body has captured, prosecuted and sentenced political actors opposed to President Daniel Ortega (in the last five years) is a negative indicator of the response. Therefore, the necessary sovereignty is not granted to individuals so that the democratic character stands out, obviously not. Which brings us to the fifth point, which is that in reality in Nicaragua the civil liberties of the individuals that make up the political society of the Nation and the State are not respected. What comes to be another negative point that contradicts what is understood by democracy, but that gives rise to and accounts for a type or subtype of authoritarianism. Let us explain that, with characteristic results such as these, a non-democratic regime or political system is designed, because and because it breaks the chain of democratic election (Cadena, 2004), therefore, the necessary links in the chain of a true electoral democracy are not met in the case studied. In other words, if it is assumed that the last electoral process in the State of Nicaragua sought the presidential succession, for example, that chain of democratic elections is broken from above. This can be called electoral authoritarianism or a semi-authoritarian political regime.

Succinctly, it remains to mention in the sixth point that due to the reach of the parliamentary level in the case of the leader Daniel Ortega and the State of Nicaragua, the popular parliamentary

representation has been decreasing and very reduced, since it is worth mentioning the importance represented in it expresses the plurality of representative voices of the people and is a space for the audibility of minorities (Lesgart, 2020, p. 362). In other words, in Nicaragua, the numerous minorities opposed to the ruling party were silenced, banned or censored, many others were persecuted and captured for their political activity and some were imprisoned for the crime of treason (Díaz, 2010, p. 704).

For its part, in reference to the seventh point, on the dimension related to the actions of social organizations and non-governmental organizations, whose access, mobility and right of reply or complaint do not enjoy the independence, ease of competition or popular sovereignty that they should enjoy is almost non-existent if one examines the roles of the executive, judicial and electoral branches. If attention is paid to the plan and the role that the media and social networks play in the issue of genuine freedom of expression, the scenario is further complicated as the former have been banned, censored, closed and vilified., the journalistic union has been the object of this mechanical scheme of political and repressive actions, against the national media led for a long time by Daniel Ortega and his wife Rosario Murillo (El País, 2021). Precisely on this particular situation, the professional Carlos Martínez de la Cerda, testified as a journalist, of the coercive experiences at the beginning of November of last year, at the time when the presidential elections were held, which were called and labeled of being a farce, after President Daniel Ortega imprisoned dozens of opponents of his government and potential presidential candidates. In addition, added to this, the independent press has seen in recent months how attacks against it have increased with raids on newsrooms, harassment and persecution of journalists through laws that seek to silence critical voices. In such a way that, according to known data, there are currently more than one hundred and fifty political prisoners in the country, among them the sports journalist Miguel Mendoza, or also Miguel Mora, former director of the television channel “100% Noticias.” who had become an opposition candidate; and Juan Lorenzo Holmann Chamorro, general manager of the newspaper “La Prensa” (El País, 2021). For this reason it can be affirmed that since the previous year in Nicaragua there has been a systematic

attack on all possible opposition leaders, and on the media, which to a certain extent was decisive in the elections of November 7, 2021, to dismantle and destroy the press. Just as there are dozens of journalists in exile as a result of this and many of them in the country under surveillance or with their activity highly restricted for different reasons (Martínez de la Cerda cited by Lorena Arroyo, 2021).

Finally, as an eighth point, regarding the use of social networks through information and communication technologies, they have been surrounded, besieged in relation to their main functions and competencies for which they were promoted, their rights have been cut off liberties in their negative expression about the management or responsibilities of the official government is a clandestine and counterrevolutionary task to their desire to perpetuate themselves in power. That is to say, it is not really fortuitous that this series of undeniable facts are indications or indicators of the permanence of an authoritarian or perhaps semi-authoritarian political regime without overshadowing or tarnishing the repressive mechanisms through which the autocratic personalism of Daniel Ortega dissipates essential nuclei and guidelines of a system that tends to be democratic or that gives way to a process of democratization.

RELUCTANCES AND APPROACHES TO AUTHORITARIAN CONSOLIDATION

Given this context and at that historical moment for Nicaragua, the lack of premises and specific canons in democracies is evident, which is why experts such as Octavio Pescador in media such as CNN en Español, in the program “Choque de Opiniones” establish how in the In the case of Daniel Ortega, deprives the freedom through the State media of all those who express themselves badly about him and his government, since dissent in Nicaragua is not viewed favorably by them, precisely because the vision is closed and obtuse when declaring the marked features of ideological ideology. polarization that this Central American country is going through (2021). Therefore, as O, Pescador affirms, the authoritarian regime of Nicaragua will seek to persecute and silence by the means at its disposal those who speak ill of the government and the government leader, as well as his management, being classified as enemies, which is truly different from the considerations given to a political adversary, as

is often the case in governments that abide by democratic rules. Where, although dissenting voices and opinions contrary to the government cannot be expressed, neither can it be affirmed and interpreted that there is a war in progress. Where at the same time we can add that Ortega and his wife have stripped the figure of his new authoritarianism of an essentially democratic character, therefore, these two; president and vice president, they subscribe to being actors or figures that polarize, which brings the type of: either you are with me or you are against me. What limits us is the teacher from the California region (Pescador, Octavio, 2021).

In any case, the States of Law and the Social and Democratic States of Law in Latin America must primarily consider the perverse interference in Human Rights in regimes such as the Nicaraguan one. Where even today, the media are being permanently attacked, as is the case of the Country’s newspapers, which gives authoritarian nuances like those that are reflected in this Nation. In this sense, this type of regime builds a political enemy that is necessary, so if that political enemy is not present, it is invented, but it must always exist to feed a degree of ideological polarization that intoxicates the ability to tolerate dissent. the voices and criteria that go against the interests of those who are enthroned, such as the aforementioned media and people who use social networks for these purposes.

In the same way, not only in developing countries, but also in first world countries, there are recent classic cases of semi-democratic governments that feed ideological polarization in a plurality of ways, as can be seen in the political phenomenon of Donald Trump or the claims and actions to judge him regarding the notorious attack on the United States Capitol in January of the year (2021). On this detail, it can be noted that politics is emotional, and sometimes lacks substantive ideas adopted through visceral positions that turn their backs on political rationality, which is why some political leaders are often branded as circus clowns. in the political arena Once again, and in relation to the attack and looting of the Capitol of a so-called first world nation, it is no less important that it could even be interpreted as an attempted coup d’état that turned U.S. policy upside down United (S, Canton on CNN in Spanish, 2021).

But, above all, at no time is it intended to make comparisons between the two American

political events, but rather to underline the deeply rooted role that social networks have in current politics, essential due to the emotional and subjective aspect that prevails in historical milestones or facts that define a historical process of a Country (S, Cantón on CNN in Spanish, 2021), since the emotional is what prevails in social networks, the dissemination of propaganda, categories and emotional discourses on platforms through communication technologies information and communication, will be increasingly a determining element in politics. For this reason, likewise, this research variable in current politics focuses on the ramifications of social networks that have yet to be thoroughly examined, as in the case of the aforementioned assault on the United States Capitol in 2021, as well as on the demonstrable restrictions that are imposed. in that. they have been imposed from the government power occupied by President Daniel Ortega.

Therefore, some experts such as the Chilean Rodrigo Gil assert that the political complexities of the modern world go so far as to say that it is actually a welfare state based on the diversities of polarization, which intersects levels of connected processes as the unprecedented fact. of the assault on the capitol; or also from the comfort of social networks assumed by social sectors or Nicaraguan individuals (Gil on CNN is Spanish, 2021). Since communicational political situations that veto the functions for which they were given accentuate the pendulum of polarization of the political wills that set the course of a nation, whose rank has not been respected by the words and actions of the main agent of Nicaragua, according to because you cannot lose the center of democracy, which allows you to restore or restore the forces of tolerance criteria so necessary in any category of a democratic regime.

Given that it is probable that we are facing a novel and highly dangerous scenario in the political sphere when the depth and background of the proposals and ideas exposed in the phenomenon of social networks during political processes are addressed through the analytical method. In which digital phenomena have changed perspective where there are no content or concrete ideas to offer the new (Gil on CNN is Spanish, 2021). Well, although we are witnessing a constant transformation of political phenomena located in the permanent changes of the digitization of modern politics, we are also witnessing a different and novel scenario: the

trivialization of value messages and background content that guide educationally, anyone who is observing or looking at the screen of your personal device or television.

To conclude, the network of adjectives with which authoritarian regimes in Latin America can be classified is surprising, not only because it connotes and captures the features of the new authoritarianisms according to J, Linz and another range of authors, but also because it represents reengineering or reconstructed repowering. of regimes with formalities of electoral calls and other brief characteristics of democracies and semi-democracies.

In this sense, coincidentally both J, Linz, O'Donnell and Lesgart offer a spectrum of elements of analysis and connections that cannot be collected here, but which, nevertheless, point out rays of light to explain the complex approach of political regimes such as the Nicaraguan. On the one hand, the constant electoral processes, open consultations, calls to official social movements are part of certain elements. On the other hand, the ineffective separation of constitutive powers of the State, the arbitrary detention and capture of those who opposed or launched into the presidential political arena last year, the veto and closure of political communication spaces that oppose or issue critical judgments. against the peculiar governance of Ortega and his wife, the formulation and promotion of positions that orbit and are ideologically polarized with reference to the axes of the governance of the day he championed (Bataillon, Gilles, 2019, pp. 1-3).

Given that the adoption of retrograde (pendular) positions by Nicaraguan "Sandinismo" in the sense of: he who is not with me is against me, translates as my enemy, which are just some of the connections and variables of political dynamics who are complexly involved and change their social greenness to the astonished look of some, to the impassive and satisfied look of others in the face of the latest eventualities that have come together in the Central American territory dominated by this so-called "Sandinista" Nicaraguan revolutionary leader.

INCLINATIONS FOR A NEW AUTHORITARIANISM

The "Sandinista" Daniel Ortega has demonstrated with forceful facts the development of guidelines for a Delegative Democracy linked to actions and reactions of authoritarian bases that declined or injured the

democratic characteristics that barely remained in Nicaragua. Recently, various media outlets have expressed that this way of governing is arbitrary and, above all, a violation of human rights, and above all of political rights. Like the five mayors that passed into the hands of the Nicaraguan opposition by popular vote, they were democratically and arbitrarily assumed by councilors from President Daniel Ortega's party, who in turn appointed new official mayors. Therefore, the aggrieved denounced restrictions and violation of rights and guarantees when there were four months to go before the municipal elections (AFP, 2022).

In that order, it is known that the occupied municipal governments belong to the municipalities of "El Cuá", "San Sebastián de Yalí" and "Santa María de Pantasma", jurisdiction of "Jinotega" (north); in addition to "Murra", in the department of "Nueva Segovia" (north); and "El Almendro", in "Río San Juan" (south) (AFP, 2022). Given that their authoritarian forms of government account for the abuses committed against Nicaraguan democracy, it is clear that these mayors were removed from their posts and replaced by force by five capable mayors placed at the discretion of the central government. Thus, four months after the municipal elections (November 6, 2021), the regime arbitrarily occupied five opposition mayoralties that were in the hands of the "Ciudadanos por la Libertad political" party, who publicly denounced these events (AFP, 2022). Thus, it can be clearly inferred that the political regime goes from a delegative character to a discretionary and autocratic exercise, hardening its anti-democratic position, in the case of a neo-authoritarianism.

By the way, the Nicaraguan newspaper "La Prensa" refers to how between 2008 and 2012 thirty-three mayors were dismissed by this same political actor (2016), which suggests that it was and is a novel political practice, recent in its political credit. former. This in terms of the political dynamics that are taking place in Nicaragua, and although its arbitrary relationship with the Catholic Church also has edges that deny effective democratic governance by the revolutionary ex-guerrilla. Because the Catholic Church, only through certain political actors, contradicts and opposes the marked authoritarianism that is increasingly accentuated in this country. Being that here the accusations of the sociologist Oscar René Vargas are obvious when he declared how the autocratic regime wants to exile Bishop

Rolando Álvarez. Then, the Nicaraguan regime pursues a negotiation with the Vatican or with the Nicaraguan Episcopate that will culminate in the exile of Bishop Rolando Álvarez, a critic of Daniel Ortega and who is detained by state authorities (Vargas, Oscar, 2022).

As mentioned so far, it is a repressive campaign whose ultimate goal is to negotiate with the Vatican, given that since August 25, 2021 Monsignor Álvarez has been detained together with five priests and six laymen in the Episcopal Palace, which is located besieged by Special Forces of the Nicaraguan Police. Since, for the police, these people were accused of having the purpose of destabilizing the Nicaraguan State (Deutsche Welle, 2022).

CONCLUSIONS

The transitions between democracy and autocratic modalities and mechanisms are present with scientific clarity in the development of this article, where three authors were taken who offer us fundamental guidelines and premises on how a delegative democracy works -O'Donnell's conception- since it can modify to become a personalist regime with consolidated authoritarian traits. In such a way that the regimes in Latin America have had their own descriptions that make them particular. And the case of Nicaragua and its leader Daniel Ortega are not exempt from this framework of polyetiological affirmation. Indeed, the New Authoritarianisms are also renewed with the passage of the XXI century; without leaving aside the conceptual contributions such as those of Delegative Democracy or those of semi-authoritarian regimes that can be replaced or subjected to reengineering in the political sphere.

In short, Daniel Ortega and his controversial political leadership in the last two decades represent part of the substrata and substantial edges of the emergence of a type of governance worthy of being analytically refocused, if you will, with these assumed characteristics and mechanisms. by the Nicaraguan president. Where we face indistinct scenarios, despite the repressive and coercive undertakings against those who become enemies and traitors to the revolution and the homeland, with which Augusto Sandino dreamed, at the beginning of the "Sandinista" revolutionary movement.

Based on what has been said, it is possible to argue that Nicaragua has experienced an increase in authoritarianism under the government of

Daniel Ortega, since, although it is important to consider that the model of authoritarianism can vary in its form and degree in different contexts, there are several aspects that suggest the presence of a new type of authoritarianism in Nicaragua. Well yes, a limitation of political pluralism is observed, where the opposition faces significant restrictions and measures have been implemented to weaken it. This includes actions such as manipulation of the electoral system, control of key institutions and the repression of dissent. Therefore, a lack of an elaborate ideology can be identified. Although the Nicaraguan government calls itself socialist, its approach appears to be more pragmatic and oriented toward staying in power than promoting a coherent ideology. In which, the Nicaraguan government has used political mobilization tactics to maintain support and control over the population, including the use of propaganda, co-optation of social groups, and the promotion of an image of charismatic leadership. So, you can see a concentration of power in the hands of Daniel Ortega and his close circle. This is manifested in the control of the executive, legislative and judicial powers, as well as in the manipulation of control and accountability mechanisms. While a more detailed and exhaustive analysis is necessary to fully understand the nature of authoritarianism in Nicaragua, the elements suggest the existence of a new type of authoritarianism in the country. This new type of authoritarianism is characterized by the combination of traditional elements of authoritarianism with strategies adapted to contemporary challenges and contexts.

Lastly, it was verified that the social sectors such as the Catholic Church, as well as the social and civil actors of the Mayor's Offices that disagree and repudiate the mechanisms of that autocratic ruling party, will allow the regime to be less and less libertarian and less guaranteeing. of the principles of autonomy and democratic sovereignty that protect or should protect the women and men who individually make up the social strata of a democratic country; It is here where the intellectual contributions of Linz, O'Donnell and Lesgart deserve a reflective approach that can be analyzed, in order to have the ability to explain and understand the complex processes that contradict each other in a delegative democracy with each popular election. The systemic system is more like a political system that transgresses the minimum guarantees that a democracy itself should have.

INFORMATION SOURCES

Bibliographical sources

Bassols, M., & Mendoza, C. (2011). *Gobernanza Teoría y prácticas colectivas*. Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.

Bassols, M., & Mendoza, C. (s.f.). *Gobernanza*.

Borgonovi, & Silva, L. (2016). *Ligereza pesada: la poética del conflicto en el diseño estructural de João Vilanova Artigas y Carlos Cascaldi*. ETH Zürich.

Cadena, J. (2004). *Transiciones a la democracia: visiones críticas*. Universidad Autónoma de México.

Chaguaceda, A., & Caldera, A. (2016). *Democracia en América Latina y el Ideal Utopico y las Realidades políticas*. Editorial Fontamara.

Collier, D. (1985). *El Nuevo Autoritarismo en América Latina*. Fondo de Cultura Económica.

Dahl, R. (2005). *Poliarquia: Participação e Oposição. Colección "Clássicos"*. Editora da Universidade de São Paulo.

Diamond, L. (2004). *Elecciones sin democracia. A propósito de los regímenes híbridos*. Estudios Políticos.

Díaz, L. A. (2010). *Nicaragua: gobiernos, gobernantes y genealogías*. Federación Internacional de Contadores.

Fernández, G. (2022). *Algunos elementos para comprender mejor lo que ocurre en Nicaragua*. CLACSO, JSTOR.

Linz, J. (1996). *El quiebre de las democracias*. Alianza Editorial.

Linz, J., & Stepan, A. (1978). *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. John Hopkins University Baltimore USA.

Moreira, C., Raus, D., & Gómez, J. (2008). *La nueva política en América Latina: rupturas y continuidades*. Edición Trilce.

O'Donnell, G. (2008). *Tensiones en el Estado burocrático-autoritario y la cuestión de la democracia*. Prometeo.

- O'Donnell, Schmitter, P. C., & Whitehead, L. (1988). *Transiciones Desde los Gobiernos Autoritarios*. Paidós.
- O'Donnell, G. (1972). *Modernización y autoritarismo*. Paidós.
- O'Donnell, G. (1997). *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización. ¿Democracia delegativa?*. Paidós.
- O'Donnell, G. (2010). *Democracia, agencia y estado: teoría con intención comparativa*. Prometeo.
- O'Donnell, G. (2021). *El estado burocrático autoritario 1966-1973. Triunfos, derrotas y crisis*. Traverse City, Independently published.
- O'Donnell, G., & Schmitter, P. (1986). *Tentative conclusions about uncertain democracies*. Prensa de la Universidad Johns Hopkins.
- O'Donnell, G., Quiroga, H., Acosta, R., Lazzetta, O., & Seminara, E. (1998). *Hacia un nuevo consenso democrático*. Homo Sapiens Ed.
- Overy, R. (2006). *Dictadores*. Tusquets.
- Schumpeter, J. (1950). *Historia de las teorías económicas*. Nueva sociedad.
- Soriano de García-Pelayo, G. (1996). *El personalismo político hispanoamericano del siglo XIX: proposiciones y criterios metodológicos para su estudio*. Monte Ávila Editores.
- Newspaper sources**
- AFP. (2022). *Cinco alcaldías ocupadas*. *AFP Associated Press Managua*. 1-3.
- Bataillon, G. (2019). *Claude Lefort, pensador de lo político*. *Revista Nueva Sociedad*. 281, 1-10.
- Chaguaceda, A., & Puerta, M. (2015). *Quo Vadis Venezuela: De la democracia delegativa al autoritarismo del Siglo XXI*. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*. 161-188.
- Chaguaceda, N. (2020). *Autoritarismo, política local y participación ciudadana en Latinoamérica: miradas cruzadas a los casos de Nicaragua y Venezuela*. *América Latina Hoy*, 113-133.
- Diamond, L., & Morlino, L. (2004). *La calidad de la democracia: una visión general*. *Diario de la democracia*, 20-31.
- El País. (3 de Noviembre de 2021). *Encarcelamiento de candidatos opositores en Nicaragua*. Periodico El País, pág. 3.
- Garretón, M. (1988). *Problems of democracy in Latin America: on the processes of transition and consolidation*. *International Journal*. 43 (3), 357-377.
- Geddes, B. (2004). *Authoritarian breakdown*. Manuscript. Department of Political Science, UCLA (2004). Department of Political Science, UCLA.
- Lesgart, C. (2000). *El tránsito teórico de la izquierda intelectual en el Cono Sur de América Latina*. *Revista internacional de filosofía política*, 19-41.
- Lesgart, C. (2008). *Ciencia política en Argentina: Trazos históricos e historiográficos en perspectiva comparada*. *Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública*, 227-268.
- Lesgart, C. (2012). *Las metáforas y los conceptos: Ensayo en honor a Guillermo O'Donnell*. *Temas y Debates*, 49-58.
- Lesgart, C. (2020). *Autoritarismo. Historia y problemas de un concepto contemporáneo fundamental*. *Revista Perfiles latinoamericanos. Revista: Perfiles latinoamericanos*. 55.
- Linz, J. (1978). *Una interpretación de los regimenes autoritario*. *Papers: revista de sociologia*, 11-26.
- Linz, J. (1990). *Transiciones a la democracia*. New Haven, Connecticut: Universidad de Yale.
- Maxwell, C. (2018). *Dar sentido al autoritarismo competitivo: Lecciones de los Andes*. *Política y Sociedad Latinoamericana*, 1-22.
- O'Donnell, G., Quiroga, H., & Iazzetta, O. (2011). *Democracia delegativa*. Buenos Aires: Prometeo. *Revista POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político*, 17(1), 213-215.
- Schmitter, P., & Lynn, T. (1991). *Qué es la democracia... y qué no es*. *Diario de la democracia*, 75-88.
- Vargas, M. C. (2019). *La construcción del sentido común por parte del Gobierno Nacional de Colombia favorecedor del proceso de paz con las Farc-ep (2012-2016)*. *Universidad Católica de Colombia*.

Electronic sources

AFP. (2022). Portal informativo.

Arroyo, L. (2021). De Nicaragua a El Salvador: los ataques a la prensa oscurecen cada vez más las democracias en la región. <https://elpais.com/internacional/2021-11-03/los-ataques-a>.

Cantón, S. (2021). CNN en español, Programa Choque de Opiniones.

CIDH. (2021). La CIDH expresa su preocupación por la reforma a la Ley Electoral aprobada en Nicaragua y llama al Estado a garantizar elecciones libres y justas. Más derechos mas gente. <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/122.asp>

CIDH. (2021). La CIDH expresa su preocupación por la reforma a la Ley Electoral aprobada en Nicaragua y llama al Estado a garantizar elecciones libres y justas. Más derechos mas gente. <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/122.asp>

CNN en Español. (2021). Regresa “Choque de opiniones” analizando el momento político de Trump. <https://cnnespanol.cnn.com/video/pandemia-coronavirus-choque-opiniones-politica-trump-elecciones-eeuu-choque-de-opiniones-show-cnne/>

CNN. (2021). Exministro habla del fraude y la abstención en Nicaragua. <https://cnnespanol.cnn.com/tag/elecciones-nicaragua/>

CNN. (2021). Minuto a minuto: elecciones presidenciales en Nicaragua son calificadas de “farsa”. <https://cnnespanol.cnn.com/2021/11/07/elecciones-presidenciales-en-nicaragua-minuto-a-minuto-daniel-ortega/>

Deutsche Welle. (6 de Agosto de 2022). Nicaragua: investigan a obispo por “ejecutar actos de odio”. pág. 2. <https://www.dw.com/es/nicaragua-polic%C3%ADa-investiga-a-obispo-%C3%A1-lvarez-por-ejecutar-actos-de-odio/a-62728692>

El país (2021). La pareja tóxica que domina Nicaragua: historia de Daniel Ortega y Rosario Murillo. <https://elpais.com/ideas/2021-12-12/la-pareja-toxica-que-domina-nicaragua-historia-de-daniel-ortega-y-rosario-murillo.html>

Gil, R. (2021). CNN en español, Programa Choque de Opiniones.

Infobae (2022). El régimen de Daniel Ortega quiere exiliar al obispo nicaragüense Ronaldo Alvarez. <https://www.infobae.com/america/america-latina/2022/08/10/denuncian-que-el-regimen-de-daniel-ortega-quiere-exiliar-al-obispo-nicaraguense-rolando-alvarez/>

Infobae (2022). El régimen de Daniel Ortega quiere exiliar al obispo nicaragüense Ronaldo Alvarez. <https://www.infobae.com/america/america-latina/2022/08/10/denuncian-que-el-regimen-de-daniel-ortega-quiere-exiliar-al-obispo-nicaraguense-rolando-alvarez/>

La prensa (2016). Ortega ha destituido 33 ediles desde el 2008. <https://www.laprensani.com/2016/01/21/politica/1972954-ortega-ha-destituido-33-ediles-desde-el-2008>

Pescador, O. (2021). CNN Programa Choque de Opiniones.

Pescador, Octavio. (2021). Brazilian lawmakers debate Rouseff’s fate. <https://www.octaviopescador.com/>

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

Néstor Suárez Pérez
ORCID: 0009-0005-0067-9513
Universidad de San Martín de Porres
nestor_suarez@usmp.pe
Perú

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.11](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.11)

Recibido: 30 de mayo de 2023.

Aceptado: 4 de julio de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Estado fáctico natural.
- Contrato social originario y pactos sociales derivados.
- Estructura cognitiva del individuo peligroso.
- Aporte final.
- Recomendación.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se cuestiona los fundamentos esenciales del derecho penal del enemigo, tales como la expulsión del individuo potencialmente peligroso a un estado fáctico natural, la falta de consideración respecto de la existencia de más de una clase de contrato social, la ausencia de análisis de la inclinación potencialmente antijurídica a través de una estructura cognitiva del enemigo, y la pena como mecanismo jurídico de apariencias.

PALABRAS CLAVE

contrato social, enemigo, Estado, estado fáctico natural, peligrosidad, pena.

ABSTRACT

In the present essay I question the essential foundations of the criminal law of the enemy, such as the expulsion of the potentially dangerous individual to a natural factual state, the lack of consideration of the existence of more than one kind of social contract, the absence of analysis of the potentially unlawful inclination through a cognitive structure of the

enemy, and punishment as a legal mechanism of appearances.

KEYWORDS

danger, enemy, natural factual status, penalty, social contract, State.

INTRODUCCIÓN

La modernidad ha traído como consecuencia inevitable el aumento de los índices de criminalidad y la sofisticación del delito. Esto ha inducido a algunos a plantear una serie de posibles soluciones indistintas, cuyo factor común es la mayor drasticidad de las sanciones. Siendo la criminalidad un fenómeno de alcance global, es un tema de preeminencia, sobre todo ahora, que los cimientos del Estado y de la sociedad son sacudidos a diario por hechos ilícitos desde los más comunes hasta los que requieren de una estructura organizativa para su comisión. Entonces aparece el derecho penal del enemigo como respuesta propicia que pretende eliminar de la esfera de dominación jurídica al sujeto potencialmente quebrantador de la vigencia del ordenamiento legal. Debido a la complejidad del tema procederé a establecer niveles cognitivos del agente refractario, sin antes redefinir el estado fáctico natural y la condición que se ejercerá estando en él, para luego referirme a la clasificación del contrato social. Realizaré un enfoque crítico respecto de los pilares de esta proposición, tratando de plantear una perspectiva teórica en amparo de la institucionalidad y vigencia del ordenamiento jurídico.

ESTADO FÁCTICO NATURAL

El derecho penal del enemigo es una categoría científico-descriptiva más no constitutiva de realidades, que aparece como contraposición al derecho penal del ciudadano (efectiva lesión

de bienes jurídicos) adelantando las barreras de punibilidad, siendo esta su finalidad aparente y no su propósito real, que será la estabilización de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma (Mancera, 2011), como complemento del valor prioritario que es la estabilidad del sistema (Espinoza 2005). Sin embargo, este carácter, tiene que ser determinado con más claridad y precisión. Para ello he desarrollado cuatro puntos principales sobre esta categoría científica, pero solo mencionaré uno de ellos: La supuesta personalidad real derivada de la vigencia de la norma, como un estadio posterior (constitución social) al estado fáctico natural. En palabras de Zaffaroni (2006):

El profesor de Bonn llamó derecho penal del enemigo al tratamiento diferenciado de algunos delincuentes -en especial de los terroristas-, mediante medidas de contención, como táctica destinada a detener el avance de esta tendencia que amenaza con invadir todo el campo penal. Conforme a este autor, el derecho penal debería habilitar poder punitivo de una manera para los ciudadanos y de otra para los enemigos, reservando el carácter de persona para los primeros y considerando no personas a los segundos, pero confinando esta habilitación en un compartimento estanco del derecho penal, de modo que todo lo demás siga funcionando conforme a los principios del derecho penal liberal. Se trataría de una especie de *cuarentena penal del enemigo*. (Pág. 134-135)

Mientras que Silva (2001) precisa que, “El derecho del enemigo —cabría pensar— sería, entonces, ante todo el derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos. Ello, aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas. Expresado de otro modo, no habría un Derecho «penal», en sentido estricto, de enemigos.” (Pág. 165)

Por otro lado, Polaino (2006), señala las características del derecho penal del enemigo que son: científicidad, descriptividad, neutralidad valorativa, relativismo, autoexclusión potestativa, eventualidad temporal y proporcional.

Ya el Tribunal Constitucional en las sentencias de los expedientes N.º 0003-2005-PI/TC y Exp N.º 0014-2006-PI/TC, ha establecido en los fundamentos jurídicos N.º 16 y el N.º 04, respectivamente que:

[la] política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías

penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que, para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. (Tribunal Constitucional, 2005)

Sin embargo, a pesar de lo establecido por el Tribunal Constitucional sobre su inconstitucionalidad, cabe cuestionar al derecho penal del enemigo desde sus mismos fundamentos, como señala Cruz (2021):

El derecho penal del ciudadano, considerado como aquel derecho en el que se espera que la persona exteriorice el hecho -y no la expulsión de peligros potenciales- es más coherente con la estabilidad y perduración del Estado, puesto que no solo mantiene la plena vigencia del ordenamiento jurídico, sino también trata de evitar el estado natural precedente a su creación, algo que el derecho penal del enemigo pretende provocar, mediante un enfoque autodestructivo so pretexto de conformar la configuración social. Pero tal incongruencia no se manifiesta hasta que se procede a analizar cuál es la finalidad real del Estado y si el cumplimiento de esta ha sido exitoso o no. Por ello, señalar que la existencia del derecho penal del enemigo sería justificable para “...evitar la propagación de la delincuencia organizada y prevenir ese tipo de delitos graves que afectan la sociedad y sobre todo el control de la seguridad que debe de ejercer exclusivamente el Estado” (Pág. 86) no es realmente correcto.

Cuando Jakobs (2003) pretende que se expulse al sujeto potencialmente peligroso, no hace más que contradecir la vigencia del sistema jurídico, debido a que el Estado siempre tratará de contar con individuos con los cuales condicionar su permanencia, a través de *un impulso de sobrevivencia institucional*, y si se le abolieran ciertos derechos al individuo peligroso, este vuelve a un estado fáctico natural, demostrando el sistema jurídico no poder establecer lineamientos conductuales vinculantes y además su imposibilidad para conducir el impulso delictual a través de estas directrices, contradiciendo el Estado su propio poderío.

Lo que sí se generará es una debilidad que será aprovechada por otros sujetos vulneradores, convirtiéndose esto en un proceso de transgresión-

reafirmación constante. Entiéndase esto con la analogía del hombre rico que, poseedor de un campo de cultivo que le permite vivir con suntuosidad, contrata a los tres mejores agricultores de la ciudad, para que labren sus tierras. El primero de ellos, busca realizar un buen trabajo como medio de obtención de mayor ventaja remunerativa frente a los demás, pero obtiene siempre un nivel de producción promedio. El segundo, trabaja menos que el primero, pero con los métodos que utiliza, hace que la tierra que cultiva tenga mayor producción que el primer trabajador. Y el tercero, trabaja con presteza y ahínco, consiguiendo mayor producción respecto de los demás agricultores, pero dicho resultado lo obtiene realizando técnicas de cultivo que el dueño prohibía al considerarlas nocivas para sus tierras, pues ignoraba el beneficio de dichos métodos. Entonces el dueño al notar la desobediencia del tercer trabajador, y por considerar que podría seguir contradiciendo sus mandatos, lo despide. Tiempo después contrata a otro campesino que cumple con todas sus órdenes, pero su productividad es escasa. Luego de cierto período el nivel de producción va disminuyendo, y con ello su riqueza.

El derecho penal del enemigo se manifiesta de la misma forma: el Estado (reflejo metafórico del dueño), estaría contrariando y, en consecuencia, situando en riesgo su propia estabilidad y vigencia al expulsar a personas -que Jakobs califica de peligrosas- del ordenamiento jurídico. El sujeto vulnerador de la norma jurídica, definido alegóricamente como el obrero de mayor productividad), es el que dota de significado jurídico-penal al Estado. Sin él no se podría delimitar qué es legal y qué no lo es; tampoco se podría hablar de normas jurídicas, sin que nos hayamos referido previamente a las consecuencias de su vulneración; no se calificaría de fundamentales a ciertos derechos, sin que se ponga en tela de juicio su imprescindibilidad; no se podría concebir un proceso penal, sin un sujeto quebrantador que recorra cada una de sus etapas, demostrando el Estado de esta forma, el vigor y el carácter actual de su fuerza represora; qué significado tendría la pena si no existiera un individuo dentro del sistema jurídico que haya considerado irrelevante tal proposición social; qué significado tendría el contrato social para el Estado, si nuestros intereses y bienes jurídicos se encontraran seguros, qué otra cosa podríamos exigirle más que la perpetuidad de esa seguridad (cognitiva y no solo normativa, que es la única clase de

seguridad que garantiza el derecho penal del enemigo (Muñoz, 2005), pero si el sujeto potencialmente vulnerador ya no existe dentro del sistema jurídico, sería innecesario requerir protección, por lo que el ordenamiento jurídico no tendrá otra contraprestación que ofrecer y su institucionalidad perderá fundamento de permanencia; siendo posible llegar a un estado fáctico natural con la severa fuerza reguladora y punitiva por parte del sistema jurídico.

Es aquí donde se deben determinar dos clases de estado fáctico natural: *Estado fáctico natural por impulso individual* (cuando el sujeto se encuentra en él a nivel cognitivo, mucho antes de la revelación antijurídica confirmadora de tal estado) y *estado fáctico natural por impulso sistematizado* (considérese no como una expulsión, sino como una condición que genera el Estado ante una sobreprotección normativa). En consecuencia, el agente delictivo es la razón por la que existe salvaguardia de normas y bienes jurídicos, y el sentido del contrato social; por tanto, si el criminal juega un papel principal dentro del sistema normativo será propicio sancionarlo dentro del mismo régimen jurídico que pretendió vulnerar y no fuera de este. Para mejor comprensión, deberá advertirse dos momentos: *antes del peligro*, que no es más que los preceptos preventivos por parte de la política criminal de cada sistema; y *después del peligro*, con qué medidas se sancionará al sujeto vulnerador (derecho penal del ciudadano o del enemigo).

Considérese a la crítica que se realiza, dentro del segundo momento, por lo que sería incorrecto deducir de modo peyorativo que el Estado debe mantener una actitud pasiva con los ilícitos penales, sino que la sanción a imponer deberá encontrarse dentro de la esfera de dominación jurídica.

Por ello, no le falta razón a Zaffaroni (2006) cuando señala que:

La propuesta de Jakobs no está emparentada con Schmitt, como tampoco lo estuvieron todas las anteriores que postularon el trato penal diferencial del enemigo con otro nombre, pues *ni siquiera la legislación penal nacionalsocialista partía de Schmitt, sino que se afiliaba a la tradición garofaliana*. Pero su táctica de contención, al aceptar la incorporación del *hostis* al Estado de derecho para salvarlo de su naufragio autoritario, al igual que sus predecesoras pretendidamente liberales con terminología menos irritativa, no cae en la cuenta de que, precisamente, Schmitt tenía razón: *el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto*. (Pág. 138)

CONTRATO SOCIAL ORIGINARIO Y PACTOS SOCIALES DERIVADOS

El contrato social, según Demetrio (2004) puede ser definido como un escenario analítico-ideal de intereses contrapuestos: seguridad jurídica y fidelidad normativa -siempre y cuando reafirme la identidad normativa del sistema social. La mayoría de los pactos sociales son efímeros. El único pacto social permanente es el que sitúa a la persona en un proceso de autodeterminación de bienes jurídicos. En base a ello, pueden establecerse dos clases de contrato social: *El pacto social originario* (contrato social en sentido estricto) y *pactos sociales derivados* (directrices normativas concordantes con el cambio o no de política criminal). Al primero, se lo puede definir como el vínculo que la propia naturaleza impone a una persona, por ser en esencia un ser social que obligatoriamente debe ser precisado, para regular su conducta y sancionarlo dentro del ordenamiento jurídico (su característica principal será la permanencia). Mientras que un pacto social derivado es el vínculo que el legislador obrante determina y renueva cada cierto periodo, para que el Derecho vaya en paralelo con las nuevas exigencias que el perfeccionamiento del delito signifique (su caracteriza esencial será la temporalidad). Por ello, según Jakobs (2003) no se estaría hablando del mantenimiento de un estado comunitario legal, como sí se haría respecto de la vigencia global de los derechos humanos, sino más bien de su establecimiento.

Considérese que al hallarse en un estado de preexistencia a la constitución social, no se puede conjeturar que se esté ante una personalidad real, pero es justo antes de esta sumisión estructural, que el hombre no se encuentra en condición subjetiva de pertenecer a tal configuración, pues no estaríamos hablando de una personalidad contrafáctica, siendo inconsistente decir que la sociedad determinada por una estructura normativa, te brinda personalidad real (Jakobs, 2003, p. 34), ya que de ser así, no se podría responder por la contradicción al contrato social que el sujeto con su impulso delictivo realiza, sino solo lo hará en la medida que la vigencia de la norma le otorga tal cualidad *ius filosofica*.

Por lo que es jurídicamente posible, en el escenario de la convención social ya conformada, que el deudor no pueda cumplir con su obligación por razones imputables al acreedor. Entonces, tanto el derecho penal del ciudadano (negación de

preceptos) como el derecho penal del enemigo (expulsión de peligros), se asemejan, en el sentido de que cumplen una función impulsiva legitimada, debido a que en realidad, el derecho penal del enemigo no despoja a una persona de tal condición por la potencial peligrosidad de su conducta, sino que buscará vengarse de ella, por haber develado a los demás sujetos socialmente existentes, la incapacidad del Estado para establecer con claridad y eficacia las directrices que los ciudadanos deberán de seguir al interrelacionarse entre semejantes -*determinación interna*- y con el Estado -*determinación externa*- a través de esos lineamientos. Entonces el sistema estatal conocedor de su poder punitivo y represivo instauró la pena como un medio de violencia legítima y metódica para sancionar. Por ello, la pena aparte de ser *coercitiva* es un *mecanismo instintivo de conservación*, para no regresar al *estado fáctico natural*, preservando la configuración estructural del Estado¹.

El primer supuesto, es un axioma por lo que no se requerirá de un esfuerzo de demostración, por lo tanto, coincidirán con Jakobs, tanto los más entusiastas defensores del derecho penal del enemigo, como sus más viscerales detractores; sin embargo, la divergencia se presenta en el segundo y tercer supuesto. Considérese lo siguiente antes de desarrollarlos: en la analogía del hombre rico, hubiera sido más adecuado para el propietario de la tierra no despedir al trabajador productivo, sino redefinir los lineamientos y términos contractuales, pues, la fortuna de la que era acreedor provenía de la producción de su cultivo, específicamente del trabajo del agricultor rentable, y expulsar a aquel que le produce riqueza, no hace más que empeorar su situación. Si el castigo que impone el derecho penal del enemigo es separar de la estructura estatal al individuo temerario, es claro para cuál de los dos será más peligrosa esta sanción, para el fracaso de un individuo o la caída de un aparato sistematizado de legítimo poder. Cualquier Estado por muy perfecto y preciso que sea su derecho penal, su irremediable destino sería sucumbir. Como dice Gracia (2005, Pág. 40) “En Pufendorf, pues, no

1 No le falta razón a Ferrajoli (2006) cuando refiere que en la “identificación del terrorista y del criminal como enemigos (...), hay un deslizamiento semántico en función de autolegitimación; la confusión entre derecho penal y guerra: nada más destructivo del derecho y del estado de derecho” (p. 10); debido a que la finalidad de asemejar figuras normativas dispares se debe, al carácter inconstante del funcionalismo normativo, y como consecuencia, a la maleabilidad de los conceptos para lograr conservar la identidad normativa de la sociedad.

hay ninguna base para excluir a ningún hombre (...) pues él no establece distinciones entre los hombres en virtud de ninguna atribución de status, sino que se sitúa en el plano ontológico de la dignidad...”. En tal sentido, Zaffaroni (2006) establece que:

No es correcto defender la posición de Jakobs, minimizando su afirmación y sosteniendo que éste sólo postula que los enemigos tengan menos derechos individuales que los ciudadanos, puesto que su negación del carácter de persona en los enemigos es perfectamente coherente e inevitable; más bien corresponde señalar la contradicción de quienes desde la modernidad hasta hoy han postulado o legitimado lo mismo sin advertir esa consecuencia ineludible. (Pág. 141)

Además, Suárez (2020, Pág. 41-42) señala que Hobbes:

...aborda esta problemática no solo desde una perspectiva contractualista, sino también desde un enfoque de protección institucional. Con esto pretendemos dar a entender que expulsar al enemigo del mundo de la vida, significaría atentar contra la propia estabilidad estatal, en otras palabras, el método de conservación del sistema jurídico auto poietico representaría también un mecanismo de autodestrucción. Por lo que solo se justificaría esta auto aflicción cuando el acto del enemigo signifique una mayor afectación al Derecho que el propio mecanismo salvaguarda. El único caso en el que se aplicaría (según Hobbes) sería en el delito de rebelión pues esta es una gran ofensa al Estado, contraviniendo su poderío, recayendo de esta forma en un estado de naturaleza, siendo por ello ya no un subordinado, sino más bien un enemigo Estado mismo (Hobbes, 1651, p. 135). Ferrajoli (1995) concuerda con lo expuesto por Hobbes, cuando manifiesta que la confrontación contra el enemigo solo se da si esta amenaza la perennidad estatal y no ante cualquier clase de amenaza o transgresión (p. 829).

ESTRUCTURA COGNITIVA DEL INDIVIDUO PELIGROSO

Si el derecho penal del enemigo pretende abordar el hecho delictivo basándose en una inclinación potencialmente antijurídica, el siguiente paso metodológico que debió dar y desarrollar Jakobs, era analizar sus características particulares, y determinar con ellas, la estructura cognitiva de esta propensión. Es poco sensato discutir la expulsión del agente delictivo del ordenamiento jurídico, cuando el impulso reprochable que condujo a tal efecto no pudo ser controlado ni por el Estado ni por la sociedad (entiéndase: conjunto de determinaciones cognitivas que en interrelación tienen efectos jurídicos y antijurídicos). Por lo tanto, la estructura

cognitiva del enemigo se encuentra compuesta por tres elementos: 1. *Indiferencia* respecto del contrato social originario, como de los pactos sociales derivados, por considerar que el sistema político - jurídico no ha cumplido con la contraprestación que tenía con él. 2. *Conciencia* respecto de la falta de regulación político-penal única, constante y no variable. 3. *Estado fáctico natural*, en el que se encuentra el sujeto, por lo menos a nivel psicológico, mucho antes de la revelación antijurídica.

Adviértase entonces, que el derecho penal del enemigo incurre en un segundo error, al considerar como componente principal de su aplicación, la expulsión del sujeto vulnerable a un estado fáctico natural, porque tal estado se encuentra como proyección cognitiva en el agente -sea este ciudadano o individuo peligroso-, que se reafirmará con la posterior exteriorización, y es por esta proyección que ya no sería posible dirigir al sujeto potencialmente peligroso a un segundo estadio, sino determinarlo dentro de los parámetros establecidos por el derecho penal del ciudadano por la primera proyección cognitiva que en el mundo perceptible fue corroborada.

El derecho penal del enemigo acarrea otra dificultad: La institucionalización del sujeto potencialmente peligroso. No debe caerse en el error –prejuicioso- de considerarlos seres indiferentes con el derecho, sino que en un primer momento, serán agentes proteccionistas de la ley, y estos son los que, paradójicamente, tendrán más probabilidades de cometer ilícitos penales, por dos razones: primero, tener la calidad de defensor de la legalidad o justicia, servirá como un artificio o engaño; y segundo, al ser proteccionista de la ley se requerirá tener conocimientos especializados, con los cuales los métodos delictivos irán optimizándose. Entonces, desconociéndose su condición son capacitados, y cuando el agente quebrantador se encuentre en un estado superior de preparación al que tenía, es el mismo Estado el que afrontará una gran dificultad que viene presentándose desde tiempos inmemoriales.

Para explicar este problema, recordemos el caso de “los cuellos blancos del puerto”, una organización criminal cuyo objeto es el control de los aparatos jurídicos del poder estatal (demostrando con esto la pertinencia actual de desarrollar este planteamiento). El Estado indirectamente contribuye con el individuo peligroso en su subsistencia de diversas formas, v.gr. aleccionando en el dominio del

derecho, pretendiendo una lucha eficaz contra el delito, pero se obtiene el resultado opuesto: su perfeccionamiento; estatus, que le facilita tener vínculos con otros enemigos, con lo que el sujeto potencialmente peligroso dejará de actuar solo y formará parte de grupos estructurados de enemigos. Cuando esto suceda, el refractario conector de su instrucción superior aplicará austeramente el derecho penal del enemigo al ciudadano, pero será contemplativo al sancionar a uno de sus pares. Entonces lo más interesante es finalmente develado: la pena no vendría a ser más que un mecanismo jurídico de apariencias, como señala García (2019, Pág. 207) “por lo que el aseguramiento cognitivo que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal”, será ineficaz.

El Estado, al estar minado por enemigos, aplicará la pena como una demostración artificial de cumplimiento tanto del contrato social primario, como de los pactos sociales secundarios, pero no se tratará -en forma alguna- de una lucha real contra los individuos con los que verdaderamente debería mantenerse una relación jurídica hostil, sino que el sujeto refractario ya institucionalizado, aplicará el derecho penal de peligros al delincuente cognitivamente inferior, como un método de manipulación a gran escala, haciendo creer que se condena al sujeto potencialmente peligroso; pero lo que no se logrará vislumbrar al menos hasta cierto momento-, es que el derecho penal del enemigo será empleado por el propio enemigo, para sancionar al ciudadano transgresor.

Por tales consideraciones, Muñoz (2008, Pág. 102) indica que “...no necesitamos un derecho penal del enemigo, ni tampoco un derecho penal internacional del enemigo, para luchar eficazmente contra los que atacan las bases de nuestra convivencia, bien (...) como delincuentes comunes, bien (...) con acciones terroristas”

APORTE FINAL

Toda la investigación realizada no tendría sentido, si es que no se tratara de aplicarla en la realidad. Para ello, hemos partido de la idea expuesta por Jakobs, sobre todo porque consideramos, además, que uno de los temores más profundos que causa el modelo descriptivo bajo análisis es que sus normas se apliquen también en los casos del Derecho Penal del ciudadano. Pero esta diferenciación, tendrá que ser explícita para evitar interpretaciones

arbitrarias que causen inseguridad en la aplicación del modelo del ciudadano (Jakobs, 1997, p. 323).

La Ley N. ° 20202 es *sui generis* en el Perú, debido a que es el primer intento legal de delimitar aquellos preceptos que combaten peligros de aquellos otros que buscan reafirmar la vigencia de la norma. Por ello, su objeto será fijar los límites, en el aspecto sustantivo y adjetivo (investigación, juzgamiento y sanción), de la normativa del Derecho Penal del enemigo.

Implícitamente, esta ley también busca establecer garantías para aquellos sujetos que sí cuentan con cimentación cognitiva de fidelidad normativa (ciudadano), pues, no se les investigará, procesará o sancionará como aquellos que no cuenta con ella (enemigo). Además, al limitar las restricciones más gravosas existentes en el sistema jurídico penal peruano a los delitos de criminalidad organizada y a los regulados en el artículo 3° de esta norma, trata de apartarse de la política criminal perniciosa, influenciada por el clamor popular, los medios de comunicación, políticos y organizaciones no gubernamentales; que responde con la elevación irracional de las penas, para delitos que no son realmente gravosos para el Estado o de tipificar conductas que otras ramas del Derecho pueden regular con eficacia. Esto implica la vulneración tanto del principio de subsidiariedad como del principio de fragmentariedad, ambos informantes del principio de mínima intervención, y este, a su vez, de la intervención penal.

En el artículo 2° se define al DPE. como aquella clase de Derecho Penal que regula las normas que se caracterizan por su adelanto de las barreras de punibilidad, la proporcionalidad de las sanciones con la inseguridad cognitiva generada en los demás miembros del sistema social, las restricciones de garantías procesales y la eliminación de beneficios penitenciarios, contra aquellos individuos que muestran objetivamente el déficit de seguridad cognitiva en la norma.

Otro criterio considerado para la delimitación realizada por esta ley es que la transgresión deberá situar al Estado en una posición de inseguridad interna y externa o atentar contra la condición humana, y cualquier otro delito que facilite su comisión o encubrimiento. La ley restringirá el contenido no principal de los derechos fundamentales, más no se tratará de una transgresión de su contenido esencial.

RECOMENDACIÓN

Actualmente, el avance del fenómeno del Derecho Penal del enemigo, en países latinoamericanos, se ha tornado imparable. Por ello, a pesar de los cuestionamientos realizados, por ahora se debe evitar que las normas del Derecho Penal del enemigo se apliquen en aquellos casos en los que debe incidir el Derecho Penal del ciudadano, y viceversa. En consecuencia, el autor ha redactado este Proyecto de Ley, que hemos tenido a bien denominar “Ley de la excepción”, para tal propósito. El cual se somete a consideración del lector como una recomendación del autor.

LEY DE LA EXCEPCIÓN

TÍTULO I

OBJETO, CRITERIOS, DELITOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1°: Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto fijar los límites referentes a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos comprendidos en la normativa del Derecho Penal del enemigo.

También se buscará limitar las restricciones más gravosas existentes en el sistema jurídico penal peruano, a los delitos de criminalidad organizada y a los regulados en el artículo 3° de esta norma, tratando de conseguir, con ello, que el ciudadano cuente con las garantías que le corresponde y no sea sancionado como un individuo con la cimentación cognitiva erosionada.

Artículo 2°: Definición y criterios para determinar la aplicación del Derecho Penal del enemigo

Para efectos de la presente Ley, se entiende por Derecho Penal del enemigo a aquella categoría del Derecho Penal que regula las normas que se caracterizan por su adelanto de las barreras de punibilidad, la proporcionalidad de las sanciones con la inseguridad cognitiva generada en los demás miembros del sistema social, las restricción de garantías procesales y la eliminación de beneficios penitenciarios, contra aquellos individuos que muestran objetivamente el déficit de seguridad cognitiva en la norma.

Otro criterio considerado para la delimitación realizada por esta Ley es que la transgresión deberá situar al Estado en una posición de

inseguridad interna y externa o atentar contra la naturaleza humana. Y cualquier otro delito que facilite su comisión o encubrimiento.

La presente Ley restringirá el contenido no esencial de los derechos fundamentales, más no se tratará de una suspensión de su contenido esencial.

El procesado o condenado por los delitos de combate, seguirá siendo portador de derechos y obligaciones en cualquier ámbito que no sea el estrictamente vulnerado por su actuación antijurídica.

Artículo 3°: Delitos comprendidos

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. Trata de personas, tipificado en el artículo 153° del Código Penal.
2. Formas agravadas de Trata de personas, tipificado en el artículo 153°-A del Código Penal.
3. Esclavitud y otras formas de explotación, tipificado en el artículo 153°-C del Código Penal.
4. Formas agravadas de tráfico ilícito de drogas, tipificado en el artículo 297° *in fine*.
5. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública, tipificado en el artículo 315°-A *in fine* del Código Penal.
6. Apología de los delitos de combate, tipificado en el artículo 316°-A del Código Penal.
7. Marcaje o reglaje, regulado en el artículo 317-A.
8. Genocidio, tipificado en el artículo 319° del Código Penal.
9. Desaparición forzada de personas, tipificado en el artículo 320° del Código Penal.
10. Tortura, tipificado en el artículo 321° del Código Penal.
11. Atentados contra la soberanía nacional, tipificado en el artículo 325° del Código Penal.
12. Participación en grupo armado dirigido por extranjero, previsto en el artículo 326° del Código Penal.
13. Formas agravadas de atentados contra la seguridad nacional, regulado en el artículo 328° del Código Penal.
14. Inteligencia desleal con el extranjero, tipificado en el artículo 329° del Código Penal.
15. Revelación de secretos nacionales, tipificado en el artículo 330° del Código Penal.
16. Espionaje, tipificado en el artículo 331° del Código Penal.

17. Favorecimiento bélico a Estado extranjero, tipificado en el artículo 332° del Código Penal.
18. Rebelión, tipificado en el artículo 346° del Código Penal.
19. Sedición, tipificado en el artículo 347° del Código Penal.
20. Perturbación o impedimento de proceso electoral, tipificado en el artículo 354° del Código Penal.
21. Terrorismo, regulado en el Decreto Ley N. ° 25475.
22. Delitos informáticos, previsto en el artículo 11° inciso 4 de la Ley N. ° 30096.
23. Delitos regulados en el Decreto Legislativo N. ° 1106, siempre que el dinero, bienes, efectos o ganancias provengan de los delitos referidos en los incisos anteriores.

Los delitos cometidos por organizaciones criminales o bandas se someterán a lo estipulado por la presente Ley, siempre que tales ilícitos penales estén comprendidos en este artículo.

Aquellos delitos que cuenten con responsabilidad subjetiva dolosa y culposa, será de aplicación la presente Ley solo si la comisión es de la primera clase.

Artículo 4°: Conspiración

Será reprimido con la misma pena que el autor:

1. Quien participa en una conspiración para promover, reclutar, favorecer, financiar o facilitar los delitos de combate.
2. Quien solicita u ofrece a otros cometer los delitos de combate o actúa a través de otra persona.

Artículo 5°: Ámbito de aplicación

Para la investigación, juzgamiento y sanción de los procesados o condenados, en calidad de autor o partícipe, por los delitos señalados en el artículo 3°, rige el Decreto Legislativo N.° 957, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente Ley, y de lo prescrito en la Ley N. ° 30077, el Decreto Ley N. ° 25475 y el Decreto Legislativo N. ° 1106, en lo pertinente.

TÍTULO II INVESTIGACIÓN Y PROCESO PENAL

CAPÍTULO I GENERALIDADES

Artículo 6°: Contenido no esencial de los derechos fundamentales

Para la investigación, sanción y ejecución de los delitos establecidos taxativamente en el artículo 3°, por su naturaleza desestabilizadora, es necesario restringirse -más no limitarse por completo- el ejercicio de los derechos fundamentales, procediendo conforme a Ley y respetando las garantías que esta establezca.

Artículo 7°: Alto funcionario público

El alto funcionario público comprendido en el artículo 99° de la Constitución Política, que cometa cualquiera de los delitos señalados hasta cinco años después de haber cesado en él, se regirá por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N. ° 957, salvo lo que se disponga

Artículo 8°: Delitos conexos

Si el agente ha cometido cualquier delito comprendido en el artículo 3° de la presente Ley y otro que le sea ajeno, no se acumularán, salvo cuando este último sea indispensable para corroborar la realización o no del delito imputado.

CAPÍTULO II INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Artículo 9°: Disposición de inicio de Investigación Preparatoria

Artículo 10°: Plazo

El plazo de la Investigación Preparatoria es de treinta y seis meses como máximo, prorrogables en igual término, con la aprobación del Juez.

Artículo 11°: Criterios de razonabilidad

El Fiscal deberá motivar cualificadamente su Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, así como su duración, sin perjuicio de los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 957, en los siguientes:

1. La complejidad de la investigación.
2. La realización de los actos de investigación idóneos que se esperan realizar.
3. Los elementos probatorios o indiciarios recabados.

4. La peligrosidad y gravedad de los hechos imputados.
5. La existencia de una organización criminal.
6. Cuando se trate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos previstos en el artículo 3° de esta Ley, se requerirá Informe técnico de la SMV que establezca como inadecuado el modelo de prevención delictiva adoptado.

Artículo 12°: Aprobación de la prórroga de la duración de la Investigación Preparatoria

El Juez, para realizar la aprobación de la prórroga de la duración de la Investigación Preparatoria, deberá considerar los criterios de razonabilidad expuestos en el artículo 14° de esta Ley. El Juez, luego de verificará la existencia o no de los supuestos establecidos en el numeral anterior, mediante auto, cualificadamente motivado, aprobará o no la prórroga de la duración de la Investigación Preparatoria, exponiendo detalladamente las razones de su decisión.

Artículo 13°: Reserva de identidad

Una vez dispuesta la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, el Fiscal dispondrá la reserva de identidad del denunciante, comunicando de inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria.

Artículo 14°: Programa de protección

El Poder Ejecutivo, dentro de los ciento ochenta días de publicada la Ley en el Diario Oficial “El Peruano”, en coordinación con la Fiscalía de la Nación, definirá el Programa de Protección de denunciantes, agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia vinculados a los ilícitos penales establecidos en el artículo 3 de la presente Ley.

Artículo 15°: Persona Jurídica

El juez, a requerimiento del Ministerio Público, dispondrá las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resulten responsables de la comisión de los delitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley:

1. Multa correspondiente al séxtuplo del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito.
2. Prohibición definitiva de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
3. Disolución.

Artículo 16°: Efectos jurídicos y valoración

La eximente regulada en el artículo 17° de la Ley N. ° 30424, procederá en los delitos de combate, siempre que el informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV establezca que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, fue adecuado.

FINALES

PRIMERA. – Vigencia

La presente Ley entrará en vigor a los ciento ochenta días calendario de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

SEGUNDA.- Competencia

La investigación y procesamiento por los delitos comprendidos en el artículo 3° de la presente Ley se someterán a la competencia que corresponda por los delitos cometido por organizaciones criminales.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- Aplicación a investigaciones y procesos en trámite

Luego de su entrada en vigor, la aplicación de esta ley será a nivel nacional, bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N. ° 957, a los procesos penales que se siguieren por los delitos regulados en el artículo 3° de la presente Ley, instaurados con posterioridad a su entrada en vigor.

SEGUNDA.- Eficacia

El Estado, a través de sus diversas instituciones, emitirá las disposiciones necesarias para el cumplimiento cabal y efectivo de la presente Ley, así como en la capacitación de los operados jurídicos respecto a esta.

TERCERA.- FINANCIAMIENTO

La aplicación de la presente Ley se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, y en el marco de las leyes anuales de presupuesto.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA.- Modifíquense los artículos 36.9, 38, 46-A, 46-B, 46-C, 69, 88-A, 297, 315-A, 316, 316-A, 317-A, 349, 350, 359-C, 367, 404, 405, 407, 409-A, 417-A del Código Penal:

“Art. 36.- Inhabilitación

(.)

9. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica, centros de educación técnico-productiva, institutos o escuelas de educación superior, instituciones de educación superior artística, universidades, escuelas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, Ministerio de Educación o sus organismos públicos adscritos, Direcciones o Gerencias Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local y, en general, en toda institución u organismo educativo, incluyendo centros de resocialización o rehabilitación, que desarrollan actividades permanentes o temporales vinculadas a la educación, capacitación y formación sobre cualquier materia, incluyendo los ámbitos deportivo, artístico y cultural; así como, para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria; respecto de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, incluido el grado de tentativa, por cualquiera de los siguientes delitos:

(.)

r) Delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley 20202.

(.)

Art. 38.- Duración de la inhabilitación principal

(.)

La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal.

En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. También será perpetua cuando el agente haya sido condenado por la comisión de los delitos establecidos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202. En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión o los delitos de combate.

Art. 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo

(.)

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o participe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, extorsión, secuestro o cualquiera de los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N° 20202.

(.)

Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido condena por los delitos cometidos por organización criminal o los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, incurre en nuevo delito doloso, sin límite de tiempo, tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta o delito dolosos, cometa cualquiera de los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077, o los delitos de combate, en cualquier momento.

Constituye circunstancia agravante cualificada, por consiguiente, el juez aumentará la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el delito más grave, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieron ser cancelados.

Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado sin límite de tiempo, por los delitos previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077.

Si los dos primeros delitos fueran diferentes a los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077, se aplicará esta figura, siempre y cuando el otro delito cometido se encuentre regulado en las leyes especiales señaladas.

Si cualquiera de los dos primeros delitos cometidos, fueran delitos de combate o contra la criminalidad organizada, se aplicará esta figura por cualquier delito o falta cometida, sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante, por consiguiente, el Juez aumentará la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Se computarán los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados.

Artículo 69. Rehabilitación automática

(.)

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297; o por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública; o por los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal así como por los delitos establecidos en la Ley N. ° 20202, y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, en cuyos casos la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.

Artículo 88-A.- Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal

La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

Artículo 297.- Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) , 2) , 4) , 5) y 8) cuando:

(.)

7. (.)

(.)

Igual pena se aplicará al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades vinculadas a los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

Artículo 315-A.- Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública

(.)

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión de los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Artículo 316.- Apología

(.)

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de delito previsto en los artículos 152, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 318-A, 327, 333, 348 al 350 o de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de seis años, de doscientos días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 316-A.- Apología de los delitos de combate

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace de cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202 o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe por los mismos ilícitos penales o los regulados en el artículo 3 de la Ley N. ° 30077, la pena será no menor de seis ni mayor de ocho años, trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento de dichos delitos se realiza: a) en ejercicio de la condición de autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa, o b) utilizando o facilitando la presencia de menores de edad, la pena será no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se propaga mediante objetos, libros, escritos, imágenes visuales o audios, o se realiza a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación, de los delitos de combate o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe por tales delitos, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 317-A.- Marcaje o reglaje

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos previstos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de catorce años cuando el agente:

(.)

Artículo 349.- Conspiración para un motín

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer el delito de motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Artículo 350.- Seducción, usurpación y retención ilegal de mando

El que seduce a tropas, usurpa el mando de estas, el mando de un buque o aeronave de guerra o de una plaza fuerte o puesto de guardia, o retiene ilegalmente un mando político o militar con el fin de cometer motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor a cuatro años.

Artículo 359-C.- Fuentes de financiamiento legalmente prohibidas

Son fuentes de financiamiento legalmente prohibidas aquellas que provengan de:

(.)

3. Personas naturales condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, tala ilegal, lavado de activos, criminalidad organizada y de combate; o con mandato de prisión preventiva vigente por los delitos cometidos por organizaciones criminales y los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, según información obtenida a través del procedimiento de la ley sobre la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral, en lo que resulte aplicable. La prohibición se extiende hasta diez (10) años después de cumplida la condena.

(.)

Artículo 367.- Formas agravadas

(.)

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:

(.)

5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión, criminalidad organizada y de combate.

(.)

Artículo 404.- Encubrimiento personal

(.)

Si el agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 318- A, 327, 333, 348, 349 y 350, la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si se sustrae al autor de los delitos de combate, lavado de activos y crimen organizado, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y trescientos sesenta y cinco días-multa.

Artículo 405.- Encubrimiento real

El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos de este, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos

ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 318-A, 327, 333, 348, 349 y 350, la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si se sustrae al autor de los delitos de combate, lavado de activos y crimen organizado, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y trescientos sesenta y cinco días-multa.

Artículo 407.- Omisión de denuncia

(.)

Si la omisión está referida a los delitos de combate, la pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia

(.)

Si el hecho se comete respecto en la investigación preliminar o proceso penal por los delitos previstos en los artículos 152, 200, 296 al 298 o en el Decreto Legislativo N.º 1106, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de noventa a ciento ochenta días multa.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, si la obstrucción se comete en el proceso penal por los delitos establecidos en el artículo 3º de la Ley N.º 20202 y por los regulados en el artículo 3 de la Ley N.º 30077.

Artículo 417-A.- Insolvencia provocada

(.)

Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152, 200, 296 al 298 o en el Decreto Legislativo N.º 1106, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, si la insolvencia se provoca en el proceso penal por los delitos establecidos en el artículo 3º de la Ley N.º 20202 y por los regulados en el artículo 3 de la Ley N.º 30077.”

SEGUNDA.- Modifíquense los artículos 161, 207, 231.5, 242.1.e, 249.2, 261.4, 263.1, 266.7, 268.b, 272, 274, 333, 341.1, 341-A.1, 342.2, 342.3, 344.1, 345.4, 346.1, 351.4, 372.2, 471, 474.2, 475.6 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N.º 957.

“Artículo 161.- Efecto de la confesión sincera

(.)

Este beneficio también es inaplicable en los casos de los delitos comprendidos en el artículo 3º de la Ley N.º 20202 y por los delitos establecidos en el artículo 3º de la Ley N.º 30077.

Artículo 207.- Presupuestos y Ejecución de la videovigilancia

1. En las investigaciones por delitos violentos, graves, contra organizaciones delictivas o por los delitos comprendidos en el artículo 3º de la Ley N.º 20202, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

(.)

Artículo 231.- Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

(.)

5. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos regulados en la Ley N.º 20202 o el de tráfico ilícito de drogas, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.”

Artículo 242.- Supuestos de prueba anticipada

1. Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

(.)

e) Declaración, testimonial y examen de perito en casos de criminalidad organizada, así como en los delitos contra la administración pública, previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal o los regulados en el artículo 3° de la Ley N.° 20202.

(.)

Artículo 249.- Medidas adicionales

(.)

2. El Fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este título, la continuación de las medidas de protección, con excepción de la reserva de identidad del denunciante, la que mantendrá dicho carácter en el caso de organizaciones criminales o en los delitos establecidos en la Ley N.° 20202.

(.)

Artículo 261.- Detención Preliminar Judicial

(.)

4. Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tienen una vigencia de seis meses. Vencido este plazo, caducan automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de tráfico ilícito de drogas y los delitos previstos en la Ley N.° 20202, no caducan hasta la efectiva detención de los requisitoriados.

Artículo 263.- Deberes de la policía

1. La Policía que ha efectuado la detención en flagrante delito o en los casos de arresto ciudadano, informará al detenido el delito que se le atribuye y comunicará inmediatamente el hecho al Ministerio Público. También informará al Juez de la Investigación Preparatoria tratándose de los delitos de tráfico ilícito de drogas y los previstos en el artículo 3° de la Ley N.° 20202.

(.)

Artículo 266.- Detención judicial en caso de flagrancia

(.)

7. El presente artículo no es aplicable para los delitos de tráfico ilícito de drogas y los regulados en el artículo 3° de la Ley N.° 20202.

Artículo 268.- Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

(.)

b) Que la sanción a imponerse sea por los delitos cometidos por organizaciones criminales y los establecidos en el artículo 3° de la Ley N.° 20202.

(.)

Artículo 272.- Duración

El plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses.

Artículo 274.- Prolongación de la prisión preventiva

1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, el plazo de la prisión preventiva podrá prolongarse hasta doce (12) meses adicionales.

(.)

Artículo 333.- Coordinación interinstitucional de la Policía Nacional con el Ministerio Público

Sin perjuicio de la organización policial establecida por la Ley y de lo dispuesto en el artículo 69, la Policía Nacional instituirá un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación de dicha institución con el Ministerio Público, de establecer los mecanismos de comunicación con los órganos de gobierno del Ministerio Público y con las Fiscalías, de centralizar la información sobre la criminalidad violenta, organizada o relacionada con los delitos de combate, de aportar su experiencia en la elaboración de los programas

y acciones para la adecuada persecución del delito, y de desarrollar programas de protección y seguridad.

Artículo 341.- Agente Encubierto y Agente Especial

1. El Fiscal, cuando se trate de diligencias que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, de los delitos de combate y de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad. El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal.

(.)

Artículo 341-A.- Operaciones encubiertas

1. Cuando en las Diligencias Preliminares o Investigación Preparatoria, se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, de los delitos de combate y de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos. El Fiscal podrá crear,

estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes, así como autoriza la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado.

(.)

Artículo 342.- Plazo de la Investigación Preparatoria

(.)

2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de esta y los delitos de combate, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria.

3. Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, o se trate de delitos comprendidos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202.

Artículo 344.- Decisión del Ministerio Público

1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. En casos complejos, de criminalidad organizada y de los delitos de combate, el Fiscal decide en el plazo de treinta días, bajo responsabilidad.

(.)

Artículo 345.- Control del requerimiento de sobreseimiento y Audiencia de control del sobreseimiento

(.)

4. Entre el requerimiento de sobreseimiento y la audiencia que resuelve lo pertinente no puede transcurrir más de treinta (30) días. En casos complejos, de criminalidad organizada y delitos de combate, no podrá exceder de sesenta (60) días, bajo responsabilidad.

Artículo 346.- Pronunciamiento del Juez de la Investigación Preparatoria

1. El Juez se pronunciará en el plazo de quince (15) días. En casos complejos, de criminalidad organizada y delitos de combate, no podrá exceder de los treinta (30) días. Si considera fundado el requerimiento fiscal, dictará auto de sobreseimiento. Si no lo considera procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. La resolución judicial debe expresar las razones en que funda su desacuerdo.

(.)

Artículo 351.- Audiencia Preliminar

(.)

4. Si la audiencia es suspendida, la siguiente sesión deberá realizarse en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles. Entre el requerimiento acusatorio y la emisión del auto que lo resuelve no puede transcurrir más de cuarenta (40) días. En casos complejos, de criminalidad organizada y delitos de combate, no podrá exceder noventa (90) días, bajo responsabilidad.

Artículo 372.- Posición del acusado y conclusión anticipada del juicio

(.)

2. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente,

que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio. La reducción de la pena no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella, o por los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

(.)

Artículo 471.- Reducción adicional acumulable

(.)

La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella, o por los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

Artículo 474.- Procedencia

(.)

2. Los delitos que pueden ser objeto del Acuerdo, son los siguientes:

a) Lavado de activos, delitos informáticos, sicariato y delitos cometidos por organización criminal. También procederá en los delitos de combate, comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

(.)

Artículo 475.- Requisitos de la eficacia de la información y beneficios premiales

(.)

6. Los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas, que hayan cometido cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N.° 30077, así como el artículo 3° de la Ley N. °20202 y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena o suspensión de su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico. El Fiscal para acordar el beneficio, debe ponderar la proporcionalidad entre el grado de aporte del colaborador y su grado de participación dentro de la estructura criminal y el delito.

(.)”

TERCERA.- Modifiquense los artículos 11, 11-A, 11-B, 46, 50 del Código de Ejecución Penal

“Artículo 11.- Criterios de separación de internos

Los internos están separados de acuerdo con los siguientes criterios básicos:

(.)

6.- Los procesados y condenados por la comisión de los delitos de combate.

7.- Los que, a través de la evaluación de la Junta Técnica de Clasificación, obtienen una prognosis favorable para su readaptación de los que requieren mayor tratamiento.

8.- Otros que determine el Reglamento.

Artículo 11-A.- Ubicación de internos en un establecimiento penitenciario

En los establecimientos transitorios y otros que hagan sus veces, la Junta Técnica de Clasificación encargada de determinar el establecimiento penitenciario que corresponde a un interno, incorporará como criterio de evaluación, si el interno se encuentra o no vinculado a una organización criminal o a los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202, en cuyos casos optará por un establecimiento que ofrezca razonables condiciones de seguridad.

Artículo 11-B.- Clasificación de internos en un régimen penitenciario

(.)

La vinculación del interno a una organización criminal o a los delitos de combate y/o su condición de un mayor tratamiento para su readaptación, conjuntamente con la evaluación de su perfil personal, fundamentan su clasificación en una de las etapas del Régimen Cerrado Especial.

Artículo 46.- Imprudencia y casos especiales de redención de pena por trabajo o estudio

No es procedente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o estudio para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Tampoco es procedente para los

internos sentenciados por los delitos regulados en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-B, 200, 279-G, 297, 323 del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o de estudio, respectivamente.

Artículo 50.- Imprudencia y casos especiales de los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional

No son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 297, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafos del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, así como los delitos previstos en el artículo 3 de la Ley N. ° 20202.

(.)”

CUARTA. - Modifiquense los artículos 4, 5, 6 y 10 del Decreto Legislativo N. ° 1106

“Artículo 4.- Circunstancias agravantes y atenuantes

(.)

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión o cualquier delito establecido en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

(.)

Artículo 5.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado y que conociendo o debiendo conocer su origen vinculado a cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 3° de

la Ley N.º 20202, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de doce años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

(.)

Artículo 6.- Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información

El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal, al crimen organizado, o cualquier otro delito regulado en el artículo 3º de la Ley N.º 20202; o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, con ochenta a ciento ochenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 10.- Autonomía del delito y prueba indiciaria

(.)

El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros, los delitos de combate o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos

contemplados en el artículo 194 del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

(.)”

QUINTO. - Modifíquese el artículo 11º de la Ley N.º 30096

“Artículo 11. Agravantes

(.)

5. El agente comete el delito para impedir la identificación de los agentes refractarios o de cualquier rastro vinculado a la comisión de los ilícitos penales, regulados en el artículo 3º de la Ley N.º 20202.”

SEXTO. - Modifíquese el artículo 9º del Decreto Ley N.º 25475

“Artículo 4.- Colaboración con el terrorismo

Será reprimido con la misma pena que el autor, aquel que de manera voluntaria realiza los siguientes actos de colaboración de cualquier modo, favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este Decreto Ley:

(.)

Artículo 4-A. Financiamiento del terrorismo

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, le corresponderá la pena del autor e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

También le corresponderá la pena del autor, al que ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impondrá la inhabilitación prevista en los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 6-A.- Reclutamiento de personas

El que, por cualquier medio, recluta o capta personas para facilitar o cometer actos terroristas, será reprimido con la misma pena que el autor.

También le corresponderá la pena del autor, a aquel que reclute o capte menores de edad con la misma finalidad.

(.)

Artículo 9.- Reincidencia

Los reincidentes, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de treinta años. Para efectos del presente Decreto Ley contra el terrorismo, se considera reincidente al delincuente que, habiendo sufrido pena privativa de libertad, impuesta por sentencia nacional o extranjera, incurra en la comisión de un nuevo delito sin límite de tiempo.”

SÉPTIMO.- Modifíquese el artículo 1° de LA Ley N. ° 30424

“Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N. ° 1106 (Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos), en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; y otros delitos relacionados a la minería ilegal, crimen organizado y delitos de combate.

Artículo 12. Circunstancias atenuantes

Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes:

(.)

Las circunstancias atenuantes establecidas en los literales d y e, resultarán inaplicables siempre que se trate de la comisión de los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.

(.)

El párrafo anterior resulta inaplicable en los delitos comprendidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202 y por los delitos establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 30077, exceptuando los incisos 14, 15, 19 y 2, que, por su mayor

complejidad, sea difícil llegar a conocer la verdad material de los hechos investigados.

Artículo 13. Circunstancias agravantes

(.)

El párrafo anterior resulta inaplicable, siempre y cuando el delito que fue materia de la primera sanción sea de los establecidos en el artículo 3° de la Ley N. ° 20202.”

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- Derogación de normas

Deróguense los siguientes dispositivos:

1. El artículo 36 inciso 9 literal a), f), h) y p); 108-D, 153.5, 322, 404 *in fine* del Código Penal.
2. El artículo 272.2, 272.3, 274.1 literal a, b y c, 274.2 y 474.2 literal b del Decreto Legislativo N. ° 957.
3. El artículo 46 tercer párrafo del Decreto Legislativo N. ° 654.
4. Los artículos 3.3 y 3.17 de la Ley N. ° 30077.
5. Los artículos 6-B y 8 del Decreto Ley N. ° 25475.
6. Cualquier otra norma que contrarie lo dispuesto en la presente Ley.

CONCLUSIONES

1. El Derecho penal del enemigo pretende provocar el estado fáctico natural precedente a la creación del sistema jurídico, lo que conllevará que pierda fundamento de permanencia.
2. La estructura normativa no brinda personalidad real, siendo posible que el sujeto responda por la contradicción al contrato social que con su propensión delictuosa realiza, sin que para ello se requiera, que la vigencia de la norma le dé esa categoría.
3. La pena no es más que un mecanismo jurídico de apariencias, porque el Estado, al estar minado por enemigos, la aplicará como una demostración artificial de cumplimiento tanto del contrato social primario como de los pactos sociales derivados.
4. En un *estado fáctico natural por impulso individual*, el agente se encontrará a nivel cognitivo en él, por lo que sería innecesario que el sistema jurídico-penal lo expulse de su esfera de dominio. En cambio, si se trata de un *estado fáctico natural por impulso sistematizado*, el Estado promocionará su autodestrucción.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial TROTTA.

García Caverro, P. (2019). *Derecho penal. Parte general*. (3° ed.). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.

Jakobs, G. & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas Ediciones, S. L.

Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: Grijley.

Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. (2° edición). Madrid, España: Civitas Ediciones, S. L.

Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Fuentes digitales

Cruz López, M. R. (2021). Derecho penal del enemigo. *Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI*, 5(2), 81-88. <https://doi.org/10.36314/cunori.v5i2.171>

Demetrio Crespo, E. (2004). Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 14, 87-116. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216833&orden=321297&info=link>

Espinosa Torres, M. (2005). El derecho penal del enemigo. *Letras Jurídicas*. 11(6), 1-6. <http://cdigital.uv.mx/handle/1944/51117>

Ferrajoli, L. (2007). El Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 19, 5-22. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926001>

Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07(02), pp. 02:1-02:43. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

Mancera Espinosa, M. A. (2007). ¿Derecho penal del enemigo en México? *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/28674>

Muñoz Conde, F. (2005). De nuevo sobre “el derecho penal del enemigo”. *Revista Penal*, 16, 123-137. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1202746&orden=0&info=link>

Muñoz Conde, F. (2008). ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»? *Revista Penal*, 21, 93-102. <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12023/Es%20el%20Derecho.pdf?sequence=2>

Fuentes de tesis

Suárez Pérez, N. M. (2020). Legitimidad del Derecho penal del enemigo en el Perú (tesis para optar por el Título Profesional de Abogado). Universidad de San Martín de Porres, Perú.

Fuentes jurisprudenciales

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia 003-2005-PI. Magistrado Presidente García Toma. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Exp-003-2005-PI-TC-LPDerecho.pdf>

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia 0014-2006-PI. Magistrado Presidente Landa Arroyo. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI.pdf>

LA EVOLUCIÓN NORMATIVA PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO AL AGUA EN ECUADOR

THE LEGAL EVOLUTION OF THE GUARANTEE OF WATER LAW IN ECUADOR

Andrés Martínez Moscoso¹
ORCID: 0000-0002-8952-0680
Universidad San Francisco de Quito
amartinez@usfq.edu.ec
Ecuador

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.12](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.12)

Recibido: 5 de diciembre de 2022.

Aceptado: 18 de abril de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Marco teórico.
- Los DESCA en Ecuador.
- El derecho humano al agua.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El tratamiento jurídico que se ha dado al agua en el Ecuador resulta interesante desde un punto de vista de su evolución constitucional, pues si bien es cierto fue considerado como un recurso natural, ahora tiene el tratamiento de derecho humano y sector estratégico. En la presente investigación, con base en una metodología histórico-jurídica, se hace un recorrido respecto a cómo ha avanzado el tratamiento del recurso hídrico a nivel constitucional, y de qué manera los instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia de los organismos internacionales y el *soft law*, influyeron en el constituyente ecuatoriano para un tratamiento especial, al ser la primera constitución en reconocerlo como derecho humano y fundamental. La investigación señala que, pese a los avances a nivel normativo, aún resta un largo camino a nivel de institucionalidad y recursos públicos que permitan generar la infraestructura para garantizar el derecho.

PALABRAS CLAVE

derecho al agua, derecho humano, DESCA, Ecuador.

ABSTRACT

The legal treatment that has been given to water in Ecuador is interesting from the point of view of its constitutional evolution, because although it is true that it was considered a natural resource, it is now treated as a human right and a strategic sector. In the present investigation, based on a historical-legal methodology, a review is made of how the treatment of water resources has advanced at a constitutional level, and how international instruments, as well as the jurisprudence of international organizations and the soft law, influenced the Ecuadorian constituent for special treatment, being the first constitution to recognize it as a human and fundamental right. The research indicates that, despite the advances at the regulatory level, there is still a long way to go in terms of institutions and public resources that allow the generation of infrastructure to guarantee the right.

KEYWORDS

water law, human right, ESCR, Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Desde el inicio del presente milenio, la comunidad internacional puso sus esfuerzos en la lucha por reducir las desigualdades y eliminar la pobreza, por lo que se diseñaron los Objetivos de Desarrollo del Milenio, donde ya se tuvo presente al ambiente y el agua como elementos centrales para alcanzar este fin. Posterior a ello, con el diseño de la Agenda 2030, de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el objetivo N° 6, apuntó directamente a la consecución de agua segura para toda la población mundial (Spijkers, 2020).

¹ El autor agradece la tutoría y comentarios que recibió del Dr. Pablo Colmegna, Universidad de Buenos Aires, para la realización de esta investigación.

Sin embargo, desde el derecho, comúnmente el agua tuvo un tratamiento distinto, muchas veces desde una lógica del derecho civil que la veía como un bien, que incluso se podía comercializar. Por ello, resultó novedoso que el Ecuador fue uno de los primeros Estados en constitucionalizar al agua como derecho humano y fundamental en 2008. Sin embargo, sus primeras consideraciones nacieron de la satisfacción de otros DESCAs (en especial la salud), fruto de evoluciones constitucionales previas, como la carta política de 1998, donde se asoció el cumplimiento del derecho a la salud con el acceso a agua potable.

No obstante, en el último proceso constituyente (2007-2008), el Ecuador fijó como objetivo de desarrollo el buen vivir o “sumak kawsay”, y reconoció constitucionalmente al agua, dentro de los derechos asociados al buen vivir.

Por ello, el presente trabajo está centrado en responder la siguiente pregunta de investigación: ¿De qué manera el Ecuador consideró que el derecho al agua es un derecho autónomo, y cómo estos se adecuan o mejoran los estándares internacionales?

En este sentido, la Asamblea Nacional Constituyente (2007-2008), acogió las propuestas planteadas en un escenario contrahegemónico en relación con la gestión de los recursos naturales y buscó un modelo de desarrollo bajo el concepto de armonía con la naturaleza, y permitió el reconocimiento autónomo del agua, en tanto y en cuanto es esencial para la vida, por lo cual los consideró entre los derechos del buen vivir y prohibió de manera expresa su privatización (Acosta & Martínez, 2010).

Si bien el trabajo de manera genérica se aproxima al método analítico-histórico a través del uso de los diferentes textos constitucionales (1979, 1998 y 2008), también se destaca el uso del método inductivo, de tipo cualitativo, con enfoque descriptivo (hermenéutico), pues a lo largo del trabajo se seleccionó la jurisprudencia nacional e internacional, en la que resalta la de Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso ecuatoriano son relevantes, al considerar la Constitución de la República a los instrumentos internacionales de derechos humanos como de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial.

MARCO TEÓRICO

Alrededor del mundo, existen diversas formas de medir el crecimiento económico, así como el bienestar de la población. Muestra de ellos son índices como GINI, el PIB, entre otros, en los cuales se pone como medida de desarrollo, a aspectos de corte financiero, satisfacción de necesidades insatisfechas, entre otras.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano, a partir de la Asamblea Constituyente (2007-2008), el modelo de desarrollo cambió radicalmente, para inspirarse en la comisión andina, a través del concepto del “*Sumak Kawsay*” o Buen Vivir (Hidalgo-Capitán, Cubillo-Guevara, & Masabalín-Caisaguano, 2020), entendido por los indígenas como vida a plenitud, en el cual se aspira que el ser humano mantenga un equilibrio con sus semejantes, así como con la naturaleza.

Esta propuesta disruptiva, desde el sur, que luego fue tomada por la Constitución Boliviana en 2009, a través del “*Sumak Qamaña*”, que es parte identitaria del neoconstitucionalismo latinoamericano, y que puso de relieve el pluralismo jurídico, encontró su sustento normativo, en el texto constitucional ecuatoriano de 2008, de manera particular en el Título Segundo (Derechos), en el Capítulo Segundo, relativo a los derechos del buen vivir, entre los que se enlistan los derechos a: la alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social, y en el que destaca sobre todo el derecho al agua, al que el constituyente ecuatoriano le da las características de derecho humano y fundamental².

El enfoque que brindó el constituyente ecuatoriano en 2007-2008, se adelantó incluso a la declaración de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, que dos años después reconoció como derecho humano al agua y al saneamiento (Valdés De Hoyos & Uribe Arzate, 2020).

En este sentido, en el marco teórico resulta fundamental hacer énfasis en que el agua y el saneamiento (entendidos como uno solo,

² Es el único derecho reconocido en la norma constitucional, al cual se le otorga esta característica, pues el art. 11, en su numeral sexto, señala que todos los principios y derechos son de igual jerarquía, bajo la lógica de la definición del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos (todos al mismo nivel) y justicia (realizables).

WASH, por sus siglas en inglés), se trata de un derecho autónomo, que contribuye a la realización de otros derechos, parte de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, DESCA, y, que en el caso ecuatoriano es un elemento esencial para alcanzar el “Sumak Kawsay”.

Marco normativo

En Ecuador, la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico³. Sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado prevalecen siempre y cuando reconozcan derechos más favorables que aquellos establecidos en la norma suprema⁴.

De tal suerte, en 2008, fue la primera vez que de manera explícita se reconoció en la Constitución al agua como derecho humano y fundamental. Previamente, en la Carta Política de 1998, se consideró al agua potable, pero como parte del contenido del derecho a la salud.

Es así como, a nivel constitucional, el agua es considerada a partir de tres vertientes: se relaciona con su contenido como derecho humano y la realización del “Sumak Kawsay”; pone énfasis en su el agua como servicio público, y la respectiva prohibición de privatización⁵; y, una faceta de carácter institucional, relativa a la existencia de una Autoridad Única del Agua, garante de la realización de este derecho humano (Martínez-Moscoso, 2017).

A nivel internacional se explica de manera cronológica la evolución del reconocimiento al derecho humano al agua que inició en la década de los setenta del siglo pasado hasta llegar a su reconocimiento en 2010.

En este sentido, el rol que desempeñó la Organización de Naciones Unidas a través de sus conferencias, parte del *soft law*, fue determinante. (Plan de Acción de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre Agua, 1977), así como por convenciones temáticas como: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), y la Convención de los Derechos del Niño (1989).

En los noventa, se concentró ya en discusiones específicas sobre el tema: Conferencia Internacional sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible (Dublín, 1992); y, a inicios del presente siglo se trató de manera expresa su reconocimiento, a través de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007); hasta llegar a la Resolución N° 64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, así como el reconocimiento que en este sentido brindó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el plano interno ecuatoriano, a nivel infra constitucional, destaca la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Administración del Agua (2014), dictada por mandato constitucional, cuyo objeto es garantizar el derecho humano al agua y regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración de los recursos hídricos; la cual tiene su respectivo reglamento, dictado por el Poder Ejecutivo en 2015.

Es importante advertir que, la citada ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional por razones de forma, al no haberse realizado la consulta prelegislativa de todos los artículos del mencionado cuerpo normativo, por lo que, a través de Sentencia No. 45-15-IN/22, el máximo órgano de control constitucional mandó a que sea el Ejecutivo, quien en el plazo de un año (vence en mayo de 2023), presente un nuevo proyecto de ley ante el Legislativo, Asamblea Nacional, para que esta durante su proceso de aprobación, realice la correspondiente consulta prelegislativa,

3 Art. 424.- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico...”; Art. 435.- “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos...”, Constitución de la República del Ecuador.

4 De acuerdo con el propio Art. 424.- “...La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Ver las resoluciones de la Corte Constitucional del Ecuador: No. 11-18-CN (aplicación de la Opinión Consultiva OC-17/24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, y reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo) <http://sgc.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=11-18-CN/19>, y No. 10-18-CN (declaró la inconstitucionalidad del art. 81 del Código Civil que define al matrimonio y el art. 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles) <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=10-18-CN/19>.

5 Art. 318.- “El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua...”, Constitución de la República del Ecuador.

dirigida a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y pueblos montubios.

Estado de la cuestión

La evolución respecto al reconocimiento del agua y el saneamiento como un derecho humano, inicia en 2002 con la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y luego con la Resolución N° 64/92, en 2010; no obstante, el debate académico y doctrinal acerca de su autonomía como derecho se dio previamente, y ha sido tenido en cuenta a nivel jurisprudencial en distintas latitudes como Colombia⁶ y Sudáfrica⁷, desde la visión del mínimo vital de agua.

Sin embargo, existen posiciones contrapuestas respecto a la pertinencia o no del reconocimiento del agua como derecho humano, a partir de una Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas, y que a continuación se exponen, con el propósito de sentar una línea base para el caso ecuatoriano.

La primera, sostenida por Rhett (Larson, 2020), indica que, si bien es cierto, la Resolución reconoce al agua como un derecho fundamental, tiene más un valor político o diplomático, que uno verdaderamente legal, pues no desarrolla a diferencia de lo establecido en un acuerdo o convención, un derecho humano internacional al agua.

Así como lamenta que la Resolución se concentra solo en agua y saneamiento (agenda azul), pero deja de lado otros aspectos como saneamiento efectivo (agenda marrón), contaminación del agua y ambiente (agenda verde), y la agenda roja (control de patógenos y enfermedades, tema pertinente durante la presente pandemia a causa del COVID-19) (Larson, 2017).

Una segunda posición es aquella que sustenta al derecho humano al agua y al saneamiento como un derecho autónomo, en el cual se tiene presente además el factor de higiene a la hora de verificar su cumplimiento. Para alcanzar el desarrollo del contenido del derecho, que se compone de 5 elementos, la Relatoría Especial para el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que después devengó en la Relatoría Especial de la Organización de Naciones Unidas sobre agua y saneamiento, y que, durante el mandato

de Catarina de Albuquerque (2008-2014), perfiló el derecho a partir de lo desarrollado por la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que destacan los siguientes elementos: i) disponibilidad; ii) accesibilidad; iii) aceptabilidad; iv) asequibilidad; y, v) calidad (De Albuquerque, 2014).

LOS DESCA EN ECUADOR

De la misma manera de lo que sucedió en la región, en la segunda mitad del siglo pasado, el Ecuador sufrió un rompimiento democrático, y estuvo casi una década (1972-1979) fuera del Estado de Derecho, por medio de triunviratos y juntas militares.

No obstante, desde el retorno de la democracia hasta la fecha, el Ecuador ha tenido tres constituciones (1979, 1998 y 2008) (Ayala Mora, 2018), cada una de ellas con una influencia político-ideológica específica. Sin embargo, el hilo conductor ha sido el avance progresivo de los derechos, y de manera particular los DESCA, bajo una visión pluralista del derecho, sobre todo desde el reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como una influencia determinante a partir de los noventa, del derecho de la población a un ambiente sano.

Es pertinente señalar que, sin duda en el plano internacional, la fructífera jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, así como los diversos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, en materia de DESCA (Ronconi & Barraco, 2021), influyeron en la normativa interna ecuatoriana para un desarrollo progresivo de estos derechos, hasta llegar a la constitucionalización del agua como derecho humano y fundamental.

En este sentido a continuación, se narra de manera breve los aspectos sobresalientes de las tres constituciones desde el retorno a la democracia, y de qué manera se abordaron los DESCA, y de manera particular el derecho al agua, afín de mostrar los avances y los retos que aún están pendientes en esta materia.

La Constitución de 1979 y sus reformas

La vigencia de esta Constitución no nació de un proceso constituyente, sino de un referéndum, en el cual la dictadura militar puso en consideración de la ciudadanía, dos propuestas de texto constitucional.

6 La Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia T-740, 2011, determinó que el mínimo vital de agua potable es de 50 litros por persona al día.

7 Lindiwe Mazibuko y otros contra la ciudad de Johannesburgo, 2009.

Con respecto a los DESCA, la norma de 1979, en su art. 19 reconoció los derechos a las personas, y en el numeral 13, hizo referencia a la vida digna, en las que incluye: salud, alimentación, vestido, vivienda y servicios sociales (Ayala Mora, 2018).

Por su parte, al tratarse de un texto constitucional que continuó la tradición nacionalista de la dictadura militar, mantuvo un control a cargo del Estado de la explotación de los recursos naturales no renovables, y de manera expresa el servicio de agua potable, entre otros (las personas naturales o jurídicas extranjeras no podían de manera directa o indirecta obtener el uso de aguas) (Martínez-Moscoso, 2019).

La Constitución Política de 1979 tuvo vigencia durante casi dos décadas, dentro de lo cual sufrió múltiples reformas que fueron a su vez codificadas en: 1984; 1993, 1996; y, 1997, respectivamente, y que, en lo principal, referido al objeto de estudio, se incorporó el reconocimiento del derecho a vivir en un ambiente sano libre de contaminación y la obligación del Estado de garantizar el desarrollo sustentable.

La Constitución “neoliberal” de 1998

Al igual de lo que sucedía en el resto del continente, la influencia de la Nueva Gestión Pública (*The New Public Management*), así como las medidas neoliberales implementadas a partir del Consenso de Washington repercutieron en el Ecuador, situación que devengó en la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que buscaba brindar respuestas a la inestabilidad política, así como en teoría cumpliría con una agenda de desregularización de los bienes y servicios, para dar paso a un proceso de mayor participación del sector privado (privatizaciones), entre las que se encontraba el agua potable y el saneamiento (Guevara Baltazar, Espejel Mena, & Flores Vega, 2010). La Constitución, entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, y se caracterizó por ser de “... tendencia de corte privatista a la relación Estado-economía y limitó la representación política...” (Ayala Mora, 2018, pág. 40).

La norma constitucional reconoció en su art. 23, numeral 20, el derecho a la calidad de vida de los ciudadanos, entre los que se tuvieron en cuenta algunos DESCA, entre ellos: la salud, el agua potable, y el saneamiento ambiental (Trujillo, Andrade, & Viciano, 2004).

Así como se estableció (art. 42) la obligación estatal de garantía del derecho a la salud, y para que el mismo pueda garantizarse, se lo

hacía a través de entre otros derechos, como la provisión del servicio de agua potable y saneamiento básico, bajo los principios de: equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

La carta constitucional fue calificada como “neoliberal”, debido a la apertura que se brindó a las iniciativas privadas, entre otros, en la explotación de los recursos naturales (proceso que inició ya en 1998, a través de la Ley de Modernización del Estado), fue así que la provisión de los servicios públicos (art 249), pese a tratarse de una responsabilidad Estatal, se dejó abierta la posibilidad para que sean prestados de manera directa o por delegación (empresas mixtas o privadas), con figuras como: la concesión, la asociación, la capitalización, el traspaso de la propiedad accionaria, etc.

De manera simbólica, la segunda ciudad del país, Guayaquil, que adscribió su administración al modelo de la Nueva Gestión Pública, concesionó el servicio de agua potable y saneamiento, el 11 de abril de 2001, a la concesionaria International Water Services (Guayaquil), Interagua C. Ltda (Mejía, Santos, Rivera, & Uzcátegui,, 2015). Si bien es cierto, en las disposiciones transitorias del texto constitucional se pidió una auditoría integral del servicio, la misma fue realizada y la empresa aprobó el examen, por lo que siguió vigente el respectivo contrato de concesión, con vigencia hasta el 2030, y de cuyo cumplimiento se encarga la Empresa Municipal de Agua y Alcantarillado de Guayaquil, EMAPAG-EP.

La Constitución del “buen vivir” de 2008

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, concentra su contenido sobre todo a partir de tres cartas constitucionales, que tuvieron una influencia ideológica y política, y que surgieron como respuesta al modelo constitucional liberal clásico. Estas fueron los casos de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2010).

En el caso ecuatoriano, es importante destacar que, durante su vida republicana (1830-2008), el país ha tenido 20 textos constitucionales, es decir, un promedio de una por década, situación que se refleja sobre todo debido a la falta de gobernabilidad, así como a que los respectivos procesos constituyentes terminaron por ser la justificación para que el gobierno de turno haga a su medida la parte orgánica y dogmática de la Constitución.

No obstante, durante la última Asamblea Constituyente, esta llegó como pedido de la ciudadanía frente a la falta de gobernabilidad, al manejo total de los partidos políticos de la cosa pública (partitocracia, o partidocracia), y a que grandes sectores de la población no se sentían representados (falta de pluralismo) (Grijalva, 2011).

El texto concebido en la Asamblea Constituyente (2007-2008), es reivindicativo, con lenguaje de género, inclusivo, con especial tratamiento de los derechos colectivos (incluso parte del texto se encuentra redactado en Kichwa), con transversalidad de la democracia participativa, con reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, y consideración de la Pachamama (madre naturaleza), como principio de todos.

En este sentido, el discurso disruptivo y contrahegemónico también llegó a los temas relacionados con la gestión de los recursos hídricos, basados entre otros, en procesos regionales como la “Guerra por el Agua” en Cochabamba (Shiva, 2014). Muestra de ello fue que el constituyente ecuatoriano, mostró como una de sus grandes conquistas la prohibición de la privatización del agua, al considerarla como elemento esencial para la vida, y para el disfrute y consecución del “Sumak Kawsay”; por ello, su gestión es exclusivamente pública o comunitaria⁸.

Mientras que a nivel de la gestión de los recursos naturales renovables y no renovables, la Constitución de 2008, los incluye dentro de la categoría de los “sectores estratégicos” (también el agua), cuya administración, regulación, control y gestión, se encuentra reservada a favor del Estado, debido a su trascendencia en lo económico, político, social y ambiental.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA

El reconocimiento del agua como derecho humano y fundamental, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como el Ecuador, hace que su trascendencia y contenido sea relevante, todo ello con el propósito de buscar su realización.

En este sentido, las realidades del real cumplimiento del derecho humano al agua en

8 En Ecuador, existe gran presencia de sistemas comunitarios, organizados a partir de juntas de agua potable, así como de riego, respectivamente, y que surgen de la organización de pueblos y nacionalidades indígenas, sectores campesinos, entre otros.

el Ecuador son distintas, sobre todo debido a la dispersión de la zona periurbana y rural, la cual no se abastece del todo de agua segura, versus el área urbana consolidada, sobre todo de las grandes ciudades que concentra gran cantidad de la población y por ello, a nivel global, los niveles de cobertura son altos.

De acuerdo con las cifras que ofrece el “Joint Monitoring Programme for Water Supply, Sanitation and Hygiene”, 7 de cada 10 personas en el Ecuador beben agua gestionada de manera segura (INEC, 2019), no obstante, la brecha se mantiene entre lo urbano (85%) y lo rural (58%) (JMP, 2019).

Mientras que, a nivel de fuentes de agua mejorada, la cifra se eleva a 87% de personas que acceden a estas (INEC, 2019). Es evidente que en las últimas décadas ha existido una mejoría en las infraestructuras de WASH, así como en la prestación del servicio, lo cual ha contribuido a la realización del derecho humano al agua, lo cual se debe, entre otras, al cumplimiento internacional que ha tenido que hacer el Ecuador, primero con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (No. 7), y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (No. 6).

La realización del derecho humano al agua en Ecuador

Como se señaló oportunamente en el marco normativo, tanto la Constitución de 2008, así como la LORHUAA y su reglamento, tienen por propósito generar las condiciones apropiadas para la realización efectiva del derecho humano al agua, tanto es así, que si se consideran los 5 parámetros establecidos por la Relatoría Especial del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento, es significativo que cada uno de los elementos, son abordados y regulados en el texto constitucional, a saber: a) disponibilidad (art. 264, numeral 4⁹; art. 282¹⁰; art. 314¹¹; art. 326, numeral 15¹²; y,

9 “...Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.”

10 “...El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental”.

11 “...El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación...”

12 “...Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado...”

art. 411¹³, Constitución del Ecuador); b) aceptabilidad (art. 314, Constitución del Ecuador); c) asequibilidad (art. 314; art. 375, numeral 6¹⁴, Constitución del Ecuador); d) asequibilidad (art. 314, Constitución del Ecuador); y, calidad y seguridad (art. 276, numeral 4¹⁵; art. 314; art. 411¹⁶; art. 413¹⁷).

En este sentido, la Observación general N° 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se refirió al derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y desde su fundamento jurídico señaló que “...es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Así también, la forma como se debe brindar prioridad de derecho para consumo humano con fines personales y domésticos, así como un acceso sostenible para fines agrícolas para garantizar una alimentación adecuada. Así como su relevancia al tratar al agua como un bien cultural, y no netamente económico, para garantizar el acceso al recurso para las generaciones futuras.

En relación con la disponibilidad, destaca que el Ecuador fijó en 2017, el mínimo vital de agua, en 200 litros (habitante/día) (Martínez-MoscOSO, Aguilar Feijó, & Verdugo Silva, *The Vital Minimum Amount of Drinking Water Required in Ecuador*, 2017). Así, se entiende que el abastecimiento de agua es suficiente y continuo, para uso personal (higiene) y

doméstico. A nivel nacional, la prestación del servicio de agua potable es una competencia exclusiva de los municipios.

Por su parte, la aceptabilidad entiende que las instalaciones de agua deben cumplir con los estándares sociales o culturales de las personas a las que están destinadas (olor, sabor y color aceptables para todos los usos personales y domésticos).

Mientras que la accesibilidad, supone los subdimensiones: física, económica o asequibilidad, no discriminación, y, acceso a la información. Sin embargo, la norma constitucional, hace referencia expresa a la accesibilidad física, entendida como tal, la que se refiere a: diseño de instalaciones; tiempo y distancia de acceso; así como seguridad física.

Así, la asequibilidad o accesibilidad económica, supone que las personas destinatarias del servicio tengan la posibilidad de pagar por el costo e agua y saneamiento, y que de la misma forma, sean capaces de adquirir otros bienes y servicios básicos, entendida así la realización de otro derechos humanos (educación, salud, alimentación, etc.).

Por último, la calidad y seguridad, supone que no solo se debe tener acceso a agua, sino que esta se encuentre libre de contaminación (limpieza), es decir, se apareja a la noción de salud pública. Se encuentra así, el parámetro de agua segura para el consumo humano.

En este sentido, merece la pena resaltar las observaciones que hizo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su tercer informe sobre el Ecuador durante su cuadragésimo noveno período de sesiones (14 al 30 de noviembre de 2012), entre las que destacan la aplicación directa del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales por la Corte Constitucional (en casos de vivienda digna, agua y educación); así también observó al Estado ecuatoriano acerca de la criminalización de la protesta social en los casos de defensores del agua (caso Laguna Kimsacocha) frente a proyectos de explotación minera, así como la repercusión que este tipo de actividades podría tener en el acceso al agua de las comunidades rurales.

El derecho al agua en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el ejercicio de su función contenciosa, la Corte IDH, ha generado una influencia positiva en los distintos Estados de la región, en relación con el desarrollo y contenido de los derechos.

13 “El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”.

14 “...Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos”.

15 “...Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos”.

16 “El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”.

17 “El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua”.

Tal es el caso del derecho al agua, el cual recién en el año 2020 fue reconocido expresamente, pero que en casos anteriores se lo tuvo en cuenta, primero desde una derivación del derecho a la salud y la dignidad humana, entre otros.

El derecho al agua a nivel regional puede sistematizarse a partir de dos momentos:

- i. su contenido y alcance a partir del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a la luz del Protocolo de San Salvador, en relación con informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, que en su capítulo IV se refirió a la situación del acceso al agua en las Américas, teniendo en cuanto a la misma como un derecho humano en el Sistema Interamericano, pues la Comisión considera que el acceso a este recurso a se encuentra estrechamente vinculado al respeto y garantía de varios derechos humanos (vida, a la integridad personal y al principio de igualdad y no discriminación).
En el informe se trata el marco normativo, una visión comparada del derecho en otros continentes, así como los avances realizados por los Estados, donde destaca la incorporación del derecho por parte del Ecuador (párrafo 128); y,
- ii. sobre el derecho a la salud desarrollado por la Corte IDH, que en este segundo caso, destacan casos como: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de (2006); Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006); Caso: Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (2008); Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana (2012); y, Caso Gonzales Llu y otros Vs. Ecuador (2015).

Por su parte, de manera específica la Corte IDH, al referirse a la obligación estatal de garantía de acceso a agua potable (personas privadas de la libertad), la cual debe ser por lo menos suficiente y salubre para garantizar una vida digna; entre estos destaca de manera cronológica jurisprudencia de: Caso López Alvarez vs Honduras (2006); Caso Yvon Neptune vs. Haití (2008); Caso Vélez Llor vs Panamá (2010); y Caso Pacheco Teruel y otro vs. Honduras (2012).

Del mismo modo, la cuestión del acceso al agua ha estado vinculada a la jurisprudencia sobre pueblos indígenas, y su relación con ambiente sano, alimentación, agua e identidad cultural. Ya que, por ejemplo, este alto Tribunal, reconoce al

agua como parte de la propiedad colectiva de estos grupos.

Así, la jurisprudencia¹⁸ relevante ha evolucionado en este sentido a través de: Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (párrafo 164, 167, 2005); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (párrafo 73.69, 168, 230, 2006); Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (párrafo 126, 201, 2007); y, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (párrafo 259, 273, 300, 303, 323, 2010).

Especial referencia merece el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina (2020), pues se trató del primer caso en el que la Corte IDH, se pronunció sobre el derecho al medio ambiente sano, la alimentación adecuada, el acceso al agua y a la identidad cultural (Mora Navarro, 2020).

Del texto de la sentencia, se destaca un recorrido pormenorizado por los distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos entre los que se refiere al agua, entre otros: el artículo 26 de la Convención Americana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14), la Resolución 64/292, la Carta Social de las Américas (art. 9), las resoluciones 2349/07 y 2760/12 de la Asamblea General de la OEA de 2007 (agua, la salud y los derechos humanos) y 2012 (derecho humano).

En su análisis, la Corte IDH, reconoce que el agua es esencial para la vida y la salud, e indispensable para garantizar una vida digna (párrafo 228). Del mismo modo, se hace una cita a lo señalado por el Comité DESC, en relación con el contenido del derecho humano al agua (suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible).

Entre lo representativo para la sentencia, se refiere al agua como un bien social y cultural, y no necesariamente económico.

Si bien es cierto que la garantía del derecho al agua implica obligaciones progresivas, los Estados tienen que garantizar sin discriminación el acceso a su plena realización. Y sobre todo,

¹⁸ Por su parte, a través de su función consultiva, la Corte IDH, se expresó sobre el derecho al ambiente sano a través de la Opinión Consultiva OC-23/17, solicitada por la República de Colombia.

evitar que terceros menoscaben el derecho, así como la garantía de un mínimo vital de agua (la Corte IDH lo llama “mínimo esencial de agua”¹⁹), de manera particular para personas de atención prioritaria, entre los que incluye a los pueblos indígenas (Comunidad Lhaka Honhat).

A criterio de (Ferrer Mac Gregor, 2020), la novedad de la sentencia radica entre otras, en la distinción entre “tierra” y “territorio”, así como una protección diferenciada del mismo, entre los que se encuentra el agua²⁰. Así, la diferencia radica que, si bien existen derechos identificados con la tierra, estos cobran valor en la cosmovisión indígena al encontrarse dentro de un “territorio” determinado. Es así, que el agua pasa a ser justiciable de manera directa a la luz del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

Con la aplicación de la metodología planteada, se ha podido obtener importantes resultados, respecto a la evolución de los DESCAs, hasta el reconocimiento internacional y nacional del derecho humano al agua. Muestra de ello ha sido el valor que han tenido en primer lugar los instrumentos internacionales, y luego la influencia que esta ha tenido en la legislación nacional.

De igual manera, no se debe dejar pasar por alto como la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido decisiva a la hora de pasar desde la protección del ambiente a través de los derechos colectivos, así como el derecho a la salud hasta posicionar un reconocimiento autónomo tanto del agua como del ambiente.

Como se ha demostrado en la presente investigación, el caso ecuatoriano merece ser estudiado, tanto por su innovación de reconocimiento y constitucionalización del derecho, desde 2008, pero a su vez, por el giro ideológico y de tratamiento que se lo dio, dejando de ver a los recursos hídricos como una simple mercancía que se podía privatizar, y generar las condiciones necesarias para garantizarlo como un derecho esencial para la consecución del buen vivir (vida digna).

Sin embargo, el fenómeno que aconteció en Ecuador se ha replicado al continente, precisamente a través

de los innovadores fallos de la Corte IDH, que a lo largo de estas décadas había tutelado el derecho al agua de una manera indirecta, pero que desde el 2020 con el Caso Comunidad Lhaka Honhat vs. Argentina, lo desarrolla como un derecho autónomo, así como establece las condiciones para su tutela y exigibilidad.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Acosta, A. & Martínez, E. (2010). Agua, un derecho humano fundamental. Abya Ayala.

Ayala Mora, E. (2018). Revolución constitucional del Ecuador. Rasgos históricos. Corporación Editora Nacional.

De Albuquerque, C. (2014). Realising the human rights to water and sanitation: A Handbook by the UN Special Rapporteur Catarina de Albuquerque. Portugal: Human Rights to water and sanitation – UN Special Rapporteur.

Grijalva Jiménez, A. (2011). Constitucionalismo en Ecuador. Corte Constitucional para el periodo de transición.

Larson, R. (2020). Just add water: solving the world's problems using the most precious resource. Oxford University Press.

Martínez Moscoso, A. (2017). El derecho al agua en el Ecuador. Un análisis desde la ciencia política y el derecho público. Universidad de Cuenca

Trujillo, J., Andrade, S., & Viciano, R. (2004). La estructura constitucional del estado ecuatoriano. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Corporación Editora Nacional.

Fuentes hemerográficas

Ferrer Mac Gregor, E. (2020). Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas. Revista electrónica de estudios internacionales. 39, 1-5.

Guevara Baltazar, A., Espejel Mena, J. & Flores Vega, M. (2010). Los retos de la nueva gestión pública en América Latina. Espacios públicos. 13 (27), 33-46.

Hidalgo Capitán, A., Cubillo Guevara, A. & Masabalin Caisaguano, F. (2020). The ecuadorian indigenist school of good living (sumak kawsay). Ethnicities. 20 (3), 408-433.

19 Párrafo 229 Caso Comunidad Lhaka Honhat vs. Argentina

20 Se constató contaminación directa a acuíferos y otras fuentes de agua por parte de los criollos, sobre todo por heces de ganado, así como la falta de acceso a arroyos, debido a las alambradas instaladas.

Larson, R. (2017). Law in the Time of Cholera. *Notre Dame Law Review*. 92 (3), 1271-1322.

Martínez Moscoso, A. (2019). La regulación del abastecimiento de agua en Ecuador. Evolución histórica y realidad actual. *Sostenibilidad: económica, social y ambiental*. 1, 31-54.

Martínez Moscoso, A., Aguilar Feijó, V., & Verdugo Silva, T. (2017). The Vital Minimum Amount of Drinking Water Required in Ecuador. *Resources*, 7(15).

Mejía, A., Santos, J., Rivera, D., & U. G. (2015). Pricing Urban Water Services in the Developing World: The Case of Guayaquil, Ecuador. *Global Issues in Water Policy*. 9, 393-405.

Mora Navarro, F. (2020). Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina ante la CIDH. *e-Revista Internacional de la Protección Social*. 5(2), 330-355.

Ronconi, L., & Barraco, M. (2021). La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*. 105, 50.

Spijkers, O. (2020). The Sustainable Human Right to Water as Reflected in the Sustainable Development Goals. *Utrecht Law Review*. 16, 18-32.

Valdés De Hoyos, E. & Uribe Arzate, E. (2020). El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación de reconocimiento. *Cuestiones Constitucionales*. 34, 3-25.

Fuentes legales

Consejo Supremo (1979). Constitución política de Ecuador.

Fuentes electrónicas

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2019). Medición de los indicadores de agua, saneamiento e higiene (AHS), en Ecuador. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2019/Indicadores%20ODS%20Agua%2C%20Saneamiento%20e%20Higiene-2019/3.%20Principales%20resultados%20indicadores%20ASH%202019.pdf>

Organización Mundial de la Salud (2019). Progresos en materia de agua para consumo, saneamiento e higiene en los hogares 2000-2017. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241516235>

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador (2022). Sentencia No. 45-15-IN/22

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso López Alvarez vs Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil,

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Xomunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Yvon Neptune vs. Haití.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Vélez Loor vs Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Pacheco Teruel y otro vs. Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Lhaka Honhat vs. Argentina.

ANÁLISIS AL DELITO DE FRAUDE INFORMÁTICO

ANALYSIS TO COMPUTER-RELATED FRAUD

Anderson Abraham Ávila Trivelli
ORCID: 0000-0002-3224-4646
Universidad Tecnológica del Perú
abrahamavilatrivelli@gmail.com
Perú

DOI: [10.24265/voxjuris.2024.v42n1.13](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.13)

Recibido: 12 de mayo de 2022.

Aceptado: 16 de abril de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Consideración previa.
- El tipo penal de fraude informático.
- Análisis de la tipicidad del delito de fraude informático.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación contempla un análisis al tipo penal de *fraude informático* en la legislación peruana, analizando también la tipificación establecida en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia o Convenio de Budapest, haciendo además referencia a las legislaciones Argentina y Española para lo cual se aplica el método cualitativo, orientado al análisis de los tipos penales de las normativas antes mencionadas, obteniendo como resultado que nuestra normativa se encuentra en estricta consonancia con lo determinado en la norma internacional; siendo una tipificación idéntica a la establecida en el Convenio de Budapest. Es así como se puede concluir además que el tipo penal de fraude informático resulta ser más amplio en nuestra legislación que en las legislaciones argentina y española, encontrándonos frente a un delito pluriofensivo, destacándose la atipicidad al mediar el consentimiento por parte del sujeto pasivo en la ejecución de la conducta del ilícito penal desarrollado por el sujeto activo.

PALABRAS CLAVE

fraude informático, sistema informático, dato informático, Convenio de Budapest.

ABSTRACT

The present research work contemplates an analysis of the criminal type of Computer

Fraud in Peruvian legislation, also analyzing the classification established in the Convention on Cybercrime or Budapest Convention, also making reference to the Argentine and Spanish legislation for which the qualitative method, oriented to the analysis of the criminal types of the aforementioned regulations, obtaining as a result that our regulations are in strict accordance with what is determined in the international standard; being a classification identical to that established in the Budapest Convention. Thus, it can also be concluded that the criminal type of computer fraud turns out to be broader in our legislation than in Argentine and Spanish legislation, finding ourselves faced with a multi-offensive crime, highlighting the atypicality in mediating consent on the part of the passive subject in the execution of the conduct of the criminal offense carried out by the active subject.

KEYWORDS

computer-related fraud, computer system, computer data, Budapest Convention.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo de revisión abarca la problemática en el derecho penal vinculada al delito de fraude informático, la cual es establecida como consecuencia del avance de la tecnología pues, como es de conocimiento general, desde hace unos años podemos observar que se ha incrementado la realización de diversos delitos a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, materializados por medio de los sistemas informáticos; de ahí que resulta importante, en primer lugar, comprender la definición de sistema informático, por ello, al observar la legislación peruana, encontramos en la Ley N° 30096 (2013), modificada por la Ley N° 30171 (2014) y que se encuentra en armonía con lo establecido en el Convenio

de Budapest (2001), que en su artículo 1.A define al sistema informático como “todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa.” (Pág. 4).

Consideramos que al haber optado el legislador peruano por utilizar de manera completa la definición desarrollada en el Convenio de Budapest, busca con la amplitud de ésta, abarcar diversas conductas ejecutadas por los delincuentes en la actualidad, a fin de evitar la impunidad sobre estos comportamientos delictivos. Es importante tener presente que en nuestro quehacer diario se ha tornado cotidiano el uso de diversos sistemas informáticos, mencionamos como ejemplo los siguientes: el teléfono móvil, la computadora, etc. Es importante señalar que, en el Perú, a través de la Resolución Legislativa N° 30913 de fecha 12 de febrero de 2019; y su ratificación dada mediante el Decreto Supremo N° 010-2019-RE del 9 de marzo de 2019 se dispone la entrada en vigor del Convenio de Budapest a partir del 1 de diciembre de 2019.

Después de haber señalado el concepto de sistema informático, debemos destacar, otro elemento denominado dato informático, el cual también se encuentra definido en la legislación peruana y en el Convenio de Budapest, debiéndose considerar, conforme a la definición establecida en el artículo 1.B., como dato informático a “toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función” (Pág. 4).

Estos conceptos nos demuestran que no somos ajenos a las tecnologías de la información y las comunicaciones, por el contrario, éstas han servido para facilitarnos el desarrollo de diversas actividades, entre las cuales podemos destacar a la comunicación con personas que se encuentran separadas físicamente de nosotros, usualmente en un lugar distante de donde nos ubicamos, sea en la misma ciudad, sea alrededor del mundo, generando de esta manera una reducción del tiempo utilizado para tomar conocimiento de algún evento que se suscite y garantizando un beneficio en la disminución de costos para la realización de diversas actividades, tales como el pago de diversos productos que buscamos adquirir, el estudio de cursos, diplomados,

maestrías y doctorados, como también la participación en foros, conferencias o eventos no sólo académicos, si no también sociales, de esta forma podemos señalar que actualmente nos ayudan en la realización de actividades laborales, comerciales, educativas y de ocio, además, también sirve para que podamos tomar conocimiento de los diversos acontecimientos que ocurren a diario en todos los países.

Tras esta breve introducción, es importante mencionar que el fraude informático, es un delito que, desde el punto de vista del autor, se ha convertido y continuará siendo por mucho tiempo uno de los delitos más recurrentes como consecuencia del avance de la tecnología no sólo en el Perú, sino a nivel regional y mundial.

Teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos precedentes, cabe identificar el siguiente problema ¿cuál es la tipología del delito de fraude informático aplicable en nuestra legislación? Pues bien, este trabajo tendrá como objetivo dotar de respuesta a esta pregunta, la cual se desarrollará a continuación, donde se postulará qué consideramos se debe entender por este delito. Para ello, se abordarán cuestiones generales comunes a las normas por analizar, luego se precisarán las leyes que se compararán y, posteriormente, se continuará con el análisis de este tipo penal, disgregando cada uno de los elementos que conforman la tipicidad objetiva de este ilícito penal. Finalmente se esbozarán las conclusiones a las que se arribará como consecuencia del análisis cualitativo efectuado.

CONSIDERACIÓN PREVIA

Debe tenerse presente que en nuestra legislación se establece en el primer supuesto de este ilícito penal, que la conducta prohibida debe recaer sobre los datos informáticos que pueda contener el sistema informático en perjuicio del propietario o poseedor del mismo, ocasionando un perjuicio para el titular del patrimonio; por otro lado, en el segundo supuesto que contempla este delito, la conducta debe recaer sobre los sistemas informáticos, respecto de los cuales se debe efectuar algún tipo de manipulación o se debe interferir de manera indebida; este delito contempla sobre cuáles implementos debe recaer la conducta, lo cual necesariamente conlleva, para que nos encontremos frente a un delito consumado, que exista un provecho ilícito en favor del sujeto activo o de un tercero ocasionando necesariamente un perjuicio económico en detrimento del patrimonio del afectado.

Siendo esto así, es importante resaltar que, a través de este tipo penal, es posible inferir que se pretende sancionar a los denominados *crackers*, este término, que no es tan común para nosotros, la Real Academia Española (RAE) lo define como “pirata informático” término que a su vez es definido por la RAE como “persona que accede ilegalmente a sistemas informáticos ajenos para apropiárselos y obtener información secreta”; por otro lado, es necesario considerar que a nivel doctrinario, Miró (2012, Pág. 302) lo define como “hackers que utilizan el acceso informático para robar información relevante, defraudar o causar algún otro tipo de daño.”

Asimismo, corresponde efectuar la distinción entre el *cracker* y el *hacker*, debido a que este último es, de acuerdo con la definición realizada por la RAE “la persona con grandes habilidades en el manejo de computadoras que investiga un sistema informático para avisar de los fallos y desarrollar técnicas de mejora”; mientras que, a nivel doctrinario, Miró (2012), lo define como:

Experto informático (y apasionado por Internet y las nuevas tecnologías) que busca superar barreras por el mero hecho de su existencia en entrar en el campo de lo delictivo, en ocasiones incluso usando sus conocimientos para la mejora de la seguridad de las redes y los sistemas (también denominados samuráis). También se utiliza el término para referirse al sujeto que accede de forma ilícita al sistema informático ajeno. (Pág. 304)

Cabe resaltar de lo expresado por el profesor Miró en su definición, que de manera coloquial se suele utilizar de manera indistinta los términos *hacker* y *cracker*, pese a las diferencias expresadas en la definición de ambos términos.

Se puede comprender que esta distinción ha sido realizada tomando como base la finalidad con que el experto informático desarrolla su actividad, ya que por un lado, el *cracker* ostenta una finalidad maliciosa, es decir, pernicioso para los intereses de la víctima, sea persona natural o jurídica, lo cual puede derivar en un perjuicio patrimonial, de su honor o buena reputación e incluso afectar su intimidad, dependiendo mucho del acto ilícito que realice; mientras, que el *hacker* lo que busca es usar sus conocimientos para superar obstáculos sin buscar pretender cometer delitos en el ciberespacio.

Asimismo, considero que debemos tener en cuenta lo expresado por Miró (2012) al referir que:

Son muchas las formas en las que se puede lograr acceder al patrimonio de terceros, utilizando las múltiples formas de relación

comercial existentes en el ciberespacio, así como las propias debilidades de seguridad de los sistemas informáticos que dan directamente acceso al patrimonio o indirectamente a él, al contener las claves o datos bancarios de los usuarios. (Pág. 69)

En este punto, resulta necesario hacer mención que la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología - DIVINDAT, ha establecido estadísticamente que entre los meses de enero y abril del año 2021 se han recibido 1,188 denuncias, debemos destacar que, de ellas, 600 corresponden al delito de fraude informático, conforme se aprecia de la imagen que se presenta a continuación, la cual ha sido extraída del Diario Oficial El Peruano de 26 de agosto de 2021

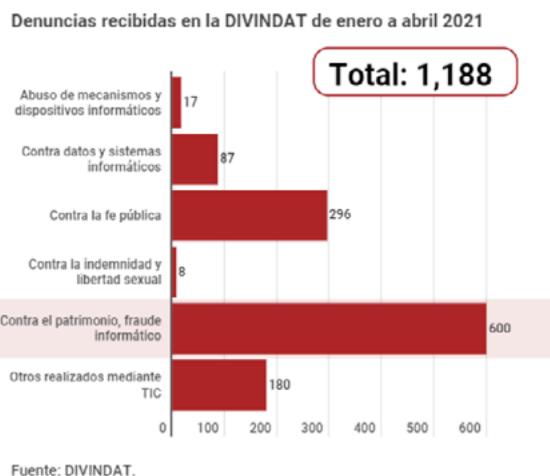


Figura 1. El dato proporcionado por la DIVINDAT demuestra la problemática que conlleva este ilícito penal, lo cual fundamenta la necesidad de establecer en el presente artículo de investigación, lineamientos básicos a efectos de interpretar válidamente este tipo penal.

EL TIPO PENAL DE FRAUDE INFORMÁTICO

Previo a realizar el análisis del tipo penal de *fraude informático*, corresponde observar la manera en que este delito ha sido definido por diversas legislaciones: la argentina, la española, la peruana y a nivel internacional.

Es así que el tipo penal de fraude informático se encuentra regulado a nivel internacional en el Artículo 8° del Convenio de Budapest, coincidentemente, en la legislación peruana también se le ha ubicado en el Artículo 8° de la Ley de Delitos Informáticos (Ley N° 30096 modificada por Ley N°30171); mientras que en la legislación argentina se ubica en el artículo 173° del Código Penal de la Nación

Argentina y finalmente, en la legislación del Código Penal español, como podemos apreciar a continuación:

Tabla 1. Normativa analizada

<p>Convenio de Budapest</p>	<p>Artículo 8° - Fraude Informático</p>	<p>El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y de ochenta a ciento cuarenta días-multa cuando se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.</p>
<p>Legislación peruana – Ley 30096 (Modificada por Ley 30171)</p>	<p>Artículo 8°. Fraude informático</p>	<p>El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y de ochenta a ciento cuarenta días-multa cuando se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.</p>
<p>Legislación Argentina -</p>	<p>Artículo 173°</p>	<p>Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.</p>
<p>Legislación Española- Código Penal Español</p>	<p>Artículo 248°</p>	<p>2.- También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.</p>

Fuente y elaboración: propia.

ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD DEL DELITO DE FRAUDE INFORMÁTICO

Corresponde analizar los elementos de este ilícito penal a efectos de poder determinar de modo concreto cuando aparecen hechos que sean pasibles de una imputación, de acuerdo con Sánchez (2008, Pág. 51) “la imputación se presenta como la operación en virtud de la cual se identifica un sujeto como artífice de un hecho”, pues es esencial determinar cuáles son los elementos que constituyen el tipo penal para una adecuada subsunción de los hechos en la norma.

Lo fundamental del contenido de este artículo académico correspondiente al tipo penal de Fraude Informático se manifiesta en este punto, donde en primer lugar se podrá determinar quién puede ser sancionado por desplegar la conducta prohibida; es decir, quién pasará a ser responsable de la misma, el sujeto que ejecuta el delito; así como también quien puede ser

considerado como sujeto pasivo. Luego, en segundo lugar, se establecerá cuál es el bien jurídico protegido o cuáles son los bienes jurídicos protegidos. Después, en tercer lugar, se analizará la conducta delictiva. Posteriormente, en cuarto lugar, nos referiremos sobre el elemento subjetivo del tipo penal. Tras ello, en quinto lugar, se abordará la autoría y participación para culminar con la punibilidad, es decir, la sanción penal y la agravante que recoge el texto legal correspondiente a este delito.

Debemos considerar lo expresado por Miró (2012, Pág. 119), quien nos indica que “la principal categoría de delitos en el ciberespacio es aquella que engloba a todos los comportamientos criminales llevados a cabo con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial directo o indirecto del mismo”. A su vez, el autor es de opinión que este delito contempla una variedad de supuestos pretendiendo punir las conductas de los agentes que afecten de ese modo el patrimonio de otros.

Por otro lado, el autor no está de acuerdo con lo señalado por Riquert (2020, Pág. 88), quien indica que, “Se trata de una de las previsiones del Convenio que ha recibido críticas en la doctrina, en vistas a que no proporciona una definición de estafa ni brinda una respuesta clara a la utilización abusiva de tarjetas”, debido a que este delito no busca reprimir únicamente las conductas que contemplen como elementos el ardid, el engaño, la astucia o alguna forma fraudulenta ni que se requiera necesariamente haber inducido en error al agraviado; considero que nos encontramos frente a una figura independiente del delito de estafa, por lo que no se debía materializar una definición acorde a ese tipo penal; es así, que ha sido legislada con la finalidad de sancionar un abanico de conductas en las que existía un vacío en su regulación y que en algunos casos no resultaban ser subsumibles en tipos penales contra el patrimonio.

Sujetos del delito de Fraude Informático

Es importante indicar que conforme a la redacción establecida para el delito de fraude informático es posible concluir que es un delito común, conforme indican Roxin y Meini (citados en García, 2019, Pág. 396), para esta clase de ilícitos señala “En los delitos comunes, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser autor del delito, de manera que cualquier persona que reúna las condiciones generales de imputabilidad podrá responder como autor”, lo cual implica que puede ser cometido por cualquier persona, no se exigiéndose que el sujeto activo cuente con alguna cualidad especial para que pueda atribuírsele la conducta ilícita, de este modo, basta con que el agente reúna las condiciones generales de imputabilidad para que pueda ser sujeto activo de este delito; sin embargo, al momento de reflexionar sobre éste elemento del tipo penal, resulta importante tener en cuenta lo expresado por Azalao (citado en Villavicencio, 2014, Pág. 284) “El perfil del ciberdelincuente (sujeto activo) en esta modalidad delictual requiere que este posea ciertas habilidades y conocimientos detallados en el manejo del sistema informático”.

De este modo se coincide con lo señalado debido a que para poder realizar esta conducta el agente debe tener algún tipo de conocimiento o *expertis* técnico en informática, puesto que el sujeto activo es aquel que desarrolla la conducta prohibida por el tipo penal a través

del uso de las tecnologías de la información y comunicaciones.

No obstante, se debe precisar que la Convención de Budapest del 23 de noviembre de 2001, en su Artículo 12. indica:

Artículo 12 – Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para que pueda exigirse responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos previstos en aplicación del presente Convenio, cuando éstos sean cometidos por cuenta de las mismas por una persona física, ya sea a título individual o como miembro de un órgano de dicha persona jurídica, que ejerza funciones directivas en su seno, en virtud de:
 - a. Un poder de representación de la persona jurídica;
 - b. Una autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica;
 - c. Una autorización para ejercer funciones de control en el seno de la persona jurídica.
2. Además de los casos previstos en el párrafo 1 del presente artículo, Cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que pueda exigirse responsabilidad a una persona jurídica cuando la ausencia de vigilancia o de control por parte de cualquier persona física mencionada en el párrafo 1 haya permitido la comisión de un delito previsto en aplicación del presente Convenio por una persona física que actúe por cuenta de dicha persona jurídica y bajo su autoridad.
3. Dependiendo de los principios jurídicos de cada Parte, la responsabilidad de una persona jurídica podrá ser penal, civil o administrativa.
4. Dicha responsabilidad se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido el delito.

Al hacerse mención a la responsabilidad de las personas jurídicas en la comisión de esta clase de ilícitos penales; debemos considerar que si bien no existe para este tipo de ilícitos penales una responsabilidad penal de la persona jurídica determinada expresamente mediante una norma

en nuestra legislación, ello da la posibilidad de considerar como autor de este ilícito penal a algún funcionario o representante de una persona jurídica que tenga dentro del ámbito de control y/o supervisión o cautela el bien jurídico protegido; esto es, el patrimonio; vg., una entidad financiera, sea, un banco, una caja, una cooperativa, etc. El mismo que se encontraría respecto de la cual exista un vínculo con el titular del patrimonio, mediante un contrato legítimo, con las condiciones establecidas por la normativa sobre la materia respectivas.

Resulta interesante lo señalado en la convención donde se ha considerado quiénes pueden resultar responsables de la comisión de esta clase de delitos, debido a que se llega a establecer que ante la ausencia de vigilancia o de control por parte de una persona física que se encuentre vinculada con la persona jurídica, sea ejerciendo funciones de control, sea autorizada a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostente un poder de representación de la persona jurídica, con la redacción actual del tipo penal de fraude informático, nos encontraríamos frente a un delito donde se infringe un deber, por incumplir el rol de control o vigilancia dentro de la persona jurídica, sea por parte de la persona que ejerza las funciones encomendadas, que podría establecerse cuando un funcionario de la entidad financiera omite la realización de sus funciones de supervisión y/o control. Este supuesto, no exige que la conducta realizada por algún funcionario de la persona jurídica sea necesariamente ejecutada por persona que ostente la calidad de órgano de representación o de socio representante de la sociedad.

Sin embargo, es de destacar lo expresado en la legislación peruana con relación al actuar en nombre de otro; que se encuentra regulado en el artículo 27° del Código Penal Peruano, cuyo texto se comparte a continuación:

Artículo 27.- El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

Es en este artículo donde se determina la responsabilidad de aquel que actúa como órganos de representación de una persona jurídica o como socio representante de una sociedad y realiza el tipo penal, es responsable como autor, aunque los elementos especiales no

concurran en él, pero si, en la persona jurídica por la que actúa en su nombre. Puesto que la responsabilidad por la afectación al patrimonio de una persona natural, patrimonio que se encuentra bajo el nivel de supervisión o control de la persona jurídica, recaería en el órgano de representación de la persona jurídica.

Asimismo, a las personas con poder de decisión en la persona jurídica se les puede atribuir la comisión de este tipo de ilícitos penales cuando la conducta sea ordenada o ejecutada por éstos, puesto que, por ejemplo, una entidad financiera posee el deber jurídico de cautelar el patrimonio de las personas físicas o jurídicas que encomiendan bajo las diversas modalidades reconocidas por el ordenamiento jurídico, la custodia de su patrimonio, el deber de cautelar las cuentas tanto de crédito como de débito que una persona física o jurídica posea en la entidad financiera.

Con lo señalado por la Convención y avalado en la legislación peruana, se puede contemplar que se está también frente a una infracción de un deber; en tanto y en cuando el sujeto activo sea parte de la organización; ergo, de la persona jurídica encargada de cautelar el patrimonio de otros o de la misma persona jurídica. En este supuesto, podemos ubicar al *insider* definido por Miró (2012, Pág. 305) como el “Cibercriminal que pertenece o trabaja para la institución o empresa víctima de la infracción.”

Para comprender ¿quién es el *insider*?, se abordarán dos ejemplos, en el primero de ellos, el sujeto activo labora en la propia persona jurídica, siendo éste el *insider*, denominado como “A” quien se encuentra encargado del área de recursos humanos de una entidad financiera y percibe US\$ 2000.00 (dos mil dólares americanos) mensuales, realiza una manipulación al sistema informático de la entidad financiera, efectuando una modificación a la base de datos de la entidad financiera, consignando en ésta información falsa que establecería la compra de sus vacaciones por parte de la empresa en el mes de febrero, periodo en el que se encontraba ejerciendo sus funciones de manera regular, percibiendo de esta manera doble remuneración; esto es, US\$ 4000.00 (cuatro mil dólares americanos en el mes de febrero).

En el segundo ejemplo, el *insider*, sujeto “A” a través de la infracción de un deber especial; omitiendo actualizar el software del antivirus contratado por la entidad financiera que hubiera protegido algún tipo de acceso indebido al sistema informático de la misma, permite con esta conducta que un tercero “X” acceda a la

base de datos de la misma e introduzca en esta un algoritmo que realice el débito automático de las cuentas de todos los clientes que cuentan con una tarjeta de crédito y que esas cantidades; aunque sean minúsculas (1 dólar americano) pero realizadas en las cuentas de todos los clientes generen un perjuicio millonario y que estos cargos sean trasladados hacia una determinada cuenta en el exterior de propiedad de “C”, quien finalmente se ve beneficiado indebidamente con estas conductas. Teniendo en cuenta que “A” no cumple con su función, ante los clientes, resulta ser responsable la entidad financiera puesto que no ha cumplido a cabalidad con el deber de cautelar el patrimonio de sus clientes. Este ejemplo corresponde a un caso de comisión por omisión u omisión impropia, puesto que el agente no ha desarrollado la conducta esperada, pese a encontrarse en posición de garante respecto del bien jurídico protegido, debiéndosele considerar coautor del ilícito penal.

Esevidente la deslealtad desarrollada por el *insider* al momento de ejecutar los actos destinados a obtener un beneficio patrimonial mediante una manipulación al sistema informático, llegando a percibir una remuneración indebida. Así como la conducta realizada al momento de omitir cumplir con su deber y de esta manera permitir que un tercero acceda a la base de datos y ocasione un perjuicio en las cuentas de los clientes de la entidad financiera.

Desde mi punto de vista, podríamos considerar como autor al *insider* debido a que el rol que ejerce determina una deslealtad dentro de las funciones encomendadas, la cual no escapa de que consecuentemente se impongan en contra de éste sanciones administrativas, civiles y penales, debido a que determinan la afectación del desarrollo de las actividades propias de la persona jurídica.

Por otro lado, como se ha podido observar cuando se ha hablado sobre el sujeto activo, en el delito de fraude informático se debe tener en cuenta lo señalado por el desaparecido profesor Mir (2008, Pág. 220) quien ha mencionado que: “Sujeto pasivo es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. (...) Según esto, el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado”, por lo que, en este delito, al no determinarse de manera expresa sobre quien recae la acción, se considera que también puede ser cualquier persona, independientemente de si el sujeto sobre el cual recae la acción es una persona natural o jurídica.

Esta afirmación se da porque que cualquier persona natural o jurídica puede ser el sujeto pasivo de la conducta prohibida debido a que el tipo penal de fraude informático no exige que el sujeto pasivo ostente una calidad especial, en contraposición a delitos como el parricidio¹ o los delitos de corrupción de funcionarios², etc. En estos ilícitos penales si se exige que el sujeto pasivo ostente una calidad determinada para que podamos subsumir la conducta en estos delitos.

Es importante mencionar que en este tipo penal, no necesariamente en todos los casos el sujeto sobre el cual recae la acción delictiva será el mismo sujeto respecto del cual se afecta el patrimonio, tal como también puede ocurrir en el delito de estafa; en otras palabras, este tipo penal puede contemplar la concurrencia de un sujeto pasivo del delito y de un sujeto pasivo de la acción, por ello, el sujeto sobre el que recae la conducta no es siempre el sujeto perjudicado patrimonialmente, un claro ejemplo de esto se presenta cuando el sujeto activo, una persona que ha ingresado a un sistema informático de un banco, altera los datos informáticos de éste, es decir realiza una modificación en las cuentas que poseen diversas personas en la entidad financiera, siendo ésta última quien la cautela, modificando el contenido dinerario de las mismas a través de una transferencia del patrimonio a una cuenta del sujeto activo o de una tercera persona, que también puede ser natural o jurídica, ocasionando de esta forma la disposición patrimonial de las cuentas de los clientes del banco estableciéndose que el sujeto sobre el que recayó la acción típica (banco) es distinto del sujeto cuyo patrimonio se ve mermado (cliente de la entidad financiera).

Lo señalado en este acápite resulta plenamente aplicable no solo para la legislación peruana, sino también para el Convenio de Budapest y las legislaciones argentina y española, puesto que, en todos estos instrumentos jurídicos, no se ha considerado que el sujeto activo ni el sujeto pasivo posean una cualidad específica para la ejecución del delito.

1 En este tipo penal, el sujeto pasivo es el ascendente o descendente, natural o adoptivo, con quien sostenga o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia el sujeto activo.

2 En esta clase de delitos, el sujeto pasivo es el Estado; siendo ejercida la defensa de sus intereses mediante los procuradores públicos. Conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1068 – Decreto Legislativo de Defensa Jurídica del Estado, en el artículo 2º: El Sistema de Defensa Jurídica del Estado es el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos, estructurados e integrados funcionalmente mediante los cuales los Procuradores Públicos ejercen la defensa jurídica del Estado.

Bien jurídico protegido

De acuerdo con la redacción de la Convención y los tipos penales argentino, español y peruano, estoy plenamente convencido que en este tipo penal nos encontramos frente a un delito pluriofensivo, teniendo en cuenta lo señalado por García (2019), se debe considerar que:

Los tipos penales pueden clasificarse también en función de si la conducta típica está configurada en atención a la afectación de un solo bien jurídico o de varios bienes jurídicos. En el primer caso al tipo penal se le denomina delito uniofensivo, mientras que en el segundo caso la calificación utilizada es la de delito pluriofensivo. (Pág. 405)

En sentido contrario se expresa Aboso (2020, Pág. 317), quien considera como único bien jurídico protegido al patrimonio, refiriendo que “El bien jurídico tutelado es el patrimonio individual. No se tutela acá el normal funcionamiento de los sistemas informáticos o de transmisión de datos, tampoco la privacidad de estos últimos”

Desde mi punto de vista, a este tipo penal le corresponde la protección no sólo del patrimonio; sino también, de la integridad de los datos informáticos y de la integridad de los sistemas informáticos, debido a que son bienes jurídicos que se encuentran interrelacionados en este tipo penal, exigiéndose su necesaria afectación para que se consume el delito de fraude informático o las figuras reconocidas en las legislaciones argentina y española, teniendo en definitiva presente que la conducta típica debe recaer sobre los datos informáticos o sobre los sistemas informáticos, siendo evidente que no solamente se va a afectar al patrimonio del agraviado. Con relación a estos bienes jurídicos protegidos se debe tener en cuenta que:

En primer lugar, el patrimonio, entendido por Salinas (2018, Pág. 1145) como “la situación de disponibilidad que tienen las personas sobre sus bienes, derechos o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica de relevancia económica”; debemos destacar que el patrimonio en este ilícito penal se encuentra representado, por ejemplo, a través de depósitos bancarios, fondos electrónicos, etc.

En segundo lugar, la integridad de los datos informáticos, por la cual se busca cautelar la inmutabilidad de los datos informáticos, lo cual implica la no alteración o modificación de las representaciones de hechos, información o conceptos expresados de cualquier manera que se preste a tratamiento informático,

incluyéndose los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función.

En tercer lugar, la integridad de los sistemas informáticos, el cual, debe ser entendido como la no alteración o modificación de todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa, de esta forma este tipo penal también busca preservar la invariabilidad de los datos informáticos o de los sistemas informáticos éstos mediante algún empleo indebido de los mismos.

Análisis de la conducta delictiva

Continuando con el análisis a este tipo penal, conforme al texto de la Convención y el recogido en la legislación peruana, resulta necesario mencionar que la modalidad de ejecución de éste ilícito penal, diferencia la afectación de datos informáticos y de los sistemas informáticos; sin embargo, se debe considerar que cuando el legislador peruano asumió que se debía tipificar el delito de fraude informático, a través de la Ley 300963, no contemplaba que ésta debía ser desarrollada de manera deliberada e ilegítima, siendo que con la modificatoria realizada por la Ley 30171, éstos términos fueron incorporados como elementos del tipo para que podamos establecer de manera fehaciente la tipicidad en este delito; por ello, en primer lugar, definiremos estos términos:

Deliberadamente

Este término fue tipificado en nuestra legislación para que no nos apartemos de la conducta regulada en la Convención, debiéndose comprender por deliberada una conducta consciente y voluntaria por parte del sujeto activo en la realización de éste ilícito penal; puesto que nos encontramos frente a una conducta que necesariamente debe ser dolosa. Desde mi punto de vista, nos encontramos frente

3 El texto original establecido a través de la Ley 30096 fue el siguiente: Artículo 8. Fraude informático: El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días multa. La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y de ochenta a ciento cuarenta días multa cuando se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

a la figura del dolo directo, pues el término deliberadamente determina consciencia plena del sujeto activo en la ejecución de la conducta prohibida y además ha previsto el desarrollo del resultado típico.

Se descarta la comisión de este delito de manera culposa, al no encontrarse prevista dicha modalidad de comisión en el tipo penal, lo cual se encuentra en estricta armonía con lo señalado en el Código Penal Peruano en su artículo 12: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.”. Esta norma determina que la punición de las conductas culposas se realiza en los casos previstos expresamente por la ley.

Ilegítimamente

Por otro lado, para definir este término, recurriremos al Informe Explicativo del Convenio de Budapest (2001), donde se entiende que:

...refleja la idea de que la conducta descrita no siempre es punible per se, sino que puede ser legal o justificada, no sólo en aquellos casos en que corresponde aplicar una defensa legal clásica, como el consentimiento, la defensa propia o la necesidad, sino también cuando otros principios o intereses conducen a la exclusión de la responsabilidad penal. El término “ilegítimo” deriva su significado del contexto en que está utilizado (...) puede referirse a una conducta realizada sin facultades para hacerlo (ya sean de orden legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial, contractual o consensual) o a una conducta que no está de otro modo comprendida dentro de las justificaciones, excusas y defensas legales establecidas o los principios pertinentes con arreglo a las leyes nacionales. (Fundamento 38)

Como podemos observar que con relación al término ilegítimamente, es un elemento necesario para la configuración del tipo penal, resultando ser una exigencia que se corroborará en el caso concreto; a través de correos electrónicos, documentos, resoluciones judiciales, autorizaciones, etc., tal como el informe de la convención lo ha señalado.

Es necesario mencionar, que la legislación española si ha establecido de manera expresa la necesidad de que la conducta sea efectuada de manera no consentida; en tanto, que en la legislación argentina no se ha señalado esta

exigencia; sin embargo, la misma se puede inferir de la lectura del tipo penal, puesto que al establecer el tipo penal argentino el término *defraudare* y que el artículo 173 Código Penal de la Nación argentina indica que nos encontramos frente a casos especiales de defraudación como enunciado general en esta clase de comportamientos, es preciso tener una definición de defraudación.

De acuerdo con Arocena & Balcarce (2018), sobre la defraudación señalan que:

La defraudación *in genere* es el comportamiento consistente en un ardid o engaño que induce en error a un sujeto, previo a una disposición patrimonial perjudicial para el ofendido o, también, el abuso de confianza otorgada, de situación producida o frustración de un derecho concedido que, por regla, implica una disposición patrimonial perjudicial para el disponente o un tercero, o excepcionalmente, el peligro de que ella se produzca. (Pág.75)

Del concepto esbozado se puede observar que el elemento engaño determina una situación donde no existe consentimiento alguno por parte del sujeto pasivo.

Ahora bien, luego de haber analizado los dos primeros elementos que constituyen requisitos indispensables para que se ejecute este delito, en segundo lugar, se procederá a analizar los verbos rectores que determinan las conductas que afectan a los datos informáticos, de esta manera, se tendrá que la acción penal será ejercida cuando la conducta se despliegue a través del diseño, introducción, alteración, borrado, supresión clonación de datos informáticos, como podemos observar:

- *Alteración de datos informáticos*: Por alteración se entendería a la modificación de datos informáticos.
- *Borrado de datos informáticos*: Por borrado se comprendería la eliminación de los datos informáticos.
- *Clonación de datos informáticos*: Por clonar se comprendería a la creación de datos informáticos idénticos a los originales.
- *Diseño de datos informáticos*: Por diseño se entendería la manera cómo el dato informático está representado y almacenado.
- *Introducción de datos informáticos*: Por introducción se comprendería adicionar o agregar datos informáticos que no existían.
- *Supresión de datos informáticos*: Por Suprimir se entendería a que los datos informáticos serán erradicados o desaparecidos.

Luego, en segundo término, nos encontramos con que la norma sanciona las siguientes conductas:

- *Cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático*: Por interferir se entendería el interponerse en el funcionamiento del sistema informático; alguna forma de interposición para que el sistema informático no funcione de manera normal y adecuada.
- *Cualquier manipulación en el funcionamiento de un sistema informático*: Por manipular se comprendería el intervenir con medios hábiles distorsionando el funcionamiento del sistema informático.

Pues bien, cualquiera de éstas ocho modalidades de comisión del ilícito penal necesariamente deben desarrollarse para que se configure el delito de fraude informático, asimismo, no se excluye la posibilidad de que puedan concurrir dos o más de ellas, pero si se exige necesariamente la afectación al patrimonio del sujeto pasivo o titular del bien jurídico, debido a que el texto de la norma determina que el sujeto activo busca obtener un beneficio económico con la ejecución de las conductas descritas, siendo el beneficio económico indefectiblemente ilegítimo el cual implica una disminución del patrimonio del agraviado.

En este momento, debemos destacar que la legislación argentina y española, a diferencia de la peruana y la convención, congregan como elemento típico de sanción la manipulación informática, asimismo, esta puede recaer en un sistema informático o en la transmisión de datos (argentina); en tanto, que se adiciona a dicha modalidad la conducta realizada a través de algún artificio que ocasione una transferencia de un activo patrimonial (española).

Para comprender el concepto de manipulación debemos considerar lo expuesto por Aboso (2019, Pág. 317), quien indica que “se comete cuando el autor utiliza una técnica de manipulación informática” y finaliza su definición señalando: al definir o desarrollar el concepto no debe utilizarse el mismo termino objeto de definición.

La acción de manipular debe producir una alteración en el sistema de almacenamiento y tratamiento de datos. Esta alteración debe consistir en el funcionamiento anómalo del sistema, es decir, la acción de manipular debe incidir sobre el proceso mismo del funcionamiento del sistema

provocando resultados inadecuados o extraños a los que debería arrojar. (Pág.319)

Esta definición se complementa con la de García (2008), quien menciona:

... se define como toda acción que suponga intervenir en el sistema informático alterando, modificando u ocultando los datos que deban ser tratados automáticamente o modificando las instrucciones del programa, con el fin de alterar el resultado debido de un tratamiento informático y con el ánimo de obtener una ventaja patrimonial. (Pág. 294)

Con la definición del término manipular se pretendía abarcar el contenido de la conducta prohibida para este tipo penal; sin embargo, es evidente que resulta ser insuficiente para lo establecido mediante la convención, en razón a que los verbos rectores que se tipifican, tanto en nuestra legislación nacional como a nivel internacional son mayores y comprenden un mayor bagaje de conductas punibles.

También, se debe considerar en este delito, que el sujeto activo debe tener plena consciencia de que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y es opuesta a la voluntad del sujeto pasivo, así como que conociendo ello, debe desplegar la conducta lesiva. Como afirma Mayer (2007) al referirse sobre el dolo, este autor nos señala que:

La producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, tanto si movió al autor a realizar la acción la representación de que el resultado va a tener lugar, como cuando esa representación no fue razón para que él se abstuviera de la actuación voluntaria. (Pág.320)

Tanto el Convenio, como las legislaciones española y peruana, si contemplan expresamente el elemento perjuicio en esta clase de delitos, a diferencia de la legislación argentina, donde no se contempla dicho término; sin embargo, por la ubicación del delito en el espacio referente a las defraudaciones, resulta evidente que es un elemento necesario para la configuración del delito de fraude informático, lo que evidencia que en todas ellas, se exija como elemento subjetivo del tipo, entendido por Jescheck (2002, Pág. 342) como “...delitos de intención (delitos de tendencia interna). Se habla de intención en este sentido cuando el autor persigue un resultado que tiene en consideración para la realización del tipo pero que en realidad no necesita ser alcanzado.”

La tendencia interna trascendente en este delito hace referencia al ánimo de lucro, se debe

considerar la intención, según Wezel (1956, Pág. 84) como “tendencia hacia un fin ulterior. En ella el propósito de concretar el tipo objetivo es solamente el medio para un fin más amplio...” por parte del agente de obtener o que un tercero obtenga con la conducta prohibida un provecho o ventaja económica o patrimonial; como bien señala García (2008, Pág. 293) “...el fraude informático tiene como elemento común con la estafa genérica el ánimo de lucro...”. Por lo que, si se logra demostrar la falta de este ánimo, nos encontraríamos frente a una conducta atípica.

Corresponde mencionar sobre el provecho en favor de tercero, la figura de los “muleros”, de acuerdo con Gil & Hernández (2019):

Se trata de la persona que recibiría en su cuenta el dinero obtenido de la víctima de la estafa, dificultando, de esta manera, el descubrimiento de los criminales. Si el mulero conoce que el dinero que recibe proviene de una estafa y forma parte por tanto de la organización del delito, será condenado como coautor o como cooperador necesario de un delito de estafa. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones no es así. En ocasiones los muleros son a su vez captados por las organizaciones criminales con engaños, como una oferta de trabajo con apariencia más o menos real, aunque con unas condiciones muy sugerentes, en la que se le dice al sujeto que, a cambio de una cantidad o un porcentaje, debe abrir una cuenta a su nombre, recibir una transferencia de dinero y reenviarlo después a los estafadores. (Pág. 249).

Por ello, la Convención, ha buscado sancionar también a estas personas que reciben el dinero ilícito en sus cuentas y que muchas veces sirven de nexo para el tránsito del dinero indebido hacia el beneficiario final.

Finalmente, es necesaria una breve mención de los ciberfraudes más comunes que se encuentran vinculados a esta figura delictiva:

- *Auction fraud*: Miró (2012, Pág. 70) lo define como “fraude en las subastas, consistente en la tergiversación de un producto o su no entrega conforme a lo pactado en los sistemas de subasta *online* tipo eBay”
- *Phishing*: Conforme a lo señalado por Miró (2012):
Definido por el grupo mundial *antiphishing* como el mecanismo criminal que emplea ingeniería social y subterfugios técnicos para robar los datos de identidad personales de los consumidores y los de sus tarjetas de crédito o cuentas bancarias. El uso de la ingeniería social se produce cuando se utiliza la identidad personal

de otro (*spoofing*) mediante la falsificación de sitios web, para conducir a los consumidores a que confíen en la veracidad del mensaje y divulguen los datos objetivos. (Pág.72)

En este punto podemos subdividir las modalidades de *phishing*, de la siguiente forma:

- El *vishing*, que según Miró (2012, Pág. 309) es la: “Práctica consistente en la utilización de mensajes de telefonía basada en voz sobre IP para conseguir de la víctima información personal, financiera o cualquier otro tipo de datos confidenciales”.
- El *smishing*, considero que esta práctica consiste en el envío de mensajes de texto “SMS” para conseguir datos de la víctima, por lo general se sustentan en premios que uno ha obtenido a razón de un sorteo, solicitando al “ganador” se comunique con determinado número telefónico donde le exigirán diversos datos de verificación, solicitándole por el premio la realización de un pago, generalmente vía transferencia, para dar conformidad a que es la cuenta del “ganador”; o se le solicita los datos de su cuenta bancaria; número de tarjeta de crédito/débito, CVV, fecha de expiración de la tarjeta y nombre de la persona a la que le pertenece ésta, para que los cibercriminales puedan realizar compras o transacciones.
- El *whaling*, según Miró (2012, Pág. 77) ocurre cuando “el *phisher* se centra en un pequeño grupo de personas de alto nivel de una organización concreta e intenta robar sus credenciales, preferiblemente a través de la instalación de *malware* que proporciona funcionalidades de <<puerta de atrás>> y *keylogging*” finalmente, también corresponde destacar los fraudes BEC (Business Email Compromise), donde en este tipo de fraude, el cibercriminal suplanta la identidad de un directivo de la compañía dirigiéndose a un empleado de la empresa que cuente con capacidad para realizar actos de disposición patrimonial ordenándole realizar un pago indebido o una transferencia. Por lo general ocurre a través de correos electrónicos. Si bien, algunas de estas modalidades podrían subsumirse en otro tipo penal, correspondería a una evaluación caso por caso para determinar la concurrencia de alguna figura concursal o la aplicación de los principios que resuelven el concurso aparente de leyes.

- *Pharming*: Siguiendo a Miró (2012) afirma que se debe considerar la definición precedente, pues esta modalidad se da:
 Cuando se utilizan otros artificios técnicos, como por ejemplo redireccionar un nombre de dominio de una página web verdadera situada en la memoria caché del sujeto o de otro modo a una página web falsa, o monitorizar la intervención del sujeto en la verdadera, se utiliza el término *pharming*. (Pág.72)
- *Scam* (Ciberfraudes burdos): De acuerdo con Miró (2012, Pág. 69), en esta clase de fraudes “Se prometen cantidades importantes de dinero a cambio de pequeñas transferencias relacionadas con ofertas de trabajo, loterías, premios u otros”

Como se puede observar, todas estas modalidades de ciberfraudes son pasibles de subsumirse en el tipo penal de Fraude Informático regulado en nuestra legislación, siendo ejemplos de las formas de comisión de este ilícito penal.

Grado y desarrollo del delito

El autor considera que para este delito si cabe la figura de la tentativa toda vez que nos encontramos frente a un delito de resultado, en esta clase de delito se requiere que para la consumación del ilícito penal se debe ocasionar un resultado materializado en un perjuicio en desmedro del patrimonio del sujeto pasivo o agraviado; en palabras de Aboso (2020, Pág. 341) “Al desvalor del acto debe agregarse el desvalor de resultado, que consiste en este caso en el perjuicio patrimonial ajeno. Este perjuicio patrimonial se consume cuando el autor puede disponer del dinero, valores o bienes.” Con relación a los delitos de resultado coincido con la definición expuesta por Díaz (2018, Pág. 130) quien señala que “describen conductas cuya consumación implica la lesión de un bien jurídico tutelado”

Por ello, es evidente que dentro de las fases del desarrollo y ejecución del delito, en tanto, el sujeto activo ejecute cualquiera de las modalidades de conductas prohibidas previstas y no exista una disposición del patrimonio con la generación de perjuicio en agravio del titular del bien jurídico protegido patrimonio, nos encontraremos frente a un delito en grado de tentativa, siempre que se pueda demostrar que se buscaba obtener un beneficio patrimonial el beneficio propio o de tercero, caso contrario, podría subsumirse la

conducta en otro ilícito penal como el acceso ilícito. De esta manera, el sujeto activo puede desplegar la conducta reprimible sin llegar a consumir el ilícito, la tentativa se manifiesta hasta el momento anterior a ocasionar el detrimento en el patrimonio del sujeto pasivo o agraviado; es decir, previo al traslado del patrimonio fuera de la esfera de dominio del sujeto pasivo.

Por último, con relación a las figuras concursales, en este punto coincido con lo expresado por Riquert (2014):

El fraude informático es un tipo que ofrece diversas posibilidades de concurso de delitos. Como destacan con acierto Aboso y Zapata, concurrirá por lo general con la acción de ingreso indebido o no autorizado a un sistema informático (art. 153 bis, CP), caso que estiman como de simple relación medial y que, puede agregarse, está previsto expresamente como figura residual.

Generalmente nos podremos encontrar frente a esta calificación residual en los casos en los que no se llegue a consumir el delito de fraude informático, cabe acotar que, para la legislación peruana, el tipo residual sería el de acceso ilícito, tipificado en el artículo 2° de la Ley 30096, modificada por Ley 30171 del 10 de marzo de 2014, que a continuación indicamos:

Artículo 2. Acceso ilícito: El que deliberada e ilegítimamente accede a todo o en parte de un sistema informático, siempre que se realice con vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa. Será reprimido con la misma pena, el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado.

Autoría y participación

Para este ilícito penal en las legislaciones argentina, española y peruana, son aceptables todas las formas o modalidades de participación delictiva; esto es, la autoría, por un lado, es factible la figura independiente del autor, entendido por el profesor Villavicencio (2017, Pág. 104) como “aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encausarlo hacia el objeto determinado”, la coautoría, definida por Roxin (2017, Pág. 146) como “realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo”, autoría mediata, considerando Roxin (2014) que:

Se puede realizar también un tipo sirviéndose de otro (de “alguien que actúa como medio [en el hecho]”) y empleando la persona de este

para los fines propios de modo que, mediante su instrumentalización (su utilización como "instrumento"), se denomina mediatamente (como "sujeto de atrás") al acontecer. (Pág.84)

También la participación, en la figura de la incitación o inducción, entendida por Roxin (2014, Pág. 226) como "el determinar provocando o incitando dolosamente un hecho ajeno." y la cooperación o complicidad Roxin (2014, Pág. 275) la define como "una acción de aumentar el riesgo, causal para el resultado típico y jurídicamente desaprobada."

En este punto, corresponde delimitar al cómplice primario, conceptualizado por el profesor Villavicencio (2017, Pág. 111) como "aquel que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito.". Y al cómplice secundario definido por Villavicencio (2017, Pág. 111) como "aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, porque de cualquier otro modo este se hubiera consumado."

Por ello, se exige un análisis caso por caso a efectos de poder determinar en cada situación en específico frente a cuál de estas figuras nos encontramos.

Sanción

La sanción prescrita por el legislador peruano en el tipo penal base corresponde a una pena de 3 a 8 años de pena privativa de la libertad a imponer al autor del hecho punible y otra pena que se materializaría entre 60 a 120 días – multa.

Por otro lado, las sanciones establecidas en el tipo de fraude informático para las legislaciones argentina y española resultan ser penas más benignas (argentina de 1 mes a 6 años) y (España 6 meses a tres años).

Sobre el particular, podemos observar que nuestra legislación reprime con mayor intensidad la comisión del delito de fraude informático, a diferencia de las legislaciones española y argentina, siendo que en nuestra legislación se ha incorporado este tipo penal a través de una ley especial que se encuentra en concordancia con el Convenio de Budapest.

Asimismo, existe la posibilidad de imposición de dos penas principales, la privativa de libertad y la de multa, ambas deben ser materia de la aplicación del sistema de tercios para una

adecuada determinación judicial de la pena, donde se individualicen las penas concretas y abstractas a imponer.

Agravante

Por último, respecto de la agravante, el legislador ha buscado proteger al patrimonio destinado por el Estado para gestionar su actuación en beneficio directo de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, debiéndose considerar dos aspectos importantes, en el primero de ellos el patrimonio debe encontrarse bajo supervisión del Estado; por ende, el sujeto pasivo resulta ser el Estado, en tanto que el segundo requisito es la finalidad o destino que tiene dicho patrimonio, pues se busca sancionar la afectación a través del fraude informático del patrimonio destinado para atender los fines asistenciales y a quienes recurren a los diversos programas de apoyo social, tales como pensión 65, Juntos, Jóvenes Productivos, etc, o, sancionando las conductas que afecten el patrimonio con ésta finalidad específica a la que se encuentra destinado, por ello, la pena abstracta a imponer se debe ubicar entre 5 y 10 años de pena privativa de la libertad y otra pena entre 80 a 140 días - multa.

Sin embargo, debemos considerar que en el artículo 11 de la Ley 30096 también se han establecido agravantes para los delitos informáticos previstos en esta ley, siendo inaplicable par el delito de fraude informático, desde mi punto de vista, la tercera agravante (en su totalidad) y el primer supuesto de la cuarta agravante (en cuanto hace referencia a que debe comprenderse a los fines asistenciales para la imposición de una agravante). En tanto que, resulta aplicable la agravante en los supuestos en que nos encontremos frente a una organización criminal siempre y cuando el agente cometa el delito en calidad de integrante de la misma, como también si el agente abusa de su posición especial de acceso a la información a la data o información reservada o al conocimiento de esta información en razón del ejercicio de un cargo o función, respecto al ejercicio de un cargo o función, considero que debe interpretarse dentro del ámbito de la función pública para su correcta aplicación; y finalmente, cuando el delito comprometa la defensa, la seguridad y la soberanía nacionales, supuestos que para los que el legislador la obligación del juez de aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito.

CONCLUSIONES

La actual redacción del delito de fraude informático en la legislación peruana y que resulta similar a la esbozada en el Convenio de Budapest, busca proteger o resguardar datos informáticos vinculados a un contenido patrimonial, cuya afectación genere una disminución del patrimonio del titular del bien jurídico protegido, determinando de esta forma que nos encontramos frente a un delito pluriofensivo por no ser el patrimonio el único bien jurídico protegido. Para una mejor redacción de la conclusión podría eliminarse lo resaltado.

La actual regulación del tipo penal de fraude informático establecido en nuestra legislación evidencia que nos encontramos frente a un delito de resultado, puesto que para la consumación de este se exige una necesaria afectación que ocasione un detrimento en el patrimonio del afectado, materializado en la disminución del mismo.

Con relación a la agravante establecida en el segundo párrafo de éste ilícito penal, ésta pretende sancionar de manera gravosa a quienes afecten el patrimonio del Estado a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en la medida de que este patrimonio haya sido destinado a satisfacer fines asistenciales o programas de apoyo social; entiendo que el fundamento de esta agravante radica en la situación de vulnerabilidad de las personas que requieren la asistencia del Estado peruano, siendo el agraviado el Estado.

Tanto la Convención como el tipo penal peruano; a diferencia de las legislaciones argentina y española no solamente pretenden sancionar las defraudaciones dadas a través de manipulaciones informáticas (caso argentino) o las defraudaciones realizadas mediante manipulación o algún artificio semejante a esta (caso español); si no que contemplan una mayor cantidad de supuestos de hecho, buscando sancionar conductas que previo a la dación de esta norma eran consideradas atípicas.

Si una persona desarrolla cualquiera de las conductas establecidas en el delito de Fraude Informático con autorización por parte del sujeto pasivo, podemos establecer que nos encontraríamos frente a la figura del consentimiento, lo cual determinaría la atipicidad de la conducta por parte del presunto sujeto activo en el presente delito debido a que el tipo penal exige que el agente debe actuar

de modo ilegítimo, por lo que al actuar con consentimiento por parte del sujeto pasivo no es factible sancionar dicha conducta.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Aboso, G. (2020). *Derecho penal cibernético*. Editorial Bdef.

Arocena, G & Belcarce, F. (2018). *Defraudaciones*. Editorial Hammurabi.

Díaz Aranda, E. (2018). *Manual de derecho penal*. Fondo de Cultura Económica.

García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Ideas Solución Editorial.

Gil, A. & Hernández Berlinchez, R. (2019). *Cibercriminalidad*. Dykinson

Jescheck, H. (2002). *Tratado de derecho penal*. Editorial Comares.

Mayer, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bdef.

Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor.

Miró Llinares, F. (2012). *El cibercrimen*. Marcial Pons.

Riquert Marcelo, A. (2020). *Ciberdelitos*. Editorial Hammurabi.

Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas.

Salinas Siccha, R. (2013). *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Grijley.

Sánchez Ostiz, P. (2008). *Imputación y Teoría del Delito*. Editorial Bdef.

Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Roque Depalma Editor.

Fuentes hemerográficas

García Cervigón, J. (2008). El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico. Revista cuatrimestral de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales. 74, 289-308.

Fuentes electrónicas

El Peruano (2021). Ciberdelitos en el Perú. <https://elperuano.pe/noticia/121876-ciberdelitos-en-el-peru-se-elevan-denuncias-de-fraude-informatico-y-suplantacion-de-identidad>

Riquert, M. (2014). Riquert Delincuencia Informática. <http://riquertdelincueciainformatica.blogspot.com/2014/11/estafa-o-fraude-informatico.html>

Fuentes legales

Congreso de la República (1991). Código Penal Peruano.

Congreso de la República (2013). Ley N° 30096 – Ley de Delitos Informáticos

Congreso de la República (2014). Ley N° 30170 – Ley que modifica el artículo 1 de la Ley 29631

Congreso de la República (2014). Ley N°30191 – Ley que modifica la Ley de Delitos Informáticos

Consejo de Europa (2001). Convenio de Budapest.

Consejo Europeo (2022). Informe explicativo del Convenio de Budapest.

Jefatura del Estado (1995). Código Penal Español.

Ministerio de Educación y Justicia (1984). Código Penal de la Nación Argentina.

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, 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 42 N° 1

Se diagramó en el

Fondo Editorial USMP

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43 -Perú

Correo electrónico: fondoeditorial@usmp.pe

Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo: 3262

Octubre 2023 Lima - Perú