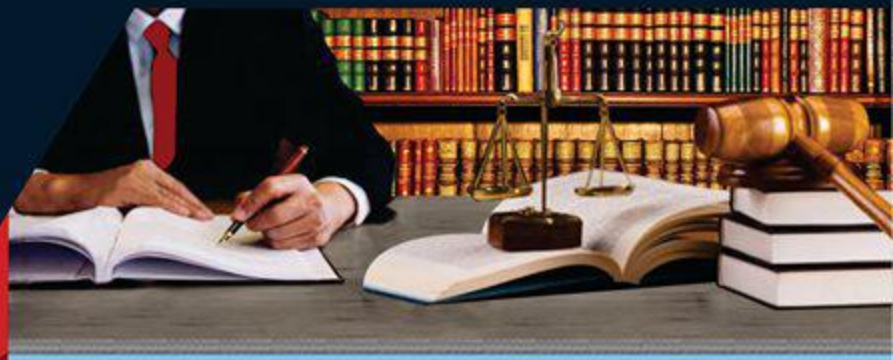
El Derecho en el Perú. Dilemas y Prácticas Jurídicas es un libro de actualidad jurídica en el Perú. Esta contribución presenta un compendio de artículos cuidadosamente seleccionados y revisados por los editores y los pares expertos internacionales. Los artículos destacan por su versatilidad en varias materias jurídicas, donde se vislumbra el estudio de instituciones jurídicas desde un análisis legislativo bajo las perspectivas dogmática y empírica jurídica que son confrontados con las doctrinas nacional y extranjera, así como con los más recientes planteamientos jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. De esta manera, el libro analiza en forma pormenorizada las diferentes materias del derecho (Civil, Penal y Constitucional, principalmente), tomando como base la realidad de los hechos que se viene aplicando en el contexto nacional.

La actual gestión del Ilustre Colegio de Abogados de Áncash (2018 – 2020), cumple con su plan de trabajo en el aspecto académico e investigación con la publicación del presente libro que recoge y refleja la valiosa contribución investigativa y de reflexión jurídica de los agremiados y de los colaboradores invitados. En tal virtud, ponemos a disposición de todos los agremiados del Ilustre Colegio de Abogados de Áncash, así como de los estudiantes de Derecho y de toda la comunidad jurídica este libro de investigación y reflexión jurídica. Finalmente, esperamos que este aporte sirva como un referente para las próximas gestiones y, de esta manera, valorar, difundir y visibilizar el trabajo académico que los agremiados realizan.

ISBN: 978-612-4338-44-1

EL DERECHO EN EL PERÚ
DILEMAS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS
Félix Julca Guerrero
Ursula Aniceto Norabuena



EL DERECHO EN EL PERÚ
DILEMAS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS

EDITORES
Félix Julca Guerrero
Ursula Aniceto Norabuena

COLEGIO DE ABOGADOS DE ÁNCASH
COLLA EDITORIAL

El Derecho en el Perú
Dilemas y Prácticas Jurídicas

FÉLIX JULCA GUERRERO
URSULA ANICETO NORABUENA
(Editores)

EL DERECHO EN EL PERÚ

DILEMAS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS

COLEGIO DE ABOGADOS
DE ÁNCASH

KILLA EDITORIAL

EL DERECHO EN EL PERÚ
DILEMAS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS
Primera edición. Huaraz, marzo 2020
Tiraje: 1000 ejemplares

Libro arbitrado por pares expertos internacionales
bajo la modalidad de doble ciego.

© Félix Claudio Julca Guerrero
© Ursula Rosalía Aniceto Norabuena

© Ilustre Colegio de Abogados de Áncash, ICAA
Parque Ginebra S/N, Huaraz, Áncash, Perú
Teléfonos: (043)422514
E-mail: colegioabogadosancash@hotmail.com

© Killa Editorial EIRL
Jr. Hortencio Santa Gadea Mz. 128 Lt. 6, Huaraz – Áncash – Perú
RPM WhatsApp: 943494853 - Telf. fijo: (043)783351
E-mail: killaeditorial@hotmail.com
Diagramación: Enrique Milla Cáceres

Impreso en los talleres gráficos de Killa Editorial EIRL
Jr. Hortencio Santa Gadea Mz. 128 Lt. 6, Huaraz – Áncash
Facebook: Killa Editorial Ancash. Marzo 2020

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2020-02545
ISBN: 978-612-4338-44-1

Derechos de autor reservados conforme al Decreto Legislativo N° 822.
Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, incluido el diseño tipográfico y de portada, sea cual fuere el medio, sin autorización expresa y por escrito de la editorial y los autores.

Impreso en el Perú / Printed in Peru

A los hombres y mujeres del derecho
que luchan por un país con justicia social.

JUNTA DIRECTIVA

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ÁNCASH

GESTIÓN 2018-2020

Ursula Rosalía Aniceto Norabuena DECANA	
Carlos Augusto Anaya López VICE DECANO	*Carlos Javier Guerrero Suárez* DIRECTOR DE COMUNICACIÓN E INFORMÁTICA
Deyssi Sofía Herenia Pecho Silva SECRETARIA	*Eduardo Carlos Parreño Saavedra* DIRECTOR DE DEFENSA GREMIAL
María del Carmen Segura Córdova DIRECTORA DE ECONOMÍA	*Katherine Mónica Castro Menacho* DIRECTORA DE BIENESTAR SOCIAL
Félix Claudio Julca Guerrero DIRECTOR DE FORMACIÓN JURÍDICA	*Franklin D. Fernández Castillejo* DIRECTOR DE BIBLIOTECA
Federico Antonio Husuna Pineda DIRECTOR DE PRONUNCIAMIENTOS	*Marleny Magnolia Rosales Torres* DIRECTORA DE EXTENSIÓN SOCIAL Y PARTICIPACIÓN
Virginia Olga Medina Araujo DIRECTORA DE ÉTICA PROFESIONAL	*Oscar Rolando Garay Gonzales* DIRECTOR DE DERECHOS HUMANOS

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 13

Primera Parte
DERECHO CIVIL Y REGISTRAL

1. La unificación de competencias en un único órgano jurisdiccional para la evaluación de conflictos familiares con pretensiones vinculadas.
Manuel Bermúdez Tapia 23

2. El daño subjetivo como criterio unificador del sistema de responsabilidad civil en el Perú.
Víctor Flores Leyva 41

3. La argumentación jurídica en la calificación registral.
Nancy Tafur Villanueva 61

4. Los aportes reglamentarios como bienes de dominio público y las habilitaciones urbanas en el derecho inmobiliario registral peruana.
Zegel Basilio Santos 75

Segunda Parte
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

1. Dos casos problemáticos en la Investigación Preparatoria: la incautación y la extromisión.
Roshan Melgarejo Valenzuela, Jorge Novoa Marín, Olinda Vidal Isidro 103

2. Aspectos objetivos y subjetivos en los delitos de omisión impropia a propósito de la RN. N° 2174-2017-Lima.
Teodorico Cristóbal Támara 125

3. Despenalización del delito de malversación de fondos en el Código Penal peruano.
Saniya Rosario Haro 143

4. Criterios para una investigación fiscal eficaz en el delito de lavado de activos en el Perú.
Xiomara Del Río Chevarria, Carla Alegre Blaz, Alfredo Santillán Cochachin, Lesly Garay Piñashca y Andrei Espinoza Amado 171

Tercera Parte
DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

1. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú: avances y desafíos.
Félix Julca Guerrero y Laura Nivin Vargas 197

2. El neoconstitucionalismo como nueva perspectiva metodológica en la investigación jurídica.
Luis Robles Trejo, Ricardo Sánchez Espinoza y Fabel Robles Espinoza 229

SOBRE LOS AUTORES 265

PRESENTACIÓN

El sistema de administración de justicia en el Perú es el conjunto de instituciones estatales encaminadas a la resolución de los conflictos y a la defensa de la legalidad. Según la Constitución de 1993, el sistema de justicia en el Perú tiene como órganos principales: el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Tribunal Constitucional. La Defensoría del Pueblo, aunque no constituye órgano jurisdiccional, es autónomo y está concebido para la defensa de los derechos constitucionales de la persona y la comunidad. Adicionalmente, podemos decir que el suspendido Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura también tenían el rol de seleccionar a los jueces que ahora, cumple sus veces la Junta Nacional de Justicia.

En las últimas décadas se han producido varias reformas organizativas en la administración de justicia. Por ejemplo, se han realizado cambios en los nombramientos judiciales, se ha renovado la legislación y los procedimientos administrativos, pero también se han realizado cambios en el aparato judicial purgando elementos corruptos o sometidos a influencias políticas. Sin embargo, pese a estos esfuerzos de modernización, aún no se observa mejoras significativas en el funcionamiento del sistema judicial en el Perú, sino por el contrario, aumenta el descrédito.

Entonces, la administración de justicia en el Perú, actualmente, pasa por un período de crisis expresado en una serie de deficiencias. El sometimiento al poder político, las irregularidades en los nombramientos, la mediocridad del personal a cargo del sistema judicial, la ineficiencia, el desorden y la escasez de

recursos, son algunos de los problemas que caracterizan la administración de justicia. La corrupción, sumada a la percepción de que las decisiones judiciales son algo negociable, introduce un componente perverso de imprevisibilidad en el funcionamiento efectivo de la ley, el cual puede adquirir dimensiones incontrolables bajo la influencia del narcotráfico y de la abierta interferencia de quienes controlan los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

El tema de la actualidad jurídica en el Perú tiene muchas dimensiones para su análisis y, consecuentemente, las alternativas de solución implican diferentes intervenciones sistémicas. Las instituciones involucradas en la administración de justicia en el Perú han convenido concretizar la modernización del Sistema de Administración de Justicia, que es una demanda de la población peruana que demanda mejores servicios de justicia. En esa perspectiva, en varios artículos que comprende el presente libro, los autores después de un análisis de casos concretos concluyen esbozando algunas propuestas orientadas, justamente, al mejoramiento de la administración de justicia.

En este libro, *El Derecho en el Perú: dilemas y prácticas jurídicas*, se presenta los aportes de estudiosos del Derecho quienes desarrollan una clara y lúcida apreciación sobre las normas legales, su comprensión teórica, dogmática, doctrinaria y jurisprudencial y su aplicación práctica en el ámbito nacional. En dicha perspectiva, identifican y analizan los principales problemas que enfrenta la administración de justicia en el Perú y plantea una serie de sugerencias sobre cómo abordar la difícil tarea de mejorar el sistema judicial, principalmente, en los campos relacionados al derecho civil, penal y constitucional. Así, este libro contiene un conjunto de diez artículos de investigación y de reflexión en torno a los diferentes aspectos jurídicos del campo civil, penal y constitucional. Por ello, el libro se divide en tres partes: Derecho Civil y Registral; Derecho Penal y Procesal Penal y; finalmente, Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

La primera parte, Derecho Civil y Registral, comprende cuatro artículos escritos por cuatro autores. Inicia con la contribución de Manuel Bermúdez Tapia quien desarrolla el tema de la unificación de competencias en un único órgano jurisdiccional para la evaluación de conflictos familiares con pretensiones vinculadas. El autor observa que en el Poder Judicial y el Ministerio Público existe un incremento permanente de la sobre carga judicial en la evaluación de expedientes judiciales provenientes de conflictos familiares que son distribuidos en órganos jurisdiccionales civiles, penales, constitucionales y familiares.

Seguidamente, Víctor Flores desarrolla el tema del daño subjetivo como criterio unificador del sistema de responsabilidad civil. La construcción y el reconocimiento del daño subjetivo como categoría propia en la clasificación del daño, hace que el sistema binario de responsabilidad civil entre en una revisión legislativa a fin de unificar su regulación y de ese modo resarcir el daño de manera uniforme sin importar si el origen del daño proviene de la inejecución de la obligación o de la infracción del deber genérico "no dañar a otro". En tal virtud, el autor desarrolla los argumentos para que el daño a la persona o daño subjetivo sea el eje central para la unificación del sistema de responsabilidad en el Perú.

A continuación, Nancy Tafur plantea la necesidad que los operadores jurídicos incorporen la argumentación jurídica en la calificación registral. Esta implica articular las razones que justifiquen objetivamente una posición o decisión ante determinadas cuestiones jurídicas. Por ello, es importante que los operadores del derecho en sede registral, comprendan la importancia de la argumentación jurídica y lo apliquen en el ejercicio de su función calificadora. Una decisión del Tribunal Registral, de los registradores, del Área de Catastro y/o de cualquier funcionario público, debe estar debidamente motivado, la ausencia de esta resiente el

derecho al debido procedimiento administrativo, perjudicando a los usuarios o administrados.

Finalmente, Zegel Basilio analiza la importancia del Derecho Inmobiliario Registral peruano en el marco de los aportes reglamentarios como bienes de dominio público. El autor sostiene que los aportes reglamentarios son predios que tienen como titular al Estado o a alguna entidad pública del Estado y son generadas dentro del procedimiento de las habilitaciones urbanas; además, por ser bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles según la Constitución Política de 1993 y la Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales. Los predios que comprenden los aportes reglamentarios son los que están destinadas para la prestación de servicios públicos, para áreas verdes o para áreas de recreación.

La segunda parte, Derecho Penal y Procesal Penal comprende cuatro artículos escritos colaborativamente por diez autores. En primer lugar, Roshan Melgarejo, Jorge Novoa y Olinda Vidal analizan la incautación en delitos permanentes y la aplicación de extromisión en investigación penal en la aplicación del código procesal penal en la investigación preparatoria. Los autores concluyen señalando que no es legítimo la incautación de bienes e instrumentos provenientes del delito sin autorización judicial. Asimismo, no es fundada una decisión judicial que declare inaceptable un pedido de extromisión, cuando una persona ha sido incluida en un proceso penal por un error en sede fiscal o judicial. Por lo tanto, el mecanismo de extromisión procesal debe ser una figura genérica y válida en todo ordenamiento procesal de manera supletoria, siempre que sea necesario para los fines de un proceso.

En segundo lugar, Teodorico Cristóbal analiza dogmática y jurídicamente los aspectos objetivos y subjetivos en los delitos

de omisión impropia teniendo como principal incidencia lo resuelto por Corte Suprema en el Recurso de Nulidad Nº 2174-2017-Lima. El autor concluye señalando que la omisión involucra a la propia realización del tipo penal mediante una comisión por omisión, es decir, un hacer activo.

En tercer lugar, Saniya Rosario analiza y propone la despenalización del delito de malversación de fondos del código penal peruano. El delito de malversación de fondos está tipificado en el ordenamiento penal peruano y sancionado con pena privativa de libertad, inhabilitación y multa. Este delito se aplica cuando un funcionario público desvía los caudales a otro destino, dentro de la esfera pública. Según la autora, esta práctica es un mal que limita el actuar racionalmente y con discrecionalidad a las autoridades. Por consiguiente, propone la posibilidad de la despenalización del delito de malversación de fondos.

Finalmente, Xiomara Del Rio, Carla Alegre, Lesly Garay, Andrei Espinoza y Alfredo Santillán plantean criterios para una investigación fiscal eficaz en el delito de lavado de activos. Paradójicamente, mientras más medidas adopta el Estado peruano en la lucha para combatir el delito de lavado de activos, la criminalidad desarrolla técnicas más sofisticadas para eludir el descubrimiento de sus operaciones. En tal sentido, las medidas y facultades especiales que reconoce el Decreto Legislativo Nº 1106 y la Ley Nº 28950 no son suficientes. Ante esta situación problemática, los autores proponen como criterios básicos para una investigación eficaz del delito en cuestión, el acopio de información relevante, determinación temporal de la investigación, identificación de operaciones sospechosas y conexiones ilícitas y, finalmente, medidas contra terceros no investigados.

La tercera parte, Derecho Constitucional y Derechos Humanos, comprende dos artículos, escritos por cinco autores. El

primero corresponde al aporte de Félix Julca y Laura Nivin, quienes desarrollan el tema del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, los desafíos y las posibilidades. Se inicia caracterizando la relación de los pueblos indígenas y el Estado de tradición decimonónica que ha sido de negación y exclusión de sus formas de vida sociocultural basadas en el colectivismo. Sin embargo, paulatinamente, primero, el reconocimiento de la diversidad cultural, étnica y lingüística y, luego, el de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios a nivel normativo ha ganado importancia. Empero, que, pese a que normativamente hay avances significativos, pero aún falta su implementación que realmente responda con bases interculturales a los intereses, necesidades y expectativas de la pluralidad de los pueblos indígenas.

La segunda contribución pertenece al trabajo de Luis Robles, Ricardo Sánchez y Fabel Robles quienes analizan y proponen que el neoconstitucionalismo debe constituirse como una nueva perspectiva metodológica en la investigación jurídica. Pues, este se relaciona directamente con la investigación jurídica. Hacer ciencia del Derecho implica realizar investigaciones dogmáticas, empíricas y filosóficas en el marco del paradigma del neoconstitucionalismo, puesto que representa el modelo teórico de la cultura jurídica contemporánea donde se plantean y resuelven problemas del Derecho.

Esperamos que la presente publicación, *El Derecho en el Perú: dilemas y prácticas jurídicas* sirva a los hombres y mujeres del Derecho para que sobre esa base aporten a la construcción de una nueva administración de justicia en el Perú. Una administración de justicia que se caracterice por ser oportuna, eficaz y democrática, que establezca puentes de diálogo y de intercambio sobre teorías, normas, dogmática, jurisprudencia y su puesta en práctica. De esta manera, acerquen la administración de justicia a la sociedad en un momento en el cual la sociedad cuestiona la

actual administración de justicia por su falta de eficacia, transparencia e idoneidad. Esto involucra, principalmente, a los que ejercen la función de operadores jurídicos a quienes en los diferentes artículos se les ofrece herramientas importantes de interpretación para correcta lectura y aplicación de las normas legales e instituciones del ordenamiento jurídico nacional.

Finalmente, agradecemos al Ilustre Colegio de Abogados de Áncash a través de su junta directiva de la gestión 2018-2020 por haber hecho suya la propuesta de la Dirección de Formación Jurídica sobre la publicación del presente volumen que aporta a la comunidad académica en el campo del Derecho. La convocatoria fue abierta a todos los agremiados de este ente deontológico y han tenido la oportunidad de escribir y presentar sus artículos fruto de su experiencia laboral, académica e investigativa. Se ha complementado con la contribución de dos invitados especiales quienes colaboraron también como ponentes en los eventos académicos y cursos de diplomados que se realizaron en esta gestión. En suma, hemos contado con el entusiasmo y compromiso de extraordinarios colaboradores dispuestos a brindar sus reflexiones, preocupaciones y sugerencias con relación a la administración de justicia en el Perú. A todos ellos y ellas nuestro profundo agradecimiento.

Los editores

Primera Parte

DERECHO CIVIL Y REGISTRAL

LA UNIFICACIÓN DE COMPETENCIAS EN UN ÚNICO ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES CON PRETENSIONES VINCULADAS

EL DAÑO SUBJETIVO COMO CRITERIO UNIFICADOR DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

LOS APORTES REGLAMENTARIOS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y LAS HABILITACIONES URBANAS EN EL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL PERUANA

La Unificación de Competencias en un Único Órgano Jurisdiccional para la Evaluación de Conflictos Familiares con Pretensiones Vinculadas

Manuel Bermúdez Tapia

Resumen

En la evaluación de las estadísticas del Poder Judicial y Ministerio Público, se observa una referencia constante: el incremento de la sobre carga judicial en la evaluación de expedientes judiciales proviene de un único conflicto familiar que genera un expediente que es distribuido en algún juzgado civil, penal, constitucional o familiar, provocando una ampliación desmedida del drama humano en ciernes y una actividad disfuncional en los órganos jurisdiccionales.

Palabras clave: Conflictos familiares; procesos judiciales; partes y pretensiones procesales; sentencia judicial; unificación de competencias.

Abstract

In the evaluation of the statistics of the Judiciary and Public Prosecutor's Office, a constant is observed: the constant increase in the judicial burden in the evaluation of judicial files from family conflicts that are distributed in civil, criminal, constitutional and family jurisdictional bodies, causing an excessive expansion of the

budding human drama and a dysfunctional activity in the jurisdictional organs.

Keywords: Family problems; judicial proceedings; parties and procedural claims; court ruling; powers unification of powers.

1. Introducción

Producto de la experiencia en el ámbito de la ejecución de consultorías sobre Reforma del Sistema de Impartición y Administración de Justicia en el país, así como la experiencia profesional y académica en el área de evaluación, es posible identificar algunos patrones referenciales en el ámbito de la evaluación judicial de los conflictos familiares.

En este sentido, desde el año 2003 se ha propuesto la necesaria reforma de la legislación aplicable al ámbito del Derecho de Familia, en función a su constitucionalización (Bermúdez, 2011) debiéndose generar un nuevo esquema de atención de estos expedientes judiciales, porque en esencia representan un contexto específico, donde:

a. Participan las mismas personas y se trata de un único conflicto familiar, el cual es expuesto en varios procesos judiciales (San Luis & Pérez, 2004, p. 45).

b. Participan en forma secuencial, sucesiva, progresiva, paralela y autónoma varios procesos judiciales, donde las mismas personas son los actores principales, variando su condición o de demandante/demandado o de denunciante/denunciado.

c. Las sentencias y resoluciones judiciales que se van emitiendo en el desarrollo del conflicto familiar no logran solucionar los problemas que involucran a las personas en conflicto y ello provoca en forma objetiva, el incremento de la violencia en el interior de dicha familia, en situación de crisis.

d. El contexto decimonónico y disfuncional del sistema jurisdiccional resulta estéril frente a la evaluación del conflicto familiar porque este tiene una condición subjetiva y particular que lo diferencia de los conflictos vinculados al ámbito civil (puro) o comercial, donde solo se evalúan elementos propios de los intereses y derechos de las partes.

e. Las personas suelen asumir diferentes contextos personales, familiares, económicos, procesales y temporales en función al trámite de su defensa o actuación en el ámbito judicial. Por ello, es posible observar situaciones de "abandono procesal" y situaciones de negligencia procesal, como también es posible identificar actos maliciosos y temerarios.

Como podrá observarse, surge un contexto que ha sido descrito como "particular y especial" y ha provocado la fundamentación de una nueva especialidad, dando inicio a lo que en la actualidad se conoce como el *Derecho Procesal de Familia* (Bermúdez, 2012), siendo el autor del presente texto, el creador de la doctrina y ha participado en la reforma normativa de buena parte del Código Civil, en particular con la promulgación de la Ley de Tenencia Compartida, unificación de los procesos de alimentos y de filiación extramatrimonial, entre otros. Todos ellos fueron propuestos como Proyectos de Ley que finalizaron en la promulgación de leyes que reformularon el Derecho de Familia detallado en el Código Civil de 1984.

Ante esta situación, se ha sostenido la importancia de *unificar* las competencias de los órganos jurisdiccionales cuando se evalúen procesos judiciales vinculados a un contexto familiar (Bermúdez, 2019, p. 389-435) porque se considera que la propuesta es una alternativa eficiente al caos judicial que actualmente se registra, donde:

a. La tercera parte de los procesos judiciales están vinculados al contexto familiar, conforme las estadísticas del propio Poder

Judicial (2018), donde se registra una variación de +13% entre los años 2017 y 2018.

b. El propio Poder Judicial no logra identificar y vincular a las partes procesales en un único proceso judicial cuando se atienden "asuntos vinculados", como son la tenencia, los alimentos, la patria potestad, la filiación o el régimen de visitas.

c. El contexto de violencia familiar, expuesto en las estadísticas de amplio conocimiento en el país, está vinculado al ámbito de la ineficiencia del sistema jurisdiccional porque en la mayoría de los expedientes en trámite no se atiende a las necesidades de las partes en contradicción y ello incide en la ejecución de acciones de mayor violencia en el ámbito de una familia disfuncional.

Elementos referenciales que nos permiten justificar nuestra posición y que encuentra un antecedente gráfico en la práctica judicial colombiana donde se ha establecido los "juzgados promiscuos" (Mora, 2004, p. 146), conforme nuestras ideas originales.

2. Antecedentes del problema en evaluación y la metodología empleada en el análisis

En la evaluación del presente documento, se expone los parámetros metodológicos y aplicativos en la evaluación de los antecedentes de la presente investigación:

a. El objetivo general está vinculado al análisis de la realidad judicial nacional en particular en el ámbito de la evaluación de los conflictos familiares, que son derivados a órganos jurisdiccionales civiles, penales, constitucionales y de familia.

b. La dimensión del análisis permite analizar el fenómeno jurídico descrito a partir de la teoría tridimensional del Derecho,

donde se analiza el hecho, el valor y la norma, conforme detalla Reale (Ramos, 2011, p. 123) que resultan aplicativos de la realidad familiar en crisis en el país (Bermúdez, 2011).

c. La metodología empleada es cualitativa, en función a la evaluación de la realidad problemática en análisis destallada en la bibliografía empleada.

d. La unidad de análisis está detallada en la propia jurisprudencia y datos estadísticos aplicables al análisis de los casos en evaluación de los años 2017 y 2018 en el Poder Judicial.

De este modo, sistematización una información metodológica que valida nuestra posición expuesta en una multiplicidad de publicaciones referenciales sobre el tema que valida la opción legislativa ejecutada en Colombia, donde se aprobó la unificación de "materias vinculadas" en el ámbito de la atención de conflictos de "menor incidencia" al crearse los *juzgados promiscuos*.

3. El fracaso de la visión tradicional dogmática del Derecho de Familia

La especialidad en evaluación, desde el punto de vista dogmático, ha tenido tres períodos caracterizado por algunos elementos particulares:

a. En la primera etapa, se logró individualizar su contenido y especialidad frente al ámbito del derecho civil y esto ha permitido evaluar elementos propios de la realidad social nacional. Sin embargo, esta etapa permite visualizar un defecto que se mantiene hasta la actualidad: el contexto íntimo en las relaciones familiares. Este se constituye como una premisa de mayor valor que el ámbito público que la familia desarrolla, generándose un error que no ha logrado atender los derechos funda-

mentales de las personas, especialmente en situaciones de violencia y de identificación de derechos vinculados al género y a una condición de debilidad frente a la contraparte.

b. En la segunda parte, se ha logrado incorporar elementos propios de la realidad social para así matizar el alcance íntimo y privado de las relaciones familiares para aproximarlos a un contexto público, mucho más objetivo.

   En este ámbito es que se ubican las referencias de las reformas a la institución del "divorcio" que marcaron un tránsito del "divorcio sanción" al "divorcio sin necesidad de causa" desde 1984 hasta la actualidad.

c. En la tercera parte, ya se registra una constitucionalización del derecho de familia y la expresión de una serie de normas jurídicas que desarrollan el contexto procesal particular y especial aplicable al ámbito de las relaciones familiares (Derecho Procesal de Familia). En esta etapa, nos encontramos en la actualidad y permite observar una serie de situaciones, como por ejemplo:

   i. La evaluación de elementos probatorios y procesales vinculados al contexto procesal y constitucional en los expedientes vinculados al ámbito judicial en la especialidad de familia.

   ii. La evaluación y validación de pericias psicológicas que determinan situaciones referenciales en el trámite de un proceso, como sucede por ejemplo en el ámbito de la evaluación de la Alienación Parental.

   iii. El registro de un mecanismo de referencialidad de elementos de tuición especial y casuístico, como se puede detallar de los alcances del III Pleno Casatorio Civil desarrollado en función a la Casación Nº 4664-2010, Puno, donde se detalla la "diferenciación" de posiciones y niveles de de-

fensa entre las partes procesales y donde se plantea la necesidad de *flexibilizar* los niveles de aplicabilidad de la normatividad en casos de conflictos familiares.

Cambios que se han complementado en el ámbito de otras especialidades y competencias jurisdiccionales que en conjunto permiten detallar la importancia del nuevo contexto que debe incidir en los próximos cambios normativos. Pero, en particular, respecto de la identificación de derechos de las "personas" que intervienen en un conflicto familiar, porque no todos ellos son "partes procesales".

Condición que finalmente nos permite detallar que la *doctrina tradicional* resulta insuficiente frente a la evaluación de casos que se registran en modo masivo en el ámbito judicial y que no logran atender las necesidades académicas, profesionales y jurisdiccionales de los magistrados, especialmente cuando se tratan casos que no fueron regulados por el legislador en el año 1984, como pueden ser casos de *maternidad subrogada, situaciones de violencia familiar, referencias en cuanto al género de las partes involucradas, elementos probatorios que inciden en la pretensión expuesto en una demanda, etc.*

Dado que surgen vientos de cambio, es necesario detallar que si bien el legislador (por su miopía ante la crisis social en ciernes) y el juzgador (por su poca predisposición a participar en las reformas normativas que va a emplear en su propia actividad jurisdiccional) se han esforzado en negar la existencia de esta nueva etapa, las condiciones que permiten acreditar nuestra posición se han materializado en las siguientes referencias:

a. La modificación de la legislación familiar, respecto de la tutela de los derechos de todos los involucrados en el conflicto familiar. Referencia particular es la Ley de Tenencia Compartida, Ley Nº 29269, ley pionera a nivel mundial en la determinación de la igualdad de los progenitores respecto del vínculo con los

hijos. En similar sentido está la Ley de Divorcio Notarial o Municipal, más conocida como la ley del "divorcio rápido", Ley Nº 29277.

b. Sentencias del Tribunal Constitucional (principalmente) y del mismo Poder Judicial, que sin tener condición de vinculante en algunos casos porque son emitidas por jueces de paz, jueces especializados o Salas Superiores, predeterminan las líneas jurisdiccionales a tener presente al momento de resolver cuestiones de naturaleza tutelar familiar.

4. La constitucionalización de los valores aplicables en el Derecho de Familia

Haciendo un paralelo al proceso de constitucionalización del derecho procesal penal, se considera que ya no existen fundamentos para no desarrollar una constitucionalización del derecho de familia en el Perú. En particular, porque resulta inadmisible el actual contexto disfuncional que se registra en el ámbito judicial donde se evidencian casos de discriminación en contra del varón litigante, aún si este personaje es el provocador de los conflictos judiciales.

En esencia, en el ámbito judicial de familia el varón litigante cuenta con menores derechos que los que se le asignan a una persona imputada de un delito, aun cuando estos sean de extrema gravedad y ello resulta sumamente incoherente con el parámetro de respeto al principio de "imparcialidad" que debe tener todo órgano jurisdiccional.

De esta manera, una constitucionalización del derecho de familia, provocaría las siguientes consecuencias inmediatas:

a. Una limitación a la producción legislativa unidireccional, para que así ninguna propuesta se extralimite en los alcances que

propone la Constitución y no termine provocando un mayor daño social bajo el argumento de una "solución" legal.

Con esta limitación se terminarían las discriminaciones innecesarias y una alteración de la condición de sujeto de derechos para los varones, a quien ya prácticamente se le considera un "enemigo" en el derecho de familia.

Las acciones afirmativas reflejadas en normas de discriminación positiva a favor de la mujer (como colectivo) son justificadas hasta un determinado nivel, y resultan discriminadoras en términos negativos cuando sobrepasan el ideal de equilibrio legal entre "varón" y "mujer", porque generan otro nivel de desprotección, victimizando a los "agresores" en forma desproporcional a la responsabilidad evaluada. En términos sencillos, construyen una nueva "víctima".

b. Una práctica jurisdiccional más eficiente en la administración de conflictos interpersonales, a efectos de generar una mejor administración de recursos (humanos, económicos e institucionales) en el sistema de justicia.

El sistema judicial no requiere que "todos" los conflictos interpersonales lleguen a un proceso judicial, porque resulta oneroso e improductivo que un Juez tenga que resolver conflictos de parejas que fácilmente se pudieran resolver en otras instancias y niveles más prácticos, sin la necesidad de judicializar una situación determinada.

Eventualmente el camino de la judicialización termina por agravar irremediablemente un conflicto familiar, por cuanto las acusaciones o denuncias constituyen un nuevo elemento condicionante a la violencia familiar.

Confluye todo lo detallado en la imperiosa necesidad de garantizar la *oralidad en el ámbito jurisdiccional en la especialidad familiar y civil,* principalmente porque en asuntos sobre conflictos

familiares, la actuación inmediata y oportuna de los órganos jurisdiccionales es funcional y diligente.

c. Una mejor regulación legal para resolver conflictos interpersonales, lo cual implica adicional a un proceso de reforma estructural del Código de los Niños y Adolescentes CNA, la promulgación de un Código Procesal Familiar, debido a que no podemos extender los alcances del artículo III del Código Procesal Civil utilizado supletoriamente en los procesos de índole familiar (fines del proceso e integración de la norma procesal).

Consecuencias que en conjunto permitirían una sistematización de principios aptos para resolver un conflicto social, sobre la premisa de la defensa de la dignidad de todos los que participan en un conflicto familiar, una tutela judicial efectiva y sobre todo a la defensa de la garantía del derecho a la defensa.

De esta manera generaríamos una mejor interpretación del uso de las garantías de defensa de derechos fundamentales, de los principios del Derecho Civil, Procesal Civil, Penal, así como de los principios del CNA, sobre la base de la tutela de la dignidad de la persona humana.

5. Aspectos cualitativos que validan la propuesta

A efectos de sostener la importancia de la presente propuesta, se hace un análisis de los elementos positivos que podrían ser evaluados en el ámbito de la implementación de un sistema judicial en el cual se unifiquen competencias en función de una vinculación a un conflicto familiar, para así que una única decisión judicial pueda resolver el fondo de la controversia entre los integrantes de una familia en crisis, relativizando su condición procesal al ponderarse su condición de sujeto de derechos.

a. Un nivel de tutela efectivo, directo, proporcional a las circunstancias en evaluación que garantice la defensa de un derecho.

   En este punto, sostenemos la propuesta sobre la base de que en la mayoría de los procesos judiciales donde se ventilan asuntos familiares, las partes procesales registran estos elementos de identificación:

   i. No logran identificar sus derechos de modo objetivo.

   ii. No logran determinar los ámbitos o parámetros en los cuales sus intereses pueden ser tutelados.

   iii. No logran materializar sus expectativas en el desarrollo del proceso judicial.

   Situación que permite relacionar el hecho de que el inicio del trámite judicial se ejecuta en un período de tiempo posterior al momento en que surgen la necesidad de exigir la materialización del mismo a la contraparte en el conflicto familiar.

   De este modo, la tutela de la dignidad de las personas involucradas puede ser garantizada de modo inmediato, directo, objetivo y de modo proporcional a los hechos materia de evaluación.

b. Respeto por los derechos y principios de la igualdad entre las partes.

   Una referencia que permite detallar los aspectos ajenos al ámbito procesal y judicial que usualmente no son conocidos por los magistrados porque esto no está expuesto en el expediente judicial.

   De este modo, se procura garantizar una efectiva acción judicial sin tomar en cuenta la condición o género de las partes involucradas en el conflicto familiar, por cuanto el juez tiene una mayor capacidad y condición de conocer la *realidad familiar* en la toma de una decisión.

c. Respeto y cumplimiento de los principios procesales y constitucionales en el trámite del proceso judicial.

   Los principios de *economía procesal, debido proceso, tutela judicial efectiva, inmediatez, gratuidad en el acceso a los servicios de justicia, entre otros* son garantizados de modo objetivo y temporalmente en un único momento, situación que garantiza la calidad de la *justicia impartida* y también permite reducir los niveles de violencia entre las partes en conflicto.

   Complementariamente con otros puntos en desarrollo, esta propuesta permite la adaptabilidad de los valores procesales del "interés para obrar" y "la legitimidad para obrar", los cuales suelen presentar inconvenientes en el trámite procesal, especialmente cuando se toma en cuenta que en una familia en crisis o en conflicto en su interior, no todos podrán tener la condición de ser *parte procesal.*

d. Reducción del comportamiento malicioso, temerario o deficiente en las partes procesales.

   Al acumularse las pretensiones de las partes procesales en un único expediente y en un mismo juzgado es posible reducir el contexto negativo que sumen las partes en el desarrollo del conflicto familiar, especialmente porque ya no podrán generar acciones que perjudican los derechos de los otros integrantes de su propio ámbito familiar.

   La reducción de casos de omisión de alimentos, obstrucción de vínculo, alienación parental, padrectomía, chantaje económico para la prestación de alimentos o violencia familiar se podrían registrar en forma inmediata a la materialización de esta propuesta.

e. La flexibilización de parámetros sustantivos y procesales en pos de garantizar la tutela de derechos y la atenuación de los niveles de violencia en una familia en crisis.

Sobre la base del alcance del III Pleno Casatorio citado anteriormente, consideramos que los jueces pueden optar por ejecutar las siguientes acciones en casos particulares:

i. Adecuación de los alcances normativos de la legislación aplicable en función a una interpretación *pro homine* o *pro familis* en base a la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ii. Adaptabilidad de elementos procesales y sustantivos aplicables a otras disciplinas si estas resultan pertinentes en la evaluación de un caso.

iii. Actuación jurisdiccional funcional aun cuando la etapa procesal haya sido ejecutada.

    Una referencia que permite detallar el hecho de que los *conflictos familiares* suelen registrarse en un período de tiempo dinámico, factor característico en este tipo de controversias.

iv. Ponderación de valores vinculados al ámbito de la *justicia, equidad y de los Derechos Naturales* cuando la controversia tenga una condición vinculante con una acción decimonónica por parte de la ley.

    De este modo, consideramos que la actuación del juez podrá ser eficiente y no estará condicionado a los parámetros formales impuestos por las partes procesales, por cuanto estas delimitan la competencia del órgano jurisdiccional en la identificación de las pretensiones y contestación de la demanda. Por tanto, los valores de una evaluación *infra-petita* o *ultra-petita* podrían garantizar una mejor acción del órgano jurisdiccional ante un conflicto familiar, situación que valida también la ejecución de acciones que pudieran ser revisadas en un procedimiento impugnado, donde la *reformatio in peius* no constituiría una referencia negativa de modo automático.

Puntualmente, se postula que estas acciones mejoren la actividad del juez, tanto a nivel argumentativo en la propia decisión ante las partes procesales como también mejore la actividad judicial en representación del pueblo, conforme los alcances del artículo 138º de la Constitución Política de 1993.

f. Se garantice una defensa técnica más próxima a la atención del conflicto familiar y no a una estrategia procesal que solo garantice una posición en el trámite del expediente judicial.

   Tomando en cuenta que las partes procesales no podrán excluir a los demás integrantes de la relación familiar en crisis, la defensa de sus expectativas, intereses y derechos deberá ser expuesta bajo un formato especial donde no pueda admitirse un comportamiento malicioso o procesal, especialmente porque no podrá manipular las condiciones en las cuales se presenta el conflicto expuesto en el expediente judicial. Por tanto, la inmediatez en la evaluación de los hechos por parte del juez puede garantizar que la omisión o desidia en la defensa de los derechos afectados por parte de los otros integrantes de la familia en crisis no generen una condición negativa sustancial o prolongada y esto facilitará la labor técnica del abogado defensor quien deberá ponderar la resolución del *conflicto familiar* a la ponderación de una estrategia procesal.

g. Una mejor comprensión del metaprincipio del Interés Superior del Niño.

   Se suele considerar al Interés Superior del Niño como un "principio jurídico", pero en esencia se trata de un "metaprincipio", especialmente porque este está destinado a *orientar y generar una búsqueda y resultado creativo* que permite materializar una solución a una situación específica, factor que lo diferencia del *principio,* que es una norma que regula algo (Suárez, 2006, p. 83).

Propuesta que permite evitar la empleabilidad del ISN en forma indiscriminada en el ámbito judicial, porque en esencia se le emplea como una "alternativa" para *legitimar* una decisión sin que existan los elementos que lo validen.

6. Referencias jurisprudenciales que sustentan nuestra posición

Tomando en cuenta que la práctica judicial nacional ha venido desarrollando una nueva interpretación al contenido de las principales instituciones del Derecho de Familia, podemos mencionar la necesaria articulación de estas decisiones:

a. La tutela de derechos vinculados al ámbito económico y socio familiar en situaciones extremas expuesto en el caso Janet Rosas Domínguez, STC Nº 06572-2006-PA/TC (06/11/2007).

   En este caso se tuteló el derecho pensionario de una señora ante el fallecimiento de su pareja con quien había registrado una convivencia sin impedimento matrimonial situación que provocó la reforma del procedimiento evaluador previo que establecía la obligatoriedad de acreditar una relación matrimonial conforme los alcances del artículo 53º del Decreto Ley Nº 19990.

   La consecuencia de esta sentencia permitió equiparar formalmente la convivencia al matrimonio, por cuanto esta ya tenía un contenido constitucional que no había sido vinculado al ámbito normativo administrativo hasta entonces.

b. La tutela del vínculo familiar, expuesto en el Caso Reynaldo Shols, STC Nº 09332-2006-PA//TC (30/11/2007)

Una sentencia que identifica la variabilidad de las condiciones en las cuales se establecen las relaciones familiares, en particular con la generación de nuevos "tipos" de familias, como en el caso en evaluación donde se tuteló la "familia ensamblada".

c. La tutela de las relaciones familiares (vínculo familiar) entre un progenitor y su progenie, conforme lo expuesto en el Caso hijos Tudela Van Breugel, STC Nº 1317-2008-PHC/TC**.**

   Referencia jurisprudencial sumamente importante al tratar las *relaciones familiares* como *instituciones naturales* que no pueden ser condicionadas o limitadas por la ley.

De este modo, surge un patrón referencial sumamente importante que permite identificar una mejor práctica judicial en la tutela de situaciones especiales que por su novedad temática pueden no ser correctamente interpretadas por los magistrados en la etapa inicial del trámite del expediente judicial.

Conclusiones

El Derecho de Familia como especialidad en el ámbito dogmático ya no puede ser sostenido en función a su referencialidad con el Código Civil de 1984, tanto en su esencia como en su percepción de disciplina autónoma y desvinculada de las demás áreas del derecho. Urge una visión más amplia, más consensual y participativa para afrontar los múltiples problemas y conflictos sociales provocados al interior y exterior de una familia, porque de lo contrario la misma convivencia y paz social puede ser desvirtuada.

La poca visión a un tratamiento integral a los problemas que aquejan a la familia, ha generado un sobre costo económico, logístico, institucional que ha afectado la legitimidad del Poder Judicial y del Ministerio Público en todas sus instancias y niveles, porque los conflictos familiares no han logrado ser atendidos correctamente.

Referencias bibliográficas

Bermúdez, M. (2011). *La constitucionalización del Derecho de Familia.* Lima: Editorial Caballero Bustamante.

Bermúdez, M. (2012). *Derecho procesal de familia.* Lima: Editorial San Marcos.

Bermúdez, M. (2019). "La autonomía del derecho procesal de familia en función a la atención de los conflictos familiares judicializados". En Torres, M. (2019). *Derecho procesal de familia.* Lima: Gaceta Jurídica, 389-435.

Mora, J. (2004) *Memorias y Epistolario.* Pasto: Graficolor

Poder Judicial (2018). *Boletín Estadístico Institucional. Nº 04-2018.* Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/ connect/813ad88048c970ce939df353388de097/Boletin+N°4+DICIEMBRE-2018.pdf?MOD=AJPERES& CACHEID =813ad88048c970ce939df353388de097

Ramos, N. (2011). *La filosofía de Miguel Reale.* Mar del Plata: Universidad FASTA Ediciones.

San Luis, R. & Pérez, A. (2004). *Tendencias actuales en el derecho de familia.* Almería: Universidad de Almería

Suarez, J. (2006). *Crítica a la razón en la filosofía del siglo XX*. Antioquía: Universidad de Antioquia.

El Daño Subjetivo como Criterio Unificador del Sistema de Responsabilidad Civil en el Perú

Víctor Efraín Flores Leiva

Resumen

La construcción y el reconocimiento del daño subjetivo como categoría propia en la clasificación del daño, hace que el sistema binario de responsabilidad civil entre en una revisión legislativa a fin de unificar su regulación y de ese modo resarcir el daño de manera uniforme sin importar si el origen del daño proviene de la inejecución de la obligación o de la infracción del deber genérico "no dañar a otro". En la actualidad existe una tendencia creciente hacia la unificación del sistema de responsabilidad civil y que mejor si se tiene como eje al daño subjetivo, donde la mirada del legislador ya no siga siendo desde el sujeto dañador, sino la preocupación de cómo se repara el daño a la víctima. En dicha perspectiva en este trabajo se presenta datos y argumentos jurídicos para que el daño a la persona o daño subjetivo sea el eje central para la unificación del sistema de responsabilidad en el Perú.

Palabras clave: Daño subjetivo; unificación del sistema civil; responsabilidad civil.

Abstract

The construction and recognition of subjective damage as its own category in the classification of damage, causes the binary civil liability system to enter into a legislative review in order to unify

its regulation and thereby compensate the damage evenly regardless of whether the origin of the damage comes from the non-performance of the obligation or the violation of the generic duty "not to harm another". At present there is a growing trend towards the unification of the civil liability system and that better if one has as an axis the subjective damage, where the legislator's gaze no longer remains from the damaging subject, but the concern of how the damage is repaired to the victim. In this perspective, this paper presents legal data and arguments so that the damage to the person or subjective damage is the central axis for the unification of the responsibility system in Peru.

Keywords: Subjective trouble, civil unification system; of the civil responsibility.

Introducción

Después de una pesquisa de la literatura especializada se observa que no se ha escrito lo suficiente con relación a la unificación del sistema de responsabilidad civil en general. En el caso peruano tampoco existe un estudio exhaustivo y completo sobre dicho tema, sino solo algunos trabajos esporádicos. Sin embargo, existen trabajos y posturas teóricas de algunos juristas nacionales quienes manifiestan una posición a favor o en contra del mismo. Veamos, a continuación, algunos casos.

Córdova (2019) refiere que la teoría de la unificación es aquella que se opone a la idea de que la obligación indemnizatoria proviene de dos fuentes claramente diferenciadas. Por su parte, Caballero y Sánchez (2016) en un estudio sobre la unificación del sistema de responsabilidad civil: debate doctrinario en la jurisprudencia casatoria en los años 2010-2016 en el Perú, refieren que la teoría de la unificación es aquella que se opone a la idea de que la

obligación indemnizatoria proviene de dos fuentes claramente diferenciadas. Además, sostienen que no existe uniformidad de criterios para determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en la jurisprudencia casatoria nacional. Esto debido a que, el código civil regula por separado ambos aspectos de responsabilidad civil. Sin embargo, los operadores jurisdiccionales y, principalmente, la Corte Suprema no logra diferenciarlas. Por ello, en su mayoría la establecen como una sola, bajo la misma finalidad que es reparar el daño ocasionado a la víctima. De este modo, para solucionar los problemas asociados a ella, la doctrina jurisprudencial proporciona la aplicación de la unificación de los sistemas de responsabilidad civil. Y, ello con la finalidad de contrarrestar la inseguridad jurídica de aquellos que pretenden que se les indemnicen los daños ocasionados, sin importar el agente causante del mismo, sino la persona afectada.

Finalmente, García (2016) en su investigación "Criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la responsabilidad civil a nivel del ordenamiento civil peruano" sostiene que la dualidad de la noción del régimen de la responsabilidad civil ha ocasionado múltiples problemas, especialmente a nivel aplicativo por los órganos jurisdiccionales. Ello debido a que los operadores jurídicos emiten sentencias contradictorias y deficientes en fundamentación jurídica en especial cuando se presentan las zonas grises, por lo que se hace necesario la unificación de las teorías.

En este marco, en el presente trabajo se tuvo como objetivo pesquisar datos empíricos y encontrar argumentos o fundamentes que justifiquen que el daño a la persona o daño subjetivo sea el eje central para la unificación del sistema de responsabilidad civil en el Perú. Para dicho fui se desarrolló una investigación descriptiva cualitativa usando los métodos dogmáticos y de argumentación jurídica. El estudio focalizó en análisis interpretativo de la responsabilidad civil y los sistemas que lo gobiernan para funda-

mentar las razones por las que el sistema que impera en las legislaciones se reforme hacia una regulación única que garantice la reparación de las consecuencias del daño.

Resultados y discusión

1. El daño subjetivo

1.1. El daño

En general, el daño es el presupuesto o supuesto de hecho indispensable para la existencia de la responsabilidad civil. Sin daño no hay activación del sistema jurídico para atribuir responsabilidad a nadie. Al respecto, ya hace algunas décadas, Cupis (1975) afirmaba:

> La reacción del derecho, de hecho, estando encaminada a reprimir el daño, se realiza solamente en cuanto aparece allí el daño en sí; cierto que es necesario que este daño derive de un hecho humano, pero lo decisión para que actúe la reacción jurídica, es su existencia concreta (p. 83).

En esa misma perspectiva, Lorenzetti (2007) señala que "El daño se constituye en el centro alrededor del cual gravita la responsabilidad y es factor que la expande al ampliarse su concepto" (p. 164). Obviamente, con ello no se quiere afirmar, que todo daño hace surgir la responsabilidad civil, pues para que ello suceda tiene que cumplirse con ciertas exigencias o requisitos, que la denominamos *daño resarcible*, pero sí se puede afirmar que no hay responsabilidad civil sin daño. En ese sentido, Tamayo (1999) afirma: "Para que una persona sea responsable civilmente se requiere que con su comportamiento haya dañado un bien de un tercero, que estaba protegido por el orden jurídico civil. Mientras no haya daño, no cabe hablar de responsabilidad civil (p. 07).

En suma, hablar de responsabilidad civil implica hablar de la existencia del daño. En concordancia con Cupis (1975), el daño es entendido como "nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable" (p. 81). Por lo tanto, el daño es el presupuesto o supuesto de hecho indispensable para la existencia de la responsabilidad civil.

1.2. El daño subjetivo

El daño puede ser de diferentes tipos, esto implica que no existe un solo tipo de daño. Por ello, es menester partir haciendo una revisión de la clasificación del daño. En la literatura especializada en el campo del derecho civil se encuentra la primera clasificación del daño. La cual distingue dos grandes clases: a) daño evento y b) daño consecuencia. En palabras del maestro civilista peruano Carlos Fernández Sessarego (2009), ambos son las "dos caras de una misma moneda" y la que merece reparación o resarcimiento es el segundo.

A continuación, en la siguiente figura presentamos la mencionada primera clasificación del daño:

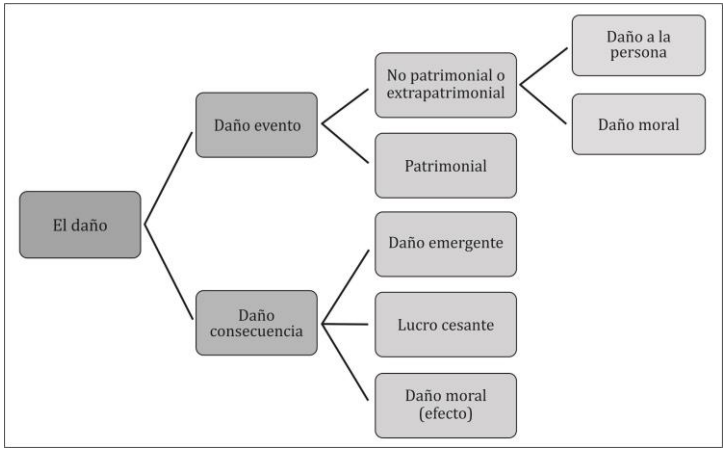


Figura N° 1: Elaboración propia

Una segunda clasificación del daño, según la doctrina civilista tradicional y, digamos, mayoritariamente; el daño se clasifica en: a) daño patrimonial y b) daño extrapatrimonial. Entre la primera clase de daños encontramos al daño emergente y al lucro cesante; mientras que entre los segundos se encuentra el daño moral. Asimismo, en nuestro código civil peruano vigente, la categoría del daño extra patrimonial o subjetivo comprende el daño a la persona y al daño moral. Es preciso señalar, que no todos los juristas y estudios están de acuerdo con esta clasificación.

A partir de una nueva visión del derecho de daños, es decir, vista desde la óptica de la víctima, y también fundado en la teoría tridimensional del derecho y en los postulados de la filosofía del existencialismo, desarrollamos una nueva clasificación del daño. Para ello, tomamos como base el gran aporte del maestro Fernández Sessarego (2009) quien desarrolla una nueva clasificación del daño considerando fundamentalmente a la persona como el eje y el centro del derecho. Pues, como se podrá comprender, con esta clasificación se supera las tendencias y corrientes unidimensionales que hacían girar el derecho tan solo en torno a los valores, como la justicia o, reductivamente, alrededor de la norma jurídica. Esta como se sabe, es solo una estructura formal del pensamiento humano. Así, se supera la concepción individualista-patrimonialista que se interesaba, preferentemente, por la protección jurídica de los intereses materiales de la persona –por su patrimonio– más que por la persona considerada en sí misma y; por consiguiente, por sus derechos subjetivos e intereses existenciales.

Esta moderna clasificación se presenta esquemáticamente en la siguiente figura:

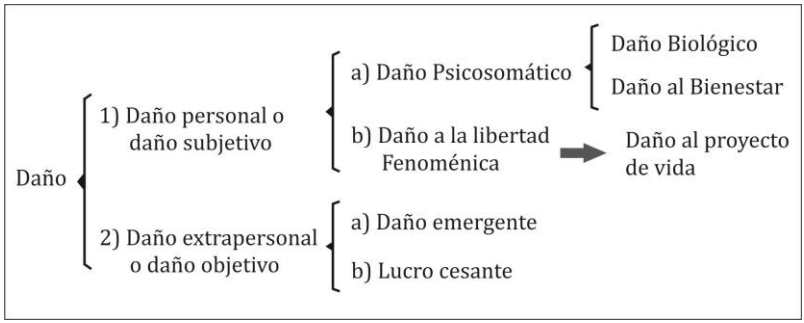


Figura N° 2: Elaboración propia

Como se podrá deducir, el concepto de daño subjetivo con la que realizamos la presente investigación corresponde a lo propuesto por el maestro Fernández Sessarego (2009). Para él, el daño subjetivo o daño a la persona "Es el daño que se le ocasiona a la persona en su naturaleza bidimensional de la estructura existencial del ser humano en "daño psicosomático y daño a la libertad fenoménica o daño al proyecto de vida" (p. 480).

1.3. Características del daño

El daño tiene diferentes características como que tiene que ser cierto, personal y lícito. Al respecto, Tamayo (1999) desarrolla las sigueintes características:

- El daño reparable debe ser cierto: "El daño indemnizable debe ser cierto y en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo (…). Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva…" (p.14).

- El perjuicio debe ser personal: "… esto quiere decir que solo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación…" (p. 87).

- El beneficio afectado por el daño debe ser lícito:

  > Para que el daño sea reparable, además de ser personal y cierto, debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima, es decir se requiere que el causante del daño no tuviera el derecho de producción, ya que la víctima tenía el derecho a disfrutar del beneficio alterado… (p. 105).

Como se puede observar, aparentemente, solo se dispone de un beneficio lícito cuando se es titular de un derecho real o personal, o cuando está expresamente protegida y garantizada por la constitución y las leyes. Sin embargo, existe otra serie de situaciones jurídicas que, si bien no facultan al individuo para disponer de una cosa o para exigir una prestación de una deuda concreta, si lo autorizan para realizar todo aquello que no está expresamente prohibido por el orden jurídico (*Ibíd.*, pp. 107-108).

2. La responsabilidad civil

2.1. Nociones generales

El diccionario de la Real Academia Española refiere que el vocablo *responder* es una palabra polisémica, dado que tiene varios significados. En este caso, para efectos del presente estudio nos interesa la acepción 14. intr. Dicho de una persona: Estar obligada u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida. Ahora, Espinoza (2011), citando a Carlo Maiorca, con respecto a la responsabilidad civil señala que:

> Etimológicamente, la palabra *responsabilidad* se remonta al latín tardío *respondére*. El término antiguo *respondére* significa el movimiento inverso de *spondére*, cuya raíz lleva en sí la idea de

> rito, solemnidad y, con ello, el de la formación de un determinado equilibrio, de un determinado orden, con un carácter de solemnidad. Así, *respondére* presupone la ruptura de tal equilibrio, de tal orden, y expresa con ello la idea de la respuesta reparadora de la ruptura (p. 41).

Por su parte, Lopez (2006) con relación a la noción de la responsabilidad civil, expresa:

> Los antiguos romanos sintetizaron los grandes principios juridicos en tres axiomas, a los que el derecho podria reducirse como minima expresion y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: honeste vivere (vivir honestamente), suum cviquetribuere (dar a cada uno lo suyo) alterum non laedere, es decir, no dañar al otro… (p. 1).

Conisderamos que, no le falta razón al citado jurista, porque en base a ese principio *alterum non laedere*, los juristas de la postrimería construyeron toda una literatura doctrinaria en torno a la responsabilidad civil. Este instrumento jurídico, responsabilidad civil, forma parte de toda esa gama que el derecho ha diseñado para controlar las conductas ilícitas imponiendo consecuencias o sanciones que persuadan a las personas a vivir en sociedad. Por ello, Lopez (2006), citando a Salvador y Fernandez, refiere que "La responsabilidad civil forma parte de los variados instrumentos juridicos que tiene el derecho para controlar conductas antijuridicas y dañinas" (p. 2). Por su parte, Yagüez (1989) refiere que: "el no causar daño a los demás es quizás, la más importante regla que gobierna la convivencia humana en la tierra" (p. 21). De allí que, hasta el día de hoy, esta regla general es el fundamento principal para la existencia de la responsabilidad civil extracontractual.

En conclusión, en la fórmula de responsabilidad civil se concentran las teorías del acto ilícito y del daño, los aspectos relativos a

los seguros, así como los vínculos con el derecho de familia, de la propiedad, del contrato y del crédito (Alpa, 2006).

2.2. Funciones de la responsabilidad civil

Con relación a las funciones de la responsabilidad civil, Herrera (2006) refiere que, además de cumplir la función compensatoria, llamada también resarcitoria o indemnizatoria; que la mayoría de la doctrina le atribuye como función exclusiva, existen otras no menos importante como la función demarcatoria que delimita la responsabilidad por culpa (responsabilidad civil subjetiva) con la distribución de riesgos (responsabilidad objetiva) y la función preventiva. Por su parte, Alpa (2001, citado en Espinoza, 2011), señala que frente a las tradicionales funciones de la responsabilidad civil se ha agregado otras como la distribución de las pérdidas y la asignación de costos, defendida por la escuela del análisis económico del derecho, que considera como la función principal de la responsabilidad civil la reducción la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos.

Otros autores, entre ellos Chang (2014), incorporan a las ya señaladas la función preventiva: que busca que la responsabilidad civil actué antes de que el daño ocurra. Por su parte, Trigo (2007), hace referencia la función punitiva donde la noción de "pena civil" sirve para censurar conductas reprensibles, como en los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y en general, en los daños masivos.

En resumen, cualquiera fuese las funciones que cumple la responsabilidad civil, debemos resaltar que estas deben tener como centro de atención a la persona que sufre las consecuencias del daño. Luego se debe identificar quién asume la responsabilidad de repararla, de modo que el derecho no deje desamparado o sin reparación a todas las víctimas.

2.3. Los sistemas de responsabilidad civil

El sistema de responsabilidad civil en casi la totalidad de los países que conforman el sistema jurídico *romano germano* o del *civil low* ha regulado desde dos sistemas de responsabilidad civil. Por ello, es conocida también como el sistema binario de la responsabilidad civil. El primero denominado *responsabilidad civil contractual* y; el segundo, *responsabilidad civil extracontractual*. Esta postura, según nuestro entender, deriva del endiosamiento de la autonomía privada de la voluntad sobre el cual se construyó la mayoría de las instituciones del derecho civil, como lo es la teoría general del negocio jurídico o de la convención o el contrato.

Nuestro país no deja de regular la responsabilidad civil desde esta perspectiva. Pues, la responsabilidad civil derivada de la inejecución de las obligaciones regulada en el artículo 1321 y la responsabilidad extra contractual regulada a partir del artículo 1969 del código civil, hace que haya optado por la dualidad del sistema de responsabilidad civil. No obstante, existe un cierto sector de la doctrina, que cada vez va adquiriendo adeptos que no está de acuerdo con la regulación del resarcimiento del daño desde dos sistemas. Esto debido a que, consideran que dicha regulación responde a tener una concepción de la responsabilidad civil centrada en la culpa y el victimario y no precisamente en el daño y la víctima.

Al respecto, Herrera (2006) afirma:

> Si el centro de la responsabilidad civil va a ser el daño, la consecuencia lógica es sostener que la misma es una sola o, lo oque es lo mismo, la unicidad del fenómeno resarcitorio, sin tener en cuenta el origen del daño. A la víctima poco le sirve saber que ha sufrido un daño por un contrato, previo a un contrato o por un delito, lo que le importa es si soportará estoicamente el daño, o si alguien se lo va a reparar, cuánto, cuándo y cómo (p. 77).

En la doctrina nacional existen varios juristas que se inclinan por la unificación del sistema de la responsabilidad civil. Entre los más representativos podemos citar a Espinoza (2011), quien afirma:

> Hace algunos años expresé, siguiendo a la corriente dominante de la docttrina contemporánea que la "discusión sobre la distintción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, se torna bizantina, por cuanto en ambas se produce un daño y el derehco debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino cómo solucionar sus consecuencias (p. 68).

En dicha perspectiva, también Vidal (2001) manifiesta:

> Nuestra posición unitarista la fundamos en el daño, como factor determinante de la responsabilidad, y en el nexo causal, esto es, en la relación de causalidad respecto del eventus damni y del sujeto al que se imputa la responsabilidad y queda obligado a la indemnización. Con este fundamento tomamos distancia en cuanto a la unidad de la responsabilidad civil basada en la culpa. La unidad de la responsabilidad civil, por último, la robustece y la reafirma como sistema y, con este impulso, continuará siendo la gran vedette del Derecho, como alguna vez la calificó Josserand, el célebre profesor de Lyon (p. 399).

En la orilla contraria a la unificación del sistema de responsabilidad civil, encontramos a Hilario (2017) quien afirma:

> La unificación pretendida no puede prescindir, además de la previa e imposible, demostración de que el interés protegido por el ordenamiento –es decir, el objeto de la infracción– es el mismo en los dos tipos de responsabilidad, y en no menor medida,la demostración de que las personas llamadas a responder serán las mismas en ambos casos (p. 161).

El sistema dual de responsabilidad civil ha sido diseñado y regulado desde la óptica netamente patrimonialista e individualista en el endiosiamiento de la autonomía de la voluntad. De allí que, primero se preocuron por quien es el responsable del daño. Para ello, desarrollann una serie de los elementos de la responsabilidad civil como la conducta humana, el tema de la antijurcidad, los factores de atribución para ver si el dañador actuó con dolo o culpa y, finalmente, la relación de la causalidad, lo que en la ápoca del predominiio de la culpa aquiliana permitió que muchas víctimas se quedaran sin indemnización. Ello es así, por cuanto el victimario solo responde por el patrominio y la propiedad era el derecho fundamental y absoluto al menos en los inicios del derecho moderno y que se consagró legislativamente en el code de 1804.

Ahora que el derecho viene girando del patrimonialismo hacia la protección integral de la persona, poniendo en el centro del ordenamiento jurídico. Como manifestaba Fernández Sessarego (2019) del derecho para al mismo tiempo como destinatario del mismo se hace inuludible que las legislaciones giren en torno a la unificación de la responsabilidad civil, poniendo como eje o centro de regulación a la víctima y su reparación integral.

2.4. Elementos comunes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual

En la doctrina, en general, existe casi consenso con relación a los elementos de la responsabilidad civil, sea que derive de la inejecución de las obligaciones o de la infracción del deber genérico de "no dañar a otro" las que se resumen en lo siguiente: 1) Imputabilidad o la capacidad de responder por los daños que su conducta ocasiona. 2) La ilicitud o antijuricidad, entendida como la vulneración del sistema jurídico con la presencia del daño. 3) El factor de atribución es decir si el sujeto responde a causa de dolo

o culpa, o por el ejercicio de una actividad riesgosa. 4) El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido. 5) El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado (Espinoza, 2011).

Taboada (2001) considera a la antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución, dentro de la estructura común de ambos sistemas de responsabilidad civil, es decir, comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. A continuación, vamos a ver sucintamente cada uno de estos elementos y las coincidencias y diferencias en cada uno de los sistemas de responsabilidad civil.

a. **La antijuricidad.** La antijuricidad se refiere a la conducta dañosa y se dice que esta se configura cuando contraviene no solo una norma prohibitiva sino también cuando la conducta va en contra o viola el sistema jurídico en general. En la responsabilidad civil contractual se acepta que esta antijuricidad es típica por cuanto se encuentra regulada textualmente en el artículo 1321 del código civil y en el caso de la responsabilidad extracontractual la encontramos en los artículos 1969 y 1970 (responsabilidad subjetiva y objetiva) (Taboada, 2001).

   Este elemento se encuentra en los dos sistemas de responsabilidad civil. En el caso de la contractual se configura en el incumplimiento de la obligación ya sea en forma parcial o total, o cuando se haya ejecutado defectuosamente o tardíamente la prestación. Pues, el deudor se encuentra obligado a cumplir con lo debido, el no hacerlo implica transgredir el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el caso de la extracontractual, el deber genérico de no dañar a otro se ve transgredido con la conducta dañosa.

b. **Factores de atribución**. Viene a ser el fundamento del deber de indemnizar. Existen los sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentados en distintos factores de atribución, denominados factores de atribución subjetivos y objetivos.

Sistema subjetivo. El dolo: se entiende como la voluntad o el ánimo deliberado de la persona de causar el daño. El dolo se prueba en el sistema de responsabilidad contractual; en cambio, en la responsabilidad extracontractual, el dolo y la culpa tienen el mismo significado y tratamiento de modo que el dolo ha sido subsumido al concepto de culpa y no se prueba sino se presume.

La culpa: es la creación de un riesgo injustificado, la culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil. No obstante, cabe precisar que la culpa en la responsabilidad civil contractual se gradúa dependiendo que se trate de culpa grave o leve. Este último caso se presume y el primero se prueba, pero además las consecuencias del daño tienen distinta cuantificación cuando se trata de dolo o culpa grave, en cambio en la culpa leve, solo se responde por los daños previstos.

Sistema objetivo. El sistema objetivo se encuentra basado en el riesgo creado. Para la doctrina en riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario, tales como: los automotores, los artefactos eléctricos, las cocinas de gas, ascensores, los diferentes tipos de armas de fuego, los medicamentos, las actividades industriales. En todos estos tipos de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor. Pues, deberá bastar con acreditar el daño producido y quien debe responder es aquel que se ha beneficiado por el riesgo. Se dice que el artículo 1325 del código civil regula la responsabilidad objetiva en la contractual, mientras otros la niegan que en este

sistema existe tal responsabilidad y que más bien es propio de la extracontractual.

Relación de causalidad. En la responsabilidad civil, el tema del nexo causal o la relación de causalidad como lo denomina cierto sector de la doctrina. La legislación ha asumido determinadas teorías, distinta para cada uno de los sistemas de responsabilidad se ha construido. Pues en el ámbito contractual, nuestra legislación civil peruana ha optado por la teoría de la *causa próxima,* en cambio en la extracontractual, la legislación optó por la *causa adecuada*.

c. El daño

Con relación a este elemento jurídico, como se señaló en las páginas precedentes, más que un elemento configurativo de la responsabilidad civil, constituye un presupuesto *sine qua non* para la existencia de la responsabilidad civil. Pero, siempre que se trate de un daño injusto y no esté provisto de algunas causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho.

Conclusiones

Que el daño subjetivo o daño a la persona se convierte hoy en día en el centro para la nueva clasificación de los daños que tradicionalmente se clasificaba en daños patrimonial y extra patrimonial, para pasar a clasificarse en daños personal o subjetivo y daño extra personal u objetivo. Y, desde esta perspectiva se justifica que el sistema de responsabilidad civil sea único. Cuando se causa un daño a una persona, esta no puede ser tratada de modo diferente según el origen del daño ya sea se derive de la inejecución de la obligación o de la infracción del deber general de "no

dañar a otro"; pues en ambos casos, lo importante es que la víctima tenga las mismas herramientas legales para lograr la reparación del daño.

En la actualidad, en la casi totalidad de las legislaciones de los países del sistema romano-germano, han regulado de modo distinto la responsabilidad civil. En rigor, sigue predominando el carácter patrimonial y la autonomía de la voluntad como categorías que merecen mayor importancia; así por ejemplo, el caso de la prescripción para solicitar una indemnización por el daño sufrido. La víctima tiene un plazo de 10 años si el daño deriva de la inejecución de una obligación y solo dos años en la extracontractual, lo cual no tiene ninguna justificación alguna.

Nuestra legislación civil tiene una confusa regulación con relación al daño a la persona, pues un sector de la doctrina señala que el daño subjetivo se encuentra subsumido en el daño moral y la regulación del artículo 1985 es innecesario y confusa. Sin embargo, la teoría tridimensional del derecho cuestiona dicha afirmación, contrariamente a lo que sostienen dicho sector, señala que el daño moral es consecuencia del daño al estado de bienestar de la persona o también como consecuencia del daño biológico, que a su vez derivan del daño psicosomático.

Se hace necesario una reforma del código civil peruano en cuanto a la regulación de la responsabilidad civil, debido a que si no se opta por el sistema único o la unificación de la responsabilidad civil, al menos en el caso del daño a la personal o daño subjetivo, existe un solo sistema de responsabilidad y reservándose la regulación binaria en caso de los daños objetivos, extra personales o patrimoniales.

Referencias bibliográficas

Alpa, G. (2001). *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y Cuestiones.* (J. E. Espinoza, Trad.). Lima: Gaceta jurídica.

Alpa, G. (2006). *Tratado de la Responsabilidad Civil.* Lima: El Jurista Editores.

Caballero, F. , & Sanhez, R. (2016). *Unificación del Sistema de reesponsabilidad Civil, debate doctrinario en la jurisprudencia casatoria en los años 2010-2016*. Disponible en: http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/10368

Chang, G. (2014). *SlideShare*. Disponible en: https://es.slideshare.net/KarlosAquino/5-la-funcion-de-la-responsabilidad-civil-3

Córdova, M. (2019). *Apuntes en Torno a la Teoría de la Unificación de la Responsabilidad Civil.* Asociación Civil Derecho & sociedad. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16692

Cupis, A. (1975). *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S.A.

Cusi, A. (2015). *Andres Cusi*. Disponible en: https://www.google.com/search?rlz=1C1AOHY_esPE752PE761&ei=SQkNXYzELJCb5gLS0rqAAw&q=elementos+de+la+responsabilidad+civil&oq=elementos+de+la+responsabilidad+civil&gs_l=psy-ab.3..0i67l2j0l8.73592.79473..79823...0.0..0.499.7875.0j19j10j1j5.....0....1..gws-w

De Paula, J. (2018). *jurisblogeducativo*. Disponible en: http://www.jurisblogeducativo.blogspot.com/2018/02/fundamentos-de-la-responsabilidad-civil.html

Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil.* 6ta. ed. Lima: EditorialL Rodhas SAC.

García, R. (2016). *Criterios jurídicos para la unificación del régimen dual de la responsabilidad civil a nivel de aplicativo por los organos jurisdiccionales*. Disponible en: http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/1795

Herrera, E. (2006). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina SA.

Hilario, L. (2017). *La responsabilidad Civil. Lineas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima: Instituto Pacífica SAC.

Jaramillo, J. (1999). *De la Responsabililidad Civil* (Vol. I, T. I). Santa Fe: Temis SA.

Lopez, E. (2006). *Teoria Genral de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

Lorenzetti, R. (2007). "La responsabilidad civil". En F. T. Represas, *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*. Buenos Aires: La Ley SAE, 154-193.

Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano*. Lima: Motivensa SRL.

Sessarego, C. (2019). *youtube*. Disponvble en Contenido de noción y clasificación del daño. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=C7a2YQg3g-g

Taboada, L. (2001). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: GRIJLEY.

Tamayo, J. (1999). *De la Reponsabilidad Civil*. 2da. ed. Santa Fe de Bogota: TEMIS.

Vidal, F. (2001). "La responsabilidad Civil". *Derecho PUCP,* N° 50, 389-399. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527

Visintini, G. (1999). *Tratado dela responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Yuri, M. y Belaunde, D. (2010). *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Tomo II. Lima: Moreno S.A.

La Argumentación Jurídica en la Calificación Registral

Nancy Tafur Villanueva

Resumen

La argumentación jurídica implica articular las razones que justifiquen objetivamente una posición o decisión ante determinadas cuestiones jurídicas. Por ello, es importante que los operadores del derecho en sede registral, comprendan la importancia de la argumentación jurídica y lo apliquen en el ejercicio de su función calificadora. Una decisión, sea del Tribunal Registral, de los registradores, del Área de Catastro y/o de cualquier funcionario público en general, debe estar debidamente motivado. La indeterminación o ambigüedad de las razones por las cuales se observa o rechaza la petición de un usuario tiene efectos nocivos, como impedir el control ex post de los actos de la administración. En ese sentido, la ausencia de una motivación resiente el derecho al debido procedimiento administrativo, perjudicando a los usuarios o administrados.

Palabras clave: Calificación; argumentación; decisión; funcionario.

Abstract

Legal argumentation implies articulating the reasons that objectively justify a position or decision before certain legal issues.

Therefore, it is important that the operators of the law at the registered office understand the importance of legal argumentation and apply it in the exercise of their qualifying function. A decision, whether from the Registry Court, the registrars, the Cadastre Area and/or any public official in general, must be duly motivated. The indeterminacy or ambiguity of the reasons why a user's request is observed or rejected has harmful effects, such as preventing ex post control of the acts of the administration. In that sense, the absence of a motivation suffers the right to due administrative procedure, harming users or administrators.

Keywords: Qualification; argument; decision; public officer.

Introducción

Suele decirse que solo necesita justificación aquello que no es evidente ni arbitrario, lo cual según la teoría de la argumentación jurídica ha sido descartado. Pues, toda decisión de quien ejerce una cuota de poder delegada por el Estado, debe ser adecuadamente argumentada, justificada y motivada. Este es el caso de los registradores públicos que desarrollan tal acción en el ejercicio de su función calificadora.

En general, se piensa que la obligatoriedad de motivar o fundamentar una decisión es solo obligación exclusiva de los magistrados de la Sede Judicial. Por consiguiente, en la Sede Administrativa o en Sede Registral, no sería obligatorio. En la mayoría de los casos, las decisiones que se adoptan luego de desplegar la calificación registral, solo se limitan a la aplicación de una norma a un caso concreto. Es decir a la subsunción de una norma a un caso en particular o al título materia de calificación. Esta situación según nuestra postura no es exacto debido a que la argumentación o motivación de las decisiones es obligación de todo ciudadano

en el ejercicio de una función. Por consiguiente, la correcta aplicación de una norma e indicar al usuario una adecuada base legal, también es parte de la motivación de una decisión de observación o tacha de un título como resultado de la calificación registral del registrador público en primera instancia. Consecuentemente, la mayor responsabilidad de calificación registral recae en el Tribunal Registral en segunda instancia registral. En este sentido, la justificación, la exposición de las razones de una decisión, legitimará el ejercicio de la función calificadora, poniendo los límites a la arbitrariedad en la que se puede incurrir.

En este marco, se plantea que los registradores públicos como operadores del Derecho en Sede Registral, comprendan la importancia de la argumentación jurídica. Además, se aplique en el ejercicio de su función calificadora, garantizando el debido procedimiento en beneficio de los usuarios. No se debe perder de vista que es derecho de los ciudadanos exigir razones, justificación o motivación de las decisiones que se tomen respecto a su rogatoria contenida en un título. Por ello, la argumentación jurídica no es una potestad, sino es un deber y constituye el fundamento mismo de la legitimidad del ejercicio de una función pública, en este caso de la función registral.

El presente artículo es el resultado de revisión y análisis de la literatura especializada, así como de la normatividad, doctrina y jurisprudencia contrastadas con nuestra experiencia profesional en la SUNARP. Queremos destacar la importancia de argumentar una decisión como resultado de la calificación registral, esencialmente cuando el resultado no es la inscripción de un título, sino es advertir defectos o denegar el acceso al registro de un acto rogado.

Resultados y discusión

1. La argumentación jurídica

1.1. Aspectos generales

La argumentación jurídica consiste, básicamente, en articular razones que justifiquen objetivamente una posición o decisión ante determinadas cuestiones jurídicas. Es decir, es motivar una decisión, aportando razones o fundamentos jurídicos que permitan considerarla como correcta o aceptable, para lo cual se efectúa un razonamiento lógico-jurídico dentro de las normas y principios que rigen el Derecho.

Por su parte, el Derecho es, esencialmente, una actividad argumentativa. En dicha perspectiva, Atienza (1997), uno de los más célebres filósofos españoles del Derecho, señala que:

> El derecho puede verse por ello (aunque esa no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica. En realidad, no hay práctica jurídica que no consista de manera muy relevante en argumentar, incluidas las prácticas teóricas (p. 80).

Bajo esta premisa, nadie podría dudar de que la práctica del Derecho consiste, de manera fundamental, en argumentar. Además, todos los involucrados en el derecho solemos convenir en que la cualidad que mejor define al profesional del derecho, tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad en la resolución de casos. Bien podría ser esta, una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto u órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión. En este último nos ubicamos

los registradores, los miembros del Tribunal Registral y todo funcionario en general.

La motivación implica realizar una justificación. Esto consiste en la exposición de las razones para demostrar que una decisión es correcta y aceptable, lo cual implica un razonamiento lógico–normativo. En algunos casos consistirá en la aplicación de una norma a un caso concreto y; en otros, se estará frente a los llamados "casos difíciles" donde el ordenamiento jurídico no nos provee de la respuesta correcta que no se discute. Estos son los casos donde puede haber más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes que permite el derecho positivo. En este caso será necesario que el operador jurídico despliegue toda su capacidad argumentativa para encontrar una solución correcta a dicho caso. Al respecto, Atienza (1991) señala que:

> Puede muy bien darse el caso de que el jurista tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que él estima correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que no es la solución a que le lleva el derecho positivo (p. 218).

Pues, como también, Alexi (2009) refiere:

> Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que todos los casos se puedan resolver solamente en virtud de una simple subsunción de la descripción del estado de cosas bajo el supuesto de hecho de una regla. Hay varias razones para ello. De singular importancia resultan la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de antinomias, la falta de normas en las que pueda fundarse la decisión, y la posibilidad de decidir incluso, en casos especiales, contra el tenor literal de una norma. En ese sentido existe una necesaria apertura del Derecho a través de la argumentación jurídica... (p. 81).

En adición, también es importante considerar otro aspecto que se debe tener en cuenta para poder argumentar con eficacia, donde no basta contar con un buen argumento jurídico, sino que hay que saberlo exponer con claridad y con una buena estructura lógica. Este aspecto involucra una buena redacción con coherencia, cohesión y lógica estructural. En consecuencia, no podrá tenerse una formación argumentativa adecuada si no se dispone de los elementos esenciales como son un conocimiento básico de la evolución de la retórica y de sus partes fundamentales.

La redacción y la exposición de los fundamentos deben seguir un hilo lógico entendible por quien lea nuestra decisión plasmada en un documento. Debemos observar con sumo cuidado normas gramaticales y de ortografía en nuestra redacción. Pues, estamos emitiendo una decisión importante para quien ha recurrido a nosotros en busca de una decisión, no porque ha tenido la oportunidad de escoger quien resolverá su caso, sino porque representamos a una institución y cumplimos una función pública.

1.2. Importancia de la argumentación jurídica

La argumentación jurídica o motivación jurídica es importante porque es un instrumento que permite evitar la arbitrariedad del ejercicio de la cuota de poder que el Estado ha delegado a determinadas personas en el ejercicio de una función. En ese sentido, Gascón (2004) refiere que:

> Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evolución que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección

> de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de derechos (p. 192).

En ese orden de ideas, la motivación jurídica es fundamental, no solo para el control de la actuación funcional particular, sino para afianzar un Estado democrático, basada en la participación del pueblo en la adopción de decisiones colectivas. Por ello, jamás debemos pensar que nuestra actuación como funcionarios públicos solo se queda en una dimensión privada que únicamente atañe a las partes directamente afectadas, sino se debe tener claro que al emitir una decisión. Este es un acto público, colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público. En suma, la motivación constituye una exigencia de todo Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder.

2. La calificación registral

Según Delgado (1998), la calificación registral consiste en:

> El juicio de valor que realiza el Registrador a efectos de determinar si el titulo presentado al Registro para su inscripción es inscribible. Es decir, se trata de definir si el derecho o situación jurídica contenida en el respectivo título y cuya publicidad registral se pretende a través de la inscripción que se solicita, merecen ser objeto de publicidad y, por tanto, hacerse cognoscibles por terceros, beneficiándose de esta manera los titulares del derecho o situación jurídica publicada con la legitimación y protección que emanan directamente de tal publicidad, en función de los principios registrales que cada sistema recoge (p. 281).

Por su parte, Chico y Ortiz (2000) señalan que:

> … doctrinaria y legalmente se da como necesaria la función calificadora para que a través de la misma se pueda cumplir el

> principio de legalidad. De esta forma se llega a la calificación registral como una de las manifestaciones del principio de legalidad. Si bien la función calificadora tiene un aspecto de "control de la legalidad", también ofrece un aspecto de "función creadora", llegándose a las denominaciones "calificación control" y "calificación creación" (p. 528).

Así mismo, Cornejo (1994) señala que:

> El fundamento del principio de legalidad en lo atinente al análisis del documento, se funda en la necesidad de que los asientos registrales concuerden con la realidad externa al registro, evitando que ingresen documentos carentes de validez o de autenticidad. El análisis que el registro efectúa para hacer efectivo el principio de legalidad se llama calificación y la función que en consecuencia de ello se ejerce se denomina función calificadora (p. 202).

A partir de las referencias anotadas podemos señalar que, la calificación registral que efectúa el registrador público y en su caso, el Tribunal Registral como órgano de segunda instancia en el procedimiento registral, a fin de establecer si los títulos presentados cumplen con el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil para acceder al registro. Esto es, la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, todo en ello en función de lo que resulta de los documentos presentados, los antecedentes registrales y los asientos de los registros públicos.

En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo V del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN, señala que la calificación registral comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que, contenido en aquél, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción. Seguidamente,

la mencionada norma señala que la calificación comprende también, la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho. Se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente a aquél y, complementariamente, de los antecedentes que obran en el registro.

Como resultado de la calificación registral, el registrador público puede tomar la decisión de inscribir el acto o derecho contenido en el título materia de calificación. Con ello cumpliría los fines del procedimiento registral, que es la inscripción registral, para su debida publicidad con efectos jurídicos que faciliten el tráfico económico. De otro lado, de advertir que el título contiene falencias que obstaculicen la inscripción definitiva, pero que puedan ser salvadas o subsanadas, el registrador emitirá una esquela de observación señalando los defectos advertidos, con la debida motivación o argumentación de tal decisión, señalando incluso los mecanismos para la subsanación de los defectos advertidos. Ahora, de ser el caso que los defectos advertidos sean insubsanables y constituyan nulidades formales, instrumentales o del documento y se encuentren viciados de nulidad absoluta, sea este material o formal, donde la falencia resulte ostensible y no confirmable dentro de los alcances del artículo 1047 del Código Civil, el registrador procederá a rechazar el documento. Dicho acto lo realizará a través de la emisión de una esquela de tacha sustantiva, la misma que por ser una denegatoria del acto rogado, debe estar debidamente motivada y argumentada con la respectiva referencia de la base legal aplicada al caso concreto. Con ello se garantizará el derecho del usuario al debido procedimiento, frente a lo cual podrá ejercer su derecho de apelación ante el Tribunal Registral, rebatiendo los fundamentos esgrimidos por el registrador al denegar su rogatoria, en busca de lograr la inscripción del acto o derecho contenido en el título presentado al registro. En esta

segunda instancia, con más detalle debe esgrimirse los argumentos para la revocación o confirmación de la decisión de primera instancia.

3. La argumentación jurídica en la calificación registral

En la actualidad, en el marco de los cambios producidos en los sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales de Derecho a nivel internacional, la argumentación jurídica cobra especial importancia como elemento esencial del proceso de toma de decisiones racionales y justificadas de los operadores del Derecho. En este caso, los operadores del Derecho están referidos a los registradores públicos en el cumplimiento de su función calificadora.

Tradicionalmente, la argumentación jurídica ha estado íntimamente relacionada con el ejercicio mismo de la función en Sede Judicial. Por ello, muchas veces se cree que ese es el único ámbito de su exigencia y cumplimiento. Esto debido a que la argumentación o motivación de una resolución judicial es un mandato constitucional expreso. Sin embargo, se debe tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 8605-2005-AA/TC, en su fundamento 23 que expresa lo siguiente:

> ...Debe considerarse, así mismo, que la Constitución en los términos del inciso 5) del Art. 139°, *aplicable también al procedimiento administrativo,* no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada en sede administrativa (…), (énfasis nuestro).

Siendo así, queda claro que los órganos administrativos, como los registradores públicos y Tribunal Registral, tienen la obligación funcional de motivar o argumentar sus decisiones por mandato

Constitucional. En ese sentido, con relación a la argumentación del acto administrativo, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 4289-2004-AA/TC en sus fundamentos 9 y 11, ha señalado lo siguiente:

> La doctrina considera que la *motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación*. Es por ello, que el Tribunal reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión; de modo que, como ya se ha dicho, motivar, argumentar una decisión no solo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada (énfasis nuestro).

Como se puede observar, lo arbitrario es entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. En esta perspectiva es que se detalla en el fundamento 12 del Expediente N° 0090-2004-AA-TC.

El Art. 31 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución N° 126-2012-SUNARP/SN, señala que "La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal registral, en primera y segunda instancia respectivamente, (...)". Como resultado de dicha calificación, el título se inscribirá o será materia de observación o tacha. Este deberá estar debidamente argumentado o motivado. Pues, la indeterminación

o ambigüedad de las razones por las cuales se observa o rechaza la petición de un usuario tiene efectos nocivos, como impedir el control ex post de los actos de la administración. En ese sentido, la ausencia de una motivación resiente el derecho al debido procedimiento administrativo reconocido por el numeral 1.2 del Art. IV del Título Preliminar de la Ley 27444 y se estaría contraviniendo un mandato Constitucional.

Ahora, la obligación de motivar las decisiones emitidas en el cumplimiento de una función, no solo alcanza a los registradores en primera instancia o vocales del Tribunal Registral, en segunda instancia, sino a todo funcionario público que labora en el Sistema Nacional de los Registros Públicos. En este caso, también se a los funcionarios del área de Catastro de las Oficinas Registrales que emiten i-nformes técnicos. Al respecto, la Cuarta Sala del Tribunal Registral, señala lo siguiente:

> Las áreas de Catastro, como parte de la administración pública, no son inmunes a ese deber jurídico y en todos los casos en que emitan informes deben fundamentar y motivar adecuada y razonablemente sus afirmaciones y conclusiones técnicas, explicando los procedimientos y rutas seguidas (a partir de inscripciones, títulos archivados, planos y cualquier otro elemento) para llegar a ellas. Expresiones clásicas como "de los antecedentes registrales se concluye...", "del estudio de las partidas involucradas y de los títulos archivados correspondientes se puede determinar...", etc. carecen de todo fundamento y constituyen un atentado contra el debido procedimiento administrativo si es que no aparecen debidamente fundamentadas. (Resolución N° 193-2006-SUNARP-TR-T.)

Por ello, consideramos que la información técnica de catastro debe satisfacer además ciertas exigencias para obtener eficacia vinculatoria, principalmente, claridad y fundamentación. En caso contrario podría terminar siendo la expresión arbitraria de un funcionario público. Esto cobra mayor relevancia, más aún

cuando dichos informes técnicos son vinculantes para el Registrador Público en determinados actos, conforme señala el artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios y que muchas veces determinan la procedencia de la inscripción registral.

El debido proceso comprende un haz de derechos que forman parte de su contenido esencial. Uno de ellos, quizá el más importante corresponde a *el derecho a la motivación de las decisiones tanto administrativas como judiciales*. Las nociones de motivar y argumentar llevan consigo el otorgamiento de la seguridad jurídica al administrado, al usuario de los servicios registrales, dentro de un Estado de Derecho.

Conclusiones

La argumentación jurídica implica articular razones que justifiquen objetivamente una posición o decisión ante determinadas cuestiones jurídicas. La argumentación implica motivar una decisión, aportando razones o fundamentos jurídicos que permitan considerarla como correcta o aceptable

Se hace necesario e impostergable que los operadores del Derecho comprendan la importancia de la argumentación jurídica y lo apliquen en el ejercicio de su función, en beneficio de los usuarios o administrados. Se debe tener en cuenta que es un derecho de los ciudadanos el exigir razones, exigir la justificación o motivación de las decisiones, por lo que argumentar ya no solo es una exigencia técnica, sino es el fundamento mismo de la legitimidad del ejercicio de una función pública.

Una decisión, sea del Tribunal Registral o de los registradores, en el cumplimiento de su función calificadora, debe estar debidamente motivado, argumentado. Pues, la indeterminación o ambi-

güedad de las razones por las cuales se observa o rechaza la petición de un usuario tiene efectos nocivos, como impedir el control *ex post* de los actos de la administración.

La ausencia de motivación de una decisión emitida por cualquier funcionario público resiente el derecho al debido procedimiento administrativo, reconocido por el numeral 1.2 del Art. IV del Título Preliminar de la Ley 27444 y se estaría contraviniendo un mandato Constitucional.

Referencias bibliográficas

Alexi, R. (2009). "Los Principales Elementos de mi Filosofía del Derecho". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 32, 68-84.

Atienza, M. (1997). *El Derecho Como Argumentación*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Delgado, A. (1998). *Derecho Registral II.* Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Cornejo, A. (1994). *Derecho Registral.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Chico y Ortiz, J. (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons Ediciones.

Gascón, M. (2004). *Los hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba.* Madrid: Editorial marcial Pons.

Resolución N° 193-2006-SUNARP-TR-T del 23 de noviembre de 2006. *http://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral.*

Los Aportes Reglamentarios como Bienes de Dominio Público y las Habilitaciones Urbanas en el Derecho Inmobiliario Registral Peruana

Zegel Basilio Santos

Resumen

Este artículo analiza la importancia del Derecho Inmobiliario Registral peruano, ya sea como disciplina que va fortaleciéndose rápidamente y, así como, especialidad para el estudio de los bienes inmuebles vinculados con la inscripción registral. Dentro del área de estudio del Derecho Inmobiliario Registral, por su frecuente uso en el *boom* inmobiliario, tenemos a los aportes reglamentarios como bienes de dominio público. Los aportes reglamentarios son predios que tienen como titular al Estado o a alguna entidad pública del Estado y son generados dentro del procedimiento de las habilitaciones urbanas; además, por ser bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles según la Constitución Política de 1993 y la Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales. Los predios que compren de los aportes reglamentarios son los que están destinadas para la prestación de servicios públicos, para áreas verdes o para áreas de recreación.

Palabras clave: Aportes reglamentarios; bienes de dominio público; habilitaciones urbanas; Derecho Inmobiliario Registral; inscripción registral.

Abstract

This article analyzes the importance of Peruvian Real Estate Registry Law, either as a discipline that is rapidly strengthening and,

as well as, specialty for the study of real estate linked to registration. Within the area of study of the Real Estate Registry Law, due to its frequent use in the real estate boom, we have regulatory contributions as public domain assets. Regulatory contributions are properties that are owned by the State or any public entity of the State and are generated within the procedure of urban ratings; In addition, because they are public domain assets, they are inalienable and imprescriptible according to the Political Constitution of 1993 and the Law of the National System of State Property. The land comprising the regulatory contributions are those that are intended for the provision of public services, for green areas or for recreation areas.

Keywords: Regulatory contributions; public domain assets; urban qualifications; real estate registration; registration.

Introducción

El Derecho Inmobiliario Registral, propiamente con dicho *nomen iuris* y como especialidad típica de las ciencias jurídicas, en el sistema jurídico peruano recién viene teniendo tratamiento doctrinario. Esto por la amplitud de su estudio que abarca y por la importancia de sus institutos jurídicos que se estudia. Viéndolo así, no está muy lejos que el Derecho Inmobiliario Registral se consolide como una especialidad más de las ciencias jurídicas.

La importancia del Derecho Civil es indiscutible. Pero, esta disciplina por su amplio contenido temático, paulatinamente, se ha ido dividiendo dando origen a nuevas especialidades con relación a los institutos jurídicos que forman parte de aquello. Entre ellos, tenemos al derecho de personas, derecho de obligaciones, derechos reales, derechos de contratos, derecho inmobiliario registral, entre otros. En ese sentido, solo nos queda reconocer que hoy en

día el Derecho Civil es el todo y los demás derechos disgregados vendrían a ser las partes de ese todo.

El tratamiento de los bienes inmuebles en el Perú ha ido ganando singular importancia paulatinamente. Dentro de toda la gama que comprende los bienes inmuebles, lo que está en la cúspide son los denominados predios. Para que los derechos de propiedad sobre los predios estén garantizados con la seguridad jurídica, es necesario que el Estado otorgue distintos mecanismos institucionales y jurídicos de protección. Dentro de esos mecanismos jurídicos están las normas que regulan las contrataciones inmobiliarias y los procedimientos de saneamiento físico legal. Por su parte, dentro de los mecanismos institucionales tenemos a las notarías, municipalidades, Cofopri, Direcciones Regionales de Agricultura, SBN y a la Sunarp (como ente de la inscripción, publicidad y seguridad jurídica). Todas estas figuras jurídicas y mecanismos de protección que están relacionadas con los bienes inmuebles es estudiada por el Derecho Inmobiliario Registral peruano.

Dentro de los institutos jurídicos estudiados por el Derecho Inmobiliario Registral, están los denominados aportes reglamentarios (como bienes de dominio público) y las habilitaciones urbanas. Estos, en el mundo predial, ha cobrado suma importancia que se ve reflejada en el ejercicio libre del derecho de propiedad, sus restricciones dentro de los procedimientos de habilitaciones urbanas y las áreas que se aportan dentro de este procedimiento a favor del Estado o algunas entidades del Estado. A veces se dice que estos temas jurídicos no son tomados en cuenta porque su tratamiento es eminentemente técnico. Es cierto, pero si se hace un buen tratamiento exegético para comprenderlo su tratamiento es impostergable. Razón por la cual, el presente artículo tiene como propósito difundir los aportes reglamentarios que se dan dentro de los procedimientos de habilitaciones urbanas, su naturaleza, sus características, la titularidad y su inscripción en el Registro de Predios.

Muchas personas desean cambiar la naturaleza de su predio (de rural a urbano o de eriazo a urbano) y realizar lotizaciones dentro de su predio. Sin embargo, pocos conocen el procedimiento correcto para dar paso a lo que se desea. Por ello, en el presente artículos se analiza y da cuenta sobre los procedimientos correctos y la importancia de la especialidad del Derecho Inmobiliario Registral.

1. El derecho de propiedad y el Derecho Inmobiliario Registral

1.1. El derecho de propiedad

En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, hablar de la propiedad, es hablar de la relación existente entre la persona (sea natural o jurídica) y la cosa, pero una relación de titularidad o dominio sobre la cosa. Esta relación se da no solo en el derecho peruano, sino también en el derecho comparado, pero cada uno con sus propias peculiaridades o regulaciones del caso. No hablamos de una relación reciente, sino que esto ya viene dándose desde el origen del hombre. En ese sentido, para dar algunas consideraciones sobre la propiedad, propiamente como instituto jurídico, es necesario revisar los legados de la historia, tal como señala Hernández (2013):

> La antigüedad es el pasado remoto de nuestra cultura, Sus hombres, sus hechos y sus obras nos pertenecen por entero, pese a lo lejanos o los distantes que pueden parecernos, porque nuestra cultura no ha olvidado nunca el todo lo que debía a esa herencia y ha conservado siempre algo viviente de aquella tradición. Y pues, que no nos es ajena, constituye un deber de cultura retornar a esa fuente profunda para buscar en ella la más lejana imagen de nosotros mismos (p. 21).

Históricamente, la propiedad ha tenido una gran utilidad desde los puntos de vista social, jurídico y económico. En rigor, no hay duda de la importancia social para la propiedad y esta para la sociedad. Por ello, la historia social denota de importancia para cualquier instituto jurídico u otro aspecto social. Al respecto, Atienza y Bañuls (2018) sostienen:

> Vivimos, en resumidas cuentas, en sociedades organizadas de una cierta forma y nos cuesta pensar que hay otras formas de organización social que también son posibles, vale decir, hay muchos mundos imaginables y algunos de ellos serían mejores que este mundo real (p. 5).

Entonces, es necesario empezar por saber en qué momento se da o nace la relación del hombre con la cosa. En esta perspectiva, Basilio (2019) sostiene que, cuando se habla de la propiedad en la relación de la persona con la cosa, necesariamente se parte considerando al ser humano con sus múltiples necesidades y es allí cunado se da la relación con las cosas y sus propias regulaciones. Pero la necesidad de la persona de querer tener bienes no siempre fue lograda vía pacífica, sino también con conflictos. La tranquilidad o controversia no solo se ha dado con el titular de los bienes, sino también cuando dicho titular dejó de existir. Para minimizar aquellos conflictos y generar seguridad jurídica, a través del tiempo, el hombre ha ido creando normas e institutos jurídicos que regulen la posesión y la propiedad, los cuales actualmente se constituyen como los pilares o vertebras del derecho real.

Las aspiraciones y necesidades de todo ser humano de tener bienes (materiales o inmateriales) son naturales y humanos, pero esto debe lograrse sin generar controversias. Para tal efecto solo basta con cumplir las reglas jurídicas establecidas para regular la adquisición de bienes, la titularidad, el buen uso y usufructo, así como los demás actos disgregados de aquellos. Es decir, "Los bienes están ahí, solo que hay que darles el mejor uso racional en

convivencia con el bien común" (*Ibíd.*, p. 239). Por otra parte, la propiedad no solo nace con la necesidad del ser humano, sino también por el gusto por la propiedad. No todos tienen la misma atracción o gusto por determinados bienes, ello es normal porque cada quien ve qué es lo que le gusta y qué es lo que le interesa. Lo que a algunos les interesa a otros no les interesa y quizá tampoco les sirve.

A la necesidad y el gusto por los bienes se suma otro elemento importantísimo, su regulación normativa. Una persona es propietaria de un bien no solo porque tenga un título de propiedad, sino porque la propiedad se consolida con el reconocimiento normativo de ese título. Entonces, la satisfacción de las necesidades y el gusto por determinados bienes se da con el título de propiedad, así como con el reconocimiento normativo de los mismos. Por ello, Santos (*Ibíd.*) afirma:

> No podremos satisfacer otras necesidades vendiendo un bien que no es de nuestra propiedad, no podremos adquirir bienes que nos gusten mientras no tengamos dinero (otro bien), no podríamos ser propietarios de un bien creando figuras jurídicas que no estuvieran vigentes o reconocidas por ley, no podríamos pretender ser propietarios de bienes de uso público por ser imprescriptible e intransferible (cuyo titular único es el Estado), entre otros (p. 240).

Finalmente, la propiedad como tal no solo trae satisfacción personal y social, sino también contribuye para el desarrollo económico de un país a través de las transacciones de bienes en el mercado nacional e internacional.

En segundo lugar, el derecho de propiedad, como instituto jurídico del Derecho Inmobiliario peruano, se encuentra regulado en el artículo 923 del Código Civil peruano vigente. Allí se reconoce los poderes o facultades que tiene el titular del dominio sobre la cosa, como los casos de usar, usufructuar, disponer y reivindicar.

Asimismo, se ha previsto que sus ejercicios deben estar en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. En tal virtud, toda persona que tenga dominio sobre la cosa y para hacer uso de los atributos que se les reconoce, necesariamente debe tener un derecho subjetivo reconocido (la propiedad). Entonces, la propiedad es el derecho que se tiene sobre la cosa, respaldada mediante un título de propiedad. El titular de la propiedad puede usarlo, usufructuarlo y disponerlo. La defensa de la propiedad, entre otros mecanismos, puede realizarse a través de la reivindicación.

En adición, Avendaño (2013) con relación a la regulación sobre la propiedad contenida en el Código Civil de 1984, refiere:

> La propiedad es el derecho real más completo e importante. Los derechos reales recaen sobre los bienes. La palabra "reales" se basa en el concepto de "*res*" (cosa). La propiedad, dice el Código Civil, es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (Art. 923).
>
> Usar es la facultad que permite servirse del bien. En esto no hay un aprovechamiento económico directo. Hay aprovechamiento indirecto porque sin duda el propietario que vive en su casa, por ejemplo, obtiene un beneficio económico: evita tener que alquilar una casa y consiguientemente pagar una renta. Lo mismo el dueño del carro que lo usa para ir a su trabajo.
>
> Disfrutar es apropiarse de los frutos que el bien produce. Este es un atributo que confiere al propietario una clara ventaja económica. Frutos son para el Derecho los provechos económicos que genera un bien, sin disminuir su sustancia (Art. 890 del Código Civil). En sentido más estricto, fruto son los excedentes o rentas que producen los bienes o conjunto de bienes. Hay varias clases de frutos, los naturales, industriales y civiles (Art. 891 del Código Civil).

> Disponer del bien es el derecho que tiene el propietario para acabar o terminar con su propiedad. Hay actos de disposición material y de disposición jurídica. La primera autoriza a consumir o destruir una cosa. Así ocurre cuando el propietario de alimentos los consume o cuando el dueño de un bien de escaso valor, lo echa a la basura. Obviamente, en estos casos el derecho de propiedad se extingue. Pero también hay disposición jurídica, que se presenta cuando el propietario vende o dona el bien de su propiedad. Acá también la propiedad se acaba, pero solo para el titular porque el derecho sigue para quien lo ha adquirido (pp. 274-275).

En tercer lugar, es importante señalar la protección constitucional del derecho de propiedad. La Constitución Política de 1993, regula a la propiedad, tanto como derecho fundamental, en el numeral 16 de su artículo 2; y como garantía de protección, en el artículo 70, que a la letra dice:

> Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
>
> (…)
>
> 16. A la propiedad y a la herencia.
>
> (…)
>
> Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Con este reconocimiento del derecho de propiedad, los propietarios de los predios pueden disponer libremente de su propiedad. No obstante, este ejercicio no es absoluto porque existen límites (evitar el abuso de derecho) y limitaciones (en caso de necesidad pública).

1.2. El Derecho Inmobiliario Registral

Hoy en día, el Derecho Inmobiliario Registral ya se constituye como una nueva disciplina jurídica. Esta rama del derecho se ocupa del estudio y regulación jurídica de la relación existente entre la cosa y la persona y su consecuente inscripción registral para la generación de la publicidad y seguridad jurídica. Comprende la propiedad y su inscripción registral. Los derechos reales de goce (uso, usufructo, servidumbre) y su inscripción registral, los derechos reales de garantía (contrato de garantía mobiliaria, anticresis, hipoteca y retención) y su inscripción registral. La fábrica existente dentro de un predio, subdivisión e independización, propiedad horizontal, copropiedad, habilitaciones urbanas, aportes reglamentarios, compensaciones de áreas dentro de los procesos de habilitaciones urbanas, acumulaciones de predios (todos ellos vinculados con la inscripción registral), entre otros.

Se puede advertir que es una especialidad jurídica que abarca el mundo de los derechos reales, así como el estudio del Derecho Registral de bienes. En este orden de ideas, para comprender los procedimientos de habilitaciones urbanas y los aportes reglamentarios que se dan dentro de dichos procedimientos, primero era necesario saber sobre el derecho de propiedad sobre los predios, porque sin estos bienes y sin la titularidad sobre aquellos, no habría razón de la existencia de las habilitaciones urbanas y de los aportes reglamentarios.

1. Los procedimientos de habilitaciones urbanas y las normas que lo regulan

2.1. Las habilitaciones urbanas

Muchos de nosotros podemos ser propietarios de un predio. Estos pueden ser de naturaleza rústica (rural o eriaza) o urbana. Las primeras, destinadas para la agricultura o zonas secanos que no dan paso a la agricultura por falta de agua. Las segundas, destinadas para el uso de vivienda, comercio o industria. Estas cuentan, por lo general, con redes básicas para el servicio de agua, desagüe, electrificación u otros que permita su habitad.

¿Qué pasa o qué pasos debe seguir si alguien desea que su predio rústico tenga la naturaleza urbana? Para ello existe la figura jurídica del procedimiento de habilitación urbana. Cuyo marco conceptual se encuentra en el numeral 1 del artículo 3 del TUO de la Ley Nº 29090[1] (Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones):

> Habilitación urbana
>
> El proceso de convertir un terreno rústico o eriazo en urbano, mediante la ejecución de obras de accesibilidad, de distribución de agua y de recolección de desagüe, de distribución de energía e iluminación pública. Adicionalmente, el terreno puede contar con redes para la distribución de gas y redes de comunicaciones. Este proceso requiere de aportes gratuitos y obligatorios para fines de recreación pública, que son áreas de uso público irrestricto; así como para servicios públicos complementarios, para educación, salud y otros fines, en lotes regulares edificables que constituyen bienes de dominio público

[1] Aprobado con el D.S. Nº 006-2017-VIVIENDA, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero del 2017.

> del Estado, susceptibles de inscripción en el Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Esta definición de habilitación urbana hace mención a los aportes reglamentarios que están contenidos en el numeral 16.1 del artículo 16 del Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencia de Edificación, aprobada con el D.S. Nº 011-2017-VIVIENDA[2]; que en el fondo tiene el mismo contenido de lo indicado líneas arriba. En resumen, para convertir la naturaleza rural de un predio rústico es la habilitación urbana se realiza en las municipalidades. Por consiguiente, los únicos que tienen competencia para su declaración son las municipalidades provinciales y distritales.

2.2. Tipos de habilitaciones urbanas

En general, existen tres pitos de habilitaciones urbanas: habilitación urbana nueva, habilitación urbana ejecutada y la habilitación urbana de oficio. En primer lugar, la habilitación urbana nueva es aquella que se realiza sobre un terreno rústico. Puede ser ejecutada por etapas; con venta garantizada de lotes, con construcción simultanea de vivienda y/o de tipo progresivo. En segundo lugar, la habilitación urbana ejecutada es aquella que se ha ejecutado sin contar con la respectiva licencia antes de la entrada en vigencia de la Ley Nº 29090. Su aprobación se realiza en vías de regularización de habilitaciones urbanas ejecutadas y de ser el caso, la recepción de las obras. Finalmente, la habilitación urbana de oficio no lo inicia el propietario del predio, sino de oficio lo hace la municipalidad provincial o distrital respectiva. En relación a este tipo de habilitación urbana, en el artículo 24 del TUO de la Ley Nº 29090 se ha regulado lo siguiente:

---

[2] Publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de mayo del 2017.

> Las municipalidades distritales y las provinciales o la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el ámbito del Cercado, declaran la habilitación urbana de oficio de los predios registralmente calificados como rústicos ubicados en zonas urbanas consolidadas, que cuentan con edificaciones y servicios públicos domiciliarios, otorgándoles la correspondiente calificación de urbano de conformidad con su realidad local, y dispone la inscripción registral del cambio de uso de suelo rústico a urbano. Estas habilitaciones no se encuentran sujetas a los aportes de la habilitación urbana. (…)

3. Los aportes reglamentarios como bienes de dominio público

3.1. Fuentes de los aportes reglamentarios

Para comprender la naturaleza jurídica y definición de los aportes reglamentarios (temas que son explicadas más adelante), creemos conveniente, como acto previo, saber cuáles son las fuentes inmediatas de los aportes reglamentarios. Si bien es cierto que en la doctrina nacional casi nada se ha dicho con relación a las fuentes de los aportes reglamentos, pero esto no puede permanecer así. Es decir, sería inconcluso forjar el marco del derecho urbanístico o derecho inmobiliario con semejante vacío. Al ser estas obligatorias en algunos de los tipos de procedimientos de habilitaciones urbanas, es imprescindible saber las fuentes de su existencia.

En la doctrina común o general, la fuente ha sido considerada como el manantial u origen de determinado ser u objeto. Siendo así y aplicado tal significado al derecho, específicamente al derecho urbanístico, diremos que el aporte reglamentario tiene un origen de creación y a esto se conoce como fuente(s). Entonces, la primera fuente formal de los aportes reglamentarios vendría a ser las normas jurídicas. Instrumentos normativos que habilitarán a

que en el derecho urbanístico (donde se requiere la buena administración y ordenamiento del suelo) exista la figura de los aportes reglamentarios, estas que son de *facto* propiamente en los procedimientos de habilitaciones urbanas.

En ese sentido, es necesaria la existencia de normas jurídicas. En los procedimientos de habilitaciones urbanas sin las normas, los propietarios de los predios a habilitar o promotores urbanos no estarían obligados a realizar aportes de determinadas áreas, sea estos para recreaciones públicas o servicios públicos. Además, las normas jurídicas en general y las que dan existencia a la figura jurídica de los aportes reglamentarios tienen una finalidad social y bienestar común, idea que guarda relación con lo que refiere Tantaleán (2019):

> El derecho objetivo en general, es decir, las normas jurídicas, han sido concebidas para alcanzar un efecto en la realidad social… El objetivo final de toda norma jurídica puede encerrarse en la justicia, en el orden público, en el bien común, en la tolerancia social, etc. Sin embargo, todas esas normas tienen una meta inmediata dependiendo de la materia que regulen (p. 453).

Uno de los deberes del Estado es promover el bienestar general, así está previsto en el artículo 44 de la Constitución Política de 1993. El cumplimiento de este deber se puede dar a través del gobierno central, gobiernos regionales y locales. Con relación al urbanismo, el Estado a nivel constitucional ha otorgado determinadas competencias a las municipalidades (provinciales o distritales). Por ejemplo, planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial (Art. 195. 6). Pero para que se concrete un urbanismo ordenado, el Estado también ha precisado el respeto al derecho de propiedad y esta debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley (Art. 70). Bajo

este esquema de la norma constitucional, es que se han aprobado: la Ley Nº 29090 (Ley de regulación habilitaciones urbanas y de edificaciones), D.S. Nº 006-2017-VIVIENDA (TUO de la Ley Nº 29090), D.S. Nº 011-2017-VIVIENDA (Reglamento de licencias de habilitación urbana y licencias de edificación), D.S. Nº 011-2006-VIVIENDA (Reglamento Nacional de Edificaciones), Ley Nº 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades), D.S. Nº 004-2011-VIVIENDA (Reglamento de Acondicionamiento Territorial), Ley Nº 29151 (Ley General del Sistema de Bienes Estatales), D.S. Nº 007-2008-VIVIENDA (Reglamento de la Ley General del Sistema de Bienes Estatales), entre otras. De alguna manera, estas normas especiales son las que regulan la figura jurídica de los aportes reglamentarios, específicamente los hacen la Ley Nº 29090 y su reglamento, el Reglamento Nacional de Edificaciones, la Ley Nº 29151 y su reglamento, los cuales serán aplicables mediante la interpretación sistemática con las demás normas jurídicas indicadas. Debe ponerse en conocimiento que todas aquellas normas han sido modificadas en varias de sus disposiciones para ir adecuándose a la realidad, como es el caso concreto de la Ley Nº 29090.

La segunda fuente corresponde a la voluntad del propietario o promotor de la habilitación urbana. Esta fuente solo será posible en las habilitaciones urbanas de oficio donde no es obligatoria la realización de los aportes reglamentarios, pero no se descarta que por voluntad se pueda dar.

3.2. Noción conceptual de aportes reglamentarios

Ahora corresponde abordar qué se entiende teórica y normativamente por aportes reglamentarios. En el artículo único de la Norma G. 040 del Reglamento Nacional de Edificaciones se define los aportes reglamentarios de la siguiente manera:

> Área de aportes.- Superficie y/o área que se ceden a título gratuito para uso público a la entidad beneficiaria que corresponda, como resultado de un proceso de habilitación urbana. Se calcula como un porcentaje del área bruta del terreno, a la cual previamente se le ha deducido el área a cederse para vías expresas, arteriales y colectoras, así como la reserva para obras de carácter regional o provincial.

Asimismo, en el artículo 27 de la Norma GH. 020 del Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobada con el D.S. Nº 011-2006-VIVIENDA[3], con relación a los aportes reglamentarios se menciona:

> Las habilitaciones urbanas, según su tipo, deberán efectuar aportes obligatorios para recreación pública y servicios públicos complementarios para educación y otros fines, en lotes regulares edificables.
>
> Estos aportes serán cedidos a título gratuito a la entidad beneficiaria que corresponda.
>
> El área de aporte se calcula como porcentaje del área bruta deducida la cesión para vías expresas, arteriales y colectoras, así como las reservas para obras de carácter regional o provincial. (…)
>
> En todos los casos en que las áreas de aporte resultaran menores a los mínimos establecidos, el monto de la redención en dinero se calculará al valor de tasación arancelario del metro cuadrado del terreno urbano.

Conviene desarrollar un ejemplo para comprender mejor la definición del aporte reglamentario:

[3] Publicado en el diario oficial El Peruano el 05 de mayo del 2006.

La empresa inmobiliaria denominada "DULCE ESTADIA Y DULCE AMANECER", en su calidad de propietario, ha iniciado el procedimiento de habilitación urbana nueva sobre el predio rural inscrito en la partida electrónica 11111112 del Registro de Predios de la Oficina Registral de Huacho, con un área de 1.3000 has. A la empresa le han otorgado la licencia de habilitación urbana por un plazo de 36 meses, periodo en el que debe ejecutar la obra. Para que la obra sea recibida y aprobada por la municipalidad distrital de Huacho la empresa, propietaria del predio, está obligada a realizar aportes de determinadas áreas para salud, educación, recreación pública o servicios públicos complementarios. Este aporte tendrá que realizarlo de manera gratuita y de no existir ello podrá redimirlo en dinero, previa tasación por la CONATA. Si la empresa no realiza el aporte reglamentario de áreas o no paga por el área no aportada, simplemente, la municipalidad no aprobará la recepción de obra.

3.3. Motivo fundamental para la existencia de los aportes reglamentarios

En tiempos actuales, desde el punto de vista constitucional, el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bienestar general o bien común. Esto implica que ya no existe un derecho de propiedad absoluta, sino un derecho de propiedad con función social. Y, para que esto funcione en algunos casos se disponen ciertas limitaciones y obligaciones de hacer por parte de los propietarios, como es el caso de los aportes reglamentarios en los procedimientos de habilitaciones urbanas, salvo la excepción en las habilitaciones urbanas de oficio.

Así, en los procesos de habilitaciones urbanas prima el interés general sobre el interés particular. Esto está previsto en el literal d) del numeral 2.4 del artículo 2 del TUO de la Ley Nº 29090, donde se regula el principio de subordinación que debe regir en

los procedimientos de habilitaciones urbanas: "En los procedimientos de habilitación urbana y de edificación deberá primera el interés general sobre el interés particular, a fin de lograr un desarrollo urbano armónico". De igual forma, este principio ha sido tratado por Ortiz (2017):

> Este principio supone el hecho de que los intereses individuales en materia de habilitación urbana –por ejemplo, la maximización de beneficios– se subordinan, o deben hacerlo, a la garantía o protección del interés colectivo representado por el Estado, vinculados al aseguramiento del principio de seguridad y el principio de calidad de vida mencionados anteriormente. Ejemplos de esta subordinación son las áreas recreacionales, el transporte urbano, los conjuntos inmobiliarios, los aportes que impone la ley para realizar obras de habilitación urbana, entre otros (pp. 94-95).

3.4. Características

En la doctrina nacional y comparada no existe un catálogo definido sobre las características de los aportes reglamentarios. Es por ello, que, a modo de proposición, consideramos que los aportes reglamentarios tienen siete características básicas:

Su fuente principal es la norma jurídica. La obligación de hacer, o sea, la de aportar áreas destinadas para recreación, servicios públicos complementarios, educación, salud, deporte y otros, como consecuencia de los procedimientos de habilitaciones urbanas, nace por imperio de un marco normativo y no por voluntad de los propietarios o promotores de la habilitación, salvo la excepción en las habilitaciones urbanas de oficio donde no es obligatorio dichos aportes y las que constan en el tercer párrafo del artículo 3 del TUO de la Ley Nº 29090[4]. La obligación de esos

[4] Artículo 3.- Definiciones

aportes por ejemplo las encontramos en la Ley Nº 29090, Reglamento Nacional de Edificaciones reguladas con el D.S. Nº 017-2006-VIVIENDA y otras normas especiales.

Figura que solo se da en las habilitaciones urbanas. Según las normas jurídicas los aportes reglamentarios solo se dan en los procedimientos de habilitaciones urbanas, eso quiere decir que se está ante una regulación exclusiva y excluyente solo cuando se van habilitar predios rústicos a urbanos; conforme a ello, no está permitido y obligado dichos aportes en una subdivisión ordinaria de predios u otros actos modificatorios físicos de los predios.

Es obligatorio y gratuito. Los propietarios o habilitadores urbanos que realicen habilitaciones urbanas están obligados a realizar aportes reglamentarios, salvo las excepciones que ya se ha explicado cuando se ha tratado sobre su fuente. Si no se cumplió con la obligación de aportar áreas, los propietarios o habilitadores urbanos tendrán que realizar la redención en pago a las entidades beneficiarias. Las transferencias de las áreas aportadas a las entidades beneficiarias serán de manera gratuita.

Son bienes de dominio público. Al respecto, Hernández (2017) sostiene que "los aportes reglamentarios, efectuados por los propietarios y/o promotores de habilitaciones urbanas, son bienes de dominio público" (p. 242). Situación que así está regulado en el numeral 2.2 del artículo 2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (aprobada con el D.S. Nº 007-2008-VIVIENDA, vigente desde el 16 de marzo del 2008): "(…) a) Bienes de dominio público.- Aquellos bienes

(…)
Están exonerados de realizar aportes reglamentarios los proyectos de inversión pública, de asociación público – privada o de concesión que se realicen para la prestación de servicios públicos esenciales o para la ejecución de infraestructura pública.
(…)

estatales, destinado al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados (…)".

Se formaliza a través de instrumento público. Para que se aprueben las recepciones de obras por las municipalidades en los procedimientos de habilitaciones urbanas, basta que los habilitadores urbanos presenten ante las municipalidades las copias legalizadas notarialmente de las minutas de habilitaciones urbanas. Sin embargo, para fines registrales, las minutas de transferencias de las áreas aportadas tienen que ser elevadas a escrituras públicas (convirtiéndose así en instrumentos públicos).

Tiene como propietario al Estado. Esto dependerá de los aportes reglamentarios realizados, es decir, los titulares pueden ser el Estado (representado por la SBN), algún sector ministerial del Estado o municipalidades (distritales o provinciales).

Son inalienables e imprescriptibles. La Constitución Política de 1993 regula los bienes de dominio público en el artículo 73, donde refiere que estos son inalienables e imprescriptibles. Teniendo en cuenta esta norma de mayor jerarquía, lo propio se ha hecho en el numeral 2.2 del artículo 2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (aprobada con el D.S. N° 007-2008-VIVIENDA). Como los aportes reglamentarios son bienes de dominio público no están sujetos a ser transferidos y menos los terceros pueden adquirirlos por prescripción adquisitiva.

Son inscribibles en el Registro de Predios. Cuando se realizan las recepciones de obras en los procedimientos de habilitaciones

urbanas, las áreas destinadas como aportes tendrán que ser transferidas a las entidades beneficiarias mediante minuta que será elevada a escritura pública. Estas inscripciones se realizan en el Registro de Predios de las oficinas registrales competentes.

3.5. La regulación de los aportes reglamentarios como bienes de dominio público

En la doctrina y en las resoluciones del Tribunal Constitucional se han establecido que los bienes inmuebles del Estado, específicamente los predios, están clasificados en dos grupos: bienes de dominio público del Estado y bienes de dominio privado del Estado. A su vez, los primeros han sido clasificados como bienes de uso público y bienes para la prestación de servicios públicos. Al respecto, Jiménez (2013) al comentar la regulación prevista en el artículo 73 de la Constitución Política de 1993, señala:

> Lo opuesto a la propiedad estatal es la propiedad privada. La Constitución regula a una y otra, ratificando lo antes expresado, en el sentido de que la regulación de la propiedad estatal se circunscribe a los bienes de dominio público. En efecto, el artículo 70 de la Constitución Política establece la configuración esencial de la propiedad privada cuya regulación esencialmente corresponde al Derecho Común y a las leyes conexas de la materia, mientras que la propiedad estatal –concretamente la relacionada con los bienes de dominio público– se rige por la normativa del Derecho Público y se accede a ella mediante los actos de administración y disposición que regulan los procedimientos. (pp. 263 – 264)

Como se puede observar, constitucionalmente, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Teniendo en cuenta nuestra Carta Magna, también lo propio se ha considerado en el numeral 2.2 del artículo 2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (aprobada con el D.S.

Nº 007-2008-VIVIENDA). En suma, como los aportes reglamentarios son bienes de dominio público no están sujetos a ser transferidos y menos los terceros pueden adquirirlos por prescripción adquisitiva.

3.6. Los aportes reglamentarios según tipo de habilitaciones urbanas

En las habilitaciones urbanas nuevas. Según lo previsto en el artículo 3 del TUO de la Ley Nº 29090, una habilitación urbana nueva es aquella que se realiza sobre un terreno rústico. Esta puede ser ejecutada por etapas (otorgamiento de la licencia y recepción de obras). Estas etapas pueden ser con venta garantizada de lotes, con construcción simultánea de vivienda y/o del tipo progresivo. Las habilitaciones urbanas tienen como fin cambiar la naturaleza del predio; es decir, de rural o eriazo a urbano.

Durante la ejecución de obras, en este tipo de habilitación urbana, el propietario del predio o el habilitador urbano tendrá que diseñar las vías de acceso (áreas de circulación: peatonal y vehicular), redes de distribución para los servicios básicos (agua, desagüe, energía e iluminación pública; adicionalmente pueden contar con redes de distribución de gas y de comunicaciones). Además, tendrá que realizar aportes reglamentarios (que es obligatorio y gratuito) para fines de recreación pública (parques, plazuelas, plazas, estadio, coliseo deportivo y otros), para servicios públicos complementarios (mercados, caseta de vigilancia o seguridad, ambientes religiosos, entre otros), para educación, salud y otros fines. Todos estos aportes reglamentarios que se realizan son considerados bienes de dominio público, por lo que son inalienables e imprescriptibles según la Constitución Política vigente y la Ley de la Superintendencia de Bienes Nacionales.

En las habilitaciones urbanas ejecutadas. En las habilitaciones de este tipo o modalidad se caracteriza por su ejecución sin contar con la respectiva licencia antes de la entrada en vigencia de la Ley Nº 29090. Por lo que su saneamiento o aprobación de la licencia se realiza en vías de regularización a través del procedimiento de habilitación urbana ejecutada y de ser el caso, la recepción de obras. Este tipo de habilitación urbana, al igual que la habilitación urbana nueva, cuenta con dos etapas: aprobación del proyecto de habilitación urbana en vías de regularización y mediante resolución municipal y la recepción de obras en vías de regularización. Actos que son inscribibles en el Registro de Predios.

Para que se apruebe la recepción de obras de esta modalidad de habilitación urbana en vías de regularización es obligatorio que existan aportes reglamentarios y, si se omitió, tendrá que realizarse la redención pecuniaria a favor de las entidades estatales beneficiarias. Antes de su aprobación, los funcionarios de la municipalidad tendrán que verificar el cumplimiento de la obligación de hacer por parte de los propietarios o habilitadores urbanos. Para mejor comprensión, presentamos el siguiente ejemplo:

> Antes del año 2007, la empresa RAS INMOBILIARIA S.A.C., ejecutó una habilitación urbana sin licencia municipal. Ahora, año 2019, desea acogerse al procedimiento de habilitación urbana ejecutada regulada en la Ley Nº 29090. Para que se acoja a este procedimiento y para que sea aprobada la recepción de obras, necesariamente la empresa debió haber realizado aportes reglamentarios o acreditarse la redención pecuniaria en favor de las entidades estatales beneficiarias. Este control o fiscalización estará a cargo de la municipalidad donde se ubica el predio habilitado.

En las habilitaciones urbanas de oficio. Este tipo de habilitación es un procedimiento por el que una municipalidad (provincial o distrital), mediante una resolución, declara la habilitación

urbana de un predio inscrito como rústico. Para su procedencia, entre otras condiciones establecidas en el artículo 24-A del TUO de la Ley Nº 29090, se señala que, en el predio matriz, materia de habilitación, el nivel de consolidación de las edificaciones destinadas a vivienda y los servicios complementarios a dicho uso (por ejemplo, distribución de agua, recolección de desagüe, distribución de energía e iluminación pública, distribución de gas, redes de comunicaciones, entre otras) deberá estar al 90% del total del área útil del predio matriz.

En las habilitaciones urbanas de oficio, a diferencia de las otras modalidades de habilitaciones urbanas, los aportes reglamentarios no son obligatorios. Esto quiere decir, que cuando se declare la habilitación urbana de oficio sobre un predio inscrito como rústico, el funcionario de la municipalidad no deberá tomar en cuenta la existencia o no de los aportes reglamentarios. En concreto, es facultativa la existencia de aportes reglamentarios en un predio matriz habilitado de oficio por la municipalidad.

4. Origen del Derecho Inmobiliario Registral y su interés por el estudio de los aportes reglamentarios que se dan en los procedimientos de habilitaciones urbanas

En realidad, no se sabe la fecha exacta del nacimiento del Derecho Inmobiliario Registral peruano. Lo que sí fue importante y relevante para que se consolide esta especialidad fue la creación del Registro de Propiedad Inmueble en el Perú con la Ley de enero de 1888. Existiendo ya el Derecho Civil (donde los derechos reales forman parte de su estudio) y habiendo nacido formalmente el Derecho Registral con la creación del registro jurídico indicado, estamos seguros que la relación entre ambas disciplinas y la necesidad de la solución inmediata y especializada de la problemática sobre los bienes, dio como fruto la especialidad del Derecho Inmobiliario Registral.

Ahora, los aportes reglamentarios, como bienes de dominio público (cuyos titulares pueden ser el Estado o alguna entidad pública que forma parte del Estado) y que han nacido como producto de los procedimientos de habilitaciones urbanas, son preocupación de estudio por el Derecho Inmobiliario Registral. Esta disciplina estudia y regula su constitución, naturaleza jurídica, titularidad, desafectación, inscripción, publicidad jurídica, su seguridad jurídica y otros aspectos más.

Conclusiones

El uso frecuente del Derecho Inmobiliario Registral está dando paso a una autonomía propia dentro de las ciencias jurídicas. Sin embargo, no hay que perder de vista que por más autónoma que sea siempre su estudio será en constante relación con las demás disciplinas del campo jurídico, una de ellas es con el Derecho Civil.

El Derecho Inmobiliario Registral tiene como campo de estudio a varios aspectos relacionadas con los bienes inmuebles y dentro de estos, lo que hoy cobra relevancia en el *boom* inmobiliario, son los aportes reglamentarios como bienes de dominio público y las habilitaciones urbanas como mecanismo para el cambio de la naturaleza de un predio (de rural a urbano o de eriazo a urbano).

Los aportes reglamentarios son predios que han sido destinados obligatoriamente por los propietarios o promotores que han iniciado un procedimiento de habilitación urbana. Los aportes reglamentarios como bienes de dominio público (cuyo titular es el Estado) están destinados para la prestación de servicios públicos, para áreas verdes o recreación y, como tal, son inalienables e imprescriptibles según lo regulado por la Constitución Política del Perú y la Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

Referencias bibliográficas

Atienza, M. & Bañuls, F. (2018). *Ética en imágenes*. (1a. ed.). Lima: Editorial Grijley.

Avendaño, J. (2013). *Comentario del derecho a la propiedad, regulado en el numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993. En la Constitución Comentada por varios juristas*. (2a. ed.). Gaceta Jurídica (1).

Basilio, Z. (2019). Derecho Registral: temas actuales y nuevos enfoques en pleno Siglo XXI. (1a. Ed.). Lima: Editorial A&C.

Hernández, R. (2013). *Historia del derecho peruano*. (ed. s/n). Lima: Jurista Editores.

Hernández, M. (2017). *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad* (1a. ed.). Lima: Editorial Rodhas.

Huerta, O. & otros (2017). Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

Jiménez, R. (2013). *La Constitución comentada por varios autores*. Tomo II. (2a. ed.). Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Ortiz, I. (2017). *Introducción al derecho urbanístico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Tantalean, R. (2019). *La nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento*. (2a. ed.). Lima: Pacífico Editores.

Segunda Parte

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

DOS CASOS PROBLEMÁTICOS EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA: LA INCAUTACIÓN Y LA EXTROMISIÓN

ASPECTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA A PROPÓSITO DEL R. N. N.º 2174-2017-LIMA

DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

CRITERIOS PARA UNA INVESTIGACIÓN FISCAL EFICAZ EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ

Dos Casos Problemáticos en la Investigación Preparatoria: La Incautación y La Extromisión

Roshan Melgarejo Valenzuela
Jorge Novoa Marín
Olinda Vidal Isidro

Resumen

En el presente artículo se analiza problemas generados en la etapa de investigación preparatoria referidos a la incautación en los delitos permanentes y la aplicación de la extromisión en la etapa preparatoria a la luz del Código Procesal Penal. Para ello se ha tomado en cuenta lo regulado en la norma procesal penal y civil, su análisis en la jurisprudencia y acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema. En ese contexto, se tiene como objetivo analizar en qué casos la policía no está facultada para incautar bienes o instrumentos provenientes del delito sin autorización fiscal o judicial. Asimismo, examinar la relación entre la ausencia de la figura jurídica de extromisión en el proceso penal y el procesamiento arbitrario de las personas. Para ello se realizó una investigación jurídica descriptiva con enfoque cualitativo. Se tiene como resultado principal que no es legítimo la incautación de bienes e instrumentos provenientes del delito sin autorización judicial en casos de delitos permanentes y no es fundada una decisión judicial en el ámbito penal que declare inaceptable un pedido de extromisión, cuando una persona ha sido incluida en un proceso penal por un error en sede fiscal o judicial, pues se trata de un tercero legitimado (para actuar) debidamente por un acto procesal anterior, por lo que el mecanismo de extromisión procesal debe ser una figura genérica y válida en todo ordena-

miento procesal de manera supletoria, siempre que sea necesario para los fines de un proceso.

Palabras clave: Problemas recurrentes; código procesal penal; investigación preparatoria.

Abstract

This paper analyzes two problems generated in the preparatory investigation stage related to the seizure of permanent crimes and the application of extromission in the preparatory stage in the light of the Criminal Procedure Code. To this end, the provisions of the criminal and civil procedural norm, its analysis in jurisprudence and plenary agreements issued by the Supreme Court have been taken into account. In this context, the objective is to analyze in which cases the police are not authorized to seize goods or instruments from the crime without tax or judicial authorization. Also, examine the relationship between the absence of the legal figure of extromission in criminal proceedings and arbitrary prosecution of persons. For this purpose, a descriptive-propositive legal investigation was carried out. In this regard, we affirm that the seizure of property and instruments from the crime without judicial authorization in cases of permanent crimes is not legitimate and a judicial decision in the criminal field that declares an extrusion request unacceptable is not founded, when a person has been included in a criminal proceeding due to an error in fiscal or judicial headquarters, since it is a legitimized third party (to act) duly due to a previous procedural act, so that the procedural extrusion mechanism must be a generic and valid figure in every order procedurally, as necessary for the purposes of a process.

Keywords: Recurring problems; criminal procedure code; investigation preparatory stage.

Introducción

El derecho proceso penal es el conjunto de normas legales, necesarias para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el derecho penal material. Es decir, la atribución de responsabilidad penal y las penas a imponer ante determinada conducta ilícita. Por lo que el proceso penal, para imponer una resolución penal, no debe desarrollarse de cualquier modo, sino ordenadamente, pues muchas de las garantías y principios que pueden presentarse en las bases del proceso penal podrían verse distorsionadas por la estructura incorrecta de las mismas (Brinder, 1993).

Es así que en el presente artículo se analiza problemas que surgen en el proceso penal a raíz del Código Procesal Penal, específicamente en la etapa de Investigación Preparatoria (etapa que es dirigida por el Fiscal y está destinada a reunir elementos de convicción que le permitan a éste, decidir si formula o no acusación contra el imputado), como lo son la actuación de la Policía Nacional en los casos de Incautación por flagrancia delictiva cuando se tratan de delitos permanentes y sobre la posibilidad de excluir a una persona incluida por error en la etapa de investigación preparatoria, sin que se necesario llegar a la etapa intermedia.

Metodológicamente, el presente estudio fue abordado desde la perspectiva de las investigaciones descriptivas y propositivas. Para ello se usaron los métodos de la dogmática y la argumentación jurídica, principalmente. Asimismo, para el acopio de la información se usó la técnica del análisis documental y como instrumentos los diferentes tipos de fichas. El procesamiento y análisis de los datos se realizaron bajo el enfoque cualitativo.

1. Resultados

1.1. Sobre la etapa de investigación preparatoria

Horvitz y Lopez (2002) señalan que:

> Uno de los grandes cambios que ha traído el proceso de reforma lo constituye la etapa de Investigación Preparatoria. En la estructura del Código Procesal Penal, la etapa de investigación dejará de estar en manos del Juez Instructor y pasará a constituirse en la función esencial del Ministerio Público. Quedando el juez como un tercero imparcial que controlará los actos de investigación (p. 34).

Al respecto, consideramos que, efectivamente, la investigación preparatoria está a cargo del fiscal, quien la organiza jurídicamente, dado que debe armar su estrategia jurídica de investigación dirigida a esclarecer en lo posible, los hechos denunciados e investigados así como individualizar a sus autores y partícipes, para lograr tal finalidad los miembros de la Policía Nacional cumplen la fundamental labor de apoyo en la realización de las pesquisas y diligencias que disponga efectuar el Fiscal.

Esta etapa, de acuerdo a lo regulado por el inciso 1° del Art. 321 del Código Procesal Penal (CPP), persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Sin embargo de la mencionada regulación se advierte que el legislador limita la finalidad de la investigación preparatoria a preparar sólo la acusación, olvidando que las actuaciones del Ministerio Público se rigen por el principio de objetividad, de modo que si advierte algún indicio de que el hecho delictivo no se perpetró o que la persona a quien se le está investigando no realizó el hecho delictivo materia de investiga-

ción, deberá archivar el proceso o consignar todas las circunstancias tanto adversas como favorables para el imputado.

En dicha perspectiva, Neyra (2010), afirma que: "La investigación preparatoria persigue dos finalidades principales: preparar el juicio oral y/o evitar juicios innecesarios" (p. 271). Por su parte, Iberico (2017) señala que esta etapa puede definirse como el conjunto de actuaciones encaminadas a reunir el material fáctico necesario que, en su momento merecerá ser juzgado en juicio. También sirve para el aseguramiento de personas y cosas y de las responsabilidades pecuniarias. De esta manera se advierte que, en el marco de las finalidades descritas, se encuentran ciertas dificultades en la aplicación de las normas procesales, a fin de llevar a cabo una investigación que respete las garantías y derechos fundamentales de la persona investigada.

1.2. Sobre la incautación en los casos de flagrancia delictiva cuando se tratan de delitos permanentes

En esta sección es importante partir desarrollando nociones generales acerca de la institución de la incautación. El Código Procesal Penal considera la incautación como una medida cautelar de carácter real, en el que se autoriza a la policía o al fiscal durante las primeras diligencias o en el curso de la investigación preparatoria a incautar los efectos provenientes del delito o los instrumentos con que se hubiera ejecutado, siempre que exista peligro en la demora. Por lo que requiere resolución confirmatoria del Juez. En ese orden de ideas el Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, emitido el 16 de noviembre de 2010, señala que:

> La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (…), y como medida de coerción (…). En ambos casos en un acto de autoridad que

> limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa de aseguramiento de fuentes de prueba material y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

La institución de la incautación se encuentra regulada en el artículo 218 del Código Procesal Penal, que textualmente establece lo siguiente:

> Artículo 218 Solicitud del Fiscal.
>
> Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.
>
> La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

De tal modo que, haciendo una interpretación literal de lo que regula el mencionado artículo, se observa que la incautación

puede realizar de dos maneras: En el primer supuesto, es decir cuando no existe flagrancia ni peligro inminente de la perpetración de un delito; el fiscal, solicitará al juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias. En el segundo supuesto, la policía podrá realizar la incautación sin autorización previa del fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.

De lo expresado se puede advertir que en el primer supuesto, no existen problemas en su aplicación; sin embargo en el segundo supuesto se advierte un problema cuando la investigación realizada por el fiscal, versa sobre un delito permanente, en los cuales para que la Policía Nacional pueda realizar la Incautación sin autorización previa del fiscal o mandato judicial, debe tratarse de un caso de flagrancia delictiva, pues en los delitos permanentes existen problemas al momento de determinar cuándo se está en un supuesto de flagrancia. Por lo que procederemos a desarrollar ese tema para que estas Incautaciones puedan llegar a ser confirmadas por el juez.

1.3. La flagrancia en los delitos permanentes

La flagrancia delictiva se encuentra establecida en el Art. 259 del Código Procesal Penal, y esta se define cuando el autor es sorprendido en el momento mismo de haber cometido el delito. En la literatura especializada se sostiene para que exista flagrancia son necesarios, una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva; es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha. Además, dícese de la flagrancia, que se clasifica en:

- *Flagrancia estricta o propiamente dicha*: Está referido al sujeto detenido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva.

- *Cuasiflagrancia:* Se da este supuesto cuando ya se ha ejecutado el delito, pero es detenido poco después, ya que no se le perdió de vista desde entonces.

- *Presunción de flagrancia***:** Se configura cuando al agente se le encuentra con señales o instrumentos que permitan pensar que es el autor del ilícito penal.

La Constitución Política del Perú faculta a la Policía Nacional –cuando no obre mandato judicial u otro supuesto constitucional– dos usos de la flagrancia: a) para la detención policial; y, b) para el allanamiento y registro domiciliario. Estos, en conjunto, configuran lo que la jurisprudencia ha denominado como la necesidad urgente de intervención policial (supra).

Como es sabido, la detención policial constituye una medida obligatoria que debe adoptar la policía en su especial misión del descubrimiento de los delitos, consistente en la privación de la libertad personal y que es adoptada sin orden judicial, en los únicos supuestos de flagrancia delictiva, teniendo como presupuesto material a la imputación (San Martín, 2015). Al respecto, Neyra (2015) refiere que: "A diferencia de otras medidas, la detención en flagrante delito constituye una excepción a la aplicación del requisito a la jurisdiccionalidad, que se exige para toda medida cautelar" (p. 149).

En ese orden de ideas, para efectos del presente artículo se requiere saber sobre la flagrancia en los delitos permanentes; siendo para ello necesario revisar la siguiente discusión doctrinaria: Dado que la noción de permanencia, en un primer momento suele ser indicativa de una acción o de un estado que se mantiene o subsiste en el tiempo. Es decir, de un comportamiento que se

está ejecutando o perpetrando, o en todo caso, de algo que acaba de cesar en su permanencia, podríamos concluir en la compatibilidad de dicha noción con la institución procesal de la flagrancia, concretamente, en orden a la definición legal del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse. Así, la particularidad de los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes resulta la aparente compatibilidad entre la noción de permanencia que los caracteriza y la flagrancia, lo que nos lleva en un primer momento, a la conclusión de que todos los delitos caracterizados por tal noción son flagrantes.

En este marco, el concepto de la flagrancia, es trascendente en cuanto a la clasificación de los delitos permanentes, cuando se concibe: "…la flagrancia existe mientras dura la permanencia..." (García, Gonzales y otros, 2011, p. 48). Esta postura, sustenta la tesis en virtud de la cual se afirma que la noción de permanencia, presente en los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, conlleva por siempre a considerar la existencia de la flagrancia. En tal sentido, se concibe la situación flagrante a partir de la noción de permanencia de tales delitos, razón por la cual la flagrancia se configura como todo hecho punible que se está cometiendo, acaba de cometerse o, en fin, de aquél que ha cesado en su continuidad o permanencia.

Se advierte entonces, que lo primordial a los efectos de la flagrancia y su configuración no son los elementos que la integran, sino la noción de permanencia de dichos delitos (Puig, 1959). Sin embargo, de lo argumentado por este autor es de verse que no se ha tenido en cuenta los elementos que integran el concepto de flagrancia, esto es, la inmediatez, la percepción sensorial y la necesidad y urgencia de intervención, puesto que la noción de permanencia, propia de los delitos permanentes y de efectos permanentes, no es suficiente o determinante en la verificación de la flagrancia delictiva. Pues puede darse el hecho de que aun

existiendo la permanencia de una acción delictiva o de un estado antijurídico como por ejemplo el de una violación sexual continua en el tiempo, no se esté ante la flagrancia. Como, por ejemplo, en el caso de secuestro, donde se mantiene al secuestrado o al sujeto privado ilegítimamente de su libertad, en el interior de un domicilio o un recinto privado; o en el caso de un delito instantáneo y efectos permanentes, como la posesión de sustancias estupefacientes para la distribución por parte de quien se encuentra en su domicilio. En ambos supuestos, al no contarse con la percepción sensorial acerca de la ocurrencia de estos comportamientos criminosos, no podrá hablarse de flagrancia a pesar de la nota de permanencia. Al respecto, es importante tener presente el pronunciamiento sucesivo del Tribunal Constitucional referente a la flagrancia tradicional o *strictu sensu*, estableciendo la relación inviolable entre la flagrancia y su inmediatez temporal y personal.

Veamos el siguiente caso:

> Según lo establecido por el Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito presenta dos requisitos instituibles: a) La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) La inmediatez personal, esto es, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación; y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo (Caso Hilario Cruz, Feli Santiago, 2008, Expediente N°01957-2008-PHC/TC).

Asimismo es necesario la exigencia de un tercer requisito o elemento, para que se configure a la flagrancia como tal, esto es: la percepción sensorial directa por un tercero del hecho delictuoso, es decir solo podrá ser detenido el delincuente in fragante si un tercero percibe a través de los sentidos o descubre, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo, pues las ideas de descubrimiento, sorpresa y percepción

sensorial del hecho delictivo deben ocupar un primer plano en la noción de delito flagrante.

Al respecto, Núñez (2005) considera que la sola noción de permanencia en orden a la existencia de la flagrancia, desatendiendo su principal elemento, como lo es la percepción sensorial, implicaría una valoración a partir del mero conocimiento, de la intuición o de la simple sospecha de que se está cometiendo un delito, siendo suficiente que los funcionarios policiales estén informados acerca de la presunta ocurrencia de un delito permanente o de efectos permanentes. Dicho de otro modo, se ampliaría el concepto y con ello el alcance de la flagrancia para restringir la libertad personal, el domicilio, cualquier recinto privado en el que se desarrolle la intimidad de las personas o cualquier otro derecho, sin la correspondiente orden judicial a partir del conocimiento, en lugar de la percepción sensorial del delito que se esté cometiendo o acabe de cometerse.

En tal virtud, lo expresado por el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 29 de septiembre de 1994, en la que se diferencia la permanencia de la percepción o evidencia sensorial, en tanto que la primera alude a la consumación del delito permanente, por estarse realizando en todo momento mientras dure la situación antijurídica, siendo que la percepción o evidencia sensorial, característica de la flagrancia alude al delito que se está realizando o acaba de realizarse y es percibido por alguien. Por consiguiente, la permanencia del delito o del estado antijurídico del mismo y la evidencia percepción-sensorial, no son coincidentes en la concreción de la flagrancia delictiva, entre otras razones, porque esta no determina la estructura o naturaleza del delito, sino la percepción que se tiene de una o varias personas que lo cometen o acaban de cometerlo y, en el supuesto de la cuasiflagrancia, por la presunción fundada acerca de una o varias personas que por encontrarse en el mismo lugar donde se ha cometido el delito o cerca, con objetos, armas o instrumentos, en una relación de

tiempo inmediata –a poco de haberse cometido el hecho–, se consideran autores o partícipes.

Significa entonces, que la permanencia en el tiempo, tanto de la acción delictiva, en lo que respecta a los delitos permanentes, como del estado antijurídico, en cuanto a los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, por sí sola no es determinante para hablar de la presencia o de la percepción sensorial de la situación flagrante. En este sentido, merece especial atención lo referido por Manzini y Marino (1987), quienes a pesar de afirmar que la permanencia de un delito no es suficiente en orden a la flagrancia, es del criterio que se configuraría si se sorprende al agente de delito en el acto de cometerlo: "...en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia..." (p. 345). Como se advierte, este planteamiento hace depender la flagrancia de la noción de permanencia. Como se ha advertido, según nuestra ley procesal, la flagrancia propiamente dicha ocurre cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el delito.

Lo afirmado por Manzini y Marino (1987), en cuanto sostienen que la flagrancia puede consistir en la sorpresa o el descubrimiento de quien mantiene el estado de permanencia de un delito, guarda relación con la definición legal contenida en la norma procesal referida por el primero, en la que se ha previsto "...El delito permanente es flagrante hasta tanto haya cesado la permanencia...". A partir de esta norma, podría reconocerse la validez del razonamiento al que arriban los autores. Sin embargo, esta previsión legal ajena al CPP desconoce la esencia de la flagrancia, entendida como noción fáctica, objetiva, inmediata, presente y necesitada de urgente intervención, cuya concreción solo puede partir de la percepción sensorial en relación a una o varias personas que comenten o acaban de cometer un delito, o de la presunción con respecto a quienes por encontrarse en el mismo lugar de su comisión o cerca de este, con objetos,

instrumentos o armas, se presumen son sus autores o partícipes, todo ello con independencia de si el delito es permanente o no. Por tanto, la flagrancia no versa sobre la sorpresa o el descubrimiento de una persona en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia de un delito; "...flagrante es el hecho que se está realizando o ejecutando por alguien y es observado por un funcionario o particular" (Artiaga, 2002, p. 567).

Finalmente, la permanencia implica la infracción se consume permanentemente a través del tipo. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de septiembre de 1994 señala:

> ...la permanencia significa que la infracción se está consumando todo el tiempo en que dura la situación antijurídica, en tanto que la flagrancia exige la evidencia sensorial de que el delito se está produciendo, siendo así que el flagrante es tan evidente como perceptible para cualquiera, porque no hay evidencia, cuando únicamente concurran sospechas de su existencia, las que precisamente, se pretenden confirmar o rechazar con el registro...

1.4. Postura del Tribunal Constitucional

Teniendo en cuenta lo señalado líneas arriba; al respecto el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 03691-2009-PHC/TC, expresa los siguientes criterios:

> …Que la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención

de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la situación particular de la urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta su necesaria intervención.

Que, por tanto, y estando a lo anteriormente expuesto, resulta legítimo el ingreso de efectivos de la Policía Nacional en el domicilio de una persona sin su previa autorización siempre que se tenga conocimiento fundado, directo e inmediato, que deje constancia evidente de la realización de un hecho punible, el gravísimo peligro de su perpetración o en caso de la persecución continuada del infractor que se refugia en él. Ello implica que el objetivo de tal intromisión domiciliaria no es otro que la urgente intervención a efectos de detener al infractor, evitar que se cometa el hecho punible y, accesoriamente, efectuar las investigaciones y/o los registros con ocasión del delito en cuestión (decomiso de los objetos del delito, entre otros).

Que en este contexto se concluye que la intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia.

> Además de que un hecho resaltable a todas luces es que la intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia (fundamento 19 de la STC).

De lo ya manifestado, se desprende que, no puede hablarse de la sorpresa del delito que se está cometiendo, menos aún sobre el que acaba de cometerse, por cuanto la permanencia del estado antijurídico que tiene lugar en el ocultamiento no es objeto de la sorpresa, sino de una indagación previa que da lugar a una "percepción sensorial" posterior. Entonces queda claro que no existe flagrancia en los delitos permanentes, en cuyos casos la policía requiere autorización judicial para incautar bienes o instrumentos provenientes de la comisión de un hecho delictivo, conforme lo ha reconocido también la Corte Suprema en la (Casación N° 842-2016-Sullana), al señalar que no existe flagrancia cuando la sindicación se ha obtenido por información indirecta, a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas –al no haber sido percibidos los hechos con sus sentidos–, o cuando solo se percibió la simple cercanía del detenido al lugar donde aconteció el delito, es por eso que la jurisprudencia glosada precisa que al delincuente –además– se le encuentre en relación con aspectos de delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva.

Estando a lo anterior es evidente que si la incautación de bienes –muebles o inmuebles– de una persona sindicada con la comisión de un delito se realizó fuera de una situación de flagrancia delictiva, nos encontraremos ante una actuación policial arbitraria por lesionar los derechos fundamentales a la libertad personal del intervenido, posibilitando al abogado el uso de instituciones procesales que beneficien a su defendido.

1.5. Posibilidad de exclusión de personas investigadas en la etapa de investigación preparatoria

Dentro de la etapa de Investigación Preparatoria, otro de los problemas frecuentes, se da en los casos de investigación y enjuiciamiento por la comisión de un delito a personas implicadas por un error o haber transitado por casualidad cerca del lugar de los hechos donde se produjo el ilícito penal. Pese a no existir una sindicación del agraviado o de los testigos de cargo, siendo sometidas a todo un largo proceso penal que comprende una serie de actos y etapas. Los cuales son: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juzgamiento donde las partes procesales tienen que probar su teoría del caso para recién allí obtener una sentencia absolutoria. En este caso, la persona incluida indebidamente en el proceso penal, por los esfuerzos desplegados en el afán de acreditar su inocencia, se ve perjudicada económica y moralmente la persona.

Respecto a esta situación, es menester no solo proponer el uso de la extromisión en el derecho procesal penal por la necesidad que ameritan las detenciones arbitrarias por deficiente identificación e individualización del imputado, sino también argumentar por qué es viable y cómo debe de aplicarse. En tal sentido, al no existir una figura que alcance a satisfacer estos fines, apelamos a la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil por la cual «Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a

los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza». La figura de la extromisión propia del derecho procesal civil es aplicada supletoriamente ya que el juzgador no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, pero consideramos que no basta dicha aplicación supletoria sino resulta necesario su implementación en el proceso penal ya que permitiría a las personas vinculadas indebidamente en un proceso penal ser excluidas oportunamente del mismo.

1.6. Sobre la institución de la extromisión

La extromisión es el mecanismo procesal que faculta al juez de oficio o a pedido de parte, para decidir la exclusión del proceso de un tercero legitimado, ya sea porque el interés jurídico relevante que le permitió su intervención ha desaparecido o nunca existió. Siendo esta figura regulada en el Código Procesal Civil en su Artículo 107, que señala: "Excepcionalmente, en cualquier momento el Juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia." (Ministerio de Justicia, 2007, p. 45). Al respecto, es importante señalar que en este dispositivo se regula la posibilidad que el juez separe al tercero legitimado, excepcionalmente, y cuando reconozca que ya hay derecho o interés para que siga interviniendo; en tal momento el juez dicta la resolución "motivada" para la extromisión. Está dentro de las facultades de dirección que tiene el juez en el proceso civil. La intervención de terceros es de indudable importancia en los procesos de expropiación.

Según Sagastegui (2003), "La motivación de las sentencias y resoluciones consisten en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, en los cuales el juez apoya su decisión y que se

consignan habitualmente en los considerandos del fallo" (pp. 261-262). Al respecto, debemos señalar que un tercero se integra al proceso, porque invoca un interés legítimo, se convierte en un tercero legitimado participando como litisconsorte de una de las partes. Regulando el llamamiento posesorio, se establece, si el denunciado comparece al proceso y reconoce que es poseedor, se produce una extromisión del demandado, ya que queda fuera de la relación jurídica procesal y el mismo proceso. Si el llamamiento al proceso indica que es el poseedor responsable, este queda en reemplazo del demandado original, el proceso continuo con este poseedor que se atribuye la legitimidad de la posesión quedando excluido el demandado, porque no tiene un interés legítimo. En tal sentido, tenemos que la figura jurídica de la extromisión se ha venido aplicando de manera supletoria en el Proceso Penal de manera muy reducida. Pues de la búsqueda realizada en el sistema integrado judicial de la Corte Superior de Justicia de Áncash, se determina que su aplicación en el proceso penal es escasa.

A no existir una regulación taxativa de la figura de extromisión en el proceso penal se puede señalar que esta figura en el proceso penal se materializa en un procedimiento. Asimismo, en el proceso civil, en el que existe de por medio una *litis* o *lite*, en términos del procesalista Carnelutti, pero en todos los casos no hay otro objeto que obtener la justa composición del litigio. Esta composición atañe a la cualidad de las partes, en este caso, en el proceso penal se deduce una relación de derecho sustantivo y las partes están investidas de las facultades necesarias para hacerla valer o contradecirla, según sea su naturaleza. Ahora bien, si el imputado original en un proceso mediante las actuaciones de identificación e individualización, termina siendo confundido por otro queda comprendido a causa de error material, se advierte que el proceso se ha desnaturalizado y por consiguiente será insustancial e incapaz de alcanzar sus propios fines (Catacora, 1996).

1.7. Sobre la necesidad de implementar el instituto de la extromisión en el proceso penal peruano

Se considera necesario implementar el instituto de la extromisión en el proceso penal peruano, en mérito a los siguientes argumentos: Se considera que esta institución, se debe aplicar en los casos de: a) Detenciones arbitrarias por deficiencia en la identificación del imputado abordando la situación en la cual el operador en sede fiscal o judicial equivoca la identidad de la persona vinculado al hecho delictivo investigado y termina comprendiendo penalmente a otra de nombres iguales y/o similares, causando su detención o haciéndola inminente. b) Cuando una persona se ve implicada por un error o haber transitado por casualidad cerca del lugar de los hechos donde se produjo el ilícito penal, pese a no existir una sindicación del agraviado o de los testigos de cargo.

En esos casos, como por ejemplo en el primero; al existir una deficiente identificación del imputado se advierte la ausencia de una figura jurídica que permita regularizar la situación de los detenidos por causa del error o equivocación en la vinculación con el hecho punible. Por lo que la persona se ve sometido a todo un largo proceso penal que comprende una serie de actos y etapas tales como la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juzgamiento donde el Ministerio Público y los coprocesados si se tratara de pluralidad de sujetos tienen que probar cada uno su teoría del caso para recién allí obtener una sentencia absolutoria. Por lo que en la práctica judicial se han advertido serios problemas. Entre ellos, el indebido uso de la cuestión previa, el sobreseimiento y la sentencia absolutoria, originando condiciones de dilación, recarga e impunidad procesal. Además de perjudicar económica y moralmente al investigado.

De modo tal que, ante casos como este, se plantea que la subsanación del error debe pretenderse en el mismo proceso penal y ante el mismo órgano jurisdiccional. Es decir, la figura de la extromi-

sión aplicada al derecho procesal penal. Pues debido a la ausencia del instituto de la extromisión en el sistema procesal penal peruano se procesa injustamente a personas inocentes, quienes se ven obligados a estar inmersos dentro de un proceso penal, hasta que se advierta de su situación. Asimismo, se producen gastos innecesarios para el Estado. En ese sentido resulta necesario aplicar la figura de la extromisión dentro del proceso penal, hará que los operadores jurídicos (jueces y fiscales) realicen una adecuada individualización a las personas a quienes se les imputa un hecho y determinen su vinculación de manera suficiente con el ilícito penal. Así como que evitara se realicen investigaciones innecesarias y facilitara que una persona comprendida por error en un proceso sea extraída a pedido de la misma y cuando el juez advierta que no se trata de la persona imputada comprobando que su incorporación fue incorrecta.

Conclusiones

La investigación preparatoria, debe ser realizada por el Ministerio Público de manera objetiva y completa. Respetando los derechos y garantías de la persona que viene investigando. Pues, la problemática de las detenciones arbitrarias por deficiente identificación e individualización es un tema recurrente que amerita una atención detallada y un tratamiento procesalmente efectivo. Que debe ser resuelto dentro de la etapa de investigación preparatoria. Ello con el mecanismo de extromisión procesal que es una figura genérica y válida para ser aplicada en todo ordenamiento procesal de manera supletoria, siempre que su uso sea necesario para alcanzar los fines naturales de un proceso.

En los delitos permanentes no puede hablarse de la sorpresa del delito que se está cometiendo, menos aún el que acaba de cometerse, por cuanto la permanencia del estado antijurídico que tiene lugar en el ocultamiento no es objeto de la sorpresa, sino de una

indagación previa que da lugar a una "percepción sensorial" posterior. Por lo que, la Policía Nacional no podrá incautar bienes o instrumentos provenientes del delito materia de investigación en un proceso penal (en los casos de delitos permanentes) sin la autorización del fiscal o mandato judicial, sin que se cumpla con el requisito de extrema urgencia.

Referencias bibliográficas

Arteaga, S. (2002). *La privación de Libertad en el Proceso Penal Venezolano.* Caracas: Livrosca.

Brinder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Caso Hilario Cruz, Felipe Santiago, Expediente N° 01957-2008-PHC/CT (Tribunal Constitucional 31 de octubre de 2008).

Catacora, M. (1996). *Manual de Derecho Procesal Penal.* Lima: Rhodas.

Casación N° 842-2016-Sullana (Corte Suprema de Justicia de la República, Perú - Primera Sala Penal Transitoria, 16 de marzo de 2017.

García, E., Gonzales, G. y otros. (2011). *La Flagrancia en el Nuevo Código Procesal Penal.* Lima: Universidad San Martin de Porres.

Horvitz, I. & López J. (2002). *Derecho Procesal Chileno. T. I.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Ibérico, L. (2017). *La etapa intermedia*. Lima: Pacífico.

Justicia, M. D. (2007). *Código Procesal Civil.* Lima: Décima edición.

Manzini, V. & Marino A. (1987). *Tratado de Derecho Penal. Tomo IV*. Caracas: Cultura Jurídica.

Neyra, J. (2010). Etapas del Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Idemsa.

Neyra, J. (2015) *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Lima: Idemsa.

Núñez, J. (2005). *La flagrancia en el proceso penal venezolano.* Caracas: Liyrosca C. A.

Puig, P. (1959). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Volumen I.* Barcelona España: Nauta S.A.

Sagastegui, P. (2003). *Exegesis y Sistemática del Código Procesal Civil. Volumen I.* Lima: Grijley.

San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Jurista Editores.

Aspectos Objetivos y Subjetivos en los Delitos de Omisión Impropia a Propósito del R. N. Nº 2174-2017-Lima

Teodorico Cristóbal Támara

Resumen

El presente estudio analiza dogmática y jurídicamente los aspectos objetivos y subjetivos en los delitos de omisión impropia teniendo como principal incidencia lo resuelto por Corte Suprema en el Recurso de Nulidad Nº 2174-2017-Lima. Consecuentemente, los delitos de omisión impropia están regulados por el artículo 13 del Código Penal, y conceptualmente son aquellos hechos punibles donde el agente que lleva a cabo la omisión está obligado como garante a la evitación del resultado. Por lo tanto, esta omisión involucra a la propia realización del tipo penal mediante una comisión por omisión, es decir, un hacer activo.

Palabras clave: Aspectos objetivos; aspectos subjetivos; conocimiento; delitos; omisión impropia; posición de garante.

Abstract

This research examines aspects of dogmatic and legally objective and subjective factors in the crimes of omission misconduct taking as the main incidence as resolved by the Supreme Court in the invalidation appeal Nº 2174-2017-Lima. Consequently, the crimes of omission misconduct are regulated by article 13 of the Penal Code, and are conceptually those punishable acts where the agent that carries out the omission is obliged as a guarantor to

avoidance of a result, therefore this omission involves the carrying out of that type of offense by a commission by omission, that is to say, a make active.

Keywords: Objective aspects; subjective aspects; knowledge; crimes; improper omission; position of guarantor.

1. Introducción

Hoy en día hablar de los denominados delitos de omisión, de cierta forma, evoca una discusión dogmática respecto a su contenido (estructura dogmático-normativa). En ese sentido, el objetivo del presente trabajo se centra en efectuar el desarrollo dogmático-jurídico penal de los aspectos objetivos y subjetivos de los denominados "delitos de omisión impropia". Para ello, es sustancial hacer un repaso de la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto al tema; todo ello con la contrastación y análisis de la doctrina autorizada y especializada.

Por cuestiones de una mejor comprensión del tema, se ha dividido el presente estudio en cinto tópicos importantísimos, partiendo desde un inicio con los antecedentes de lo resuelto por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad Nº 2174-2017-Lima, sobre el tema antes mencionado. En segundo lugar, se analiza exhaustivamente las generalidades de los delitos de omisión. En tercer lugar, por cuestiones metodológicas se efectúa un breve repaso sobres los aspectos conceptuales de la omisión propia como la omisión impropia. En la cuarta parte del trabajo se tiene en consideración lo relativo al contenido y composición de los delitos de omisión impropia, partiendo por su concepto, sus elementos objetivos y subjetivos, que a consideración nuestra son vitales para la comprensión del tema aquí tratado. Finalmente, se concluye con algunas reflexiones finales, de acuerdo al caso concreto y sobre el cual ha recaído el Recurso de Nulidad, esto, con

el único fin de hacer entendible la temática propuesta. Por lo tanto, el presente estudio se deja a disposición de la comunidad jurídica para su apreciación crítica, observaciones y aportes; pues, como es de conocimiento general no hay un trabajo definitivo y siempre hay algo que contribuir con sus aciertos y limitaciones.

2. Antecedentes de lo resuelto por la Corte Suprema

En el Recurso de Nulidad Nº 2174-2017-Lima, de fecha veintitrés de enero del dos mil dieciocho, interpuesto por la encausada Ariana Josselyn Taype Zuazo contra la sentencia de fojas ochocientos ochenta y tres, de ocho de junio de dos mil diecisiete, que la condenó como autora por omisión impropia del delito de parricidio en agravio de Lihan Leandro Manuel Tinoco Taype a trece años de pena privativa de libertad y al pago de quince mil soles por concepto de reparación civil; donde, la Corte Suprema se pronunció respecto al tema de la omisión impropia, conforme al criterio plasmado en el fundamento de derecho undécimo de la sentencia objeto de análisis, y del cual se transcribe textualmente lo siguiente:

> UNDÉCIMO. Que desde el artículo 13 del Código Penal los delitos que consistan en la producción de un resultado –resultado material ya sea de lesión o de peligro– pueden cometerse, cumpliéndose determinados elementos típicos, objetivos y subjetivos, por omisión. Es la modalidad de omisión impropia.
>
> Es sabido, y la sentencia recurrida los enumera, que en estos casos, en la perspectiva objetiva, han de concurrir tres elementos, coincidentes con los delitos omisivos puros: a) una situación típica, b) ausencia de la acción determinada que le era exigida al agente, y c) capacidad de realizarla. Además, han

de concurrir tres requisitos específicos: *(i)* la posición de garante, *(ii)* la producción del resultado y *(iii)* la posibilidad de evitarlo (Conforme: STSE 537/2005, de 25 de abril).

Se resalta la inacción como acto positivo, que se produce cuando el obligado estaba a actuar en defensa del bien jurídico. El agente, por lo demás, a los efectos del denominado "juicio de identidad" –siempre de carácter normativo–, ha de tener el dominio material y directo de la causa fundamental del resultado.

En el aspecto subjetivo, el agente debe conocer las circunstancias que generan su deber o conocimiento de la situación de hecho que genera su deber de actuar (la posición de garante y el peligro de producción del resultado) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, y sin embargo decide no actuar (STSE 459/2013, de veintiocho de mayo). El agente debe conocer que tiene el deber de intervenir en la situación que se presenta y debe comprender al omitirlo que su intervención podría evitar el resultado de lesión o de peligro (STSE 1697/2002, de diecinueve de octubre). El dolo, por otro lado, ha de estar definitivamente probado.

3. Generalidades sobre los delitos de omisión

Para poder dar una aproximación conceptual de los delitos de omisión, hay que tener en cuenta lo afirmado por Villa Stein (2014):

> Hay una modalidad de comportamiento humano que podemos llamar silencio conativo para el alcance de determinada meta o propósito debidamente anticipada por el agente, o para mantenerse en dicho estado (de silencio) por el motivo que sea, pero debiendo y pudiendo actuar, infringiendo así una norma imperativa o prohibitiva. A este particular estado de silencio se le conoce con el nombre de omisión (p. 331).

Así mismo, las ideas de Muñoz & García (2010) son eminentes para poder comprender la naturaleza de este tipo de delitos, por ello señalan lo siguiente:

> El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. La conducta que sirve de base a la norma penal y que ésta regula puede consistir, pues, tanto en un hacer, como en un no hacer. El Derecho penal no sólo contiene *normas prohibitivas* sino también, aunque en menor medida, *normas imperativas* que ordenan acciones cuya omisión puede producir efectos socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión (p. 237).

La omisión en sí misma no existe. La omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. La posibilidad de acción es, por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción, como a la omisión (Muñoz & García, 2010, p. 238).

Del artículo 11 del Código Penal –en adelante CP– se desprende que son delitos tanto las "acciones" como las "faltas", ya sean indistintamente dolosos o culposos penadas por la ley. Entonces, la dogmática penal distingue los tipos penales según expresen en la forma de la infracción de una prohibición de hacer o en la forma de una desobediencia a un mandato de acción, pues según Bacigalupo (1996):

> En el primer caso se trata de delitos de comisión; en el supuesto segundo de delitos de omisión. Lógicamente es posible que todos los delitos de comisión se expresen en la forma de delitos de omisión, así como también es posible que los

> delitos de omisión sean expresados en la forma de la prohibición de acciones. En los delitos de comisión se sanciona la omisión de otras acciones que hubieran sido las adecuadas al derecho y también en los de omisión se sanciona la realización de una acción que no es la mandada (p. 223).

Asimismo, Villavicencio (2013) señala:

> La omisión es una forma *típica* de prohibir acciones (…). Por ello, la omisión es un concepto de carácter *normativo*[1] en referencia a una acción determinada y exigida en una situación social concreta siempre que el sujeto tenga capacidad psicofísica para esta acción (…). Ejemplo: *omite* quien no presta auxilio inmediato a un herido que encuentra en una autopista (artículo 127 del Código Penal) (p. 651).

Adviértase –indica Mir Puig (2011)– que, "el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa distinta de la ordenada" (p. 315). En ese orden de ideas, el citado autor ejemplifica de la siguiente manera:

> Quien encuentra a un excursionista en una situación de grave peligro para su vida, puede cometer el delito de omisión de socorro del articulo 195 CP español a través, precisamente, de la conducta positiva representada por el marcharse del lugar de peligro. (Mir Puig, 2011, p. 315)

[1] Al respecto Mir Puig (2011) señala que: El significado normativo de los tipos de omisión (…) tienen como base la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. El injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe; el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva (p. 315).

Por cuestiones didácticas y para una mejor comprensión de audiencia se desarrolla brevemente aspectos conceptuales referentes a la omisión pura o propia y la omisión impropia. No obstante, como se desprende del título del presente trabajo, el análisis dogmático gira, principalmente, en torno a este último.

4. Omisión propia

La omisión propia también es conocida como omisión pura y comprende los delitos frecuentes que tienen una connotación que suponen un hacer impuesto por la norma. Además, puede involucrar una prestación o asistencia que la ley le recurre a realizar de acuerdo a un deber general de solidaridad. Welzel (1956) sostiene "Implica trasformar una realidad mala en una buena. Se trata, por lo tanto, de tipos de imposición: el delito mismo contiene la imposición de un hacer (p. 205).

Por su parte, Zaffaroni (2009) indica que: "Los *tipos omisivos propios* son muy excepcionales en las leyes: son los tipos omisivos cuyo sujeto activo no es calificado, o sea, que pueden ser cometidos por cualquier persona" (p. 128). Asimismo, Muñoz & García (2010) refiere que, en los delitos de omisión pura o propia "se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Estos delitos de omisión pura equivalen a los delitos de simple actividad" (p. 240). De igual forma, Wessels, Beulke, & Satzger (2018) manifiestan que, "los delitos de omisión propia son aquellos delitos que se reducen a la infracción de una norma de mandato, es decir, a la mera omisión de una actividad exigida por la ley" (p. 490).

5. Omisión impropia

Implica un intervenir positivo podría ser trasformado algo bueno en malo. La vida humana activa consiste, en gran parte, en mantener las series de evolución de la vida en sus cauces normales.

Por ejemplo: el criar los niños por los padres, es una previsión activa permanente tendiente a conservar y fomentar lo bueno (la vida, la salud etc.)[2], (Welzel, 1956, p. 206). Por su parte, Zaffaroni (2009) señala que:

> En los *tipos omisivos impropios* los sujetos activos siempre son calificados (invariablemente se trata de *delicto propia*). Si bien todos los tipos omisivos son circunstanciados (exigen una situación típica), la calificación del sujeto activo en los impropios significa que éste se halla vinculado por un *especial* deber *de preservación* o *cuidado* respecto del bien jurídico ofendido (diferente al del resto de las personas) que en esa situación típica le obliga a garantizarlo, es decir, que la situación y su condición lo colocan en una *posición de garante* (p. 128).

Al respecto, son considerables las aportaciones de Wessels, Beulke & Satzger (2018) quienes señalan que, los delitos de omisión impropia son aquellos hechos punibles en los que quien llevan a cabo la omisión está obligado como garante a la evitación del resultado y en los que la omisión corresponde valorativamente a la realización del tipo legal mediante un hacer activo.

El hecho será, entonces, antijurídico cuando el autor en el caso concreto tuvo una posición de garante que le imponía evitar el resultado. Como ocurre en el caso correspondiente de los elementos de la autoría, aquí no resulta suficiente para el nacimiento del deber jurídico con la existencia objetiva de los elementos que fundamentan la posición de garante (Roxin, 1979).

---

[2] Así, el mismo Welzel (2009, p. 206) ejemplifica manifestando que: La madre que no alimenta a su hijo, lo mata en la misma forma que la que lo ahoga. En cuanto alguien, de acuerdo con las órdenes de la vida social, está puesto como "garante" (tema que más adelante se abordará) para conservar lo bueno y adecuado al tipo (la vida, la salud, etc.), actúa típicamente, lo mismo que en un delito de comisión, si omite impedir la producción de lo malo.

5.1. Elementos objetivos

5.1.1. Situación típica

La omisión típica es siempre un comportamiento diferente al prescrito por la norma, que puede consistir en acciones realizadas en el momento de producirse el resultado o previamente, cuando el agente se incapacita o coloca en una situación o estado que le impide la realización de la acción que el tipo prescribe (Zaffaroni, 2009).

El tipo omisivo sistemático tiene siempre la característica de ser circunstanciado, porque define una situación típica y solo en esa situación típica el comportamiento diferente del prescripto revela una violación al precepto derivado del tipo. La conducta típica expresa la violación de la norma porque no se dirige al fin ordenado. Cuando se dirija al fin ordenado, pero no alcance el resultado mediará siempre una atipicidad dolosa, aunque pueda haber tipicidad culposa (Zaffaroni, 2009). Al respecto, Bacigalupo (1996) señala que:

> El primer elemento del tipo objetivo de los delitos de omisión –ya sean propios o impropios– es la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción. Esta situación representara en todos los casos un peligro para un bien jurídico (p. 227).

5.1.2. Ausencia de la acción determinada que le es exigida al agente

Debe entenderse como aquella infracción del agente al deber de actuar [omitir], y en efecto, hay un abandono de ejercicio de la acción designada normativamente. Con la ausencia de la acción

el sujeto agente crea un peligro o lesiona un bien jurídico. Entonces, este responderá por esa lesión, como ocurriría de igual manera si la hubiera causado mediante una acción positiva [un hacer].

En ese sentido, la ausencia de la acción determinada debe ser idónea para acarrear un peligro o lesión (adecuado) al bien jurídico determinado por la ley, y la consecuente producción del daño al bien jurídicamente tutelado.

5.1.3. Capacidad de realizar la acción

Respecto a este punto, Muñoz & García (2010) afirman que:

> La comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión. No siempre que podemos realizar una acción (abofetear a alguien), debemos realizarla. "Omitir" es un verbo transitivo, siempre se omite "algo". La omisión penalmente relevante sólo puede ser, pues, la omisión de una acción esperada. De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídico-penal sólo le interesa aquélla que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc.), porque le impone el deber de realizarla (p. 238).

El delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar. En consecuencia, el delito de omisión es siempre, estructuralmente, un delito que consiste en la *infracción de un deber*. Pero no de un deber social o moral, sino de un deber jurídico (Muñoz & García, 2010).

En realidad, en el fondo de todo delito existe siempre una infracción de un deber, el deber de respetar el bien jurídico protegido

en el tipo penal en cuestión (no matar, no hurtar, etc.), pero lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y; por tanto, esperada en el ordenamiento jurídico. El deber puede ser un *deber genérico,* que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia (ayudar a alguien en peligro), o un *deber específico* que sólo obliga a un determinado círculo de personas (funcionarios, médicos, etc.) (Muñoz & García, 2010).

Naturalmente en la capacidad de realización de la acción debe darse la dominabilidad en el tipo omisivo sistemático significa la posibilidad cierta de interferir la causalidad. La verificación de la causalidad –como causación o como evitación– siempre es un juicio hipotético relacionante y, por ende, sobre lo que pudo ser y no fue, por lo que es imposible evitar un margen de duda a su respecto (Zaffaroni, 2009).

a. Posición de garante

Según Zaffaroni (2009), la posición de garante consiste en que "Los deberes que configuran la posición de garante pueden tener por fuente la ley misma, el contrato o el comportamiento anterior del agente (que haya decidido al sujeto pasivo a asumir un riesgo garantizando su neutralización)" (p. 128). Por consiguiente, en los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino sólo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo (Muñoz & García, 2010).

Del mismo modo, el propio Zaffaroni (2009), extrayendo algunos ejemplos de la realidad argentina, refiere que se hallan en posición de garante (o sea que tienen un especial deber de conservación o reparación del bien jurídico) los que tengan el deber de mantener o cuidar a una persona (es decir mediante un deber jurídico legal

o contractual, tal es el caso del guía de montaña, el pariente obligado a alimentar, el enfermero, el bañero o los que con su conducta anterior hayan causado la situación de peligro o desamparo) (106 CP argentino); quien dolosa o culposamente haya lesionado a una persona (106 CP argentino); el encargado de realizar un acto funcional, tal como un agente policial que se niega a intervenir en un delito en flagrancia, el jefe de correos que se niega a entregar la correspondencia (249 CP argentino); el funcionario público respecto del buen nombre de la administración que omite entregar la declaración jurada de bienes (268. 3 CP argentino); el juez respecto al deber de juzgar no dicta sentencia (273 CP argentino).

Fuentes de la posición de garante

De acuerdo a lo manifestado por Villa Stein (2014), las fuentes de la posición de garante se disgregan en tres, las cuales son:

i. *Estrecha vinculación familiar o legal:* Comprende principalmente las relaciones paterno-filiales, en virtud de las cuales, entre sí deben socorrerse obligatoriamente. Así, los hijos menores dependen de los padres y los padres pueden depender a su turno de los hijos.

ii. *Asunción voluntaria de protección:* Quien asume una protección se coloca en posición de garante. Por ejemplo, en la literatura española, el Lazarillo, que se ofrece poner a buen recaudo a un ciego.

iii. *Comunidad de peligro:* Se trata de la posición de garantes múltiples que asumen los coparticipes de una actividad colectivamente riesgosa. Tal es el caso del excursionista que emprende, con sus pares, el escalamiento del Huascarán. En este supuesto, el andinista que sufra un percance deberá ser auxiliado por sus compañeros de aventura.

b. Producción del resultado

Este elemento debe interpretarse como la eventual consecuencia dada por la omisión que el sujeto agente efectúa. En ese sentido, Polaino (2015) manifiesta que, "la producción de un resultado está condicionado a que este tipo de delitos [omisivos] produzcan una lesión o una puesta en peligro del bien jurídico, es decir estos delitos exigen un resultado material (lesión, homicidio, apropiación, etc.)" (p. 360).

c. Posibilidad de evitar el resultado

Con respecto a la posibilidad o eventualidad de impedir la consecución del resultado, Villa Stein (2014) afirma que: "Quien ha creado una fuente de peligro (v.g. un incendio), asume las responsabilidades correspondientes a la salvaguarda de los bienes jurídicos, que con motivo de dicho hecho se produjeron funestas consecuencias" (p. 339). Así mismo, el citado autor, manifiesta que, la doctrina alemana reconoce tres supuestos: a) Actuar precedente; b) Deber de control de fuentes de peligro situado en el propio ámbito de dominio y c) Responsabilidad por conducta de terceros.

Por su parte, Muñoz & García (2010) sostienen:

> A diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión, para imputar un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo. Es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión (p. 244).

La evitabilidad del resultado es, pues, el criterio que, matizado y completado con los derivados de las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, nos permite imputar ese resultado a una conducta omisiva. Además, el requisito general de toda omisión de que el sujeto debe tener la capacidad necesaria para poder realizar la acción que omite (Muñoz & García, 2010).

5.2. Elementos subjetivos

5.2.1. El dolo

Para poder hacer un encuadre si realmente estamos frente a un delito de omisión se debe observar las circunstancias o el conocimiento que generan el deber de actuar del sujeto agente. Al respecto, Wessels, Beulke & Satzger (2018) señalan:

> Una omisión dolosa consiste en una decisión entre la inactividad y un hacer posible (…). En el caso de delitos de omisión impropia el objeto del dolo es el conjunto de los elementos que satisfacen el tipo objetivo, incluyendo las circunstancias que fundamentan la posición de garante. Al dolo típico pertenece la voluntad de permanecer inactivo con el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y con conciencia de la posibilidad de la evitación del resultado cuya producción amenaza con producirse (…). Para el dolo de la omisión también basta el dolo eventual (p. 517).

Por su parte, Jescheck & Weigend (2014) hacen algunas consideraciones críticas sobre este tópico, señalando:

> Tampoco las reglas que se desarrollan en los delitos de comisión delictiva relativas a dolo pueden ser aplicadas directamente a los delitos de omisión. Más bien, requieren una adaptación al hecho de que está ausente un hacer positivo portador de una voluntad de actuación. Y así, en primer lugar, en los

> delitos de omisión el tipo objetivo y, con ello, el propio objeto del dolo, está estructurado de un modo diverso al de los delitos de comisión; y, en segundo lugar, también en parte la propia estructura del dolo debe determinarse de una forma distinta (…). (pp. 944-945).

También García (2012) manifiesta que:

> La identidad normativa debe presentarse también en el aspecto subjetivo del hecho. La doctrina exige, por ello, que exista un dolo o culpa en el garante (…). En este tema llama especialmente la atención que la doctrina penal defienda, cada vez con mayor consenso, que, para el dolo del delito realizado en comisión por omisión, el garante solo deba conocer que está omitiendo cumplir con su deber de garante y, como consecuencia de ello, la aptitud lesiva de su omisión. Un elemento volitivo en el dolo de la comisión por omisión, por el contrario, no se exige (…). Entonces el dolo es fundamentalmente imputación de conocimiento tanto en la realización activa como en la comisión por omisión (p. 562).

5.2.2. La culpa

Al respecto, Jescheck & Weigend (2014) sostienen que:

> [L]os delitos de omisión regulados legalmente en los que es suficiente la imprudencia son al puesta en peligro del tráfico viario por no poner en conocimiento la existencia de vehículos parados o estacionados en la calzada (…) y la vigilancia oficial deficiente (…). En ellos se exigía anteriormente el conocimiento de la situación típica (…), pero de acuerdo con el Derecho vigente es también en este punto bastante con la imprudencia. (…) los delitos de omisión impropia no regulados legalmente pueden ser cometidos por imprudencia siempre

> que el tipo comisivo correspondiente pueda realizarse imprudentemente (siendo en nuestro caso peruano *numerus clausus*). (p. 948).

La imprudencia puede referirse a la existencia de la posición de garante. Por ejemplo: Actúa imprudentemente la profesora que desde la sala de profesores contempla el juego peligroso de unos niños que trepan, y en el que posteriormente uno de ellos sufre un accidente mortal, cuando no verifica que se trata de niños de su propia escuela a los que debería haber prohibido el juego (Jescheck & Weigend, 2014).

6. Reflexiones finales

A partir de la lectura atenta del caso en mención, se puede advertir diversas cuestiones no explicadas a cabalidad por la Suprema Corte. En primer lugar, la corroboración y certeza de que se haya cumplido con el tipo subjetivo del delito de omisión impropia. Esto es el conocimiento y la voluntad, pero debe advertirse que, existiendo una posición mayoritaria en la doctrina que afianza el hecho que para poder aplicar esta clase de figura omitiva solamente es realizable con el conocimiento de la inacción como un acto positivo. Sin embargo, en el caso concreto, no se ha dado tampoco la posibilidad de ello, manifestando que no hay un conocimiento del hecho que determina la obligación de actuar y por lo cual no podría reprochársele el resultado muerte a la madre.

En segundo lugar, no se ha realizado un análisis razonable en cuanto a la posición de garante por parte de la madre del menor agraviado, pues, en casos como este, tiene una connotación relevante, debido a que el riesgo permitido se ha elevado. Esto debido a que la madre del menor debía prestar las atenciones y demás acciones de seguridad para su menor hijo en concordancia a la responsabilidad por organización que como también es sabido

en doctrina es contenido esencial de la posición de garante. Resulta, por lo tanto, dicho contexto real y se corrobora con la propia declaración de la madre imputada y de su conviviente, más aun, teniendo en cuenta que un menor de un año y cuatro meses de edad –por máximas de la experiencia que debió tomarse en cuenta– no podría cuidarse o protegerse por sí mismo, descartando por ello la imprevisibilidad cognoscible del hecho materia del proceso penal que aduce la Suprema en su resolución. Naturalmente, el riesgo se eliminaría cuando también el resultado que el autor podría evitar el curso causal real conducente al resultado. Lo que no sucedió en el caso analizado, pues, la imputada pasa por inadvertido las consecuencias del comportamiento de su menor hijo, así como previsión de las condiciones de seguridad necesarias para que el suceso de muerte no se haya efectuado; esto aunado al hecho de que el padre del menor agraviado habría ingerido bebidas alcohólicas y tendía a maltratar al menor agraviado.

Finalmente, con dicha omisión la imputada (garante) ha quebrantado a causa de su omisión una expectativa social de actuar, pudiendo y debiendo hacerlo, pues en función de su posición como madre de familia dentro de la composición social determina la exigibilidad de su deber de cuidado y protección frente a sus hijos –máxime si los hijos son menores de edad–. Por ello, a consideración nuestra es correcta la imputación penal de parricidio por omisión impropia respecto a la imputada.

Referencias bibliográficas

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte general.* [3ª reimp.]. Santa Fe de Bogotá: Temis.

García C., P. (2012). *Derecho Penal. Parte general.* [2ª ed.]. Lima: Jurista Editores.

Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. (t. II). [5ª ed. alemana]. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Lima: Instituto Pacífico.

Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte general*. [9ª ed.]. Barcelona: Reppertor.

Muñoz C., F. & García A., M. (2010). *Derecho Penal. Parte general*. [8ª ed.]. Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch.

Polaino N., M. (2015). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.

Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal*. Traducción de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma.

Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.

Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal. Parte general*. [4ª reimp.]. Lima: Grijley.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma.

Wessels, J., Beulke, W. & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte general. El delito y su estructura*. Traducción de Raúl Pariona Arana. [46ª ed. Alemana], Lima Instituto Pacífico.

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Despenalización del Delito de Malversación de Fondos en el Código Penal Peruano

Saniya Rosario Haro

Resumen

El delito de malversación de fondos está tipificado en el ordenamiento penal peruano y sancionado con pena privativa de libertad, inhabilitación y multa. Este delito se aplica cuando un funcionario público desvía los caudales a otro destino, dentro de la esfera pública. Esta práctica es un mal que limita el actuar racionalmente y con discrecionalidad a las autoridades. El propósito del presente trabajo es desarrollar una propuesta orientada a despenalización del delito de malversación de fondos normado en el Código Penal vigente. Para dicho fin se desarrolla la explicación de los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la misma, así como al análisis de la jurisprudencia. El estudio corresponde al jurídico-dogmático y teórico-normativo, para ello se usó los métodos dogmático, exegético y argumentación jurídica; y, la técnica de análisis documental. Los resultados avizoran la posibilidad de la despenalización del delito de malversación de fondos.

Palabras clave: Malversación; despenalización; funcionario público; derecho moderno.

Abstract

The crime of embezzlement is typified in the Peruvian criminal system and punishable by imprisonment, disqualification and fine. This crime applies when a public official diverts the flow to

another destination, within the public sphere. This practice is an evil that limits acting rationally and with discretion to the authorities. The purpose of this paper is to develop a proposal aimed at decriminalizing the crime of embezzlement regulated in the Criminal Code in force. For this purpose, the explanation of the constitutional and criminal doctrinal foundations that justify it, as well as the analysis of jurisprudence is developed. The study corresponds to the legal-dogmatic and theoretical-normative, for that the dogmatic, exegetical and legal argumentation methods were used; and, the documentary analysis technique. The results envision the possibility of decriminalizing the crime of embezzlement.

Keywords: Embezzlement; decriminalization; civil servant; modern law.

Introducción

El delito de malversación de fondos, en el ordenamiento penal peruano, se encuentra regulado en el código penal en el capítulo II. Delitos cometidos por funcionarios públicos. Estos no son concebidos como delitos de grave impacto social que ocasione daños irreparables. Se aplica solo a los caudales de una manera diferente de aquella a que estuviere destinada y que su sanción penal es de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, inhabilitación y multa. Esto difiere de los demás delitos contenidos en dicho capítulo.

El Derecho Penal Moderno requiere asentarse sobre una política criminal garantista y, realmente, respetuosa de los derechos fundamentales de la persona. Esto será posible solo a partir de un Derecho Penal Mínimo; es decir, que debe orientarse a un mínimo de intervención en la relación Estado - ciudadano. Así, se aspira a un mínimo de dosis aflictivo: reducción de penas excesivas por penas menos gravosas. Entonces, tanto el fin de la pena

como de la medida de seguridad deben de encuadrarse dentro de un rol de un Estado social y democrático de Derecho y no en un mero análisis de su base material y óntico.

La administración pública en un Estado democrático de Derecho está debidamente organizada por leyes, reglamentos y directivas que son observadas y cumplidas por los funcionarios o servidores en el desempeño de sus funciones laborales en la administración. El quebrantamiento de las normas, sin duda, acarrea responsabilidad administrativa, civil o, dependiendo de la magnitud, hasta penal por parte del sujeto público. No obstante, no cualquier conducta de quebrantamiento de aquellas normas constituye hecho punible. El tipo administrativo disciplinario se concreta a salvaguardar, desde una perspectiva formal, el correcto cumplimiento de los deberes funcionariales, sin que se pueda interpretar u otorgar un alcance a sus disposiciones como equivalentes o sustitutivas de los tipos penales.

Las penas privativas de libertad estigmatizan y desocializan porque no solo sirven para encerrar al recluso en un espacio determinado, sino también para aislarlo socialmente. Se reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y, de hecho, en último término aflictivo. En la sociedad, en la mayoría de los casos al hacerse público que un empleado o funcionario público, ha sido denunciado y se ha iniciado persecución penal en su contra por la presunta comisión del delito de malversación de fondos públicos, aun cuando goce del derecho de antejuicio (persecución a este delito que además genera una sobrecarga procesal en los despachos fiscales, juzgados y salas del país), la sociedad y los colectivos, como sucede en el caso de las municipalidades del país, la población comienza a especular, señalar y a condenar de antemano las acciones de las autoridades. De esta manera provocan una censura, una condena, una

huella que muchas veces es vergonzosa para las personas implicadas. Dicho daño es difícilmente borrado, se constituye en una huella que les seguirá por siempre, aun cuando el antejuicio sea declarado sin lugar, o en el proceso penal hayan sido absueltos.

Un Estado de Derecho se fortalece cuando los miembros de las instituciones estatales actúan respetando los derechos y garantías fundamentales; así como cuando el aparato estatal está construido sobre los pilares de la ética, la transparencia y el principio de legalidad. En este proceso de fortalecimiento y de gobernabilidad democrática, el sistema de justicia juega un papel importante. Por tanto, el derecho penal moderno no responde a la persecución penal del delito de malversación de fondos como política criminal del Estado; y, que el derecho penal debe ser la última instancia a la que se sometan los conflictos sociales (Derecho Penal Mínimo) para su solución.

En este marco, el presente estudio tuvo como objetivo principal analizar el delito de malversación de fondos contemplado en el ordenamiento penal nacional y esbozar su despenalización. Es importante conocer las ventajas y desventajas que conlleva el hecho de tener tipificado este delito; asimismo, explicar los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de malversación de fondos del código penal peruano. Del mismo modo, analizar si el delito de malversación de fondos incluido en el Código Penal peruano responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno; así como su tratamiento jurídico en el derecho penal comparado.

1. Materiales y métodos

El estudio correspondió a los trabajos descriptivo-propositivos abordado desde la perspectiva dogmática y con enfoque cualita-

tivo. La situación problemática ha sido analizada usando los métodos, principalmente, dogmático, exegético y argumentación jurídica. Para el acopio de datos se utilizó la técnica de análisis documental y como instrumentos los diferentes tipos de fichas como las de resumen, textual y de comentario. En el procesamiento y sistematización de la información en un todo coherente y lógico, se inició con la organización física de la data; luego, la categorización y subcategorización, para luego concluir con la triangulación basada la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado.

2. Resultados

2.1. Regulación del delito de malversación de fondos en el Código Penal peruano

El delito de malversación de fondos se encuentra previsto y penado en el artículo 389° del Código Penal, que criminaliza la conducta:

> El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa.

El fin de la norma es que los funcionarios y servidores públicos que administran y perciben fondos estatales, cumplan con su deber de resguardar su intangibilidad así como de procurar la adopción de medidas tendientes a evitar que terceros los sustraigan de la esfera de la administración. Hacer lo contrario implica malversación que es una infracción a los deberes esenciales del cargo funcionarial; es decir, el sujeto activo asume la calidad de "Garante" de los bienes que administra, apreciándose una vinculación funcional con el patrimonio estatal. Los deberes de custodia y de protección son los que se infringen por el intraneus, cuando incurre en la conducta prohibida objeto de denuncia. Pues, el bien jurídico protegido es la regularidad y la buena marcha de la administración pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio (Rojas, 2007).

1.2. El delito de malversación de fondos y su diferencia con el delito de peculado

El delito de malversación de fondos, según su ubicación sistemática dentro del Código Penal peruano, puede ser considerado como una especie o modalidad del delito de peculado. Este delito forma parte de uno de los cuatro títulos sistemáticos de delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública. Por ello, la malversación de fondos debe compartir algunos de los elementos típicos esenciales del peculado (por ejemplo, el tema del objeto genérico protegido: administración pública, los sujetos activos, la afectación patrimonial presupuestal de los caudales o efectos del Estado, entre otros). Sin embargo, también existen algunas diferencias básicas entre ambas figuras delictivas, (malversación y peculado); por ejemplo, si el legislador ha preferido ubicar al delito de peculado como género delictivo

inicial, es porque dicho delito sería mucho más grave (de acuerdo a la sanción penal) de las restantes modalidades de peculado, situación que es cierta en este caso (aunque la ubicación sistemática inicial de un delito no siempre sería de mayor gravedad (Reátegui, 2014).

Según Salinas (2014), el delito de malversación de fondos públicos es un delito de comisión instantánea y de resultado. Se perfecciona en el mismo momento que el funcionario con conocimiento y voluntad da al dinero o bienes públicos que administra una aplicación definitiva diferente a la previamente establecida, originando con ello en forma automática un perjuicio al servicio o función encomendada. En este caso, se exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar, ha de ser un funcionario o servidor público y; en segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan, esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos (Nolasco & Ayala, 2013).

Por los argumentos antes expuestos, consideramos que el desvío del destino público debe ser tipificado como malversación y no como delito de peculado. La apropiación en el peculado puede favorecer a un tercero que puede ser una persona jurídica (empresa privada), pero no la propia administración. En caso de que hubiere un cambio de destino público, sería aplicable la figura de malversación (Abanto, 2003). Por consiguiente, la principal diferencia consiste en que en el delito de peculado el sujeto activo, el funcionario público incorpora los bienes a su patrimonio, siendo que los bienes salen de la esfera pública; y, por el contrario, en el delito de malversación de fondos el sujeto activo no se lleva los bienes, no se apropia de los mismos, ni los incorpora a su patrimonio, simplemente hace uso indebido de los bienes en áreas distintas a las que estaban previstas, y siendo que los bienes se

quedan en la esfera pública. Entonces nos preguntamos ¿Es coherente mantener penalizado la malversación de fondos?

Según la jurisprudencia, los tipos penales de malversación de fondos y peculado contienen situaciones e imputación contradictorias entre sí que no podrían ser aplicables al mismo hecho concreto. Esto debido a que, el titular del ejercicio de la acción pública considera que los encausados se habrían apropiado para sí o para terceros el dinero de las arcas municipales (lo que constituirá el delito de peculado), no se podría pretender al mismo tiempo como lo ha hecho el fiscal que exista un desvío de fondos hacia un fin distinto no presupuestado (supuesto del delito de malversación de fondos). En este caso, si hubo apropiación no podría haber al mismo tiempo desviación en efecto, la primera conducta excluye a la segunda toda vez que en el delito de malversación de fondos no existe apropiación de dinero por parte del sujeto activo ni de terceros, por el contrario, la función pública se cumple solo que en una forma no debida, en todo caso (Recurso de Nulidad N° 334-2011-JUNIN emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 01 de marzo de 2012, interpuesto por el señor Fiscal Superior, contra la sentencia que absolvió a Humberto Joel Flores Pacheco y otros por la presunta comisión de los delitos de abuso de autoridad, peculado y malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tayacaja).

2.3. Derecho comparado: Modelos básicos de protección penal del funcionamiento de la administración pública en el delito de malversación de fondos

En el ámbito del derecho comparado, no existe un tratamiento homogéneo de las figuras de malversación. Sin embargo, un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la

poca lesividad del bien jurídico. Veamos algunos casos emblemáticos.

Código Penal de España, Art. 433: "La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior".

Código Penal de Costa Rica, Art. 356: "Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio".

*Código Penal de Argentina, Art. 260: "*Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída".

*Código Penal de Italia de 1930, Art. 316-bis (texto de 1992, ley 181 de 7 de febrero de 1992): "*Cualquier extraño a la administración pública que habiendo obtenido del estado o de otro ente público o de la comunidad europea contribuciones, subvenciones o financiamientos destinados a favorecer iniciativas dirigidas a la realización de obras o al desarrollo de actividades de público interés, no lo destina a las finalidades previstas, será castigado con reclusión de seis meses a cuatro años".

*Código Penal de Honduras, Art. 372: "*El funcionario o empleado público que destine los caudales, bienes o efectos que administra a un fin distinto del que les corresponde y si con ello no causa daño a los intereses patrimoniales del Estado, será sancionado con multa de cincuenta mil (L.50, 000.00) a cien mil lempiras (L.100,000.00) e inhabilitación especial de tres (3) a cinco (5) años. Si ocasiona daño a dichos intereses o entorpece un servicio público, la multa será igual al cien por ciento (100%) del valor del daño causado o de los gastos que el Estado deba realizar para normalizar el correspondiente servicio público, más inhabilitación absoluta de cinco (5) a ocho (8) años. En ningún caso la multa será inferior a la señalada en el párrafo precedente".

Código Penal de Colombia, Art. 259: "Malversación y dilapidación de bienes. El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de tutela o curatela, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años, siempre que la conducta no constituya otro delito".

*Código Penal de Chile de 1874, Art. 236: "*El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma pena en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento".

*Código Penal de Bolivia, Art. 144: "*El Funcionario Público que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta de aquella a que estuvieron destinados, incurrirá en reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días. Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio, la sanción será agravada en un tercio".

Código Penal de Guatemala, Art. 447. "El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una

aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales. La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la Malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados".

Código Penal de Nicaragua, Art. 405: "El funcionario o empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos de la nación, les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, sufrirá una multa de diez a veinticinco por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público".

En Alemania, la ley de reforma del Código Penal, de 2 de marzo de 1974, significó una remodelación total de los delitos funcionariales, por la que, entre otros, se derogaron los delitos de malversación de caudales públicos contenidos en los artículos 350 y 351. Esta supresión obedeció en gran medida a razones particulares de dicho ordenamiento, debido a la radical desproporción que existía entre los marcos penales correspondientes a estos delitos –calificados como delitos especiales impropios– y el tipo común de apropiación indebida. Sobre este punto el Tribunal Constitucional Alemán, ha señalado que en el área de imposición de penas por parte del Estado, del principio de culpabilidad, basado en el artículo 10 de la Ley del Estado de Derecho y de las garantías de libertad, se deduce que la gravedad de un hecho punible y la culpabilidad del autor deben estar en proporción justa en cuanto a la pena. Una amenaza de pena no debe ser desmesurada en relación con el tipo y gravedad de la conducta que se desea castigar. La situación de hecho y las consecuencias jurídicas deben adecuarse objetivamente. A esto se suele denominar también principio de prohibición de exceso.

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 17), en el punto de malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, señala:

> Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

2.4. El principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano

La Constitución de 1993 ha establecido en el último párrafo del artículo 200º el principio de proporcionalidad. Permite a los jueces evaluar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, dictadas en estados de excepción [estado de emergencia y estado de sitio], a través de las acciones de garantía de amparo y habeas corpus. El Tribunal Constitucional, partiendo de los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, ha precisado que el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y, como tal, tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. El principio de proporcionalidad al derivar de la cláusula del Estado de Derecho, no solamente comporta una garantía de seguridad jurídica, sino que, también supone la efectivización de reales y precisas exigencias de justicia material.

Pero, además, la proporcionalidad debe imperar al imponerse la sanción penal. La proporcionalidad es la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí. De esta forma, se trata de un equilibrio entre el derecho de castigar del Estado y los derechos de las personas, de modo que ambas partes queden en igualdad de condiciones. Según el derecho penal democrático, es la medida extrema como mecanismo de control social, y solo debe aplicarse en casos graves y respetando las garantías y libertades del ser humano (Quiroz y Araya, 2014, pp. 63-64). Si bien el principio de proporcionalidad se fundamenta en la naturaleza de la cláusula de Estado de Derecho y en el valor justicia, es tal vez tan igual, o más de importante que estos, la dignidad humana como base fundante, en tanto constituye el fin supremo de la sociedad y el Estado, como reza el artículo 1° de la Constitución Política.

El juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional sobre un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad (Castillo, 2010). La norma será necesaria si no hay otra más suave que tenga igual o mayor eficacia (sea, en su intensidad, extensión o duración). El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad, es decir, presume la existencia de varios medios útiles entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición necesario puesto que no habrá elección ni contraste posible (Fernández, 2009). Por tanto, se afirma que en el sub principio de necesidad no solamente se acepta el fin de la intervención en un sentido neutro, sino también el concreto grado de efectividad de la medida.

2.5. Teoría de los derechos fundamentales

En América Latina a partir de la década de los ochenta, después de décadas de dictaduras militares, se produjo el retorno a las democracias representativas. Esta situación permitió el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Dicho proceso se llevó a cabo por medio de reformas totales o parciales de las constituciones, que se caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales (Alexy, 1993). Desde entonces, este cambio en los diferentes países latinoamericanos ha significado una gran transformación, la racionalización del poder, el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos ampliándolos a los de carácter socioeconómico, la incorporación de los tratados internacionales como derecho nacional, el establecimiento de la jurisdicción constitucional de la libertad mediante el control concentrado o difuso, entre otros.

En la actualidad, los derechos fundamentales son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Es decir, los derechos humanos positivados se encuentran en la Constitución (Rubio y otros, 2010). Los derechos fundamentales son, también, el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad, la seguridad humana en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, considerados tanto en su aspecto individual corno comunitario en un contexto histórico determinado. Noguera (2009) considera que ellas deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando verdadero subsisterna.

2.6. Teoría del derecho penal mínimo

El derecho penal mínimo se configura como idea fundamental en el seno de la teoría garantista los resultados del derecho penal mínimo. El derecho penal está destinado a proteger los bienes jurídicos más importantes (que podrían ser identificados con los derechos fundamentales y las libertades públicas). Los bienes jurídicos son esencialmente los de convivencia, lo que es igual a decir que no toda tutela de los intereses de los ciudadanos debe dejarse al campo de actuación del derecho penal, ya que algunos deben ser asumidos por el propio Estado, como por ejemplo la política social. Consecuentemente, el freno no es solo una importante separación del derecho y la moral, sino también la idea del principio de intervención mínima o última ratio. Este puede ser visto como generador del llamado carácter subsidiario o secundario del derecho penal, que solo deberá ser utilizado ante la insuficiencia de otras ramas del ordenamiento. El derecho penal mínimo es la denominación de las concepciones que promueven la máxima reducción de la intervención penal, la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías.

Sin embargo, el garantismo propone un modelo de derecho penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales. Su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas. Su configuración como un derecho penal mínimo; y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se prevean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales de los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

2.7. La teoría de la pena

Doctrinariamente, la pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesta tras un debido proceso por los órganos jurisdiccionales. La pena importa dolor y usualmente consiste en la privación de un derecho fundamental. La pena es la más grave de las sanciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico. La distinción de la pena con respecto a otras sanciones semejantes del ordenamiento jurídico estriba en que tiene como presupuesto necesario la comisión de un delito y que debe ser impuesta por jueces independientes en un juicio conforme las reglas del derecho procesal penal. La pena se distingue, además por su absoluta independencia: pues, puede ser impuesta junto con otras sanciones, esta simultaneidad no constituye una infracción del principio *ne bis in ídem*. Por lo tanto, es importante resaltar que la pena, a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta a los bienes más importantes de un individuo: su vida, su libertad y su patrimonio.

De esta manera, dentro del marco de la dogmática, los tipos penales exigen afectaciones de bienes jurídicos y las penas en caso que corresponda su aplicación deben reflejar el disvalor jurídico de dicha conducta típica. Consecuentemente, deben guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien. Cuando esta –que protege la norma penal– es mínima y de poca significancia, la aplicación de una pena quiebra la proporcionalidad necesaria. De no ser así, resultaría lesionada la disposición constitucional que prohíbe las penas crueles, lo que no es sinónimo de piadosa, sino de racional, es decir, adecuada a la magnitud del injusto (Zaffaroni, 1999). Así, el delito es un concepto edificado en tres niveles o categorías, a saber: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Como tal, el delito es un "ente" o "haz de conceptos jurídicos que constituye el objeto de estudio de la dogmática" (Polaino, 2004, p.61).

La dogmática es lo propio del pensamiento sistémico, de tal manera que, hacer dogmática es valorar, interpretar, argumentar y decidir la solución de un caso siguiendo un orden lógico preestablecido de categorías. En este caso, cada una de ellas presupone a la anterior: no es posible estudiar la culpabilidad si antes no se ha declarado que la conducta es antijurídica. Asimismo, solo es posible analizar la antijuricidad cuando la conducta ha sido declarada previamente típica. Pero, si la conducta no ha alcanzado el nivel de la tipicidad, ya no hace falta continuar con el estudio ni de la antijuricidad ni de la culpabilidad (Caro, 2014).

Naturaleza jurídica de la pena. La pena consiste siempre en una privación o restricción de bienes jurídicos. La sanción penal no equivale a la imposición de cualquier privación o restricción de derechos, sino que constituye una privación o restricción de bienes jurídicos controlada legalmente y revestida de garantías penales y procesales. Según Oros (2014), las consecuencias de la aplicación de las penas significan lo siguiente: La restricción de determinados bienes expresamente prevista en la ley, sometida al principio de legalidad; la restricción de bienes jurídicos en forma temporal, no ilimitada ni perpetua, y menos aún irreversible, como en el caso de la pena de muerte; y, debe ser impuesta por un órgano jurisdiccional competente, con todas las garantías del debido proceso penal. La pena no persigue el mal ni el castigo, sino fines preventivos y resocializadores.

Por su parte, Zaffaroni (2000) sostiene que, la pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así, la pena es un ejercicio del poder. Es negativa porque no le asigna ninguna función positiva de la pena y se obtiene por exclusión de la sociedad al individuo. La imposición de la pena en un auténtico estado democrático y social de derecho, en el cual todos los hombres han de ser iguales

en su consideración y dignidad, impide que el hombre pueda ser visto como un medio en relación con otros hombres o con un propósito determinado, sea este el bienestar social, el orden público. La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de una sociedad democrática, orientada a aumentar su capacidad de liberación y de participación en la vida comunitaria. Por ende, antes de formular cualquier finalidad para la sanción penal, es fundamental reparar en el hecho que sea cual fuere esta, jamás debe de hacer del hombre un medio o instrumento.

2.8. Aspectos presupuestarios y administrativos

Presupuesto público es un instrumento de gestión del Estado para el logro de resultados a favor de la población, a través de la prestación de servicios y logro de metas de cobertura con equidad, eficacia y eficiencia por las entidades públicas. El presupuesto público establece los límites de gastos durante el año fiscal, por cada una de las entidades del sector público y los ingresos que los financian, acorde con la disponibilidad de los fondos públicos, a fin de mantener el equilibrio fiscal. La Ley de Presupuesto del Sector Público se establece para cada año fiscal, mediante la cual se aprueba el Presupuesto Anual de Gastos y se considera, entre otros, para el control del gasto público, que los titulares de las entidades públicas, el jefe de la Oficina de Presupuesto y el jefe de la Oficina de Administración, o los que hagan sus veces en el pliego presupuestario, son responsables de la debida aplicación de lo dispuesto en dicha Ley. Todo ello debe girar en el marco del principio de legalidad, recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. La Contraloría General de la República verifica el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y las demás disposiciones vinculadas al gasto público en concordancia con el artículo 82 de

la Constitución Política del Perú. Asimismo, y bajo responsabilidad, para el gasto ejecutado mediante el presupuesto por resultados, debe verificar su cumplimiento bajo esta estrategia.

Sistema Nacional de Presupuesto Público es el conjunto de órganos, normas y procedimientos que conducen el proceso presupuestario de todas las entidades del sector público en todas sus fases. Está integrado por la Dirección General del Presupuesto Público, dependiente del Viceministerio de Hacienda y por las Unidades Ejecutoras a través de las oficinas o dependencias en las cuales se conducen los procesos relacionados con el sistema, a nivel de todas las entidades y organismos del sector público que administran fondos públicos.

Contraloría General de la República es el órgano superior del Sistema Nacional de Control que supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado peruano, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. La Escuela Nacional de Control con programas de capacitación; el Servicio de Atención de Denuncias que garantiza una gestión pública transparente; la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República Ley N° 27785, señalan que el ente rector del sistema está dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera. Estas instituciones tienen por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como contribuir con los poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social.

3. Discusión

El tema de la preservación de la figura de desviación de fondos públicos suscita polémica entre los autores. A favor de la subsistencia del delito se considera que no puede olvidarse que los presupuestos públicos se hacen en función de la adscripción de determinadas cantidades a determinados servicios. Empero, esta adscripción no puede ser cambiada arbitrariamente por el funcionario sin razones muy poderosas, que el delito que nos ocupa permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden, todo lo cual recomienda preservar la infracción (Muñoz, 1991).

En la práctica, algunos casos de "desvío de destino" pueden ser tan graves como los de "aplicación privada" (peculado). Pues, todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos; no es lo mismo que en vez de construir una escuela, un hospital o atender una emergencia pública (terremoto, plagas, epidemias, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de una piscina pública o para mejorar el ornato público. Además, muchos casos de "malversación" pueden ocultar verdaderos favorecimientos del funcionario público a terceros interesados. Por ejemplo, en vez de construir la carretera A, cuya licitación había ganado una empresa X, se invierten los fondos para la prestación del servicio B, en manos de una empresa amiga del funcionario y mediante "adjudicación directa" (de conformidad con la ley)" (Abanto, 2003). Es más, el delito de malversación permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden, todo lo cual recomienda preservar la infracción (Muñoz, 1991).

Dicho destino será, primordialmente, la ley (en particular, en la ley de presupuesto), pero que también puede estar precisado por reglamentos, por decretos y aun por órdenes de los superiores del servicio dentro del ámbito de sus atribuciones legales. Esto último obliga a recurrir a disposiciones extrapenales para determinar cuándo se configura el ilícito penal, el que resulta un ilícito altamente normativizado. Aun cuando la acción se encuentra descrita en el precepto sin necesidad de indagar el contenido de las normas sobre inversión de fondos, la conducta consiste en aplicar o invertir los fondos públicos a un destino diferente, su carácter típico no puede precisarse definitivamente sin recurrir a las disposiciones que reglamentan la inversión de los fondos. La disposición puede, por tanto, calificarse como una ley penal en blanco, porque la tipicidad de la conducta depende de que ella se haya verificado con infracción de dichas normas extrapenales.

El dolo en el delito de malversación implica el conocimiento de que se está dando a los fondos una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados. Es decir, el funcionario ha de conocer el destino de los caudales o fondos, establecido en virtud de las leyes o reglamentos pertinentes, y saber que la aplicación que da a los fondos no corresponde con ello. La doctrina, y como refieren los jueces y los vocales, en las sentencias y ejecutorias, la figura delictiva solo puede cometerse con dolo directo, el error o desconocimiento de las normas extrapenales que establecen el destino de los caudales o fondos administrados puede producir un error de tipo, que determinará la impunidad penal del funcionario al no existir figura culposa de referencia.

Entonces, las sentencias condenatorias respectivas no pueden fundarse en meras sospechas, presunciones o impresiones de la comisión de un hecho imputable penalmente, sino que debe partir de la constatación de un hecho cierto, si se quiere de un medio de prueba que indique fuera de toda duda, la probable comisión

de un ilícito. Así, no se puede pedir certeza en la etapa del proceso, pero tampoco se puede sostener que se aperture proceso penal con meras conjeturas, sindicaciones referenciales. Por tanto, se debe reunir elementos de juicio tangibles, sobre el hecho punible y su vinculación con el autor o partícipe. Y de hacer lo contrario, a todo lo mencionado, se estaría vulnerando los derechos fundamentales de los procesados y/o acusados, y de modo que no estaría en relación al derecho moderno.

El delito de malversación de fondos no responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno debido a que transgrede principios de un estado social y democrático de Derecho. El principio de estado de derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesario para proteger a la sociedad, ello implica límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. La concepción del estado democrático obliga a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de límites que se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad, racionalidad, humanidad y de merecimiento y necesidad de la pena.

La Teoría del Derecho Penal Mínimo representa lo que debería ser el Derecho penal del sistema democrático de derecho, pues el término estado de derecho se usa como sinónimo de garantismo (Ferrajoli, 1995). Proponiendo, por tanto, la humanización, a fin de tener consideración del procesado por este tipo de delito. Por su parte, en la Teoría de la Pena, se trata de fundamentar el sentido y límite de la pena, y con ello, del mismo sistema penal, desde la óptica de los derechos humanos y la filosofía humanista. En la base de todas las normas se encuentra el principio de la dignidad de la persona humana que parte del postulado que todos los hom-

bres, por su condición de tales, tienen un valor intrínseco. Cualquier excepción implica una derogación del principio. Por consiguiente, el delincuente, el procesado, el condenado, quien de alguna manera queda inmerso dentro de la función represiva del sistema penal, tiene derecho a que se respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho (Oros, 2014).

La infracción del funcionario público en la vía administrativa. La Ley 29622º incorpora en la Ley de la Contraloría el Artículo 40º que dice: "La contraloría ejerce la potestad para sancionar, por cuanto determina la responsabilidad funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos de sistema". Aquí se precisa que no podría convertirse este sistema disciplinario administrativo en un sistema absoluto o sea que cubra todo tipo de denuncias. La regla de ilicitud va devenir o va provenir de los informes de auditoría que hagan los entes encargados de la contraloría.

Que en las infracciones que suponen violación a principios de la actuación del funcionario tenemos: a) infracción contra el principio de veracidad, lo que supone faltar a la verdad o incurrir en cualquier forma de la falsedad en los procedimientos en los que participe por razón de su función, elaborar o usar documentos falsos que sea necesario para probar un derecho; b) infracciones contra el principio de lealtad u obediencia; c) infracciones en contra del principio de lealtad; d) infracción contra el deber de neutralidad y así otras infracciones. Sin embargo, existen otras irregularidades como las infracciones contra prohibiciones a mantener intereses en conflicto, esto nos lleva a entender, que ahora la Contraloría tiene un ámbito de infracción de procedimientos y sanciones que son ya de su competencia y muchas de estas infracciones en cumplimiento de deber están en función de delito de abuso de autoridad, de colusión y de peculado (Rojas, 2007). Por tanto, ahora ya se puede establecer que el derecho penal es fragmentario, que dejemos que la vía administrativa previamente,

sustancie la infracción. En la actualidad ya se cuenta con las herramientas para afirmar ello: la norma y el reglamento. Por ello, antes de efectuar denuncias en la vía penal, la contraloría tiene que hacer investigación previa y determinar: si ello es una infracción disciplinaria se queda allí; si la Contraloría determina el comportamiento del agente supera una infracción disciplinaria porque su dolo ha significado entender que estaba infringiendo normas de contenido penal.

Actualmente, las autoridades como: alcaldes y/o regidores, entre otros funcionarios y servidores públicos, tienen varios procesos de investigación, en mérito a denuncias realizadas por distintos tipos de persona, es menester aplicar el principio de última ratio y el principio de fragmentariedad. En caso contrario, el derecho penal se va a convertir en el derecho continente; es decir, en el derecho al que todos acuden para solucionar problemas de índole diversa no necesariamente penal. También en el derecho comparado no existe uniformidad en cuanto a la tipificación del delito de malversación de fondos; sin embargo, un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico.

Conclusiones

Los derechos fundamentales, el derecho penal mínimo y la pena son instituciones que constituyen fundamentos doctrinales, constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de malversación de fondos del código penal peruano. Esto debido a que los mismos promueven la máxima reducción de la intervención penal y la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías.

El delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a

los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública y que su tipificación vulnera derechos fundamentales (libertad, honor, entre otros). Por tanto, los resultados permiten señalar que frente a la despenalización del delito de malversación de fondos del ordenamiento penal peruano, el Estado Peruano y sus funcionarios desarrollen sus funciones de acuerdo a las necesidades y que su actuar no sea bajo responsabilidad penal, sino que dicho actuar de los funcionarios, tan solo ser contralada por el órgano de control, la Contraloría General de la República, y así responder a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno.

En un estado democrático, la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales, ni fundar el castigo en la opinión que las personas tengan acerca de un ente colectivo. Por ello, se dice que la probidad administrativa y el prestigio de la administración no son más que la condición, la primera, y consecuencia, la segunda, del correcto desempeño de la función pública, interés que la opinión dominante en la doctrina propone como bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Tal es así que en el derecho comparado no existe uniformidad en cuanto a la tipificación del delito de malversación de fondos. Sin embargo, un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico.

Referencias bibliográficas

Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano.* 2° ed. Lima: Palestra.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Caro, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima: ARA Editores.

Castillo, L. (2010). *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad*. Lima: Grijley.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Fernández, J. (2009). *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*. Madrid: Dykinson.

Muñoz, F. (1991). *Derecho penal, parte especial*. 8va ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nogueira, H. (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Lima: Ediciones legales.

Nolasco, J. y Ayala, E. (2013). *Delitos contra la administración pública*. Tomo I. Lima.

Oros, R. (2014). *El Derecho Penal en la era de la postdernidad*. Lima: Grijley.

Polaino, M. (2004). *Derecho Penal Modernas bases dogmáticas*. Lima Grijley.

Quiroz, W. y Araya, A. (2014). *La prisión preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad*. Lima: Ideas Solución Editorial.

Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública*. Lima. Jurista Editores.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

Rubio, M. y otros (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública.* 3ra. Ed. Lima: Grijley.

Zaffaroni, R. (1999). *Manual de Derecho Penal.* 2da. Ed. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal. Parte general.* Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Criterios para una Investigación Fiscal Eficaz en el Delito de Lavado de Activos en el Perú

Xiomara Del Rio Chevarria
Carla Alegre Blaz
Lesly Garay Piñashca
Andrei Espinoza Amado
Alfredo Santillán Cochachin

Resumen

El presente artículo resalta que, mientras más medidas adopta el Estado peruano en la lucha para combatir el delito de lavado de activos, la criminalidad desarrolla técnicas más sofisticadas para eludir el descubrimiento de sus operaciones. En tal sentido, las medidas y facultades especiales que reconoce el Decreto Legislativo Nº 1106 y la Ley Nº 28950, no son suficientes sin criterios que guíen su aplicación y el cauce de la investigación del lavado de activos en cualquiera de sus fases. Atendiendo a dicha problemática, se propone como criterios básicos para una investigación eficaz del delito en cuestión, el acopio de información relevante, determinación temporal de la investigación, identificación de operaciones sospechosas y conexiones ilícitas y, finalmente, medidas contra terceros no investigados.

Palabras clave: Lavado de activos; inteligencia financiera; operación inusual; actividad criminal; origen ilícito.

Abstract

This paper emplhasizes that the more measures the peruvian State adopts in the fight to combut tho coime of money laundering, criminality develops more sophisticuted techniques to avoid, the Discovery of it is operations. In that sense, they maintain that special measures and powers, recognize the Legislative Decree Nº 1106 and the Law Nº 28950, they will not be enough without criteria that guide their application and the process of investigation of money laudering in any of its stages. Addressing these problems, this research proposes as basic criteria for an effective investigation of the crime in question, the collection of relevant information, temporary determination of the investigation, identification of suspiccious operations and ilegal connections and, finally, measures against third parties not investigated.

Keywords: Money laundering; financial intelligence; unusual operation; criminal activity; illicit origin.

Introducción

En la última década, el delito de lavado de activos ha adquirido notoriedad debido a que el diseño de operaciones complejas para el encubrimiento de su origen, hacen cada vez más difícil su detección. Según la Unidad de Inteligencia Financiera, en el Perú desde enero de 2007 a abril de 2017, la participación en lavado de activos involucra un total de US$ 13890 millones, derivado de actividades de tráfico ilícito de drogas (39%), minería ilegal (32%), delitos contra la administración pública (10%), contrabando (3%), delitos contra el orden financiero y monetario (3%) y defraudación tributaria (3%). Se evidencia que la incidencia de este delito presenta cifras alarmantes, convirtiéndose en un fenómeno que debilita la economía, integridad de los mercados financieros, política y seguridad nacional.

En la lucha por combatir el delito lavado de activos, el Perú ha establecido una serie de facultades especiales con el Decreto Legislativo Nº 1106 y la Ley Nº 28950, como medidas limitativas de derechos, agente encubierto e intervención de las comunicaciones. Sin embargo, mientras más medidas se adoptan, las organizaciones criminales han desarrollado más sofisticadas técnicas para eludirlas, así nuevos procedimientos para dar apariencia de legitimidad a los activos ilícitos. Esta situación, entonces, conlleva a reflexionar que las facultades previstas en las aludidas normativas, no serán suficientes sin estrategias que guíen su aplicación y el propio cauce de una investigación.

En dicho marco, se torna relevante que las fiscalías penales a nivel nacional, adopten criterios adecuados con los que busquen sancionar penalmente a los responsables, además de combatir o reducir los efectos negativos del delito de lavado de activos. La investigación a su cargo debe ser eficaz, y por ello, ceñirse a criterios que no se encuentran taxativamente expuestos en la ley, sino que se extraen de un análisis global de diversos factores. En consecuencia, la labor investigativa del Ministerio Público requiere ser desplegada con una mayor agudeza, responsabilidad y proactividad.

El presente artículo desarrolla los criterios mínimos que deben ser considerados para que una investigación fiscal permita desentrañar las operaciones de lavado de activos en cualquiera de sus fases (colocación, decantación y consolidación). El objetivo es analizar cuáles se constituyen como sustanciales, teniendo como base la naturaleza y facultades especiales existentes para la investigación del delito en cuestión. La finalidad es que tales criterios, acompañados del despliegue de las técnicas previstas por la ley, permitan una conducción adecuada de la investigación fiscal para la construcción de una imputación sólida.

Para una mejor comprensión, el presente trabajo se divide en tres secciones. En la primera, se desarrolla de modo breve, aspectos básicos del delito de lavado de activos. En la segunda, se aborda aspectos relacionados con las facultades de investigación reconocidas por el Decreto Legislativo Nº 1106 y la Ley Nº 28950. Asimismo, se analiza los alcances de las medidas limitativas de derechos, intervención de las comunicaciones y agente encubierto. Finalmente, en la tercera, se presenta la comprobación referente al acopio de información relevante, determinación temporal de la investigación, identificación de operaciones sospechosas y conexiones ilícitas, y medidas contra terceros; los cuales son criterios eficaces para el descubrimiento del ilícito en comento.

Los resultados han sido obtenidos de una pesquisa bibliográfica, así como del análisis de la legislación en materia de lavado de activos y estadísticas que reporta la Unidad de Inteligencia Financiera en el Perú, a fin de construir un andamiaje de información elemental que consolide la propuesta contenida en el artículo. Los instrumentos empleados para el propósito de dicha recopilación, han sido las fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de análisis. Todo esto con la pretensión de contribuir en la adopción de estrategias que coadyuven a afrontar el problema de lavado de activos y la investigación para el desentrañamiento de sus operaciones ilícitas.

Resultados y discusión

1. Aspectos básicos del delito de lavado de activos

Como punto de partida para el desarrollo de la temática que motiva el presente artículo, resulta importante conocer el significado del delito de lavado de activos. Para León (2003) este ilícito implica la conversión de dinero clandestino en dinero de curso legal, mediante su colocación en el sistema bancario o la conversión de

estas ganancias en otros bienes. Para Barbero (2004), el lavado de activos comprende todas aquellas actividades dirigidas a ocultar la fuente o el destino de ganancias que provienen del crimen organizado. Finalmente, Prado (1994) lo define como: "[…] el conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación progresiva al Producto Nacional de cada país de los recursos, bienes y servicios originados o conexos con transacciones de macro y micro tráfico de drogas" (p.15). Si bien no existe una posición del todo homogénea en su definición, la tendencia es comprender por lavado de activos a las operaciones patrimoniales, comerciales o financieras cuyo propósito es legalizar recursos, bienes y servicios provenientes de actividades ilícitas.

En este marco, otro punto que conviene comentar a fin de direccionar la propuesta en torno al delito de lavado de activos, es que su perpetración puede provenir de un catálogo amplio de actividades criminales. Según el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106,[1] lo que se sanciona en este delito es el conocimiento que tiene o debía presumir el agente, del origen ilícito de los activos que corresponde a actividades criminales previas. Estas actividades previas abarcan los delitos de minería ilegal, tráfico ilícito de drogas y armas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, delitos tributarios, extorsión, robo y sus modalidades, delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales. Nótese que su alcance es extenso; por tanto, una investigación fiscal eficaz debe considerar dicha complejidad en aras de descifrar operaciones de lavado de activos.

[1] Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de abril de 2012.

2. Facultades especiales de investigación en el delito de lavado de activos

En la lucha por combatir y reprimir el delito de lavado de activos, entre otras varias cuyo análisis se reserva por fines prácticos, el Perú ha implementado políticas preventivas, fiscalizadoras y punitivas, con el dictado de dos importantes leyes. En primer lugar, con el Decreto Legislativo N° 1106, que además de reconocer la autonomía del delito de lavado de activos y otros aspectos,[2] autoriza como una regla de investigación, el levantamiento del secreto bancario, secreto de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil. En segundo lugar, con la Ley N° 30077,[3] que considera como técnicas de investigación, la intervención de las comunicaciones y agente encubierto, admitiéndose también el dictado de medidas limitativas de derechos.

Pese a los esfuerzos por establecer métodos especiales para el descubrimiento de este delito, la Unidad de Inteligencia Financiera en el Perú, reporta estadísticas realmente desalentadoras. Así, en el portal web de la Superintendencia de Banca y Seguros (2019), se observa que, desde enero de 2007 al mes de abril de 2017, la participación en lavado de activos involucra un total de US$ 13890 millones. Este monto deriva de actividades de tráfico ilícito de drogas (39%), seguido de minería ilegal (32%), delitos contra la administración pública (10%), contrabando (3%), delitos contra el orden financiero y monetario (3%), defraudación tributaria (3%) y estafa o fraude (1%). Asimismo, en el 2017, el Perú acumuló más de 11,000 reportes de operaciones sospechosas de incurrir en lavado de activos, 35% más que el 2016, experimentando un aumento similar en comparación al año 2015

[2] Actos de lavado, funciones y facultades de las Unidades de Inteligencia Financiera del Perú, decomiso y sujetos obligados.

[3] Ley contra el Crimen Organizado, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 2013.

(Agencia EFE, 2019). Es innegable que estos datos estadísticos crecen a una velocidad preocupante, por más esfuerzos que se despliegan en aras de reducirlos.

Otro factor importante son las pocas sentencias condenatorias emitidas en los últimos años en materia de lavado de activos. Según la Procuraduría Pública de Lavado de Activos, de enero de 2016 hasta junio de 2018, se registraron 2,763 investigaciones y procesos en trámite. A pesar de ello, la Sala Penal Nacional señala que en un periodo similar hubo solo 41 sentencias, de las cuales 31 fueron absolutorias. Lo cual revela que existe una inadecuada conducción de las investigaciones ya que son pocas las que llegan hasta la etapa de juicio (Puchuri, 2018). Esta situación permite inferir que las organizaciones criminales van desarrollando técnicas más sofisticadas en sus operaciones.

En dicho escenario, partiendo por aceptar la necesidad de complementar las facultades especiales de investigación admitidas en la ley, el conocimiento de tales facultades se torna ineludible. Conocerlas nos permite plantear criterios que guíen su aplicación, así como el propio cauce de una investigación eficaz. Por tal razón, en líneas siguientes se desarrolla de manera breve el alcance de las medidas limitativas de derechos, agente encubierto e intervención de las comunicaciones, en el marco de una investigación del delito de lavado de activos.

2.1. Medidas limitativas patrimoniales

Como una regla de investigación del delito de lavado de activos, el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1106, reconoce como válida la solicitud de medidas limitativas patrimoniales. La redacción del texto legal es la que sigue:

> Para la investigación de los delitos previstos en el presente decreto legislativo, el fiscal podrá solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario, el secreto a las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil. La información obtenida en estos casos solo será utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron.

Comentando brevemente aspectos básicos, conviene recordar que el dictado de estas medidas implica la autorización de acceder a una especie de biografía económica del individuo, como una excepción a la confidencialidad del secreto bancario, reserva tributaria y reserva bursátil. Su importancia recae en que permite la obtención de información relevante en la investigación por lavado de activos, al servir como el insumo que alimentará una pericia contable más adelante. Un requerimiento válido para el dictado de estas medidas, debe constar de la descripción del hecho investigado, indicios delictivos suficientes, finalidad de la medida, juicio de necesidad, identidad sobre quien recae la medida y plazo de cumplimiento para la institución requerida.

2.2. Intervención de comunicaciones

La posibilidad de ingresar al ámbito o contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, lo constituye la intervención de las comunicaciones. Esta medida se encuentra regulada en el artículo 8 de la Ley N° 30077, que a la letra dice:

> En el ámbito de la presente Ley, se respetan los plazos de duración de las técnicas especiales de interceptación postal e intervención de las comunicaciones previstas en el artículo 226 y en el inciso 6 del artículo 230 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, respectivamente. El trámite y realización de estas medidas tienen carácter reservado e inmediato.

Un aspecto relevante en la intervención de las comunicaciones es lo que se pretende con su aplicación en la investigación del delito de lavado de activos. Su objetivo es obtener manifestaciones auto inculpatorias del acusado, que no lesionan la prohibición de declarar contra sí mismo, por cuanto dicha garantía rige frente a la autoridad judicial, fiscal o policial, y no cuando la manifestación se ha hecho extraprocesalmente a terceros (Illuminati, 1983). Esto quiere decir que, aplicada correctamente y previa orden judicial, la intervención de comunicaciones, busca evidencia decisiva sin conculcar los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, intimidad y defensa, constituyéndose como un acto legítimo en la averiguación fiscal (Santisteban, 2017).

2.3. Agente encubierto

Una técnica de reciente reconocimiento legal, la constituye el agente encubierto. El artículo 13 de la Ley N° 30077, prevé esta figura en los siguientes términos:

> Los agentes encubiertos, una vez emitida la disposición fiscal que autoriza su participación, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social, adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

El agente encubierto es aquella persona seleccionada con identidad supuesta que "[…] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar [desde adentro de ella] información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen" (Tribunal Constitucional, 2007). La finalidad de esta infiltración a una

organización criminal, es determinar su estructura, funcionamiento e identificar a sus integrantes. La única exigencia que debe cumplirse al utilizar el agente encubierto, es que el bien jurídico tutelado haya corrido algún peligro y que el agente policial instigue la comisión del hecho criminal (Santisteban, 2017, p. 61).

3. Criterios para una investigación eficaz del delito de lavado de activos

Establecida de manera sucinta la naturaleza del delito de lavado de activos y facultades reconocidas legalmente en la lucha por combatirlo, lo siguiente es desarrollar los criterios básicos cuya observancia estimamos importante en la investigación fiscal del ilícito en cuestión. La finalidad es formar una teoría del caso más sólida, capaz de lidiar con las sofisticadas técnicas adoptadas en la criminalidad. A continuación, se desarrollan estos criterios, sin perjuicio de que la experiencia del lector y conocimientos sobre la materia, los amplíen, critiquen o incluso reformulen.

3.1. Acopio de información relevante

La noticia de lavado de activos que determina el inicio de una investigación fiscal puede provenir de diversas fuentes. Por un lado, puede ser conocida a través informes o notas de la Unidad de Inteligencia Financiera en el Perú, unidad creada por la Ley N° 27693,[4] cuya misión es recibir, analizar, tratar y transmitir información para prevenir y detectar el lavado de activos. Por otro lado, conforme lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional, una alerta de lavado de activos puede ser conocida por una denuncia de parte o por fuentes periodísticas documentales y con información relevante (Tribunal Constitucional, 2015).

[4] Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, Perú.

Sea conocida de una u otra manera, el problema confluyente en la investigación del delito de lavado de activos, es seleccionar la información relevante. Es importante que lo recabado permita identificar, establecer, precisar, fijar y explicar la actividad que se encuentra dentro del supuesto de lavado de activos. De la misma forma, también resulta trascendental descartar información impertinente e inútil, o aquella inidónea que afecte derechos de los investigados y luego determine una exclusión del material probatorio. Todo esto hace pertinente fijar ciertos parámetros para un adecuado acopio de la información a obtener.

Siguiendo la recomendación de Villar (2016), el primer paso una vez conocida la noticia de lavado de activos, debe ser "[…] solicitar a la Unidad de Inteligencia Financiera: los FRINT y los FRANT, los cuales constituyen información nacional e internacional de la Unidad de Inteligencia Financiera y la de sus homólogos internacionales" (p. 31). Recabar esta información, permitirá subrayar las señales de alerta financiera relacionadas con posibles operaciones de lavado de activos. Por tanto, se configura como una especie de base datos a la que necesariamente se debe recurrir.

Aunado a ello, es relevante que la información también sea proporcionada de otras fuentes. Dentro de estas, la información que proporciona el cliente o investigado, no debe ser descartada de plano. Tampoco debe ser descartada la información de internet de fuentes privadas de acceso libre como los motores de búsqueda: Horbot y Google Perú o los directorios: Looksmart y Netguide. Por último, este acopio puede incluir información que proporcionen entidades como la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC), Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).

Pero no solo la información de diversa fuente proporcionada sobre el investigado resulta relevante. También lo es recabar información vía establecimiento de vínculos del entorno familiar, amical y laboral al investigado. Acreditar estas vinculaciones puede permitir identificar actos económicos realizados en una línea de tiempo, a partir de lazos de parentesco. Esto quiere decir que procesar datos de terceros vinculados de manera directa o indirecta, permitirá conocer operaciones inusuales relacionadas con el lavado de activos.

Otro aspecto importante en la labor de acopio y recopilación, es segregar información inútil, irrelevante u obtenida al margen de lo permitido. Por más datos que pueda ofrecernos un tipo de información así, la misma no servirá de mucho si se determina que constituye prueba prohibida o prueba ilícita. Por una parte, la información será considerada prueba prohibida, si ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales, siendo la consecuencia de ello, la exclusión probatoria. Por otra parte, constituirá prueba ilícita, si su obtención obedece a una inobservancia del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico que, al desembocar en una ineficacia o nulidad, no permite su incorporación al proceso.

De lo anterior se infiere que recabar información relevante se constituye como un punto central en la investigación del delito de lavado de activos. Los datos recabados constituyen el primer acercamiento del fiscal con el caso concreto y permiten identificar el siguiente paso de la investigación. Asimismo, estos datos pueden ser utilizados en una eventual solicitud de congelamiento inmediato de bienes de procedencia ilícita, bloqueo de cuentas y otras acciones urgentes.

3.2. Determinación temporal de la investigación

Delimitar el periodo de la investigación es un factor sobre el cual debe existir claridad si se pretende un accionar fiscal idóneo en las diligencias para el desentrañamiento de operaciones de lavado de activos. El establecimiento de tal periodo, convierte en precisa y específica la investigación. Del mismo modo, conocerlo coadyuva en la formulación de solicitudes de medidas limitativas de derecho como levantamiento del secreto bancario y reserva tributaria, que abarque el acopio de información, en suficiente y justificada extensión.

La delimitación a que nos referimos, hará factible que imputación logre situarse en tiempo y espacio, sin perjuicio de que luego pueda extenderse por otra información u elementos que se recaben. Este aspecto de imputación, como lo desarrolla Mendoza (2011) se constituye como el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal. Por tanto, al repercutir en el ámbito de la imputación, determinar el periodo temporal de rastreo general hará sólida la investigación.

3.3. Identificación de operaciones sospechosas

La identificación de conductas inusuales constituye la guía de la investigación en el delito de lavado de activos. Se configura como el núcleo central de las acciones y medidas preventivas respectivas, pues de tales conductas sospechosas se pueden extraer operaciones de legitimación de dinero ilícito. Sin embargo, no toda operación atípica o inusual puede ser categorizada como una señal de alerta de encubrimiento de actividades con participación en lavado de activos, ni implica necesariamente la intervención penal.

Un aspecto que puede servir de guía en este tópico, es el Acuerdo Plenario N° 3-2010 del 16 de noviembre de 2010, derivado del VI Plena Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Este plenario resalta que ciertos datos externos y objetivos, apoyados en reglas de inferencia, pueden determinar la existencia de los elementos del tipo penal a partir de un razonamiento inductivo. Los indicios a los que se alude, son los siguientes:

i. Manejo de cantidades de dinero que, por su elevada cantidad, dinámica de transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de la residencia de su titular, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

ii. Notable insuficiente o inexistencia de negocios lícitos que justifiquen un incremento patrimonial o transmisiones dinerarias.

iii. Ausencia de explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y destino o sobre operaciones anómalas detectadas.

iv. Vínculo o conexión con actividades previas o personas o grupos relacionados con las mismas.

La identificación de estos indicios es importante; sin embargo, no es la única importante. Deben considerarse una amplia gama de factores para la determinación del delito que nos ocupa. Las fiscalías penales en su afán por investigar la información proveniente de alguna de las fuentes autorizadas (UIF, denuncia o reportes periodísticos), deben conocer las señales de lavado de activos. Saber dicho aspecto facilita el reconocimiento de una operación de lavado de activos que corresponde a procesos característicos que adopta la criminalidad para su perpetración.

La Federación Latinoamericana de Bancos - FELABAN, en la lucha mundial contra el lavado de activos, señala que son los cinco factores a considerar para evaluar señales de alerta. El primero: perfil del cliente, debe incidir en operaciones que no están de acuerdo con la capacidad del cliente y la aparición sin fundamento lógico de un patrimonio voluminoso. El segundo factor, sobre características y modalidades, debe evaluar compañías financiadas por el exterior, intercambio exagerado de divisas, compra de títulos valores y cancelación repentina de grandes préstamos. El tercer factor, referido a información del cliente, ha de verificar la negativa u abstención del cliente de brindar información relevante o proporcionarla en modo incompleto. En el cuarto factor, relacionado con las transacciones internacionales, lo vital es verificar depósitos o transferencias de grandes sumas de dinero a distintos países o adquisición inmediata de instrumentos monetarios a favor de terceros. Finalmente, el quinto factor sobre empleados del sistema bancario, debe evaluar esencialmente a los empleados que tienen un estilo de vida que no corresponde al monto de su salario (Lamas, 2016, pp. 161-166).

Asimismo, dado que lo inusual representa un factor relevante, conviene destacar lo desarrollado por el doctrinario Lamas (*Ibíd.*), en cuanto pone énfasis en los siguientes tipos de operaciones:

Operaciones no convencionales: Aquellas que no se encuentran en consonancia con los antecedentes, precedentes, parámetros, usos y costumbres normales. Asimismo, todo aquel elemento o factor, particularidad u otro componente que no prevalezca en operaciones bancarias consideradas como normales. Como lo establece la Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras de Venezuela, "[…] esta categoría también se puede aplicar cuando se comprenda que toda operación bancaria está integrada por un conjunto de fases, y se omiten una o varias de ellas, o se sigue un procedimiento no establecido regularmente en la institución" (Lamas, 2016, p. 168).

Operaciones complejas: Se trata de operaciones bancarias o financieras que resultan por sí mismas más complejas de lo normal y de difícil detección. Se encuentran conformadas por varias operaciones de diferente clasificación, configuradas por un conjunto de varias operaciones. Este tipo de operaciones, con complejas en su forma en sí inusitada y la disposición del cliente a complicarla más.

Operaciones de tránsito: Aquellas operaciones únicas o intercaladas, realizadas o llevadas a cabo con la finalidad de lavar dinero o blanquear capitales. Para sus efectos las instituciones bancarias o financieras sirven de escala entre el origen de esta y el destino final de las operaciones. Se ejecutan a nivel nacional o internacional.

Operaciones estructuradas: Aquellas cuyo sistema intenta evadir los requisitos de los reportes o declaraciones fijadas por las autoridades mediante el método de seccionar grandes sumas de dinero en efectivo, por debajo de las cantidades del mínimo de reporte o declaración. En este marco, cantidades pequeñas de dinero se entregan a varias personas de bajo nivel que no parecen estar vinculadas con el lavado de dinero. Estas personas convierten procesan y convierten el dinero en grandes cantidades de órdenes de pago o cheques, para depositarlos en numerosas cuentas de varios bancos locales, utilizando nombres falsos y direcciones inexistentes.

La identificación de estas señales u operaciones da lugar a una siguiente etapa de evaluación, cuyo objetivo central es decidir dos aspectos. El primero, si la operación inusual analizada es normal por tener un fundamento legal que justifique su origen lícito. El segundo, si la operación es sospechosa por carecer de este fundamento y vincularse presuntamente con el lavado de activos (Arbulú, 2016).

3.4. Identificar conexión con orígenes ilícitos

El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1106, establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Esto quiere decir que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado. La investigación, entonces, no debe distraerse buscando probar el delito fuente o precedente al lavado de activos.

Sin embargo, esta autonomía del delito de lavado de activos, no significa que el fiscal no deba desentrañar las operaciones o actividades ilícitas de las que el aludido delito puede provenir. Al investigar no debe perderse de vista que el delito de lavado de activos, sí exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. Si bien el texto nacional vigente no exige que se comprendan todos los aspectos y circunstancias del delito en todos sus aspectos de espacio y tiempo, lo que sí es necesario es que el agente tenga conocimiento del origen ilícito (Rosas, 2015).

Este punto, lo expone claramente Villegas (2014), cuando indica:

> No se puede entender, ni investigar o perseguir el delito de lavado de activos sin comprender la génesis del delito y/o la conexión que presenta con la criminalidad organizada y/o con la posibilidad de conectarse con cualquier actividad delictiva y por supuesto la afectación directa que produce sobre la esencia de una sociedad democrática como es la seguridad jurídica –es decir, afectación de los valores o bienes jurídicos protegidos–, pueden ser el bien jurídico mediato como la

> afectación a la administración pública y/o bien jurídico inmediato sobre el orden económico: competencia desleal (p. 73).

Todos estos razonamientos conllevan a que los actos de investigación establezcan un nexo razonable entre los activos materia del delito y la actividad criminal en los supuestos que señala el texto legal. La procedencia delictiva de los bienes a que se refiere el tipo penal es necesaria, no así la determinación completa, exhaustiva y acabada del delito previo. En tal sentido, debe tenerse en cuenta, como define Herrera (2016) "[…] el delito de lavado de activos regulado por el Decreto Legislativo N° 1106 no exige conocimiento exhaustivo del delito previo, pero si la determinación de aspectos básicos o esenciales, que permiten al investigado por este delito plantear adecuadamente su defensa" (p. 223).

3.5. Medidas limitativas a terceros no investigados

La necesidad de recabar información para establecer la existencia o no del delito de lavado de activos, no solo exige aplicar medidas limitativas de derechos a los directamente investigados. Estas medidas también deben extenderse a terceros que se vinculan con los últimos, a efectos de evitar la impunidad. La única exigencia es que su aplicación, respete el principio de razonabilidad en un marco constitucional.

Villar (2019) desarrolla acertadamente la necesidad de estas medidas:

> Las conductas de lavado de activos no solo se hallan en el desenvolvimiento económico de los investigados directamente, sino que, además, se hallan propiamente en su entorno de relaciones intersubjetivas con terceros no investigados; lo que hace explicable que se extiendan las limitaciones de los derechos fundamentales de aquellos sujetos no investigados, pero sí vinculados extrañamente con los primero, por lo que,

> con fines de esclarecimiento no solo se hace necesario, sino indispensable levantarles el secreto bancario, bursátil y tributario vía autorización judicial.

La indagación de la reserva de estos terceros, identificadas las sospechas de vinculación con los investigados, resulta importante. La información bancaria, bursátil y tributaria, puede ser complementada con aquella que puede proporcionar la SUNAT, notarías, registros públicos u otras entidades, para advertir supuestos de lavado de activos. Esta información sobre terceros permitirá identificar actos de lavado camuflados, en procedimientos de negocios, administración de activos con intermediación bancaria o administración de bienes.

Sin contar con tal evidencia, la información de los investigados podría resultar insuficiente, incompleta o inútil. En consecuencia, para lograr la adecuada identificación de una operación inusual, a la par del incremento injustificado patrimonial del investigado, en muchos casos, se requiere ingresar a observar el desenvolvimiento de los terceros próximos a estos. Esto permitirá señalar no solo un acto aislado de lavado, sino un conglomerado de actos de lavado de activos dentro del proceso de legitimación de capitales ilícitos para alcanzar a reconocer la denominación del tipo de lavado de activos aplicado al caso concreto.

Conclusiones

En la lucha por combatir el lavado de activos, se han establecido facultades especiales de investigación con el Decreto Legislativo Nº 1106 y la Ley Nº 28950. Pese a estos esfuerzos, la Unidad de Inteligencia Financiera en el Perú, reporta operaciones sospechosas y monto de implicancia en cifras alarmantes. Esto conlleva

repensar sobre técnicas, las cuales no son suficientes sin la existencia de criterios para su aplicación y el propio cause la investigación.

Un primer criterio debe ser el acopio de información relevante y segregación de información inútil. Por un lado, la información relevante debe ser recopilada de la Unidad de Inteligencia Financiera, de lo proporcionado por entidades o incluso del propio investigado; no solo respecto de este, sino también de terceros que se le vinculen. Por otro lado, la información inútil, es aquella cuya recopilación constituye prueba prohibida o ilícita que, dada su naturaleza, no aportará en la investigación por corresponder su exclusión o ineficacia en el proceso penal.

El segundo criterio lo constituye la delimitación temporal de la investigación. El establecimiento de este aspecto convierte en precisa y específica la investigación y hace factible que la imputación logre situarse en tiempo y espacio. Asimismo, conocerlo coadyuva en la formulación de solicitudes de medidas limitativas, que abarque el acopio de información, en suficiente y justificada extensión.

El tercer criterio es que las fiscalías penales deben identificar correctamente las operaciones sospechosas de lavado de activos. Para ello deben conocer cinco factores en las señales del lavado de activos, cuales son: perfil del cliente, características y modalidades, información del cliente, transacciones internacionales y empleados del sistema bancario. También es importante que se identifiquen las operaciones no convencionales, complejas, de tránsito y estructuradas, puesto que, en la investigación del delito de lavado de activos, lo inusual se torna relevante.

Un cuarto criterio lo constituye la identificación de las conexiones ilícitas. Esto implica no distraer buscando probar el delito fuente

o precedente al lavado de activos. Tampoco significa la determinación completa, exhaustiva y acabada del delito previo en todos sus aspectos de espacio y tiempo. La aludida identificación lo es respecto de la procedencia delictiva del dinero, bienes, efectos o ganancias que permita la exclusión de otros posibles orígenes en atención a las circunstancias del caso concreto.

Por último, el quinto criterio es la aplicación de medidas limitativas contra terceros no investigados. La relevancia de hacerlo recae en que permite identificar actos de lavado camuflados, en los que terceros tienen vinculación. Asimismo, acreditar vinculaciones que permiten identificar actos económicos realizados en una línea de tiempo, a partir de lazos de parentesco. Estas medidas contra terceros, sin duda, descubren un conglomerado de actos de lavado de activos dentro del proceso de legitimación de capitales ilícitos.

Referencias bibliográficas

AFP, S. d., & Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, P. (19 de enero de 2019). *Portal de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP*. Obtenido de http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/193

Agencia EFE, P. (5 de diciembre de 2019). *Portal del Diario Gestión* .Obtenido de https://gestion.pe/economia/peru-acumulo-11-000-operaciones-sospechosas-lavado-activos-2017-235930-noticia/

Arbulú, J. (2016). Investigación de operaciones sospechosas de lavado de activos. *Actualidad Penal*, 58-102.

Barbero, M. (2004). Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera. *Boletín Económico ICE*, 2-7.

Herrera, M. (2016). La prueba de la procedencia delictiva de los bienes en el delito de lavado de activos. *Actualidad Penal*, 210-223.

Illuminati, G. (1983). *La disciplina procesal de la interceptación.* Milán: Giuffré.

Lamas, L. (2016). *Lavado de activos y operaciones sospechosas.* Lima : Instituto Pacífico S.A.C.

León, J. (2003). *El contador público en la investigación de lavado de activos en el Perú.* Lima: L y F Ediciones Jurídicas .

Mendoza, F. (2011). Imputación concreta. Aproximación razonable a la verdad. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 82.

Prado, V. (1994). *El delito de lavado de activos: su tratamiento penal y bancario en el Perú* . Lima: Idemsa .

Puchuri, F. (23 de agosto de 2018). *Portal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Obtenido de https://puntoedu.pucp.edu.pe/opinión/peru-el-silencio-ante-el-lavado-de-activos/

Rosas, J. (2015). *La prueba en el delito de lavado de activos* . Lima: Gaceta Jurídica.

Santisteban, J. (2017). *Lavado de activos vinculados al tráfico ilícito de drogas.* Lima: A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.

Tribunal Constitucional. (2007). *Exp. 4750-2007-PHC/TC. Sentencia: 9 de enero de 2007*. Lima: Autor .

Tribunal Constitucional. (2015). *Exp. 05811-2015-PHC/TC.* Lima: Autor.

Villar, M. (2016). La investigación preliminar en el delito de lavado de activos. *Actualidad penal*, 26-47.

Villar, M. (2019). La oportunidad de la medida limitativa del levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil a terceros no investigados en las investigaciones preliminares en el delito de lavado de activos. *Actualidad Penal*, 243-259.

Villegas, T. (2014). *El delito de lavado de activos*. Lima: Instituto Pacífico SAC.

Tercera Parte

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ: AVANCES Y DESAFÍOS

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO NUEVA PERSPECTIVA METODOLÓGICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú: Avances y desafíos

Félix Julca Guerrero

Laura Nivin Vargas

Resumen

Históricamente, la relación de los pueblos indígenas y el Estado de tradición decimonónica ha sido de negación y exclusión de sus formas de vida sociocultural basadas en el colectivismo. Sin embargo, paulatinamente, primero, el reconocimiento de la diversidad cultural, étnica y lingüística y, luego, el de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios a nivel normativo ha ganado importancia. En este marco, se analiza el proceso evolutivo de los derechos de los pueblos indígenas en tanto norma, teoría y praxis en el escenario nacional. Después de la revisión de las posturas teóricas e ideopolíticas, la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia contrastadas con la realidad peruana se concluye que normativamente hay avances significativos, pero aún falta su implementación que realmente responda con bases interculturales a los intereses, necesidades y expectativas de la pluralidad de los pueblos indígenas.

Palabras clave: Diversidad cultural; derechos colectivos; pueblos indígenas.

Abstract

Historically, the relationship of indigenous peoples and the State of nineteenth-century tradition has been of denial and exclusion

of their socio-cultural life forms based on collectivism. However, gradually, first, the recognition of cultural, ethnic and linguistic diversity and, then, that of the collective rights of indigenous or native peoples at the normative level has gained importance. In this framework, the evolutionary process of the rights of indigenous peoples is analyzed as a norm, theory and praxis on the national stage. After the revision of the theoretical and ideopolitical positions, the normativity, the doctrine and the jurisprudence contrasted with the Peruvian reality, it is concluded that normatively there are significant advances, but their implementation is still lacking that really responds with intercultural bases to the interests, needs and expectations of the plurality of indigenous peoples.

Keywords: Cultural diversity; collective rights; indigenous peoples.

Introducción

Una de las funciones de la Constitución es la de posibilitar la inclusión de los sujetos colectivos en la vida política, por medio de la organización pública del poder político, la democracia intercultural y los derechos fundamentales (Luhmann, 1995, citado en Millaleo, 2019). En esta perspectiva, en el Perú la evolución del derecho constitucional, junto con el derecho internacional, ha traído consigo la inclusión normativa de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Sin embargo, en la práctica es aún muy poco lo que se ha hecho hasta ahora. Por ello, López (2007, p. 63) califica al Perú como "El país de las normas de maravilla" refiriéndose a la atención de la diversidad cultural e idiomática, así como a la situación educativa en las poblaciones indígenas donde las leyes se acatan, pero no se cumplen.

En este marco, siguiendo a López (*Ibíd.*) se describe y analiza los avances normativo-jurídicos con relación a los derechos de los

pueblos indígenas u originarios y que, si estas normas responden a las demandas reales, intereses y expectativas de las poblaciones pluriculturales y multilingües. O, en su defecto, que si estas son más bien producto del buen deseo de políticos, legisladores, intelectuales y funcionarios gubernamentales que creen interpretar tales demandas y diseñan normas y políticas a partir de lo que ellos consideran son los requerimientos de los grupos sociales más vulnerados del Perú, como los andinos, amazónicos, afroperuanos, entre otros. Asimismo, es importante dar cuenta sobre si, realmente, se implementan los derechos colectivos o bajo esa denominación siguen imperando los derechos individuales en el Perú, país multilingüe, pluricultural y plurinacional.

Metodológicamente, a partir de una pesquisa y revisión de las normas, doctrina y jurisprudencia; así como de la literatura especializada en Derecho, sociología jurídica, antropología jurídica, derechos lingüísticos y culturales, se analiza y reflexiona sobre los avances, limitaciones y desafíos de los derechos de los pueblos indígenas con especial énfasis en los derechos colectivos en el Perú. Para una mejor comprensión, se parte caracterizando la situación sociocultural del Perú que está marcada por la diversidad cultural y étnica, pero al mismo tiempo, por la discriminación y exclusión. Seguidamente, se da cuenta sobre la evolución normativa en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas u originarios del Perú. Finalmente, se presenta un análisis de los derechos de los pueblos indígenas u originarios desde la perspectiva de su puesta en práctica en el escenario nacional.

1. Caracterización sociohistórica y étnico-cultural del Perú

A través del tiempo, la diversidad cultural, étnica y lingüística es lo que ha caracterizado a los países latinoamericanos y, en especial, al Perú. Sin embargo, dicha diversidad que caracteriza a las sociedades pluriétnicas nacionales ha sido negada e invisibilizada

por el discrimen producto del pasado colonial, así como la clara toma de posición frente a las condiciones de inequidad y desigualdad que marcan las relaciones entre indígenas y no indígenas (López, 2004). A pesar de ello, el Perú sigue siendo un país pluricultural y multilingüe donde actualmente existen y coexisten alrededor de medio centenar de grupos étnicos que hablan una cantidad similar de lenguas.

Como consecuencia de la negación y exclusión social histórica, muchos peruanos han invisibilizado en su consciente colectivo el marcado componente indígena del Perú, al punto que la mayoría, no indígenas e, incluso indígenas, prefieren evitar el término. En tal virtud, un aspecto importante que precisar, antes de continuar con la caracterización sociohistórica y cultural del Perú es definir qué significa ser indígena y quién(es) son indígenas. En rigor, solo en la Amazonía los indígenas se reivindican y autodefinen explícitamente como 'indígenas'; salvo, quizá también el caso aymara en Puno. En contraste con ello y, por razones históricas de discriminación étnico-racial en los Andes, los pobladores hablantes del quechua y portadores, en distinto grado, de una cultura y una organización social distintas a la hegemónica de raigambre hispánica, se autodefinen mayoritariamente como campesinos[1] y, últimamente, algunos prefieren las denominaciones de andino, quechua, runa, entre otras.

[1] En el imaginario nacional está generalizada la idea que el término *campesino* es sinónimo de *indígena* (rasgos campesinos). En realidad, *campesino* alude a una actividad e *indígena* a una ascendencia étnica. Entonces, una persona puede dejar de ser o volverse *campesino,* pero no puede ser *indígena* ni convertirse en uno, aunque lo deseara. Por consiguiente, los problemas de los campesinos y los indígenas no necesariamente son los mismos. En adición, en el Perú para evitar la carga semántica negativa del vocablo *indígena* se usa como equivalente la noción de *originario*. De allí, la denominación alternativa pueblos indígenas u originarios.

Para efectos del presente trabajo, usamos la definición de indígena que emplea Naciones Unidas, a partir de las consideraciones que elaboró Martínez-Cobo (1986):

> Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y colonización que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en estos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continuada como pueblos, de conformidad con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas jurídicos.

Con base a esta afirmación, así como lo señalado por el Convenio 169 de la OIT, se puede definir a la población indígena u originaria desde el punto de vista étnico, a todos aquellos quienes descienden de los primeros pobladores del Perú, o también de los descendientes de quienes se encontraban en el territorio peruano cuando se produjo la invasión o colonización. Entonces, si bien la población mayoritaria es mestiza (hispano-occidental), existen muchos peruanos indígenas u originarios, tanto en el norte del país, como en las regiones andinas y amazónicas y, por migración, también en las grandes capitales de la costa como Lima, Trujillo, Chimbote, entre otras. Sin embargo, estos millones de personas de ascendencia indígena, mayoritariamente no se reconocen como tales. En el Perú, hasta el momento, solo reconocen su identidad indígena los nativos amazónicos y los aymaras, pero la población de habla quechua rechaza esta denominación (López y Machaca, 2008; Ardito, 2010).

Al respecto, López y Machaca (ob.cit.) refieren que en el Perú existen poblaciones indígenas, aun cuando la mayoría de ellos no se autoidentifica como tales, en tanto:

> a. existen numerosas comunidades rurales marcadas por una continuidad histórica cuyos orígenes se remontan a antes de la invasión europea; b. sus miembros son conscientes de las diferencias y particularidades socioculturales que los caracterizan; c. pertenecen a sectores subalternos de la sociedad; y, d. conservan patrones culturales de raigambre andina que marcan su organización social, sus instituciones comunitarias e, incluso, sus propias formas de administración de justicia (p. 16).

Bajo estas consideraciones, según el censo del 2007, la población indígena estaba conformada por 4 300 000 habitantes, de un total de más de 27 millones (López y Machaca, 2008). Ahora, según el último censo de 2017, alrededor de 9 174 420 habitantes, se autoidentifica como indígena, nativo o de población afroperuana, de un total de 31 237 385 habitantes (INEI, 2018). Este crecimiento no solo se da en números absolutos sino también en términos relativos: en los diez años que han mediado entre censo y censo, los indígenas han pasado de representar el 16% a 29% de la población total. Esta tendencia contradice algunos discursos del sentido común, vigentes también entre algunos académicos, que han avizorado sistemáticamente un destino adverso para las poblaciones indígenas. Entonces, nos preguntamos qué es lo que puede estar pasando para que ocurra este crecimiento, a pesar de que vivimos en un contexto adverso para todo lo que suene indígena. Queda aquí, una tarea pendiente para los estudiosos de las ciencias sociales, ellos deberán buscar las respuestas y para ello deberán mirar finamente en que sectores de edad, en qué regiones y en qué contextos (urbanos o rurales) se produce esta tendencia (véase Andrade, 2020).

Lingüísticamente, la población indígena está distribuida en 18 familias lingüísticas y en 47 lenguas indígenas específicas. Ciertamente, la mayor proporción de la población indígena se concentra en la región andina, en la cual más de 4 millones de personas hablan el quechua y el aymara; mientras que en la región amazónica viven 45 pueblos indígenas distintos y se hablan 43 lenguas diferentes entre sí (*cf.* Minedu, 2013; Trapnell y Neira, 2006; Pozzi-Escot, 1996). Dieciséis (16) de estas lenguas contarían hoy con menos de 500 hablantes y solo 6 de ellas tendrían más de 10,000 hablantes; la población hablante del resto de lenguas oscilaría entre los 500 y los 10,000 (Trapnell y Neira, 2006). Entonces, la colectividad indígena que más habitantes tiene en el Perú es, sin duda, aquella que en términos socioculturales y lingüísticos puede ser definida como quechua, cuya población llega a 3 799 780 hablantes que implica más del 85%, respecto del total de la población indígena y al 13,6% de la población total peruana.[2]

Aun cuando se admita que vivimos en un país multicultural y pluriétnico donde los indígenas se autoidentifican como tales de manera creciente según pasan los años, esto no implica el reconocimiento y la práctica de relaciones de equidad entre los diversos pueblos y grupos humanos que habitan el territorio peruano. En el Perú actual, la cultura hispano-occidental domina múltiples ámbitos de la vida social como la economía, la política, la educación, el sistema jurídico, entre otros. En este escenario, incluso, la existencia de culturas y pueblos indígenas antes que ser consideradas como riqueza, recurso y valor, todavía siguen siendo consideradas como un problema serio para el desarrollo y prosperidad del país.

[2] En el censo de 2007 se reportaba la existencia de 3 3660 331 quechuahablantes que representaba el 13,02% de la población total peruana (Andrade, 2020).

2. Bases para la construcción de un estado de arte sobre derechos de los pueblos indígenas

En primer lugar, el Perú al igual que el resto de los países de América Latina se construyó sobre la base de dos modelos de dominación. Según Garcés (2012), el primero corresponde al modelo capitalista mediante el cual las oligarquías "nacionales" y los capitales globales se apropiaron de la fuerza de trabajo y de los recursos para convertirlos en productos industrializados y en ganancia privada a partir de la materia prima. El segundo modelo corresponde a la dominación colonial mediante el cual se clasificó racialmente a las poblaciones nacionales para organizar la fuerza de trabajo según los requerimientos del capital. En la interacción de estos dos modelos de dominación se intentó formar el llamado "Estado-nación"; es decir, una minoría hispano descendiente que fomenta y desarrolla la idea de que al interior de un Estado habita una sola nación con una población homogénea cultural, social y lingüísticamente. Por consiguiente, como refiere López (2004), las decisiones de visión y estrategia socioeconómica e ideopolítica se tomaron a espaldas de nuestra heterogeneidad histórica y sobre la base de paradigmas orientados a la construcción de un ideal de país homogéneo y, cultural y lingüísticamente uniforme y, por ende, mestizo.

Entonces, la utopía de nación mestiza impidió una clara lectura de la diversidad sociocultural de nuestro país y no hizo otra cosa que invisibilizar el presente y futuro de los pueblos y comunidades indígenas en el país. Lo indígena se vio así reducido al glorioso pasado histórico y a la simiente sobre la cual se sumaron otras sangres y tradiciones (López, 2004). Por lo tanto, el mestizaje marcado por la asimilación cultural y homogeneización lingüística, nunca significó la amalgama en igual de condiciones de los amerindio y lo hispano-occidental, sino la real subordinación de lo indígena, producto de la asimetría que regían y rigen las relaciones entre lo originario americano y todo lo venido de fuera.

Por ello, Santos (2003) acertadamente sostiene que, bajo la noción de Estado-nación se ha manejado dos principios de administración: la desigualdad y la exclusión.

Según López (2004), el ideal de la igualdad heredada de la Francia revolucionaria del siglo XVIII nos impidió ver la inequidad que surgía producto de las nuevas condiciones sociopolíticas. Primero, del régimen colonial y después también del republicano, que comenzaron a regular las relaciones entre indígenas y no-indígenas en el contexto nacional. De hecho, el discurso imperante de la construcción nacional con una identidad única, de la configuración de una sola cultura que representase a la nación y la sujeción a la doctrina de seguridad nacional y, posteriormente también, a la necesidad de crear mercados internos nos impidieron ver la diversidad y, sobre todo, minimizar sus potencialidades para un desarrollo distinto como país.

En segundo lugar, en el mismo proceso de construcción del Estado-nación (un Estado, una nación, una cultura, una lengua, una religión…), también surgieron acciones de resistencia sociocultural y las luchas sociales de los grupos negados y excluidos. En rigor, las luchas sociales de los grupos indígenas y las poblaciones populares excluidos, marginados e invisibilizados por la redistribución y el reconocimiento también han estado presentes en la agenda de las movilizaciones indígenas ya desde fines del siglo XIX e inicios del siglo XX (Díaz-Polanco, 2004; Rivera, 2004). Al respecto, Santos (2007) dice que, una de las grandes transformaciones que se han dado en el continente es que "Hoy (…) ya no es posible luchar por la igualdad sin luchar también por el reconocimiento de las diferencias" (p. 17).

El mundo andino, por ejemplo, es un universo múltiple de etnias, culturas y lenguas. Según Julca (2010), en la heterogénea área cultural andina, sus habitantes generaron, a través de la historia, una serie de formas de vida y desarrollo colectivo muy particulares

que los distinguían a unos de otros. Así, desarrollaron los principios básicos de la reciprocidad, la complementariedad, la equidad, la dualidad, los valores fundados en las leyes *ama qilla* 'no ser ocioso', *ama llulla* 'no mentir' y *ama suwa* 'no robar', la práctica de la oralidad y otras formas de comunicación e interacción social (Estermann, 1998; García y Roca, 2004; Julca 2007). Asimismo, el hombre andino no experimenta la realidad segmentada; al contrario, piensa y siente cada elemento de su mundo en total articulación con el resto donde la naturaleza y la sociedad forman una unidad; concibe el tiempo como algo cíclico; entiende que la familia no es nuclear y reducida solo a padres e hijos, sino extendida, que incluye no solo las relaciones de consanguinidad sino también de afinidad (Julca, 2010).

Como podemos observar, el hombre andino tiene un pensamiento y una práctica social colectiva. Es decir, los andinos no piensan en sí mismo como el único actor y gestor de su vida, sin la intervención del otro. La reafirmación del "yo" es al mismo tiempo la de los otros miembros de la comunidad, el *ayllu*. Por lo tanto, la vida es entendida como una cadena de complementariedad de la vida en sociedad colectiva, es decir, en la comunidad.

Vista así, no solo el mundo andino, sino cada grupo sociocultural que vive en el Perú tiene sus formas propias de vida en sociedad; por ello, su lucha es, al mismo tiempo, por la igualdad, y también por el reconocimiento de las diferencias. La agenda de la lucha social reivindicativa de los grupos oprimidos, como el caso de los pueblos indígenas, sigue siendo por el territorio, el autogobierno, la autodeterminación, los sistemas de justicia propia, la participación, la consulta previa, los derechos lingüísticos, la educación propia, la identidad cultural, entre otras. En este proceso social reivindicativo, también uno de los principios clave de recuperación de formas de redistribución y reconocimiento es la defensa por los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En tercer lugar, frente al modelo homogeneizante y asimilacionista del Estado-nación y las luchas sociales reivindicativas, ha surgido la propuesta del reconocimiento de las ciudadanías multiculturales que habitan y se desarrollan en un Estado pluricultural, multilingüe y plurinacional. Los órganos jurisdiccionales, como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional han asimilado a modo de interpretación, promoción y reafirmación, el valor y la importancia de la sociedad peruana multicultural, que va de la mano entre pluralidad sociocultural y sociedad globalizada (Palomino, 2016). Precisamente, en la Constitución de 1993 en los artículos 2 (inciso 19), 17, 48, 89, 139 (inciso 8) y 149 se trata el tema de la diversidad cultural del Perú. Este reconocimiento de la diversidad cultural, étnica, lingüística y la biodiversidad rompe con la hegemonía del Estado-nación. Esto implica reconocer al Perú de otra manera: no se trata de un país habitado por una población que se siente perteneciente a una sola nación; se trata de un Estado en el que en su interior coexisten, cogobiernan y ejercen su autogobierno distintos pueblos y naciones (alrededor de medio centenar) con sus propios sistemas de vida, de producción y de manejo del espacio. Y, no se trata tampoco de un simple reconocimiento de la diversidad étnicocultural, sino se trata de que los distintos pueblos andinos y amazónicos que conforman el estado peruano puedan decidir sobre su destino, sus recursos, sus sistemas de administración de justicia, sus formas de elección de autoridades y sus normas de convivencia y de relación con la naturaleza.

Se busca el reconocimiento de un Estado pluricultural, multilingüe y plurinacional en el que sea posible el ejercicio real de los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios. Para ello será fundamental que se dé real cabida al concepto y su puesta en práctica del pluralismo jurídico y, por ende, de la justicia intercultural. Correlativamente, el concepto de pluralismo jurídico y justicia intercultural solo se pueden entender si se abandona la idea

de la caduca concepción decimonónica de Estado-nación. En rigor, cuando se piensa bajo la categoría de Estado-nación, se cree que a un Estado le corresponde una sociedad homogénea y; por tanto, un solo Derecho (el derecho positivo emanado desde el Estado). Sin embargo, la diversidad siempre ha sido una realidad presente desde tiempos inmemoriales; por consiguiente, es preciso reconocer que al interior de un determinado espacio geopolítico han existido y siguen existiendo distintos sistemas jurídicos o formas de administración jurídica bajo la lógica y tradición de cada pueblo. Estas formas de administración de justicia, muchas veces han sido negados e invisibilizados, pero aun así han seguido existiendo subordinados al derecho positivo.

Por ejemplo, según García y Roca (2004), en el mundo andino, la noción de justicia está relacionada con la estructura conceptual del universo andino donde lo justo guarda armonía con la *Pacha*; es decir, con el orden natural, con el Cosmos. En este sistema, el infractor es considerado más como un enfermo social que un delincuente. En la antigüedad quienes imponían los castigos eran los *tuqrikuq, michuq y killiskachi chimu apaq*, pero los castigos eran recursos terapéuticos administrados por la propia comunidad, antes que acciones punitivas impuestas por el Estado. Así, cuando un ladrón quebrantaba el principio universal del *ama suwa* 'no seas ladrón' era sancionado con la devolución del bien sustraído, y mediante prestaciones de servicio a favor de la víctima, como recompensa del daño ocasionado (*cf.* Peña, 2007). Asimismo, Yrigoyen (2000), señala que las rondas campesinas (forma de organización social que opera desde fines de 1976) resuelven los problemas o conflictos sociales vía asambleas y otros mecanismos consensuados a nivel de la comunidad.

Lo descrito demuestra que, en el Perú, país pluricultural y plurinacional, no existe solo una forma de administrar justicia, el derecho positivo, emanada desde el Estado. Por el contrario, también existen otras formas de administración justicia de acuerdo a

la lógica y cosmovisión de cada grupo sociocultural andina y amazónica, principalmente. De allí, el reconocimiento normativo y práctica del pluralismo jurídico es un hecho imprescindible (*cf.* Bernales y Ruiz, 2007).

En cuarto lugar, en el proceso social reivindicativo, otro de los principios clave de recuperación de formas de redistribución y reconocimiento es la defensa por los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pues, el liberalismo instituyó los derechos individuales como los valores supremos de la humanidad, negando la historia de ejercicio de derechos colectivos de los pueblos. Los derechos individuales han sido el fundamento de un ejercicio de la propiedad privada como despojo de la propiedad colectiva y familiar de las tierras y territorios indígenas originarios.

En esta perspectiva, consideramos también que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (individuales) son derechos elaborados desde una determinada matriz civilizacional que se pretenden universales. Veamos la siguiente cita de Santos (1995):

> … en la Declaración Universal de 1948, que fue producida sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación que, además, estaba restringido para los pueblos sometidos al colonialismo europeo; en la prioridad dada a los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho de propiedad como el primer y, durante muchos años, único derecho económico (p. 354).

Como podemos observar, la construcción de la Declaración Universal de 1948 no fue pluralista y; por tanto, se centró en el reconocimiento especial de los derechos individuales. Como ya se explicó líneas arriba, los pueblos indígenas se configuraron desde su inicio con una visión y práctica social colectiva. Por lo mismo,

exigen la defensa y el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos, antes que los derechos individuales.

3. Los derechos de los pueblos indígenas en el Perú

En los últimos años, los derechos colectivos han ganado vigencia e importancia fundamental en el contexto nacional e internacional. Así, los Estados latinoamericanos y, el peruano en particular, han consignado una serie de normas jurídicas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas (Garcés, 2012). En términos de Kymlicha (2001) se trata de una suerte de 'multiculturalismo de Estado' o en términos de Hale (2002) de 'multiculturalismo neoliberal' que ha posibilitado la inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras estatales, pero dentro de la misma estructura colonial permitida por el liberalismo político.

En este marco, en lo que sigue desarrollaremos algunas cuestiones previas, como presupuestos básicos para la comprensión de los derechos de los pueblos indígenas u originarios en tanto, norma, teoría y práctica. Luego, damos cuenta de la inclusión de los derechos colectivos en el orden constitucional peruano y; finalmente, se hace un balance de la puesta en práctica de los derechos colectivos en el escenario nacional.

3.1. Cuestiones previas

En primer lugar, la evolución del constitucionalismo ha posibilitado la inclusión de la pluralidad de las formas de vida sociales. Dentro de este proceso, gradualmente, la diversidad cultural, étnica y lingüística han sido consideradas e incluidas en el orden constitucional. Asimismo, se ha incorporado los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios como respuesta a las demandas y luchas sociales de los grupos étnico-culturales. Así,

el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho se inicia en la constituyente de 1920 en la que se reconoce la personería jurídica de las comunidades indígenas. Más tarde en 1969, con la Reforma Agraria, las comunidades indígenas se convierten legalmente en comunidades campesinas. En 1974 se da la mayor interlocución de las iniciativas públicas y de las organizaciones indígenas antes las instancias internacionales sobre la posición peruana. En 1978 se promulga del Decreto Ley N° 22175 de las comunidades nativas, reconociendo tierras aptas para el cultivo y la ganadería y el contrato de concesión sobre tierras con aptitud forestal. En la Constitución de 1993 se menciona que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. En 1994, el Estado peruano ratifica el convenio 169 de la OIT, que compromete al Estado a garantizar los derechos de los pueblos indígenas. En adición, el Tribunal Constitucional ha señalado que este convenio tiene carácter constitucional, cuyo rango debe ser cumplido por todos los sectores del Estado. Finalmente, la Ley de Consulta Previa y su reglamento reconocen a los pueblos indígenas como sujetos de derecho (Mincul, 2014).

En segundo lugar, desde 2007, los derechos de los pueblos indígenas forman parte del derecho internacional consuetudinario, con la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, desarrollando derechos colectivos que estaban formulados en el Convenio 169 de la OIT de 1989. La Declaración reconoce el derecho a la autodeterminación, el derecho a la autonomía, a la participación, el derecho a practicar y mantener sus propias tradiciones culturales y espirituales, derechos a las tierras y recursos a los que estaban vinculados tradicionalmente, entre otros. Estos derechos son muy similares en los contenidos en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en 2016 (*Ibíd.*).

Millaleo (2019) refiere que:

> La elaboración de las declaraciones fue un proceso acompañado por el desarrollo de las nuevas constituciones en América Latina, desde la década de los ochenta del siglo XX que comenzaron a tomarse en serio la "cuestión indígena". En ese período aparece el constitucionalismo pluralista, caracterizada por la introducción de la diferencia étnico-cultural, con diversa profundidad, pero dentro de casi todos los ordenamientos constitucionales latinoamericanos (p. 43).

El desarrollo del constitucionalismo pluralista en el Perú favoreció la garantía de los derechos colectivos. Al respecto, Bernales y Ruiz (2007) señalan que la Constitución de 1993, a pesar de ser discutible en muchos aspectos y criticable por su origen antidemocrático, contiene algunos aciertos conformes a las tendencias más avanzadas del derecho internacional. Por ejemplo, con relación a la diversidad cultural es un texto avanzado porque establece un programa abierto que busca la composición de un Estado integrador de diversas etnias, culturas y lenguas. Además, la titularidad de los derechos colectivos corresponde a los pueblos indígenas y que no son transferibles o reductibles a derechos individuales.

Las constituciones están asociadas, históricamente, al establecimiento de la estructura de un sistema político. Desde la perspectiva de la sociología del derecho, las constituciones son concebidas como articuladoras funcionales internas a los procesos sociales; es decir, se construyen al interior de ellos, y ya no solo como disposiciones normativas que se conducen e imponen desde fuera a las estructuras sociopolíticas plurales. Por consiguiente, una de las funciones principales de las constituciones es hacer posible la inclusión social. Es decir, el acceso que tienen los sujetos de los diferentes pueblos y naciones a los logros de la sociedad global en la que participan (Millaleo, 2019).

3.2. Los derechos colectivos de los pueblos

Históricamente, los pueblos indígenas u originarios se han configurado socioculturalmente como colectividades y no como individuos. Ellos a través del tiempo, a pesar de los procesos de colonización (negación, invisibilización y condena a su desaparición) han sabido conservar y mantener sus tradiciones, usos, costumbres, lenguas, formas de organización social. De esta manera, gradualmente se han logrado el reconocimiento y protección jurídica tanto a nivel internacional como nacional.[3]

En el contexto nacional, la Constitución Política del Perú de 1993 otorga a los pueblos indígenas u originarios un estatus jurídico y un marco legal propio para ejercer los derechos colectivos en concordancia con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de 2007. Así, los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios aparecen estipulados en los artículos 88 y 89 de nuestra Carta Magna, que a la letra dice:

> Art. 88° El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.
>
> Art. 89° Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre

[3] Los principales instrumentos legales internacionales son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vigente desde 1995 en el Perú, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en el año 2007.

> disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.
>
> El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios reconocidos constitucionalmente corresponden a: propiedad comunal sobre sus tierras (Art. 88), su existencia legal y como persona jurídica, autonomía organizativa, libre disposición de sus tierras, la imprescriptibilidad de las mismas y el respeto de su identidad cultural (Art. 89). Teniendo en cuenta el principio de unidad de la Constitución y la resolución del Tribunal Constitucional, EXP 05854-2005-AA, se puede incorporar dentro de los derechos colectivos a: los derechos a la identidad étnica y cultural y al uso de su propio idioma (Art. 2.19), a la salud comunal (Art. 7), a la educación bilingüe e intercultural (Art. 17), y a la jurisdicción comunal (Art. 149). Asimismo, se puede añadir los siguientes derechos: el derecho a la libre autodeterminación o autonomía (Art. 89), derecho a la participación (Art. 2.17, 31, 191 y 197), derecho a la consulta (Art. 2.17), derecho a conservar sus costumbres e instituciones (Art. 139.8), derecho a la jurisdicción especial (Arts. 149 y 139.8), derecho a la salud intercultural (Arts. 7 y 9), derecho a la educación intercultural y a la lengua o idioma propio (Arts. 13, 14, 17 y 48)[4] (véase Mincul, 2016).

[4] El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, no implica necesariamente, que ellos no ejerzan los demás derechos fundamentales de carácter individual que la Constitución reconoce y garantiza, tales como: el respeto a la vida, dignidad, libertad personal, igualdad, integridad, salud, educación, seguridad social, trabajo, acceso a la información pública, entre otros.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia del EXP. 3343-2007-PA reconoce el derecho a la libre determinación o autonomía como un derecho colectivo de los pueblos indígenas u originarios a organizarse de manera autónoma y libre según sus propias instituciones y procedimientos consuetudinarios. Del mismo modo, el derecho a la participación individual o asociada en la vida política, económica y cultural involucraría el derecho a la consulta previa. En adición, es importante puntualizar que el Tribunal Constitucional, como el supremo intérprete de la Constitución, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, paulatinamente ha reconocido los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, principalmente, el derecho a la autodeterminación, a la identidad étnica y cultural, a la tierra y territorio, y a la consulta previa.

A continuación, en concordancia con lo establecido por el Ministerio de Cultura (Mincul, 2016), desarrollamos brevemente, los principales derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

a. *Derecho a la libre determinación y autonomía*. Este derecho implica el reconocimiento legal de los pueblos indígenas u originarios y su autonomía. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas un ámbito de autonomía organizativa, económica y administrativa, así como el respeto a sus formas de trabajo comunal y de su capacidad para decidir sobre el uso y la disposición de sus territorios. La autonomía supone el reconocimiento del autogobierno a través de sus instituciones, tradiciones y procedimientos. Este autogobierno se traduce en el respeto hacia la forma como se organizan y adoptan sus decisiones (Art. 89).

b. *Derecho a la identidad cultural*. Este derecho busca que se reconozca y garantice la existencia de los pueblos indígenas u originarios como tales. Ellos tienen derecho a determinar

su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones históricas. En razón de ello, el Estado debe respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, para lo cual además deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales que les son propia (Arts. 2.19 y 89).

c. *Derecho a la participación.* Este derecho busca la incorporación de las prioridades de los pueblos indígenas u originarios en las políticas, planes y programas del Estado. A través de la participación, se les reconoce a ellos la capacidad política y jurídica de actuar en los diversos procesos de desarrollo, desde su elaboración hasta su ejecución. Es decir, la construcción del proceso será conjunta entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios (Arts. 2.17, 31, 191 y 197).

d. *Derecho a la consulta previa.* Este derecho permite el reconocimiento sobre su decisión respecto de aquellas afectaciones estatales (legislativas o administrativas) que puedan tener incidencia, positiva o negativa, en sus derechos colectivos, lo que conlleva a la búsqueda de un acuerdo o consentimiento sobre la concreción de esas medidas. Esto implica que la consulta se efectúe con procedimientos apropiados de manera libre, informada, de buena fe y con la finalidad de llegar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas para gestionar las posibles afectaciones a sus derechos colectivos (Art. 2.17).

e. *Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo.* Este derecho permite a los pueblos indígenas u originarios participar en las decisiones estatales; así como en la formulación, aplicación y evaluación de estrategias, planes y programas de desarrollo nacional y regional. Esto con la finalidad que se

respeten sus cosmovisiones, planes, prioridades sustentado en el derecho que tienen de controlar su propio (Art. 89).

f. *Derecho a conservar sus costumbres e instituciones.* Este derecho consiste en conservar y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, incluyendo sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas legales; siempre que estas no sean incompatibles con los derechos humanos fundamentales (Art. 139.8).

g. *Derecho a la jurisdicción especial.* Este derecho está referido a la administración de justicia propia en el ámbito de su jurisdicción y de acuerdo a sus usos y costumbres, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos humanos fundamentales. Es una obligación del Estado establecer mecanismos de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena. Incluye el respeto a los métodos que emplean para reprimir los delitos cometidos por sus miembros, en la medida que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos reconocidos (Arts. 149, 139.8).

h. *Derecho a la tierra y al territorio.* Este derecho comprende la conservación y protección de sus tierras y territorios (*Pachamama*), con los que guardan una estrecha relación de índole espiritual, cultural y económica. El territorio incluye el concepto de tierra y comprende la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan. Entonces, es el reconocimiento y protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente usan para sus actividades de subsistencia (Arts. 88 y 89).

i. *Derecho a los recursos naturales.* Este derecho comprende el uso, administración y conservación de los recursos natura-

les que se encuentren en su ámbito geográfico y que tradicionalmente utilizan para su subsistencia, así como participar de los beneficios de su explotación. Del mismo modo, supone recibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Art. 89).

j. *Derecho a la salud intercultural.* Este derecho consiste en que los servicios de salud en los pueblos indígenas u originarios, deben organizarse a nivel comunitario y tomar en consideración los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Esta disposición constituye un reconocimiento del valor de la medicina tradicional y la necesidad de preservarla, aprender de ella y, ulteriormente, enriquecerla. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar preferencia a la formación y empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria (Arts. 7 y 9).

k. *El derecho a la educación intercultural y a la lengua propia.* Este derecho consiste en recibir educación escolar teniendo en cuenta las necesidades especiales de los pueblos indígenas u originarios. Los programas y servicios de educación deben responder a sus necesidades y deberán abarcar su historia, conocimientos y técnicas, sistemas de valores y aspiraciones sociales, económicas y culturales.

Incluye el reconocimiento del derecho de los pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación. Asimismo, siempre que sea viable, incluye el deber de enseñar a los niños de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua (Arts. 13, 14, 17, 48).

Según el Ministerio de Cultura (2016), si bien los ocho derechos colectivos mencionados tienen un valor complementario entre todos ellos, es el derecho al territorio el que ostenta una posición preferente en razón de que sobre él se asientan los demás derechos, sobre todo aquellos vinculados al desarrollo, identidad, derecho consuetudinario y participación. En adición, en todo lo desarrollado, salta a la vista que los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios tienen dos características propias. La primera, corresponde a que son derechos de un grupo o colectivo de personas como sujeto titular del derecho. La segunda, en correspondencia con la primera característica, solo el colectivo a través de sus miembros y representantes elegidos conforme a sus propios procedimientos, es el único que puede ejercerlos frente a terceros, Estado y particulares. Para cuyo fin, quien asuma la representación deberá acreditar que cuenta con su mandato, conforme a las tradiciones, costumbres e instituciones del propio pueblo indígena u originario.

4. Los derechos de los pueblos indígenas como praxis sociojurídica en el Perú

Una mirada crítica a la legislación con respecto a los derechos de los pueblos indígenas y su implementación en el Perú puede interpretarse como esperanzador o desalentador, dependiendo de la perspectiva del observador. Por un lado, hay quienes consideran que el Perú sigue siendo un país decimonónico y etnocéntrico a pesar de intentos de cambio de modelo de Estado-nación asimilacionista, homogeneizante y excluyente de la diversidad a otro modelo más pluricultural, plural y abierto de Estado nacional. En parte, esta problemática está vigente porque las leyes empezando por la Constitución tienen vacíos. Por lo que, para dar un paso adelante se requiere de más leyes que orienten básicamente la concreción de los reconocimientos constitucionales y legislativas

(véase Tubino, 2007; Solís, 2007). Por otro lado, hay quienes sostienen en cuanto a normas y leyes referentes a los derechos de los pueblos indígenas se ha avanzado mucho y guardan correspondencia con los convenios y acuerdos internacionales. Las disposiciones legales no solo son numerosas, sino también acertadas y buenas, pero no se cumplen cabalmente (véase Julca, 2006; López, 2007; Robles, Julca y Nivin, 2009). Por consiguiente, no basta con tener normas, sino que se requiere voluntad política de los gobernantes para implementar la legislación vigente, la participación activa de los propios pueblos indígenas, de las organizaciones indígenas, el activismo de los grupos socioculturales, debates y aportes de los grupos profesionales y la participación de la sociedad civil en general.

Bernales y Ruiz (2007) observan la ausencia del Estado tanto en lo material como en lo político en muchos espacios sociogeográficos de la vida peruana. No existe una política lingüística ni cultural de alcance nacional que abarque lo educativo y lo judicial. Por ejemplo, el programa de educación intercultural bilingüe se implementa solo en algunas instituciones de las zonas rurales y, principalmente, en la educación primaria. No se atiende con dicho programa a los estudiantes de las zonas urbanas porque se piensa erróneamente que todos son citadinos castellano hablantes; sin embargo, por el proceso de migración de los últimos años, las zonas urbanas están pobladas con estudiantes que tienes diferentes tradiciones culturales y lingüísticas. Entonces, este tipo de ausencias, dicen los autores:

> Puede llevar a los reformadores judiciales a convertirse en irresponsables lazarillos de un ciego que lo es porque ni siquiera quiere abrir los ojos para mirarse así mismo. Es cierto que la tarea no es fácil y que la solución puede ser compleja, pero la marginación y la indiferencia ya sabemos que son las peores vías (p. 39).

La justicia comunitaria está reconocida en la Constitución Política del Perú de 1993. Precisamente, el Art. 149 reconoce la existencia de otros sistemas jurídicos al estatal. Sin embargo, este reconocimiento constitucional, aún está en la espera del desarrollo de una ley de coordinación que delimite la jurisdicción de la justicia comunitaria y de la justicia ordinaria. Al respecto, en presentación a Condori y Saco (2014) se hace referencia que aún "persiste el dilema del choque cultural entre la justicia comunitaria y la ordinaria, más aún hay un afán de penalizar la actuación de la justicia comunitaria, denunciando y procesando a las autoridades de las comunidades campesinas y rondas campesina" (p. 9). En esa misma perspectiva, Bernales y Ruiz (2007) señalan que, de cara al Derecho en general y, en particular, al derecho penal las exigencias constitucionales son complejas y los desarrollos legislativos, incluidos los proyectos actuales, están aún lejos de ser pretensiones para transformar la realidad plural de manera coherente y pertinente.

Adicionalmente, cabe indicar que, al interior de los pueblos indígenas u originarios, existen también algunos actores clave que necesitarían una mayor promoción de sus derechos colectivos e individuales. Por ejemplo, las mujeres indígenas tienen una participación asentada en sus roles tradicionales ligados al cuidado de la familia y el hogar. Esta realidad, en muchas ocasiones limita su participación política y hasta la invisibiliza en los espacios de toma de decisión o de elaboración de propuestas. Es necesario poner atención también sobre este grupo prioritario.

Finalmente, Palomino (2016) refiere que la interculturalidad no solo es el reconocimiento de las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento y respeto mutuo, y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoría presente en la sociedad). En tal virtud, también es necesario fortalecer el

enfoque de interculturalidad en la institucionalidad estatal, no solo en los planes y políticas nacionales y sectoriales de desarrollo, sino también en la selección y asignación de responsabilidades de quienes asumen la conducción del diálogo intercultural. Lo propio corresponde al Estado en relación a los líderes y lideresas de los pueblos indígenas u originarios, fortaleciendo su participación con una perspectiva de derechos fundamentales en espacios de toma de decisiones que les atañen a los ámbitos público y privado.

Conclusiones

El Perú se ha caracterizado por ser un país pluricultural, multilingüe y plurinacional y, ha sido reconocido constitucionalmente como tal. Ellos a través del tiempo, a pesar de los procesos de colonización y construcción del Estado-nación (negación, invisibilización y condena a su desaparición), han sabido conservar y mantener sus tradiciones, usos, costumbres, lenguas, administración de justicia, formas de organización social de tal manera que gradualmente han logrado recibir reconocimiento y protección jurídica tanto a nivel internacional como nacional. Así, en el Perú, coexisten diversas formas en que la población de cada grupo sociocultural regula su conducta de comportamiento social. Cada pueblo tiene sus valores, normas y mecanismos de sanción propios (pluralismo jurídico).

Las luchas sociales de los pueblos indígenas u originarios han posibilitado el paulatino reconocimiento reivindicativo de sus derechos como sociedades pluriculturales, multilingües y plurinacionales. Pues, los pueblos indígenas u originarios desde su génesis se han configurado socioculturalmente como colectividades y no como individuos. En tal virtud, los principales derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios reconocidos por la

Constitución de 1993, el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas, entre otros, son: 1) derecho a la libre autodeterminación, 2) derecho a la identidad cultural; 3) derecho de participación; 4) derecho a la consulta previa; 5) derecho a decidir y elegir sus prioridades de desarrollo; 6) derecho a conservar sus costumbres e instituciones; 7) derecho a la jurisdicción especial; 8) derecho sobre sus tierras y territorios; 9) derecho a los recursos naturales; 10) derecho a la salud intercultural; 11) derecho a la educación intercultural y a la lengua propia.

En la tensión entre el universalismo de los derechos fundamentales (derechos individuales) y el multiculturalismo (derechos colectivos) es importante partir valorando de manera adecuada y pertinente el derecho a la identidad cultural, pues en virtud del cual las personas tenemos la prerrogativa de vivir según nuestra cultura, manteniendo nuestras características culturales propias como son idioma, religión, modos de vida. Afirmar que se vive según nuestra cultura quiere decir vivir acorde con los valores y principios propios de ella, que regulan sus relaciones dentro de la familia y la comunidad. Junto, a la identidad cultural encontramos a la identidad étnica. Esta última se refiere a las características (idioma, modos de vestimenta, modos de vida, instituciones organizativas, etc.) que una persona comparte con otras que pertenecen a su etnia o grupo sociocultural.

Finalmente, la evolución del constitucionalismo y la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas u originarios en la legislación nacional e internacional han cobrado una importancia singular. Sin embargo, aún dista mucho para su real cumplimiento en la vida en sociedad. Se requiere seguir trabajando para ello, buscando la correspondencia entre la norma, la teoría y su puesta en práctica donde haya igualdad de oportunidades en lo educativo, económico, político, acceso a la justicia, para de esta manera, conformar un país pluricultural y plurinacional justo, igualitario e intercultural.

Referencias bibliográficas

Andrade, L. (2020). "Diez noticias sobre el quechua en el último censo peruano". *Letras,* Vol. 90, N° 132, 41-70.

Ardito. W. (s.f.). *Situación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Perú*. Disponible en: https://cebem.org/cmsfiles/archivos/derechos-peru.pdf

Ardito, W. (2010). *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: el caso peruano*. Lima: CEBEM, IEE, CBC y APRODEH.

Bernales, E. y Ruiz, A. (2007). "La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al derecho penal". En Hurtado, J. (Dir.). *Derecho penal y pluralidad cultural.* Lima y Suiza: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 31-39.

Condori, J. y Saco, U. (2014). *Dialogando la justicia comunal. Reflexiones sobre la experiencia en Pampacamar y Umuto, Cusco*. Cusco: Centro de Estudios Regionales Andinos "Bartolomé de Las Casas".

Díaz-Polanco, H. (2004). "Reconocimiento y distribución". En Hernández, R., Paz, S. y Sierra, M. (coord.). *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad.* México: CIESAS, 333-356.

Estermann, J. (1998). *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya-Yala.

Garcés, F. (2012). *Reflexiones constituyentes. Notas de camino*. Cochabamba: Posgrado Humanidades, universidad Mayor de San Simón.

García, F. y Roca, P. (2004). *Pachakuteq. Una aproximación a la cosmovisión andina.* Lima: Fondo Editorial del Pedagógico San marcos.

Hale, Ch. (2002). "¿Puede el multiculturalismo ser una amenaza? Gobernanza, derechos culturales y política de la identidad en Guatemala". En Lagos, M. y Calla, P. (comp.). *Antropología del Estado. Dominación y prácticas contestatarias en América Latina*. La Paz: PNUD, 285-346.

INEI. (2018). *Perú: crecimiento y distribución de la población, 2017. Primeros resultados.* Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1530/libro.pdf Consultado el 22.09.2019.

Julca, F. (2004). "Recursos humanos para la educación intercultural bilingüe". En Vílchez, E., Valdez, S. y Rosales, M. (ed.). *Interculturalidad y bilingüismo en la formación de recursos humanos*. Lima: Cila-UNMSM, UNE, UNALM, PROEIB Andes-GTZ, 35-56.

Julca, F. (2006). *Derechos lingüísticos y culturales en el Perú*. Tesis de Derecho. Huaraz: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

Julca, F. (2010). "Diversidad cultural y educación superior en Áncash". *Revista ISEES, Inclusión Social y Equidad en la Educación Superior*, N° 07, 115-130.

Kymlicha, W. (2001). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós.

López, L. E. (2004). "Interculturalidad y educación superior: caso de la formación docente". En Vílchez, E., Valdez, S. y Rosales, M. (ed.). *Interculturalidad y bilingüismo en la formación de recursos humanos: educación, medicina, derecho y etnodesarrollo*. Lima: Cila-UNMSM, UNE, UNALM, Proeduca, Proeib Andes, CAAAP, 17-34.

López, L. E. (2007). "El país de las normas de maravilla". En Robles, A. (Coord.). *Educación intercultural bilingüe y participación social. Normas legales 1990-2007*. Lima: Care Perú, 63-68.

López, L. E. y Machaca, G. (2008). "Acceso indígena a la educación superior en Chile y Perú: un desafío para las políticas de equidad". *Revista ISEES, Inclusión Social y Equidad en la Educación Superior*, N° 2, 12-62.

Martínez-Cobo, J. (1986). "Estudio del problema de discriminación contra las poblaciones indígenas". Vol. V. *Conclusiones, propuestas y recomendaciones*. Nueva York: Naciones Unidas.

Millaleo, S. (2019). "¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXII, N° 1, 29-50.

Ministerio de Cultura. (2014). *Derechos de los pueblos indígenas en el Perú*. Lima: MINCUL.

Ministerio de Cultura. (2016). *Derecho a la consulta previa. Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*. Lima: MINCUL.

Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Asamblea General de las Naciones Unidas, 7 de setiembre de 2007.

Palomino, J. (2016). "La Constitución multicultural peruana". *LEX, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* N° 17, Año XIV, 57-80. DOI: http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.934

Peña, A. (2007). "Las sanciones en el derecho y justicia penales en los aymaras del sur andino". En Hurtado, J. (Dir.). *Derecho penal y pluralidad cultural*. Lima y Suiza: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 41-71.

Pozzi-Escot, I. (1998). *El multilingüismo en el Perú*. Cusco: Centro Bartolomé de Las Casas y PROEIB Andes.

Rivera, S. (2004). "La noción de derecho o las paradojas de la modernidad poscolonial: indígenas y mujeres en Bolivia". *Revista Aportes Andinos*, N° 11. Quito: UASB, PADH, 1-15.

Robles, L., Julca, F. y Nivin, L. (2009). "Los derechos lingüísticos como teoría y como práctica en Huaraz, Áncash". *Aporte Santiaguino, Revista de Ciencia, Cultura, Tecnología e Innovación*, Vol. 2, N° 1, 187-191.

Santos, B. (2003). *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política.* Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.

Santos, B. (2007). *La reinvención del Estado y el estado plurinacional.* Cochabamba: CEJIS, CENDA, CEDIB.

Solís, G. (2007). "Las lenguas en la Constitución Peruana". En Robles, A. (Coord.). *Educación intercultural bilingüe y participación social. Normas legales 1990-2007*. Lima: Care Perú, 53-59.

Trapnell, L. y Neira, E. (2006). "La EIB en el Perú". En López L.E. y Rojas, C. (ed.). *La EIB en América Latina bajo examen.* La Paz: Banco mundial, GTZ y Plural Editores, 253-356.

Tubino, F. (2007). "Una golondrina no hace un verano (pero lo anuncia)". En Robles, A. (Coord.). *Educación intercultural bilingüe y participación social. Normas legales 1990-2007*. Lima: Care Perú, 51-53.

Yrigoyen, R. (2000). "Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú". *Antropología Jurídica. RELAJU*, 13-17.

El Neoconstitucionalismo como Nueva Perspectiva Metodológica en la Investigación Jurídica

Luis Robles Trejo
Ricardo Sánchez Espinoza
Fabel Robles Espinoza

Resumen

El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo se relaciona directamente con la investigación jurídica. Esto implica que hacer ciencia del derecho a través de la investigación jurídica requiere realizarlo en el marco de dicho paradigma jurídico, puesto que representa el modelo teórico de la cultura jurídica contemporánea donde se plantean y resuelven problemas, haciendo uso de sus planteamientos, principios, criterios interpretativos, métodos de solución de los problemas jurídicos. En el campo del Derecho, las investigaciones se pueden realizar desde las perspectivas de la dogmática, empírica y filosófica. Entonces, en función a ello, también existen tres tipos de diseños de contrastación de hipótesis de cuerdo a la naturaleza de la investigación. Sin embargo, dado que de los tres tipos de investigación dos son teóricas (las dogmáticas y las iusfilosóficas), sus diseños de contrastación serán muy similares en comparación con las investigaciones empíricas jurídico-sociales, empleándose para ello a la argumentación jurídica como criterio de validez de la investigación jurídica.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, investigación jurídica, argumentación jurídica.

Abstract

The legal paradigm of neoconstitutionalism is directly related to legal research, which implies that doing legal science through legal research requires doing it within the framework of this legal paradigm, since it represents the theoretical model of contemporary legal culture where pose and solve problems, making use of their approaches, principles, interpretative criteria, methods of solving legal problems. In the case of the human rights, we can considerer three types dogmatic, empirical and philosophical research, that means that we can considerer three types of hypothesis testing designs according to the nature of the research. However, since of the three types of research, two are theoretical (dogmatic and iusophosophical), their design will be very similar compared to legal-social empirical research, using legal arguments as a criterion of validity legal research.

Keywords: Neoconstitutionalism; legal research; legal argumentation.

Introducción

Las inquietudes heurísticas que deseamos dar respuesta en el presente trabajos sobre relación entre el paradigma jurídico del neoconstitucionalismo y la investigación jurídica, son las siguientes interrogantes: ¿Por qué el neoconstitucionalismo se constituye en una nueva perspectiva metodológica en la investigación jurídica? ¿Cómo aborda el neoconstitucionalismo los problemas que se plantean en una investigación jurídica? ¿Por qué debemos de realizar una investigación en el marco del paradigma neoconstitucionalista?

Se toma como punto de partida, la crisis y las rupturas epistemológicas del positivismo jurídico, así como el surgimiento del nuevo paradigma jurídico-neoconstitucionalista en la esfera de la epistemología de la ciencia jurídica. Marco en el que los recientes

avances de la Filosofía del Derecho y la Teoría del Derecho tienen que ser incorporados necesariamente en la investigación jurídica a fin que se pueda determinar sobre la esencia, la naturaleza y la cientificidad. Con ello se evidencia que la epistemología jurídica contemporánea no es ajena a la creación de los actuales modelos de fundamentación ni a la discusión sobre las llamadas revoluciones científicas.

La investigación jurídica tampoco es ajena a la discusión sobre las llamadas revoluciones científicas, que implican emplear en el proceso de investigación nuevas perspectivas metodológicas en la investigación jurídica, despertando el interés de quienes pretenden desarrollar una investigación ya sea con fines académicos o profesionales. Ello, obliga a generar una profunda reflexión que lleve a reconsiderar los fundamentos y la estructura del pensamiento jurídico sobre la base de nuevas perspectivas filosóficas, teóricas y metodológicas en el campo jurídico.

En dicho contexto, como consecuencia de los cambios de paradigmas que se vienen dando en el Derecho, es urgente integrar en esa dirección la teoría, la producción y la práctica jurídica contemporánea. Esa tarea permite revisar y romper con el discurso y con el conocimiento jurídico tradicional, investigar las bases epistemológicas para el contenido del nuevo paradigma en el derecho, definiendo nuevas posturas y directrices para afrontar los problemas y darles solución.

Tales preocupaciones, que reflejan la superación del positivismo jurídico y de la racionalidad idealista y el desmantelamiento del formalismo lógico-positivista, dejan entrever el espacio cada vez más grande para los horizontes del discurso teórico neoconstitucionalista o postpositivista y de la práctica pluralista en el derecho.

En la literatura especializada existen algunos antecedentes, entre los cuales podemos citar **a** Carruitero (2014), quien analiza la investigación jurídica, entendida esta como un proceso de creación

y descubrimiento el cual se lleva a cabo de acuerdo a un protocolo prefijado y según procedimientos preestablecidos que se han consolidado dentro de la comunidad científica jurídica. La investigación jurídica puede utilizar los métodos: dogmático, cuantitativo, cualitativo o mixtos, histórico, comparativo, comprensivo, crítico racional.

Por su parte, Hernández (2016) presenta una base de conocimiento y reflexión sobre la teoría de la argumentación que permite distinguir y elaborar argumentos pertenecientes a contextos distintos. Por un lado, el teórico o de la investigación científica, cuya pretensión es de verdad y; por el otro, el de la vida práctica, que comprende tanto argumentaciones de tipo moral como las acontecidas dentro de la producción y aplicación del derecho, ambas con una pretensión de corrección. El punto es discernir que, en uno y otro caso, los discursos argumentativos atienden diferentes tareas y finalidades, información imprescindible para cualquier estudioso de la sociedad o del Derecho. Estos necesitan moverse con agilidad entre contextos cuya referencia son los hechos o bien las normas, lo que no excluye que se trabaje en ambos, pero con suficiente nitidez para no confundir la clase e intención de los argumentos.

En este marco, nos planteamos como objetivo general, explicar la relación entre el paradigma jurídico del neoconstitucionalismo y la investigación jurídica como nueva perspectiva metodológica. Para responder a este propósito se emplearon los métodos: dogmático (para el estudio de las teorías jurídicas sobre el neoconstitucionalismo, investigación jurídica y argumentación jurídica), y el Hermenéutico (para las interpretaciones jurídicas de sus contenidos y análisis del contenido de cada fuente empleada). En función a ello y la naturaleza del estudio se empleó como material, los documentales, básicamente textos de donde se obtuvieron los datos para la construcción de la base teórica en base a la cual se

realizó la discusión en base de las preguntas formuladas. Finalmente, para la redacción del presente informe se han tomado en cuenta a los autores contemporáneos que han trabajado el tema en los últimos años y que constituyen referentes del paradigma neoconstitucionalista en la actualidad.

Resultados y discusión

1. Los paradigmas jurídicos y la investigación jurídica

En la Posdata de 1969, Kuhn (2004) en forma muy gráfica y sencilla, afirma: "Un paradigma es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa una comunidad científica consiste en unas personas que comparten un paradigma." (p. 271). Luego agrega que: "una comunidad científica consiste en quienes practican una especialidad científica, mientras que paradigmas como las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica"(*Ibíd*., p. 272 y ss.). En consecuencia, refiriéndose a la importancia del paradigma Kuhn (*Ibíd*.) establece de forma categórica que:

> …una de las cosas que adquiere una comunidad científica con un paradigma, es un criterio para seleccionar problemas, que mientras se dé por sentado el paradigma, puede suponerse que tiene soluciones. Hasta un punto muy elevado, estos son los únicos problemas que la comunidad admitirá como científicos o que animará a sus miembros a tratar de resolver (p. 71).

Ello implica, que de acuerdo con Kuhn, un paradigma es una forma de ver el mundo, una perspectiva general, una manera de fragmentar la complejidad del mundo real. Entonces, los paradigmas están enraizados en la socialización de los adeptos y de los

practicantes, los paradigmas dicen a ellos lo que es importante, legítimo y razonable. En dicho contexto, debemos de considerar que el mundo del derecho ha tomado ciertos estándares o paradigmas jurídicos como modelos de solución a sus problemas. Eso puede ser indicio de que existen revoluciones científicas (en los propios términos de Kuhn) y que, por lo tanto, hay modificaciones a las perspectivas de la comunidad jurídica. En ese sentido, los sistemas jurídicos contemporáneos se encuentran en constante cambio y evolución. Por tanto, los paradigmas tienen que ser constantemente superados y sustituidos por nuevas formas epistemológicas y de actuación. De otra manera, no podría darse el progreso científico en el derecho. Implica ello que, en el sistema jurídico contemporáneo, estamos viviendo una serie de cambios evolutivos vertiginosos, tal como Aguiló (2007) lo describe:

> El paso del paradigma positivista (legalista) al paradigma postpositivista (constitucionalista); del Estado legal al Estado constitucional, del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas; Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación; del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación; del modelo de la oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas; De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas; De la distinción «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles»; de la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo; De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica; De «enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)» a «enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades» (pp. 669-675).

En vista de ello, habría que preguntarnos: ¿Debería abandonarse el positivismo jurídico? Esta propuesta es sostenida en diferentes contextos de discusión jurídica, que incluyen no solo la Teoría del Derecho, sino también la dogmática y las sentencias judiciales. Si bien las teorías positivistas parecen entrar en estancamiento dentro del debate teórico actual, donde se presentan múltiples visiones postpositivistas que plantean la necesidad de refutarlas o dejarlas de lado. En este sentido, atribuyéndoles un enfoque inadecuado para la comprensión de la realidad jurídica actual o insuficiente para dar cuenta de determinados propósitos teóricos. Los argumentos planteados exigen que varíe de modo significativo la nueva forma de entender, interpretar y aplicar el derecho. Es decir, como sostienen los neoconstitucionalista, al tratar de justificar su paradigma jurídico:

> El positivismo como teoría no podría dar cuenta de ciertos fenómenos jurídicos contemporáneos, por lo que debería ser reemplazado ("dejado atrás"), no por falso sino más bien por irrelevante en las circunstancias actuales, aun cuando pueda haber sido relevante en el pasado. Los defensores de esta clase de postpositivismo cuestionan la posibilidad de la teoría positivista de dar cuenta de los contenidos necesarios del derecho a la luz de la realidad de los actuales Estados constitucionales, a la que definen como la constitucionalización del orden jurídico. (Atienza y Ruiz, 2009, pp. 127-155)

En este marco, debemos tener en consideración lo señalado por Aguiló sobre el surgimiento del nuevo paradigma jurídico. Pero más allá de estos planteamientos críticos que van en relación con la evolución del Estado de Derecho, es interesante mostrar que dentro de la cultura jurídica contemporánea se observa una división entre aquellos autores que afirman que los nuevos fenómenos jurídicos (Aguiló, 2007; Atienza, 2006, 2012, 2013; Atienza y Ruiz, 2009; Comanducci, 2009; Puzzolo, Alexy, 2002, 2007; Nino, 2003; Carbonell, 2007, entre otros) exigen la formulación

de un nuevo paradigma teórico, y aquellos otros que niegan tal necesidad (Prieto, 2002, 2003, 2013; Ross, 2006; Hart, 2011; Bulygin, 2015; Bobbio, 2009; García, 2009).

Asimismo, la cuestión está en determinar si para entender, explicar y enseñar; en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que proceder a una revisión o no del «paradigma» teórico que se formó en torno a la idea de «imperio de la ley», de la «soberanía del parlamento», «método subsuntivo». Implica ello que, si hay necesidad de aclarar, redefinir el conjunto de conceptos con los que se arma (se construye) la imagen del Derecho, en el sentido que:

> La disputa versa, en definitiva, sobre si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos (de grado), en cuyo caso no hace falta formular un nuevo paradigma teórico; o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehenden y transmiten los fenómenos jurídicos. Prescindiendo de muchos detalles, a los primeros, es decir, a los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como «imperio de la ley»; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, postpositivistas, neoconstitucionalista o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional. (Aguiló, 2007, p. 268)

Por ello consideramos que, si existe la necesidad de justificar, aclarar, redefinir el conjunto de conceptos con los que se arma (se construye) la imagen del Derecho, ello encuentra sustento en el paradigma postpositivista o neoconstitucionalista que se constituye como el nuevo paradigma jurídico, frente a la crisis del positivismo jurídico. En esa línea de pensamiento, Sánchez (2001)

expresa que: "[h]oy en día hay un cierto consenso académico en hablar del fin del ciclo positivista, debiéndose entender que entramos a un periodo que por ahora vienen llamando flexiblemente como postpositivista" (p. 8).

Por lo que, como afirma el profesor español Prieto Sanchís: "el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica" (2003, p. 101), los mismos que pueden ser compartidos, al mismo tiempo, por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad (Dworkin, 2009; Alexy, 2002, 2007; Aguiló, 2007; Puzzolo, 2018; Nino, 2003; Carbonell, 2007; Ferrajoli, 2012 y, que han convertido al neoconstitucionalismo en el paradigma jurídico para poder explicar los fenómenos jurídicos de derecho contemporáneo (Robles, *et al*., 2016). Así, sobre sus orígenes y características, Carbonell (2007) señala:

> Se entiende básicamente por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial (…) caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos (pp. 9-10).

Ahora, respecto a la valoración del neoconstitucionalismo, Comanducci (2009) expresa que esta posea dos dimensiones:

> …el doble significado vehiculado por los términos "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo", designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción designan, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el neoconstitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción

> (…) designan un modelo constitucional. O sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales (…) que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales (p. 75).

Y, sobre el sentido actual del neoconstitucionalismo en la cultura jurídica actual o contemporánea, Guastini (2010) precisa que:

> El neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica, los mismos que puede ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad… (p. 115).

En consecuencia, debemos entender al neoconstitucionalismo como aquella teoría jurídica contemporánea, que se origina en la incompatibilidad o insuficiencia del positivismo jurídico para explicar los fenómenos jurídicos de la "nueva realidad del Estado constitucional". Esta se nutre de valores y principios de naturaleza moral, estableciéndose en consecuencia una conexión necesaria entre derecho y moral. Le otorga a la constitución una fuerza normativa y vinculante, el cual goza de una protección jurisdiccional.

Así, el surgimiento del neoconstitucionalismo o si se quiere del Estado constitucional, supone diferencias claras con el modelo anterior, que se ha dado en llamar Estado legislativo; estas diferencias se pueden observar, con lo establecido por Lopera (2004), a partir del análisis de los elementos característicos del Estado de derecho, vale decir, reconocimiento de derechos, separación de poderes, principio de legalidad y control judicial, así:

a. Reconocimiento de derechos. Los derechos mantenían una relación de dependencia con la ley, de tal manera que su consagra-

ción legal se presentaba como condición necesaria para su reconocimiento, ejercicio y eficacia. En el Estado constitucional, los derechos "cobran autonomía respecto de la ley y pasan a tener fundamentación constitucional, convirtiéndose así en parámetro de control de ley" (Lopera, 2004, p. 24). Al respecto Uprimny, Rodríguez y García (2006, pp. 299 y 300), manifiestan que anteriormente no se creía que la Constitución fuera una norma jurídica directamente aplicable en los casos concretos, sino un simple sistema de fuentes, situación que difiere de lo acontecido con el texto constitucionales contemporáneos (España 1978, Colombia 1991, Perú 1993, Argentina 1994, etc.) en el cual se atribuye "una particular fuerza jurídica" a los derechos fundamentales o humanos, lo que implica la "vocación de aplicación judicial" del texto constitucional y la "protección judicial de la constitución". Por su parte, Prieto (2002) refiere que, se incorpora el modelo de Constitución normativa, entendiendo por tal a aquella que "(…) además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho –que son dos aspectos de una misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles" (p. 116).

b. Separación de poderes. En el esquema del Estado legislativo, de facto se presenta un estado de separación simplemente formal que impide el adecuado control recíproco de los órganos de poder. En el Estado constitucional se mira la forma clásica del sistema de "frenos y contrapesos", impidiendo la tradicional subordinación de las ramas del poder público a una de ellas.

c. Principio de legalidad. Este principio se identifica "con el imperio de la ley en el sistema de fuentes, su carácter vinculante para los demás poderes públicos y la reserva de ley como garantía de los Derechos de los ciudadanos" (Lopera, 2004, p. 22). En el Estado constitucional se sustituye el tradicional "imperio de la ley" por la supremacía constitucional, la que lleva a: i) que la normatividad tenga que sujetarse a la Constitución, huelga decir, tanto en

su proceso de producción como en su interpretación, la que, en consecuencia, se desarrolla mediante procedimientos de "interpretación conforme" y ii) que toda la normatividad tiene que desarrollar la Constitución. Al respecto, Alexy (2002), afirma: "La Constitución ya no es sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y el de Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico" (p. 159).

Por su parte, Prieto (2002) acerca del debilitamiento de la ley en el neoconstitucionalismo, manifiesta:

> Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, pues se presenta un fenómeno de "desbordamiento constitucional", que implica la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico y destaca que la remisión de los jueces a la Constitución se da de manera permanente, considerando que "es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional (p. 116).

d. Control judicial. Lo que en desarrollo del Estado legislativo alcanza un papel opaco, porque es limitado a ejercer: i) control sobre la actividad judicial, mediante el recurso de casación; ii) control sobre la actividad administrativa mediante la implantación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Lopera, 2004, p. 22); y, iii) control formal del proceso de producción legislativa, mediante la sala constitucional de la Corte Suprema de justicia. En el Estado constitucional, se mantienen las dos primeras formas de control judicial anteriormente comentadas, pero se sustituye el tercero, pues se elimina la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia y se da paso a la Corte Constitucional. Esta no se limita a examinar el proceso formal de la expedición normativa, sino que mira además que el contenido de los actos del legislador efectivamente desarrolle la Constitución. Mediante

las labores de la Corte Constitucional se garantiza la supremacía constitucional (Younes, 1998, p. 343).

En consecuencia, el neoconstitucionalismo como teoría e ideología que justifica al Estado Constitucional, concordando con las planteamientos de Prieto (2002) el Estado constitucional no puede simplemente ser entendido como aquel en el que hay una Constitución vigente y una distribución de poderes, pues de ser así, todos los estados, o casi todos lo serían, sino que debe ser entendido como aquel en el cual el texto mismo de la Constitución y su aplicación, determinan la forma en que ha de interpretarse y aplicarse el derecho, dada la existencia y reconocimiento de unos derechos fundamentales. En este sentido, no cabe duda que el Estado constitucional representa una fórmula del Estado de derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de derecho es el sometimiento del poder al derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo; de ahí que quepa hablar del constitucionalismo como un perfeccionamiento del Estado de derecho.

El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo se relaciona con la investigación jurídica, para lo cual debemos de partir considerando que la investigación jurídica es un elemento o componente de la ciencia del Derecho. Por lo cual, si se quiere hacer ciencia del derecho a través de la investigación jurídica este se tiene que realizarse en el marco del paradigma jurídico vigente, el neoconstitucionalismo, puesto que representa el modelo teórico de la cultura jurídica de nuestro tiempo donde se plantean y resuelven problemas dentro de la misma comunidad científica.

Aranzamendi (2011), al referirse a la investigación jurídica, señala:

> La ciencia del Derecho investiga el proceso de producción de conocimientos que describan y expliquen los hechos y fenómenos jurídicos en el proceso de aplicación eficaz del dere-

> cho. La investigación jurídica es un caso o tipo particular dentro de la investigación científica en general. Se desarrolla utilizando las reglas del método científico más adecuados –en lo posible– a la naturaleza y hechos sociales. Estas investigaciones se desarrollan en el sentido estricto, dentro de lo cualitativo, científico-teórico de carácter factico, también de manera científico-formal. (2011, pp. 76-77)

De acuerdo al paradigma neoconstitucionalista, el objeto de investigación jurídica no solo puede estar referido a la norma (investigación normativa) sino que también a los aspectos de los principios, valores (investigación dogmática) y hechos fácticos o reales (investigación jurídico-social). Entonces, el objeto de estudio debe ser analizado, interpretado, y encontrar su solución a la luz de dicho paradigma jurídico contemporáneo vigente, como es el caso del neoconstitucionalismo, haciendo uso de sus planteamientos, principios, criterios interpretativos, métodos de solución de los problemas jurídicos.

El uso de los paradigmas jurídicos da la solución al problema. Por ejemplo, si el problema jurídico fuera ¿Existen razones jurídicas normativos y jurisprudenciales para justificar el reconocimiento del matrimonio igualitario o de personas del mismo sexo en el Perú? Desde la perspectiva del paradigma positivista donde la ley es la máxima expresión del derecho, dicho problema no tendría viabilidad porque estaría resuelto por la ley. Aplicando el artículo 234 del Código Civil se prescribe que el único tipo de matrimonio regulado y reconocido en el Perú es el heterosexual; es decir, entre varón y la mujer. Por el contrario, si empleara el paradigma neoconstitucionalista que concibe que, en el ordenamiento jurídico no solo hay reglas sino también principios y valores. Entonces, para este paradigma el problema si es viable, haciendo uso de principios constitucionales como la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y jurisprudencias como de la CIDH en el caso Karen Átala vs. Chile pueden justificar su reconocimiento.

2. La concepción del derecho desde el neoconstitucionalismo o postpositivismo

De acuerdo a Dworkin (2009), "El modelo positivista solo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en toto o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque solo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y principios" (p. 9). Pero, Atienza y Ruiz (2009), precisan que, "El derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en la que juega un papel determinante los fines y valores que definen la misma" (p. 135). Por su parte, MacCormick (2005, citado en Bustamante, 2012), ve al derecho como «una disciplina argumentativa», y no como una «ciencia exacta». Una de las características más esenciales del derecho es su naturaleza cuestionable. A diferencia de los positivistas, que erigen la certeza del derecho a la condición de único valor asegurado por el principio del Estado de derecho, MacCormick acredita que el «carácter argumentativo del derecho» es algo para ser celebrado en sociedades democráticas, pues él está profundamente convencido de la idea de Estado de derecho. El reconocimiento del Estado de derecho como idea política implica el reconocimiento del derecho como el locus de la argumentación.

Según Atienza (2006), la idea que ha constituido un paradigma, en el mundo contemporáneo, a partir de la influencia de Kelsen. Donde la esencia del derecho reside en la norma, o que el derecho consiste en ciertas acciones subjetivas y difícilmente racionalizables del juzgador; ha sido poco a poco desplazada por las nuevas teorías. Las cuales tienen un fundamento filosófico que muestran más bien que el derecho es una actividad práctica, incluso más, una especie dentro del género amplio de la argumentación práctica, tal como se da especialmente en el discurso ético y moral.

Atienza (*Ibíd.*) sostiene, razonablemente, que la argumentación jurídica ha pasado a tener en la cultura jurídica contemporánea un valor singular gracias a varios factores que tomados conjuntamente ofrecen una explicación satisfactoria. Primero, observa que las concepciones del derecho características del siglo XX no han tomado en consideración que el derecho es una actividad, en el sentido de Wittgenstein y que como tal es lenguaje en acción, lenguaje destinado a persuadir y convencer con el fin de establecer una cierta pretensión, en el caso del derecho, de justicia y de verdad. Luego, identifica otro factor de carácter práctico lo que salta más a la vista del observador. Se trata del derecho como una actividad en la que los actores que intervienen deben dedicar un esfuerzo significativo a argumentar. Esto se ve con evidencia en el juicio oral y es característico de los actuales estados constitucionales de derecho. En esta dimensión ha influido notablemente el derecho anglosajón que tradicionalmente ha sido un derecho argumentativo. Observa que los derechos continentales han aceptado e incorporado en sus prácticas la argumentación como núcleo central de la actividad de los jueces, pero también de los legisladores.

Un tercer factor que destaca Atienza (*Ibíd.*) es el paso del Estado legislativo al Estado constitucional; es decir, un Estado en el que la Constitución contiene un principio dinámico del sistema político jurídico, esto es, la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales. Ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del derecho. Mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, lo que trae como consecuencia que el poder estatal ve limitado su poder en tanto tiene que justificar en forma clara sus decisiones. El estado democrático y las prácticas democráticas exigen también que el juez no tome sus decisiones exclusivamente mirando hacia el interior de la institución jurídica, sino que debe hacerlo de cara a la comunidad ante la cual en definitiva debe responder.

Todo ello supone en un estado constitucional el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón. Atienza (2006) desataca mucho, y a mi modo de ver muy bien, que en definitiva la regla más universal de control que rige la vida racional de los hombres es la regla de la razón. A cada momento en las disputas coloquiales y técnicas se suele aceptar un argumento diciéndole al interlocutor "sí, tú tienes razón" o por el contrario "tú no tienes razón". La presencia o la ausencia de razón validan o desmoronan un argumento y por tanto una pretensión de justicia o de verdad. Por último, Atienza insiste en que la democracia presupone, siguiendo las ideas de Nino (2003), ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común.

3. El derecho como conjunto de principios y reglas

Dworkin (2009) señala que: "El modelo positivista solo tienen en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en toto o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque solo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y principios" (p. 9). Con ello, nos muestra que en el ordenamiento jurídico no solo existe normas-reglas sino también las normas-principios, cada una de ellas diferentes por su estructura y papel que cumplen. En ese sentido, Alexy (2007), precisa la distinción entre principios y reglas:

> [R]epresenta la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico (p. 63).

Agrega el autor:

> El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado (…). En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo factico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre regla y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (Alexy, 2007, pp. 67-68)

A partir de la distinción entre reglas y principios como estructuras normativas vigentes en el sistema jurídico que tienen su justificación en el paradigma argumentativo o neoconstitucionalista, contrario al positivismo jurídico[1], Cianciardo (2003), precisa que:

> El cuestionamiento de la coherencia y viabilidad del positivismo jurídico ha sido llevado a cabo desde numerosas perspectivas o enfoques. Una de las que más frutos ha producido, tanto por su contundencia crítica como por su idoneidad para proponer caminos nuevos, es la que ha tenido lugar desde la llamada "jurisprudencia de principios" o "constitucionalismo de principios". Esta perspectiva surge de la observación de las insuficiencias que se plantean en un universo normativo constituido exclusivamente por proposiciones deónticas dotadas

[1] El positivismo jurídico mira a los principios como normas jurídicas bajo la óptica de reglas de Derecho, que se interpretan en su sentir por la vía del silogismo lógico-formal, olvidando que la naturaleza de estas normas al ser estándares o guías generales, no admite tal hermenéutica, ya que los principios deben interpretarse con lógicas no monotónicas, es decir, el silogismo práctico sino desde la argumentación jurídica.

> de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, tal como habían pretendido los positivismos del siglo pasado y de comienzos del siglo presente. Partiendo de allí, se llegó a sostener que la práctica judicial mostraba que, junto a las normas así definidas, cuya existencia no se negaba (a las que se denominó "reglas"), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (a las que se llamó "principios"), de las que el positivismo no daba cuenta (p. 892).

4. El derecho como ciencia argumentativa

Debemos de partir para entender la finalidad del derecho como ciencia argumentativa, la relación que existe entre derecho y argumentación, Derecho y argumentación. Al respecto, Atienza (2012) refiriéndose a esta relación dice: "Una aproximación estructural es de qué está compuesto el Derecho y para qué sirve el Derecho. Propongo una nueva aproximación: ver el Derecho como un conjunto de decisiones a partir de problemas. ¿Cómo se resuelven estos problemas? Argumentando" (p. 2). Por su parte, Nino (2003), señala que "La argumentación sirve como medio de investigación o descubrimiento de razones para la toma de la mejor decisión". "La argumentación permite la detección de errores fácticos y lógicos" (pp. 168-174).

Asimismo, Atienza precisa que: "Se entiende por motivación suficiente aquella justificación en la que cada afirmación está bien fundamentada en argumentos justificativos" (2013, 136). En el mismo sentido, Castillo (2013) agrega:

> Una motivación para que sea racional debe estar acompañada de buenas razones, dichas razones deben apoyarse en los hechos del caso, en la prueba pertinente y en el derecho vigente aplicable al caso. Sin embargo, las buenas razones –fácticas, probatorias y jurídicas– no bastan, pues es necesario que ellas

> tengan una determinada identidad. En pocas palabras, se necesita que la argumentación desplegada (las buenas razones) sea suficiente y resuelva de manera adecuada el problema planteado (p. 92).

De este modo, argumentar implica apoyarse en buenas razones, toda vez que existen razones que tienen un sustento mucho más débil que otras; pero a menudo, desconocemos cuál es cuál. En este sentido, un argumento es un medio para indagar. Un buen argumento no es una mera reiteración de las conclusiones. En su lugar deben ofrecerse razones y pruebas, de tal manera que otras personas puedan formarse sus propias opiniones por sí mismas, utilizando los argumentos para llegar a una conclusión. En consecuencia, la argumentación jurídica se presenta como:

> Parte técnica de la labor del abogado, esa técnica o ese razonamiento, no puede encontrarse desprovisto de fines hacía los cuales se dirige, pues generalmente se parte de construir argumentos, entendidos estos como encadenamientos de enunciados a partir de los cuales se llega a una decisión. (Atienza, 2006, p. 12)

En términos de Weston (2005), "lo que en una estructura lógica permitiría ser observado como la construcción de unas premisas para arribar a una conclusión" (p. 11). Esto implica que, podríamos decir que argumentar es dar un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión. Pero, pese a lo anterior debemos advertir que no todo razonamiento jurídico se traduce necesariamente en lógica, pues hoy en día también es dable hablar de argumentos dialécticos, retóricos y tópicos. Por ello, es que consideramos a la argumentación como aquel proceso racional destinado a la construcción de premisas y razonamientos jurídicos, que serán analizados por los juzgadores a fin de arribar a una conclusión que se convertirá en la resolución o sentencia relacionada con el caso planteado.

Por último, Atienza (2012) plantea algunas previsiones finales para una buena argumentación: 1. Identificar y analizar el problema. 2. Efectuar propuestas de solución. 3. Determinar propuesta de solución. 4. Proceder a la comprobación y revisión. 5. Finalmente se produce la redacción de un texto. Las soluciones siguen siendo hoy prevalentemente escritas y aquí hay que referir las partes de un discurso.

5. La investigación jurídica: Tipos y diseño de contrastación de hipótesis

Según Fix-Zamudio (2004), la investigación jurídica es la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado. Asimismo, la investigación jurídica se presenta como un tipo especial de investigación.

El mundo jurídico, al presentarse dentro de una sociedad humana, se presenta en diversas facetas. El derecho, al no ser solo una construcción formal, como los números, hace que sea posible llevar a cabo investigaciones fácticas de su funcionamiento en la sociedad, de ahí que compartamos la siguiente clasificación de los tipos de investigación jurídica: La primera forma es la investigación netamente jurídica y se divide en dos niveles. El primer nivel es el hermenéutico o dogmático de interpretación. El segundo nivel es el dogmático teórico. La segunda forma de investigación se presenta en el aspecto social, por lo cual son llamadas socio-jurídicas. Finalmente, la tercera forma de investigación se presenta en el ámbito filosófico, también llamada investigación ius-filosófica (Sánchez, 2010).

Las reglas del método científico de Mario Bunge (1997), las podemos resumir en las siguientes:

> Regla 1: Formular el problema con precisión y, al principio, específicamente.
>
> Regla 2: Proponer conjeturas bien definidas y fundadas de algún modo, y no suposiciones que no comprometan en concreto, ni tampoco ocurrencias sin fundamento.
>
> Regla 3: Someter la hipótesis a contrastación dura, no laxa. Se trata de elaborar en este punto un diseño, o emplear un método, que nos permita conocer si nuestra hipótesis planteada se ajusta a los hechos o merece ser modificada.
>
> Regla 4: No declarar verdadera una hipótesis satisfactoriamente confirmada; considerarla en el mejor de los casos, como parcialmente verdadera.
>
> Regla 5: Preguntarse porque la respuesta es como es, y no de otra manera.

En el caso del Derecho, según Zorrilla (2011) existen tres tipos para realizar investigación: Investigación dogmática o doctrinal, investigación jurídico social o empírica, investigación jurídica filosófica, eso significa que también podemos hablar, en general, de tres tipos de diseños de contrastación de hipótesis. En efecto, esto se debe a la naturaleza de la investigación. Sin embargo, dado que de los tres tipos de investigación dos son teóricas (las dogmáticas y las iusfilosóficas), sus diseños de contrastación serán muy similares en comparación con las investigaciones jurídico-sociales. Por ello, a continuación, únicamente las separaremos en dos grandes bloques: las jurídico-sociales y las jurídico-teóricas, cuyas características y fundamentos serán tomados de los planteamientos de Quiroz (2007), Witker (2011), Aranzamendi (2011), Robles (2014) y Romero, Palacios y Ñaupas (2018).

5.1. Las investigaciones jurídico-teóricas

En esta tipología de investigación jurídica podemos agrupar a las investigaciones dogmáticas como las filosóficas. Según Quiroz (2007) es utilizada para referirse al conjunto de opiniones valorativas de los estudiosos del derecho, recurriendo para ello a los principios y valores del ordenamiento, por un lado, y a conceptos y teorías dogmáticas, por el otro. Asimismo, sirviéndose también de dichos conceptos y teorías, presentan el material normativo de forma que sea más fácilmente comprensible y manejable: sistematizándolo. Su finalidad es ampliar los conocimientos sobre el problema de estudio planteado.

Witker (2011) agrega que los dogmáticos y formalistas investigan lo que los hombres dicen que hacen con el Derecho. La finalidad de este tipo de investigación es evaluar las estructuras del derecho para visualizar el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y; en consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales vigentes en los que está inscrito el problema. No serán parte de su labor inquisitoria los factores reales que han generado esa normatividad. El objeto de la investigación jurídica queda reducido; por tanto, a las fuentes formales, que son las únicas dotadas de eficacia para resolver las interrogantes que una tesis de derecho de tipo dogmático presenta.

La característica principal de este tipo de investigaciones es que nos permite concebir al derecho como un conjunto de normas que puede ser analizado de forma aislada, en forma abstracta. Esto es, sin tomar en cuenta lo que estas normas ocasionen en la realidad, su eficacia en ella, sino que se analizan sus enlaces entre ellas y sus posibles contradicciones, vacíos, deficiencias normativas.

Una aclaración pertinente se tiene que hacer en este punto. Si bien es cierto que en este tipo de investigación no se analiza lo

que puede ocasionar una determinada norma en la realidad, esto no significa que no se mire a la sociedad y se especule con lo que pueda ocasionar, así, quien investigue dentro de esta clase de investigaciones deberá analizar todas las posibilidades que ocasiona una norma, es decir se la interpretará de todas las formas posibles, para lo cual el jurista crea (o idea) casos que se pudieran presentar.

Así, la norma se analiza dentro de un sistema de normas y se ve tanto los aspectos positivos y negativos que esta puede generar dentro del ordenamiento jurídico. En este tipo de investigación podemos hablar de distintos niveles, pues la historia nos ha hecho ver que existe más de una forma en que se han ido presentando la interpretación de normas. No cabe duda que se origina con la exégesis y se culmina con la dogmática. En efecto, la exégesis es entendida como el estudio inicial de las normas; de ahí que se manifieste que "el método exegético constituye el estudio lineal de las normas, no fomenta modificaciones de los códigos y las leyes. El método dogmático es conceptualista e institucional" (Páucar, Galarza y Armas, 2006, p. 48). Por ello, hoy se puede decir que la exegesis se incluye en la dogmática.

5.2. Las investigaciones jurídico-sociales

En este tipo de investigaciones, el investigador acepta al derecho como producto de una sociedad en un tiempo y lugar determinado. Además, asume que el derecho puede ocasionar cambios en la sociedad. Esta asunción lo lleva a preguntarse ¿Cómo fue el derecho en la época de YY?, o también ¿Qué consecuencias ocasionó la ley XX en la ciudad de ZZ? o ¿Por qué no se cumple la ley XX? Se puede notar que en todas ellas los datos fácticos, procedentes de una determinada sociedad, son necesarios. En este sentido, las investigaciones de Historia del Derecho, de Antropo-

logía Jurídica, de Sociología Jurídica o de Economía Jurídica, toman al derecho como punto de partida para ver su funcionamiento dentro de una sociedad determinada.

El conocimiento del derecho solo es importante para poder saber su funcionamiento en la sociedad. Por ello, en este tipo de investigaciones, muchas veces se necesite tomar muestras, hacer entrevistas, convivir con los pobladores, realizar cuestionarios, revisar archivos, en fin, todo dependerá de la hipótesis formulada y del rigor con la que el investigador la desee contrastar. Ahora bien, un tipo especial de este tipo de investigaciones se encuentran en las investigaciones que buscan conocer la forma en que viene siendo aplicada las leyes, este tipo de investigación centra su atención en las jurisprudencias, pero no como normas jurídicas particulares (de lo que se encarga la dogmática) sino como objetos en los que se pretende encontrar uniformidades o incoherencias. Por ello, en estas investigaciones se toman muestras para analizar cada jurisprudencia y luego poder arribar a una conclusión de tipo estadística, o establecer criterios de selección que permitan analizar determinadas jurisprudencias. Se ve el derecho en funcionamiento.

6. La argumentación en la investigación jurídica

6.1. Relaciones argumentación jurídica–neoconstitucionalismo

En el paradigma neoconstitucionalista existe una relación directa entre este y la argumentación jurídica, toda vez que el neoconstitucionalismo busca garantizar el contenido esencial y la eficacia de los principios, valores y derechos fundamentales, a través de una motivación cualificada que exige una carga argumentativa alta, cuando se va afectar dichos contenidos de la constitución, garantizando de esa forma el ejercicio racional del poder y la no

vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad. En ese sentido, "La sujeción del Estado, su funcionamiento, los órganos de poder a esta nueva forma de entender el derecho, es decir, la sujeción del poder al derecho, requiere obviamente, una mayor y mejor justificación de las decisiones judiciales" (Atienza, 2006, p. 17), pues en el esquema del neoconstitucionalismo, si bien el legislador mantiene un protagonismo fundamental, la última palabra se encomienda, irremediablemente, a los jueces (Prieto, 2007, p. 102).

Parafraseando a Mauricio Fioravanti (citado en Lopera, 2004, p. 13) el Estado constitucional ya no sería solo el estado de la división de poderes y del gobierno limitado, sino que sería además el Estado de los deberes del gobierno. Por supuesto que, si el ejercicio del poder se va a ver limitado por esa nueva forma de entender el derecho, se requiere que los jueces sustenten sus decisiones en razones plausibles, adecuadas, que puedan ser aceptadas no solo por las partes en conflicto, sino que además sean de buen recibo por la comunidad, y dentro de esta, especialmente por la comunidad jurídica (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989).

La antigua concepción del texto constitucional, en el cual se encontraba un sin número de reglas formales que resultaban inconcluyentes o irrelevantes por su incapacidad de realización material, difiere entonces del nuevo esquema constitucional. Este, además de reglas, incorpora el concepto de principios que permiten mediante adecuados procedimientos de discrecionalidad judicial, materializar el contenido constitucional y subyugar el ejercicio del poder frente al derecho. Esa rematerialización del texto constitucional (tesis neoconstitucionalista) es la base de la relación entre el neoconstitucionalismo y la argumentación jurídica. Pues en el esquema anterior, la discrecionalidad sobre el desarrollo del texto constitucional, radicaba en cabeza del legislador; pero esa discrecionalidad correspondía a una discrecionalidad fundada, como

máximo, en la legitimidad democrática del legislador, pero en manera alguna se presentaba como una discrecionalidad motivada o argumentada. En el actual esquema, la discrecionalidad se traslada a los jueces, pero a la manera de una discrecionalidad argumentada, a fin que dicha decisión no sea arbitraria, subjetiva, ni caprichosa, esta debe estar fundada en razones jurídicas objetivas y racionales.

6.2. La argumentación como criterio de validez

La argumentación es, dicho en términos sencillos, la exposición de las razones que sostienen una conclusión, a partir de sus premisas. Los juristas están muy familiarizados con la argumentación, pues constituye el modo más confiable de validación de las decisiones que toman los operadores jurídicos en los distintos ámbitos en los que se desempeñan: el jurisdiccional, el legislativo, o el de las prácticas jurídicas. De hecho, el famoso jurista polaco Wróblewski (2008), afirma que la argumentación también aplica a la investigación jurídica y, aunque ciertamente no dice cómo, los productos de la investigación jurídica revelan, ex post, su estructura argumentativa –o la ausencia de ella–.

Para el profesor alicantino Atienza, es posible identificar tres concepciones básicas de la argumentación: la concepción formal que se centra en la argumentación no como actividad, sino como resultado de la aplicación de reglas de inferencia de la lógica forma; la concepción material, para la que lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados y la concepción pragmática que contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo (Atienza, 2013).

En el primer caso, se trata de establecer la verdad o falsedad formal de los enunciados; los últimos están destinados a plantear, respectivamente, la corrección y la capacidad de persuasión de los argumentos. Estas tres aproximaciones refieren a problemas cuya naturaleza puede ser distinta, representan, como afirma Atienza (*Ibíd.*), más bien dimensiones que concepciones acerca de la argumentación que pueden ser evaluadas según la aproximación que se asuma: por su validez lógica (formal), por su solidez (material) o por su capacidad de persuasión (pragmática). Atienza distingue entre argumento, argumentación y línea argumentativa, lo que hace posible segmentar el discurso jurídico identificando las partes que lo componen:

> Una argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial –el problema que da lugar a la argumentación– y la respuesta a la misma –la solución–. Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis. Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender la tesis o a atacarla. (Atienza, 2013, p. 425)

Aunque el autor se refirie en todo momento a las resoluciones judiciales, con la distinción de estos elementos visibiliza una estructura, una suerte de molde formal que es extrapolable a otros textos jurídicos –un producto de investigación, por ejemplo– que, según demuestre o no validez lógica, solidez o capacidad persuasiva, permitiría distinguir una argumentación buena de una mala. Prevenidos de la advertencia que hace el autor, con base en Aristóteles, de que existe la posibilidad de que la argumentación solo parezca estar bien construida, cuando en realidad no es así –de lo que se sigue que, no obstante, su apariencia, la argumentación resulte falsa o equivocada–. E posible también extrapolar la clasificación aristotélica de las falacias calificando de sofísticos a los textos que, con el propósito de engañar, es decir, con conciencia

del error, manipulan las premisas de las que parten para sostener una conclusión que no se sigue de ellas; y de paralogísticos, a los que son producto honesto de un error real, del que su autor no es consciente. Por ejemplo, en aquellos casos en los que, más que producir conocimiento nuevo, la o el investigador solo está documentando su ignorancia. Es posible, así, tener un marco de valoración para un producto intelectual en el campo jurídico que permitiría, prima facie, distinguirlo como científicamente válido si demuestra serlo lógicamente, o si es sólido o bien si es persuasivo; y científicamente inválido si es un sofisma o un paralogismo.

Agrega Atienza (2013) que tendríamos tres parámetros de validez que, en realidad, constituirían dos técnicas simpes de validación de las capacidades explicativa y persuasiva de un argumento o de un conjunto de argumentos. Los parámetros los constituirían la validez lógica, la solidez argumentativa y la capacidad persuasiva. Las técnicas implicarían la combinación de los dos primeros con el tercero, de modo que podrían ser denominadas, respectivamente: formal/persuasiva y material/persuasiva. Estos binomios representan dos momentos que son indisolubles entre sí, uno representa un referente objetivo, sea este formal o material, y el otro uno subjetivo, que supone el juicio de quien realiza la valoración. Sin pretender en absoluto que existe una separación tajante entre ambos momentos, resulta conveniente asumir que el peso que adquiere cada uno de estos elementos del binomio en el momento de la valoración, dependerá del tipo de validez que se quiere determinar. Así, el elemento objetivo –formal o material– tendrá más peso en la evaluación de la capacidad explicativa del texto, mientras que el subjetivo lo tendrá cuando lo que se evalúe sea su capacidad para lograr consenso. De este modo, la validez interna descansaría en la primera parte del binomio y la externa en la segunda.

Conclusiones

Existe la necesidad de justificar, aclarar, redefinir el conjunto de conceptos con los que se arma (se construye) la imagen del Derecho. Ello encuentra sustento en el paradigma postpositivista o neoconstitucionalista que se constituye como el nuevo paradigma jurídico, frente a la crisis del positivismo jurídico y que han convertido al neoconstitucionalismo en el paradigma jurídico para poder explicar los fenómenos jurídicos de derecho contemporáneo.

El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo se relaciona con la investigación jurídica, para lo cual se debe partir considerando que la investigación jurídica es un elemento o componente de la ciencia del Derecho. Entonces, si se quiere hacer ciencia del derecho a través de la investigación jurídica este se tiene que realizar en el marco del paradigma jurídico vigente –que hoy es el neoconstitucionalismo–, puesto que representa el modelo teórico de la cultura jurídica de nuestro tiempo donde se plantean y resuelven problemas dentro de la misma comunidad científica.

Para el paradigma neoconstitucionalista el derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en la que juega un papel determinante los fines y valores que definen la misma, convirtiéndose en una "disciplina argumentativa" y no como una "ciencia exacta". Una de las características más esenciales del derecho es su naturaleza cuestionable. Con ello, nos muestra que en el ordenamiento jurídico no solo existe normas-reglas sino también las normas-principios, cada una de ellas diferentes por su estructura y papel que cumplen.

Para comprender la finalidad de del derecho como ciencia argumentativa, se debe partir de la relación que existe entre derecho y argumentación, donde una aproximación estructural es de qué

está compuesto el Derecho y para qué sirve el Derecho, por ello el Derecho como un conjunto de interpretaciones y decisiones a partir de problemas, se resuelven argumentando; por lo que la argumentación sirve como medio de investigación o descubrimiento de razones para la toma de la mejor decisión y permite la detección de errores fácticos y lógicos.

En Derecho existen tres tipos marcados para realizar investigación investigación dogmática o doctrinal, investigación jurídico social o empírica, investigación jurídica filosófica. Esto significa que también se puede considerar la existencia, en general, de tres tipos de diseños de contrastación de hipótesis. En efecto, esto se debe a la naturaleza de la investigación. Sin embargo, dado que de los tres tipos de investigación dos son teóricas (las doctrinarias y las iusfilosóficas), sus diseños de contrastación serán muy similares en comparación con las investigaciones jurídico-sociales.

La rematerialización del texto constitucional (tesis neoconstitucionalista) es la base de la relación entre el neoconstitucionalismo y la argumentación jurídica. Este caso, las decisiones se ejerzan en el marco de una discrecionalidad argumentada. Para que dicha decisión no sea arbitraria, subjetiva, ni caprichosa, esta debe estar fundada en razones jurídicas objetivas y racionales, convirtiendo a la argumentación jurídica en el criterio de la validez de la investigación jurídica, porque en su producto (documento académico: monografía, tesina, tesis) se revelan, ex post, su estructura argumentativa o la ausencia de ella.

Referencias bibliográficas

Aguiló, J. (2007). "Positivismo y postpositvismo. Dos paradigmas en pocas palabras". En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* N° 30, pp. 665-675.

Alexy, R. (2002). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aranzamendi, L. (2011). *Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley.

Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel

Atienza, M. (2012). *Problemas de la argumentación jurídica*. Lima: Academia de la Magistratura.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. y Ruiz, M. (2009). "Dejemos a tras el positivismo". En *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima - Bogotá: Palestra - Themis.

Bobbio, N. (2009). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.

Bulygin, E. (2015). *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.

Bunge, M. (1997). *La investigación científica*. Barcelona: Ariel.

Bustamante, T. (2012). "El carácter argumentativo del derecho: una defensa del post-positivismo de MacCormick". En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35.

Carbonell, M. (2003) *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta.

Carbonell, M. (2007). "El Neoconstitucionalismo en su Laberinto". En Carbonell, M. (Ed.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.

Castillo, L. (2013). *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*. Lima: Grijley.

Cianciardo, J. (2003). "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 108, pp. 891-906.

Comanducci, P. (2009). Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico. En Carbonell, M. (Comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota.

Dworkin, R. (2009). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Ferrajoli, L. (2012). *Un debate sobre el neoconstitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.

Fix-Zamudio, H. (2004). *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. México: Porrúa.

García, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

Guastini, R. (2010). *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: ARA Editores.

Hart, H. (2011). *El concepto del derecho.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Khun. T. (2004). *Estructura de la las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Lopera, P. (2004). "La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados". En *Cuadernos de investigación Universidad EAFIT*, Medellín. Disponible en: publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/.../1325/1196/

Martínez, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pos.

Nino, S. (2003). *La Constitución de la Democracia Deliberada*, Barcelona: Gedisa.

Páucar, A.; Galarza; J.; y, Armas, J. (2006). *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Lima: Mantaro.

Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.

Prieto, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.

Prieto, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

Prieto, L. (2007). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra.

Prieto, L. (2013). *Sobre principios y normas / problema del razonamiento jurídico*. Lima-Bogotá: Palestra - Themis.

Puzzolo, S. (2018). *Neoconstitucionalismo y Positivismo jurídico*. Lima: Palestra.

Quiroz, W. (2007). *Investigación Jurídica*. Lima: IMSERGRAF EIRL

Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima: Ffecaat.

Robles, L., et al. (2016). *El paradigma jurídico neoconstitucionalista en la configuración del Estado Constitucional: El caso peruano según la Constitución de 1993*. Lima: Ffecaat.

Romero, H.; Palacios, J.; y Ñaupas, H. (2018). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Grijley.

Ross, A. (2006). *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*. México: Fontamara.

Sánchez, L. (2011). *Después del positivísimo. Re-sustantivando el Derecho*. México: Fontamara.

Sánchez, M. (2010). "Apuntes para una metodología jurídica: La idea de marco teórico". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* Nº 13, 297-310. Disponible en: http:www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero13/nota01.pdf

Sánchez, M. (2011). "La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 14, pp. 317-358. España. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6316481

Uprimny, R., Rodríguez, C. & García, M. (2006). "Justicia, democracia y violencia en Colombia: La evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas". En *¿Justicia para todos?. Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.

Weston, A. (2005). *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

Witker, J. (2011). *La Investigación Jurídica. Bases para las tesis de grado de Derecho*. México: IIJ-UNAM.

Wróblewski, J. (2008). *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara

Younes, D. (1998). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Legis.

SOBRE LOS AUTORES

Carla Alegre Blaz es Licenciada en Administración y Abogada por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Cuenta con estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia en la misma universidad. Actualmente se desempeña como asistente en la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Áncash. Se ha especializado en Derecho Penal, Constitucional y Gestión Pública.

Zegel Basilio Santos es Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo; asimismo cuenta con estudios concluidos de doctorado en Derecho por la misma universidad. Se ha desempeñado como consultor legal del convenio Cofopri-Sunarp y conciliador extrajudicial. Actualmente, se desempeña como asistente registral de la Zona Registral N° VII - Sede Huaraz y es autor de varios artículos y del libro Derecho Registral.

Manuel Bermúdez Tapia es Magíster en Derecho Civil y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista, profesor de posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; asimismo, es profesor visitante en las Universidades UNAM y Benemérita Universidad Autónoma de Puebla en México, Universidad Católica en Colombia, Universidad de Talca en Chile, Pontificia Universidad Católica de Argentina y Universidad de Valencia en España.

Teodorico Cristóbal Támara es Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM) y egresado

de la Maestría en Ciencias Penales por la misma universidad. Cuenta con una serie de publicaciones en revistas especializadas e indexadas en Derecho Penal y Procesal Penal. Investigador y expositor en certámenes académicos especializados en materia penal y procesal penal.

Xiomara del Rio Chevarria es Abogada por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, maestrista en Derecho con mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia en la misma universidad. Actualmente se desempeña como asistente en función fiscal de la Primera Fiscalía Penal Corporativa de Huaylas, Distrito Judicial de Áncash. Cuenta con especialización en Derecho Penal, Procesal Penal y Constitucional.

Andrei Espinoza Amado es Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Maestrista en Derecho con mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia en la misma universidad. Actualmente se desempeña como especialista judicial en el Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash. Cuenta con especialización en contrataciones del Estado y Derecho Procesal Penal.

Víctor Efraín Flores Leiva es Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM), candidato a Doctor en Derecho por la misma universidad. Docente universitario en materia de Derecho Civil y Derecho Administrativo en pre y posgrado de la UNASAM. Especialista en gestión pública y arbitrajes. Cuenta con varias publicaciones sobre temas de su especialidad.

Lesly Garay Piñashca es Abogada por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, maestrista en Derecho con mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia en la misma universidad. Actualmente se desempeña como especialista

de causas en los Juzgados de Investigación Preparatoria del Módulo Penal, Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Áncash.

Félix Julca Guerrero es Abogado, Lingüista y Educador. Cuenta con doctorado (PhD.) por The University of Texas at Austin (Estados Unidos), Master in Arts por la misma universidad y Magíster en Educación Intercultural Bilingüe por la Universidad Mayor de San Simón, PROEIB Andes (Bolivia). Actualmente, es Investigador RENACYT, Docente Investigador y Director de la Escuela Profesional de Derecho en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Director de Formación Jurídica en el Ilustre Colegio de Abogados de Áncash (2018-2020). Conferencista internacional y ha publicado varios libros y artículos de investigación en revistas especializadas indizadas sobre temas de su especialidad en español, inglés y quechua.

Roshan Melgarejo Valenzuela es Abogada por la Universidad Los Ángeles de Chimbote, cuenta con estudios concluidos de Maestría en Derecho Penal y doctorado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Actualmente se desempeña como fiscal adjunta provincial titular en la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, Distrito Fiscal de Áncash.

Laura Nivin Vargas es Doctora en Educación por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Magíster en Políticas Sociales con mención en Proyectos y Programas Sociales por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM), Licenciada en Educación por la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle. Especializada en currículo por competencias, estrategias didácticas, evaluación educativa, educación intercultural y gestión cultural e identidad. Cuenta con diversas publicaciones sobre temas de su especialidad. Actualmente, es docente en pre y posgrado en la UNASAM.

Jorge Novoa Marín es Abogado por la Universidad Alas Peruanas, Maestría en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca y cuenta con estudios concluidos de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Actualmente se desempeña como fiscal adjunto provincial titular en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, Distrito Fiscal de Áncash.

Fabel Robles Espinoza es Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, especialista en Justicia Constitucional e Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales; así como Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla de La Mancha (España). También, cuenta con estudios concluidos de doctorado en Derecho en la UNASAM. Actualmente se desempeña como docente universitario en la UNASAM y abogado libre.

Luis Robles Trejo es Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villareal y Magíster en Derecho Constitucional por la misma universidad. También cuenta con Título de Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla de La Mancha (España). Docente de pre y posgrado en la UNASAM, Ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Áncash. Cuenta con una serie de publicaciones de libros y artículos en revistas especializadas e indizadas.

Saniya Rosario Haro es Abogada y Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Cuenta con estudios concluidos de doctorado en Derecho por la misma universidad. También es educadora por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente se desempeña como asistente en Función Fiscal en

la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Fiscal de Áncash.

Ricardo Sánchez Espinoza es Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM) y Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. También es Licenciado en Educación por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Magíster en Ciencias de la Educación por la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle. Actualmente se desempeña como docente en la UNASAM.

Alfredo Santillán Cochachin es Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, maestrista en Derecho con mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia en la misma universidad. Actualmente se desempeña como asistente en función fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz. Cuenta con capacitación en cursos de Criminalística, Procesal Penal y Redacción Jurídica.

Nancy Tafur Villanueva es Abogada graduada con excelencia en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo y egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la misma universidad. Cuenta con estudios de Posgrado en Derecho Registral por la Universidad Autónoma de Madrid (2019). También es egresada del Curso PROFA y profesora graduada con excelencia por el Instituto Superior Pedagógico de Huaraz. Actualmente es registradora pública titular de la Zona Registral N° VII-Sede Huaraz-SUNARP.

Olinda Vidal Isidro es Abogada y Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal Administración de Justicia por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo y cuenta con estudios concluidos de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas

por la misma universidad. Actualmente es especialista judicial del Juzgado Colegiado Supraprovincial de Huaraz, Corte Superior de Justicia de Áncash, Huaraz.

Esta obra se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
KILLA EDITORIAL EIRL
Celular WhatsApp: 943494853
E-mail: killaeditorial@hotmail.com
Facebook: Killa Editorial Ancash