CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 15 Nº 61 MAYO 2023

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Edilberto José Rodríguez Tanta
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. José Rodríguez Tanta, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
- Dra. Rosa Vera Meléndez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Hellen Guevara Jiménez y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

FLAGRANCIA Y DERECHOS HUMANOS. REPENSANDO EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 6

UNA APOLOGÍA DEL DERECHO
MANUEL ATIENZA 29

LA TOLERANCIA A LAS INFRACCIONES DE LAS NORMAS EN EL PERÚ, ¿LA SOLUCIÓN ESTÁ EN ENCONTRAR AL CULPABLE?
JOSÉ LEONIDES AGIP VÁSQUEZ 45

EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL: ESTRUCTURA TÍPICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA
JORGE JAVIER PISFIL MONTALVAN 52

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Celebrar una fecha más de aniversario de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque nos conduce, inevitablemente, a un importante momento de reflexión: ¿qué hemos hecho en estos 123 años de historia y que más esperamos hacer en los próximos lustros y decenios?

Lo primero es motivo de un balance de interés, pues hemos de remitirnos a un conjunto de datos históricos de reciente data, que nos permiten asegurar que somos una de las primeras Cortes el país en producción jurisdiccional. Igualmente, Lambayeque destaca por un posicionamiento importante en cuanto a impartición de justicia en los ámbitos penal y laboral, en cuanto fue de las primeras sedes en introducirse en el modelo oral de resolución de conflictos.

El segundo pronóstico planteado supra es un poco más complejo de explayar, y no va exento de dificultades y, sin embargo, asumimos que el futuro es enfrentar una serie de retos importantes: institucionales y sociales. Institucionales, pues hay un compromiso permanente por demostrar que el Poder Judicial es una institución que está a la altura de su rol como Poder del Estado, en ejercicio de sus principios de independencia y autonomía. Se trata de matices que confirman la base misma del Estado de Derecho, pues una justicia no independiente no sirve para el rol para el cual fue diseñada. A su vez, la autonomía es un compromiso de imparcialidad interna, y creemos que, a pesar de las añejas dificultades nacionales, el corpus iuris de nuestro país ha logrado un posicionamiento importante en la sociedad, y en eso se han invertido numerosos esfuerzos de la entidad en su conjunto.

Es cierto que puede acusarse a la justicia de mora en sus decisiones, de no resolver prestamente sus casos, entre otras cuestiones derrotables. Y aun cuando la ingente carga procesal a nivel nacional no es una excusa de orden directo, sí podemos aseverar que muchas iniciativas del propio Poder Judicial han sido desarrolladas en la línea de descongestionar la carga procesal existente, además de implementarse medidas de descarga procesal para una pronta resolución de los numerosos conflictos que conocen las 34 Cortes del país.

Lambayeque, en esa línea de pensamiento, reflexiona como Corte sobre el rol que le compete a futuro, y puede preciarse de que un número importante de sus jueces ha asumido un compromiso ético de aminorar con mística la carga procesal. El camino no es sencillo: aquellos poderes salvajes a los cuales alude Ferrajoli serán siempre una especie de rémora en el ámbito de la justicia: la misma estructura deficitaria del Estado, el crimen organizado, la intromisión política en la justicia, los intereses particulares de grandes corporaciones, etc. Siempre serán estas cuestiones una amenaza latente para el Estado de Derecho en sí mismo, pero es menester asumir que el compromiso institucional asumido con la sociedad, nos insta a ser jueces independientes.

Por tanto, es pertinente asumir, en este 123 aniversario, que seguiremos asiéndonos a la figura de una justicia que continuará portando el velo de la no distinción, que no apreciará diferencias sociales entre las partes, que no se subyugará ante los poderes económicos, y que asume que es un deber ético impartir justicia con equidad, pues esta es la esencia misma de la labor del juez. Nos proyectamos a que esa sea nuestra máxima aspiración en este nuevo aniversario, y que a su vez sea la ruta correcta a seguir por muchos lustros más.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

FLAGRANCIA Y DERECHOS HUMANOS
REPENSANDO EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

"Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.
Debe ser ley porque es justa"
Cesare Beccaria

Edwin Figueroa Gutarra[1]

Resumen: La exigencia al Estado en la lucha contra el delito, cada vez mayor, ha conducido con fuerza a considerar que existe un Derecho Penal del Enemigo, como expresa Gunther Jakobs, figura que se expresa en sanciones más duras, penas de cárcel más extensas, entre otras ideas. En ese sentido, el juzgamiento a través de Unidades de Flagrancia, como viene implementando Perú, representa una mejor coincidencia con el Derecho Penal del Ciudadano, como propone el mismo autor, para entender un mejor afianzamiento de los derechos humanos. Persigamos el delito, es necesario, pero hagámoslo dentro del marco de respeto hacia el principio de dignidad de la persona.

Palabras clave: Flagrancia, Unidades de Flagrancia, Derecho Penal del Ciudadano, Derecho penal del Enemigo, derechos fundamentales, derechos humanos.

Abstract: The increasing demand on the State in the fight against crime has strongly led to consider that there is a Criminal Law of the Enemy, as Gunther Jakobs expresses, a figure that is expressed in harsher sanctions, longer prison sentences, among other ideas. In this sense, the judgment through Flagrancia Units, as Peru has been implementing, represents a better coincidence with the Criminal Law of the Citizen, as the same author proposes, to understand a better consolidation of human rights. Let's prosecute the crime, it is necessary, but let's do it within the framework of respect for the principle of dignity of the person.

Keywords: Flagrancy, Flagrancy Units, Criminal Law of the Citizen, Criminal Law of the Enemy, fundamental rights, human rights.

[1]Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4009-3953

Sumario

Introducción. I. Una aproximación al concepto de flagrancia desde los derechos humanos. II. El juzgamiento en flagrancia como punto medio entre el Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano. III. Las Unidades de Flagrancia en Perú: una apuesta progresiva. Conclusiones.

Introducción

El juzgamiento en flagrancia representa, a partir de las ideas de Jakobs, una propuesta de equilibrio entre el clásico Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano, entendido aquel como políticas de represión y de dura sanción del crimen, y este último, como una afirmación de los derechos fundamentales de la persona. Ni se excede el Estado en procesos de extensa duración con severa afectación de la presunción de inocencia, derecho tutelado por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ni el delito queda impune ante la inacción del Estado, así como tampoco se genera una falsa percepción de ausencia de políticas públicas para enfrentar la criminalidad.

Es propuesta de este estudio destacar la importancia de las Unidades de Flagrancia en el Perú, como una reexpresión de la afirmación de los derechos humanos, para cuyo efecto advertimos la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), vía los casos López Álvarez vs Honduras, Gutiérrez Soler vs Colombia, y García Asto vs Perú, pronunciamientos que han construido una línea interpretativa de las actuaciones del Estado en flagrancia, entendidos como límites a las agresiones a los derechos de la persona por parte de agentes estatales. De esa forma, la construcción de estándares por parte de la Corte IDH nos proporciona una generalización de criterios jurisprudenciales, asumidos como verdaderos límites a la acción de represión del Estado frente al delito.

Desde otra perspectiva, puntualizamos en este análisis esa relación compleja entre las políticas eminentemente represivas de mayores penas, más recursos ordinarios para combatir el crimen y de sola represión formal del delito, lo cual es un distintivo del llamado Derecho Penal del Enemigo, y, de otro lado, aquello que identifica Jakobs como una política pública en la cual sean prioridad los juzgamientos con observancia de los derechos fundamentales de la persona, lo que viene a denominarse, con suficiencia, un Derecho Penal del Ciudadano.

En el punto medio de esa compleja oposición se encuentra, en nuestra opinión, el juzgamiento en flagrancia, lo que significa, a juicio nuestro, un símil del óptimo de Pareto, esto es, de un punto ideal de equilibrio entre los derechos a la presunción de inocencia y frente al mismo, la garantía institucional del Estado, es decir, de reprimir, dentro de la ley y la Constitución, aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables que significan, de alguna forma, romper ese *pactum societatis*, cual fórmula hobbesiana, de vivir en paz, sin conductas vulneratorias de los demás derechos ciudadanos.

En esa lógica, entramos muy referencialmente a describir la experiencia peruana de las Unidades de Flagrancia, al prever las mismas juzgamientos prácticamente *in situ* del delito, en un plazo a no exceder de las 72 horas. Este propósito ha arrancado, bajo un plan piloto, en el Distrito Judicial de La Libertad, específicamente en el distrito de El Porvenir, y con la actuación conjunta del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se busca el juzgamiento en flagrancia, en el ámbito del proceso especial inmediato ante el juez de investigación preparatoria, de los delitos que sean perseguibles según esta figura.

El reto asumido para este tipo de juzgamientos es enorme y de aristas muy complejas. Es exigible una logística muy rigurosa en la cual diferentes instituciones han de desempeñar un rol trascendente, entre acciones directas de persecución del delito, de tutela del derecho de defensa, de acusación y de juzgamiento y, más aún, en un plazo determinado y perentorio que expresa la figura de una celeridad procesal a ser entendida en términos de eficiencia y eficacia.

Los obstáculos en el camino son de diversa naturaleza, pero de suyo manejables en un escenario en el cual el reto, desde la figura que proponemos de repensar el Derecho Penal del Ciudadano, involucra una mejor comprensión de los derechos fundamentales de las personas, tanto de aquellos que resultan víctimas del delito, así como de quienes devienen autores de estas conductas contrarias al orden social.

El combate al crimen, es nuestra propuesta final, necesita despojarse de ese tufillo de represión indiscriminada, de pensar en el medio directo de más cárceles, penas más elevadas, o la consagración sin par de un *Polizei Staat*, o Estado Policía. En su lugar, nuestra propuesta es una nueva concepción de los derechos fundamentales desde el Derecho Penal, y es lo que impulsa el juzgamiento en flagrancia, como cuestión sustantiva.

I. Una aproximación al concepto de flagrancia desde los derechos humanos

La legislación y doctrina italianas conciben la idea de un "juicio directísimo" (Espinoza, 2016, p. 183), en referencia a un caso que no requiere mayor investigación, dándose las condiciones para un proceso inmediato, esto es, un asunto con características de abreviamiento y simplificación del proceso. Al no requerirse el desarrollo de una investigación en sentido amplio, la situación de flagrancia permite reducir la extensión del proceso.

Sin perjuicio de lo señalado, la flagrancia no es un concepto tan sencillo de definir. Ya Laitman (2018, p. 802) reconoce *a failure to define flagrancy*, esto es, el fracaso en la definición de la flagrancia, a partir del fallo *Utah vs Strieff*, de 2016. En dicho proceso, según la autora, la Corte Suprema de Estados Unidos no define adecuadamente cuándo las actuaciones de la policía están frente a verdaderos casos de flagrancia, y cuándo deben aplicarse reglas de exclusión, de cara a la Cuarta Enmienda de la Constitución Americana, sobre la protección de la persona frente a pesquisas y aprehensiones arbitrarias.

En un voto razonado[2] del magistrado Sergio García Ramírez, la Corte IDH desarrolla una interesante aproximación a la noción de flagrancia para dejar sentado que:

> 13. La flagrancia --concepto que, por lo demás, no tiene alcance uniforme en todas las legislaciones ni caracterización única y pacífica en la doctrina y la jurisprudencia-- que se presenta en un caso puede bastar a criterio de quien practica la detención, pero resultar insuficiente para quien la sufre. El intérprete de la norma, que procura hallar su mejor --y siempre juicioso-- alcance, ponderando las repercusiones y aplicaciones de cada posible interpretación, debe dar a aquélla el significado que permita alcanzar, en la totalidad o por lo menos en la gran mayoría de los casos, habida cuenta de las condiciones de la realidad, el fin que se persigue. Piénsese, además, que la información sobre el motivo de la detención no solamente da noticia de que el agente del Estado considera que se han presentado determinados hechos, sino también manifiesta implícitamente que éstos son ilícitos o reprochables, consideraciones, todas ellas, que atañen a la justificación del Estado y a la defensa del individuo.

Es importante aquí distinguir, como primera cuestión, que no hay uniformidad en el sistema interamericano para distinguir cuándo una conducta es flagrante o, en su caso, cuándo no lo es. Para todo efecto, una premisa de entrada, de configuración, es el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación al derecho a la libertad personal, elemento a partir del cual podemos construir una noción de flagrancia, asumiendo que nadie puede ser privado de su libertad salvo por causas preestablecidas, así como nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

A su vez, prevé este artículo que toda persona detenida o retenida, debe ser informada de las causas de su detención, así como debe ser llevada ante un juez y ser juzgada en un plazo razonable en el marco de un proceso que, en caso de resultarle desfavorable la decisión del juzgador, contemple la posibilidad de recurrir.

Los lineamientos de la Corte IDH son objetivos. El Estado tiene reservada la potestad de persecución del delito, a través de las instituciones que constituyen su basamento en el sistema de

[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso López Álvarez Vs. Honduras Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

justicia- Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional- pero como contraprestación, si acaso se puede considerar un nivel de acción en ese sentido, es exigible que cumplan las instituciones acotadas las garantías que conciernen al debido proceso, a su vez descritas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que alude a las garantías judiciales.

En el caso de la flagrancia, o para expresarnos con propiedad, del juzgamiento en flagrancia, se exige un contexto de compatibilidad con los derechos humanos. Desde esa perspectiva, el Estado asume ese nivel persecutorio, a nivel del Ministerio Público, con el concurso de la Policía Nacional, en las tareas de apoyo propias de la persecución, y a nivel cognitivo racional, son los jueces quienes llevan adelante un juzgamiento excepcional, sumario, inmediato, e incluso, sujeto a un plazo determinado – el caso peruano conlleva un término máximo de 72 horas para el juzgamiento y la sentencia del caso- pues si acaso el plazo es excedido, entonces ya no hay flagrancia, sino las condiciones propias de otro proceso regular.

El juzgamiento en flagrancia, en consecuencia, es un baremo de importancia para el Derecho Penal contemporáneo, en la medida que implica, de un lado, la persecución del crimen y su sanción, en términos de razonabilidad y proporcionalidad. Ni hay crimen impune ni hay exceso de actuación estatal en perjuicio de los derechos humanos del autor del delito.

El caso Gutiérrez Soler vs Colombia,[3] según Hernández Barros (2013, p. 174), arroja más luces sobre la idea de flagrancia. En dicho asunto se aborda la responsabilidad del Estado hondureño por las imputaciones de tortura de funcionarios policiales en contra de la víctima, además de la inacción del mismo Estado en la investigación y sanciones contra los responsables del hecho.

La víctima es detenida en un lugar de Bogotá en 1994 y luego es conducida al sótano de las instalaciones de una Unidad de la Policía, donde fue sometida a quemaduras que le causaron graves lesiones que luego le generaron perturbaciones psíquicas permanentes.

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia de fecha 12 de setiembre de 2005.

El Estado reconoce finalmente su responsabilidad por los hechos y, sin embargo, es de anotarse que, al interior del ordenamiento colombiano, en cuanto los hechos ocurrieron, la defensa del Estado, a nivel de autoridades policiales, pretendió justificar una captura en flagrancia por el supuesto delito de extorsión, del cual finalmente Gutiérrez Soler es absuelto en 2002.

Cuanto podemos extraer del caso en comento reside, prevalentemente, en la insuficiencia del argumento de defensa del Estado, cuyas autoridades policiales justifican inicialmente su accionar invocando flagrancia respecto del delito en cuestión.

En rigor, la actuación de la policía no solo es incongruente con la exigencia propia de la flagrancia como figura, sino que existe abuso policial manifiesto en determinadas intervenciones, tema ampliamente tratado en el Derecho Comparado, en específico en el caso *Herring vs United States*, (Moreno, 2016. p. 41) un asunto de detención forzada contra un ciudadano bajo una sospecha de posesión de anfetaminas y un arma, pero con una orden de arresto que ya antes había sido cancelada.

De lo acotado *supra*, se desprende que debemos construir conceptualmente la idea de que la flagrancia implica determinados caracteres que deben ser cumplidos, pues en caso contrario, la detención se convierte en arbitraria.

En términos puntuales, en latín *flagrans* alude a lo que se está ejecutando (Hernández, 2013, p. 172), y alude, figurativamente, al fuego o llama que arde y resplandece. En relación al delito, esta idea nos lleva a aquella acción que se está ejecutando y, por tanto, es siempre necesaria la presencia del delincuente. No constituye flagrancia que el actor sea sorprendido fuera de la acción misma. (Hernández, 2013, p. 173)

El énfasis es manifiesto y señala Hernández que “la institución que estudiamos alude a una detención que ocurra ni antes ni después de cometido el delito (…) sino a una detención que sucede en el preciso momento de la comisión del hecho delictuoso”. (2013, p. 173) A esta cuestión hay que añadir otra línea reiterativa:

> En el verdadero caso de delito flagrante, no se alude a la detención en el momento en que alguien intente cometer un delito o cuando está resuelto a cometerlo, tampoco debe haberse consumado ya el delito, sino estar cometiéndose en el acto para justificar así la detención de su actor.

Un caso especial es el de los delitos permanentes o continuos, pues "en estos casos, la flagrancia puede invocarse durante todo el tiempo que dure ese período consumativo". (Hernández, 2013. p. 173)

En el caso García Asto vs Perú,[4] proceso en el cual el Estado reconoce su responsabilidad, el delito materia del asunto es terrorismo. La víctima, de 25 años de edad, es detenida en 1995 por personal policial de la DINCOTE, sin previa orden judicial, cuando se encontraba en un paradero de autobús. Al día siguiente, sin mandato del juez, la Policía lleva a cabo un registro domiciliario en la vivienda del afectado.

Al igual que en el caso Gutiérrez Soler, la justificación de la Policía es insuficiente. Aduce esta que, en el momento de la detención del señor García Asto, se encontró en su poder" propaganda terrorista descrita en el acta respectiva". La víctima replicó que nunca formó parte de organización terrorista alguna, y que era falso que hubiera desarrollado acciones de apoyo para la organización. Finalmente, un fiscal "sin rostro" formuló acusación contra el afectado por el acotado delito de terrorismo.

Los patrones de definición de la flagrancia, a partir de los casos aludidos, y de tantos otros que igualmente podrían ser citados -pues en ello hay una línea interpretativa uniforme por parte de la Corte IDH- se decantan por una exigencia y baremos altos para que proceda la detención en esa condición.

Muchos de los casos que llegan finalmente a la Corte IDH son comunes en la expresión de un accionar arbitrario por parte de la autoridad en las detenciones supuestamente flagrantes. De esa forma, las alegaciones que suele efectuar la autoridad policial aluden, sin más, a una *flagrancia*

[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005

nominal, esto es, a una simple enunciación de haberse cumplido los requisitos de detención flagrante, sin que objetivamente tales supuestos puedan ser demostrados objetivamente en juicio.

En el orden de ideas expuesto, el razonamiento de la Corte IDH impone a los Estados un deber de compatibilidad en sus ordenamientos jurídicos, a efectos de entender la configuración de una *flagrancia material*, es decir, de cumplimiento de las exigencias que se desprenden de la propia Convención Americana de Derechos Humanos. A este efecto, el Estado tiene carta de actuación abierta para detener en flagrancia, para juzgar en flagrancia, pero a su vez, tales actuaciones exigen a los Estados un ejercicio de adecuar sus ordenamientos a los estándares de la Corte IDH los cuales deben ser entendidos como deberes mínimos por parte de los Estados parte del sistema interamericano.

Desde esa dimensión de enfoque, países como Perú pueden estructurar en su Derecho Interno Unidades de Flagrancia y, sin embargo, la exigencia material se reduce a un respeto irrestricto de los derechos del perseguido por el delito. Solo desde esa condición base puede asumirse que estas instituciones, cuyo objeto es sancionar el crimen *in situ*, seguirán vigentes en tanto su actuación, reiteramos, cumpla un deber de compatibilidad con los derechos humanos. Tal deber se expresa, en primera línea, respecto de las leyes y la Constitución al interior de los propios Estados; y en un segundo nivel, en tanto haya un pleno respeto de los estándares de derechos humanos que el sistema interamericano ha venido construyendo desde su primer fallo, el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, en 1988.

En la idea de añadir otra dimensión conceptual, es de notar el aporte que hace Hoyos, (2001, p. 139) respecto a la idea de los presupuestos propios de la flagrancia: *fumus commisi delicti, periculum libertatis* y proporcionalidad. La flagrancia, es propio señalarlo, no es lo mismo que la evidencia, pues aquella es una modalidad de esta última. (Hoyos, 2001. p. 140)

El aporte es de valor: el *fumus commisi delicti,* como supuesto, nos conduce a la noción de una acción que tiene lugar y respecto de la cual concurre un requisito de inmediatez, figura en la cual el título de imputación es el sorprendimiento en flagrancia, dada la evidente participación de una persona en un hecho punible. (Hoyos, 2001, p. 139) La referencia al *post factum* inmediato a este

respecto alude a un espacio de tiempo muy corto entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión. (Hoyos, 2001, p. 141)

La doctrina alemana distingue los verbos *antreffen, betreffen, entdecken* para graficar la acción de sorprender o descubrir el autor de la infracción, (Hoyos, 2001, p. 140), en tanto la posición italiana alude, en la noción *che viene colto nell´atto di comettere il reato,* al acto mismo de sorprender, al tiempo que los franceses aluden al *temps trés voisin de l´action*, en referencia al tiempo muy vecino a la acción. (Hoyos, 2001, p. 141)

A su vez, el *periculum libertatis* implica que hay un peligro de fuga o de ocultación penal del imputado, frente a lo cual debemos entender una presunción racional de que el perseguido tratará de sustraerse a la acción de la justicia. (Hoyos, 2001, p. 144)

Por último, la proporcionalidad debe ser entendida en clave de condición necesaria pues no basta una esfera legal que autorice invadir la esfera de la libertad individual del imputado. Resulta importante que la norma que permite la intromisión de la libertad de la persona sea interpretada y aplicada a través del prisma del principio de proporcionalidad. (Hoyos, 2001. P. 146). Es de inferirse aquí la razonabilidad de acción del Estado para restringir la libertad del actor del delito.

II. El juzgamiento en flagrancia como punto medio entre el Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano

Constituye punto central del debate sobre el juzgamiento en flagrancia, es nuestra propuesta, si esta figura representa un punto medio entre el Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano, en la famosa alegoría construida por Jakobs (2003, p. 19), a propósito de la distinción, respectivamente, entre políticas de mayor criminalidad y una visión, desde el mismo Derecho Penal, de los derechos fundamentales.

Lo vertido es de interés, en cuanto, como sostiene Palacios, (2010, p. 19) existe una delimitación de interés a realizar sobre la "efectiva protección de los derechos humanos por encima de un discurso de seguridad". No se descarta, de esa forma, que el incremento progresivo de los índices

de delincuencia, en muchos países, en los últimos lustros, haya significado el impulso de medidas, tanto legislativas como de las políticas públicas de gobierno, conducentes, fundamentalmente, a regulaciones que enfatizan una mayor lucha contra el crimen, en desmedro de una atención debida a los derechos humanos.

Nuestra afirmación no puede ser considerada, tampoco, una defensa solo centrada en los derechos de los procesados. El delito necesita ser combatido: las conductas contrarias a los valores sociales han de ser sancionadas dentro de la ley y la Constitución, a lo cual nos permitimos agregar, de manera inclusiva, dentro de un Derecho Penal del Ciudadano, cuyo enfoque esté dirigido a destacar un punto abstracto de conciliación, o si podemos subir un peldaño más, de reconciliación entre las políticas de criminalidad, cuyo enfoque es unidireccional, y una visión más acorde con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Dar a cada quien lo que le corresponde, desde Domicio Ulpiano, en el siglo III de nuestra era, no solo es una abstracción del concepto de justicia, sino debe ser una aspiración tangible de los Estados, pertenezcan estos a cualquiera de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos de América, Europa o África, que son los continentes que ya han afianzado, a través de Cortes supranacionales, la protección, en los casos que corresponde, de los derechos de primer orden de sus ciudadanos.

El Derecho Penal, es sostenible mencionarlo, ha enfrentado grandes retos a lo largo de su historia, y concita la atención al extremo de exigir la distinción respecto de si constituyen esos retos, en su esencia, expresiones del Derecho Penal del Enemigo o, a su vez, del Derecho Penal del Ciudadano. Uno de esos casos es el del Tribunal de Núremberg que, en 1945, una vez concluida la Segunda Guerra Mundial y, producido un doloroso saldo de balance de millones de víctimas, acarreó el juzgamiento militar de los jerarcas nazis.

Al final, jueces militares de las potencias vencedoras, para cuya actuación se construyó un Estatuto para el juzgamiento de esos crímenes, dictaron varias sentencias a la pena capital respecto a los procesados. Ciertamente que, en apariencia y de un lado, lo ocurrido en aquel

entonces, pareció significar un juzgamiento por parte de jueces parciales, y no imparciales, en relación a los acusados.

Nos imaginamos la objeción de la defensa de los acusados, respecto a que los juzgadores fueran militares de los países vencedores del gran conflicto. De otro lado, fue afectado el principio de legalidad penal, en tanto el juzgamiento acaeció luego de ocurridos las conductas de los agentes, después se elaboró un Estatuto judicial con la tipificación de penas, exprofesamente construido para ese juicio, y así se violentó el debido proceso. En términos regulares, es de manifestarse, primero se construye el tipo penal por parte del legislador, y luego ocurre la conducta típica, para recién entonces aplicarse la consecuencia jurídica al procesado. En Nüremberg, podemos apreciar, la figura fue anómala, dado el orden reseñado, pues los hechos ocurrieron respecto de tipos penales a los cuales se les dio forma posterior en el Estatuto. De ese modo, este ejemplo consolidó, podríamos argüir, una expresión del Derecho Penal del Enemigo.

La confrontación que pretendemos construir, en consecuencia, se realiza entre esa exigencia real por sancionar el crimen, al costo de medidas represivas de envergadura y, a su vez, de defender los derechos de las víctimas. A juicio nuestro, lo acaecido en Nüremberg fue estrictamente necesario, no solo porque luego fundamentara el Tribunal Constitucional Federal alemán, años después, a través de la fórmula de Radbruch, (Alexy, 2001, p. 75), que "lo extremadamente injusto no era Derecho", sino porque se trató de un juzgamiento en condiciones excepcionales, en consideración a circunstancias de origen igualmente excepcionales, lo que justificó las medidas extraordinarias que el caso requirió.

Para efectos de nuestro estudio, entonces, es posible distinguir una importante línea de diferenciación: podrá haber casos en los cuales la criminalidad debe, incluso a nivel de medidas extraordinarias, ser combatida, mas no debe perderse la perspectiva de que, en ese propósito, la mirada a los derechos fundamentales de los ciudadanos, es un justo exigible.

El juzgamiento en flagrancia, con el límite de 72 horas que se propone en el modelo peruano, escapa de un contexto de política en el sentido de que "se pueda aniquilar a quien no le es funcional al sistema, esto es, al enemigo". (Palacios, 2010, p, 21) Por el contrario, se trata de

apreciar la dimensión del ciudadano en sí mismo, tanto de quien es víctima, pues hay derecho a la tutela de bienes jurídicos afectados, así como de quien es procesado, quien no debe verse sujeto a juicios onerosos cuya duración es indeterminada y, por tanto, contraria, enfáticamente, al principio de presunción de inocencia.

No debería suceder, como se desprende de Kafka, en cuanto a que tener un proceso significa haberlo perdido ya (Monroy, 2021, párr. 1), sino que tener un proceso nos debe conducir a la exigencia de su esclarecimiento, sea para absolver o sea para condenar, pero debe afirmarse la autoridad en su rol de decisor equilibrado.

¿Es posible entender, en el juzgamiento por flagrancia, la existencia y legitimidad de un "Derecho Penal respetuoso de las garantías ciudadanas" como enuncia Grosso? (Palacios, 2010, p. 21) Creemos con firmeza que sí. La organización institucional de reunir en estamentos determinados a jueces, fiscales, policía y defensores públicos apunta a un juzgamiento célere, sin la expresión de, las más de las veces, innumerables moras procesales que, en rigor, resultan muchas veces más onerosas que el mismo crimen.

Baste echar una mirada al caso Suárez Rosero vs Ecuador, en el cual la Corte IDH[5] construye inicialmente el concepto de "plazo razonable", para entender el rotundo rechazo a la idea de que el tiempo de detención exceda a la pena misma, lo cual en sí mismo es un concepto incompatible con los derechos humanos. El juzgamiento en flagrancia va en dirección opuesta: el plazo de 72 horas que se propone es taxativo, pues no debe exceder el proceso especial inmediato de ese término; en caso contrario, ya no existe una condición de sanción de flagrancia exigible.

El juzgamiento en flagrancia, a partir de las ideas de Jakobs, que ahora aplicamos a la figura en estudio, desmonta tres condiciones del Derecho Penal del Enemigo: (Palacios, 2010, p. 22) en primer lugar, no se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, en tanto existe una visión prospectiva y no retrospectiva, es decir, se considera un punto de vista del hecho futuro; en segundo lugar, se evita penas desproporcionadamente altas, en la medida que la sanción tiene

[5] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)

lugar con un efecto de inmediación que permite una pronta valoración de los hechos de juzgamiento. Es cierto que aquí el riesgo es que puedan ocurrir disvalores pues la pena puede ser desmedida incluso en juzgamiento en flagrancia, pero hemos de confiar en que la inmediatez del juzgamiento habrá de permitir una adecuada y proporcional valoración del juzgador respecto a los hechos materia de persecución.

Por último y, en tercer lugar, no ha de ocurrir que determinadas garantías procesales sean relativizadas o incluso suprimidas. El juzgamiento en flagrancia supone precisamente lo contrario: un marco de pleno respeto a los derechos del procesado, quien acude al proceso como ciudadano y no como enemigo, dejándose de lado la "separación del hombre como simple vida muda, pura cosa viva sin derecho" (Palacios, 2010, p. 24). Aunado a ello:

> El correspondiente castigo no debe darse al precio del sacrificio de los derechos humanos fundamentales del presunto responsable, pues el costo de dicho castigo, como dice Kai Ambos (2008: 18), terminaría en la erosión de la legitimidad del derecho penal internacional y de los tribunales que lo aplican. (Palacios, 2010, p. 26).

La reflexión que antecede es clara: el sacrificio de los derechos humanos del responsable puede conducir, igualmente, a la responsabilidad del Estado ante órganos supranacionales. De ahí la exigencia de que el respeto por los derechos humanos sea una característica ineludible del Estado incluso Convencional de Derecho, figura que puede entenderse como un ordenamiento jurídico plenamente respetuoso de los derechos que tutela la Convención Americana de Derechos Humanos.

Vale acotar algunas líneas respecto a la lucha preventiva frente al crimen en relación al Derecho Penal del Enemigo:

> Hay una supuesta lucha preventiva, donde la pena no es una respuesta al pasado, al hecho cometido por el delincuente, sino un mecanismo de aseguramiento frente a hechos futuros, y el hecho tipificado no es el fundamento del castigo, sino la ocasión para neutralizar a un sujeto peligroso (Pastor, 2006: 523), al enemigo. (Palacios, 2010, p. 28)

El margen de razonamiento es claro: una política basada en una lucha preventiva sin asidero en los derechos humanos no es una manifestación del Derecho Penal del Ciudadano. Es solo una acción para enfrentar a sujetos peligrosos, pero ahí concluye la digresión estatal, pues la seguridad en sí misma es un sofisma.

En perspectiva, entonces, el juzgamiento en flagrancia pretende anclar sus fundamentos base en una visión más involucrada en el Derecho Penal del Ciudadano, en referencia a la tutela de los derechos fundamentales. Hemos venido utilizando, casi indistintamente, derechos fundamentales y derechos humanos como expresiones similares y, en propiedad, la diferencia es solo de grado, en cuanto los primeros tienen lugar al interior de los Estados, y los segundos, se entienden en un nivel de protección supranacional. Pero la diferencia no es excluyente y, por tanto, habrá protección de los derechos humanos incluso a nivel de los Estados.

Es importante aquí cerrar la idea con la mención de que el juzgamiento en flagrancia es una apuesta por los derechos fundamentales y, en ese orden de ideas, es deber de los Estados impulsar figuras cuya naturaleza implique la configuración de un Estado Constitucional, y no la de un Estado eminentemente represivo.

III. Las Unidades de Flagrancia en Perú: una apuesta progresiva.

Perú hace una apuesta de valor, en concordancia con las ideas que anteceden, al haberse dispuesto, mediante Decreto Supremo 005-2022-JUS, de fecha 20 de agosto de 2022, la implementación de las Unidades de Flagrancia, a efectos de impulsar juzgamientos céleres con relación a delitos cuya naturaleza permite la aplicación de los procesos penales especiales inmediatos.

El plazo que propone la norma para el juzgamiento integral del caso - 72 horas como máximo- es elemento troncal del sistema, en cuanto para que se entienda una decisión producto de este sistema, es ineludible respetar ese término.

Como proyecto piloto, en la región de La Libertad, en el distrito de El Porvenir, se ha implementado la primera Unidad de Flagrancia en el país, (Ministerio de Justicia y DD.HH., 2022, pp. 1 y sgtes.) respecto a la cual podemos señalar que el Protocolo implementado a partir de la norma respectiva, es una guía de acción que, en 60 pasos, describe orgánicamente las actuaciones que les competen a diversas instituciones del sistema de justicia en el juzgamiento por flagrancia, el cual se ciñe, como hemos acotado, a un término taxativo de actuación en un plazo de 72 horas.

El Protocolo en mención desarrolla el artículo 259 del Código Procesal Penal y, de esa forma, clasifica los tipos de flagrancia existentes: en primer lugar, distingue una *flagrancia clásica* o *strictu sensu*, (Ministerio de Justicia, 2022, p. 1) precisando que la misma tiene lugar en tanto el agente es sorprendido y detenido, no existiendo huida.

De igual forma, hay una *cuasi flagrancia* cuando el agente ha sido descubierto por un tercero, pero ha huido y la aprehensión se produce inmediatamente luego de su huida. Por último, en la *flagrancia presunta* no se sorprende al actor, pero existen indicios de su comisión. (Ministerio de Justicia, 2022, p. 2)

El instrumento acotado destaca que solo podrá procesarse por flagrancia aquellos delitos previstos como procesos inmediatos por la norma penal pertinente. Por lo tanto, no existe competencia funcional respecto de delitos más graves, entre ellos, los relativos al crimen organizado, así como de aquellos otros delitos de competencia de órganos jurisdiccionales subespecializados, ni aquellos de competencia de las fiscalías especializadas. A esta lista se suman los casos complejos. (Ministerio de Justicia, 2022, p. 3)

Constituyen lineamientos de los órganos del sistema la flexibilidad, la coordinación, la simplificación y la eficacia, siendo pertinente destacar que este modelo institucional de juzgamiento en flagrancia persigue una actuación célere para combatir cierto tipo de delitos.

En cuanto al procedimiento de actuación, una primera etapa es la intervención de la Policía Nacional en supuestos de flagrancia, a lo cual sigue en grupo de actos en la dependencia policial.

Un siguiente segmento de pasos tiene lugar respecto a la evaluación del proceso, así como la audiencia de incoación del proceso inmediato. Luego, tiene lugar la acusación y preparación para la audiencia de juicio inmediato, para luego pasar a la respectiva audiencia. Cada paso sobre estos segmentos aparece individualizado, de tal forma que existe un importante orden a destacar en este Protocolo. (Ministerio de Justicia, 2022, pp. 7-20)

Son etapas finales la transformación o adecuación del proceso inmediato al proceso común, así como el trámite recursal en segunda instancia. (Ministerio de Justicia, 2022., pp. 21-22)

En conjunto, la propuesta peruana engarza un pulcro orden de actuación de los diversos estamentos del sistema de justicia, en el propósito de alcanzar una real sanción de las conductas delictuosas materia de persecución.

Es verdad, de otro lado, que esta institución en sí misma viene siendo sometida a prueba. La implementación de otras Unidades de Flagrancia tendrá lugar progresivamente y es de asegurarse, previsiblemente, un éxito de este modelo de actuación de la justicia. Naturalmente, han de ser los resultados de estos juzgamientos especiales, los que en propiedad habrán de validar la propuesta, pero es posible adelantar que, como política pública, la Unidad de Flagrancia representa un medio de conjunción idóneo respecto de los roles de la justicia penal, la cual ni debe ser draconiana ni excesivamente rigurosa, así como tampoco debe ser excesivamente permisiva.

De seguro habrá que trabajar, creemos que mucho, en políticas públicas que incidan en la formación en derechos humanos a nivel de las instituciones del Estado, en especial de la Policía Nacional, a fin de evitar el exceso en sus actuaciones en la lucha contra la delincuencia, no solo porque ello afecta el derecho a la dignidad de la persona sino porque, en casos graves, tales situaciones pueden generar responsabilidad para el Estado mismo.

Hemos pasado revista muy breve a algunas decisiones de la Corte IDH sobre este tipo de situaciones y el balance no es favorable para Perú, pues es de notarse que precisamente por actuaciones de agentes estatales, en muchos casos con franco desconocimiento de los derechos

humanos, Perú lidera el rubro del mayor número de fallos en contra por parte de la Corte, con un total de 52 sentencias a diciembre de 2021 (Corte IDH, 2021, p. 60). Le sigue Guatemala con 37 fallos, Argentina con 31 sentencias en contra, Colombia con 26, y Venezuela con 24.

La conclusión es clara, a juicio nuestro, en la medida que necesita reforzarse la dirección de los agentes estatales en la lucha contra la delincuencia, la cual debe ser firme, rigurosa y exigente, pero dentro de un marco de observancia de los derechos humanos. Esto último no implica el descenso de estándares en el nivel de la lucha contra el crimen, pero sí deviene exigible adecuar las actuaciones del Estado, aún más en el caso de la detención en flagrancia, a efectos de evitar situaciones de responsabilidad estatal.

En ese marco de propósitos, las Unidades de Flagrancia han de cumplir un rol de permanente verificación de respeto por los derechos humanos en sus actuaciones. Más aún la implementación de estas Unidades nos permite un engarce de valor con los dos temas antes tratados y de modo estrecho.

Con los derechos humanos, en cuanto existe un deber especial de protección de los derechos de la persona por parte del Estado. Es común inferir, quizá, que la sociedad civil demande acción del Estado frente al crimen y ello es de suyo comprensible, mas esa lucha, necesariamente, debe tener lugar dentro de los lineamientos de derechos tutelados, de un lado, por la Convención Americana de Derechos Humanos y, de otro lado, desde la frondosa jurisprudencia de la Corte IDH, la cual va consolidando en favor de las víctimas de actos de agresión u omisión que significan responsabilidad internacional de los Estados.

A este efecto último le denominamos *convencionalización del Derecho*, en cuanto los ordenamientos internos tienen el deber de ajustarse a los estándares de decisiones de la Corte IDH en la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados ya no son autarquías ni ordenamientos cerrados, sino se sujetan a los deberes que impone la Carta de San José, como también se le denomina a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Constituirían excepción a lo que afirmamos, sin embargo, que o bien un Estado no esté sujeto a la Convención, como sucede, por ejemplo, con los Estados Unidos de Norteamérica, o bien que el país se hubiere apartado de la Carta, como sucede por actos de denuncia de la Convención Americana por parte de Trinidad y Tobago (1998), y Venezuela (2012).

Y aún en estos últimos casos, es deber de los Estados respetar la Declaración Americana de Derechos Humanos, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales siendo instrumentos de *soft law*, esto es, de un derecho exhortativo, instan a los Estados a ser respetuosos de los derechos de todas las personas, imputados y víctimas, con ocasión de un proceso penal.

En esa misma línea de reflexión, la diferencia es relevante con elementos de *hard law*, como sucede con las Convenciones, pues estas obligan a los Estados y el no respeto de los derechos humanos acarrea consecuencias jurídicas determinadas.

Desde otro ángulo de enfoque, las Unidades de Flagrancia en Perú ayudan a un segundo propósito de valor, cual es imbuirnos en la idea de repensar el Derecho Penal del Ciudadano, cuya visión central, desde nuestro punto de vista, es un rescate de valor de los derechos fundamentales.

El juzgamiento en flagrancia, como venimos sosteniendo, representa una propuesta de punto de equilibrio entre el Derecho Penal del Enemigo, entendido este concepto como represión, y el Derecho Penal del Ciudadano, asumido como un acercamiento a repensar los derechos fundamentales, más en clave general, esto es no solo respecto de los imputados, sino también respecto de los derechos de las víctimas.

Ese reenfoque, si pretendemos denominarlo de esa forma, apunta, entre otros objetivos, a consolidar vía políticas públicas fines instrumentales definidos, es decir, herramientas orientadas a la necesidad de diseñar modelos que persigan ser plenamente respetuosos de los derechos fundamentales.

Desde esa idea, la misión de un Estado no podría implicar insistir porque un solo lado de la balanza se incline, sino ha de buscar que el otro lado de la balanza tenga un contrapeso definido y, en ese propósito, el juzgamiento célere en flagrancia, como propone Perú, es una medida que merece ser impulsada.

Conclusiones

Es razonable concluir este estudio con una nota de expectativa respecto al juzgamiento en flagrancia, cuya expresión sustantiva es la Unidad de Flagrancia que el sistema peruano ha construido, ya no en modelo piloto, sino a través de la implementación progresiva de este modelo de justicia penal.

Es importante, de igual forma, destacar que la flagrancia en sí misma es una institución que necesita ser concordada con las líneas de interpretación de la Corte IDH. Los casos López Álvarez vs Honduras, Gutiérrez Soler vs Colombia y García Asto vs Perú, ya constituyen directrices de interpretación de los derechos humanos para asumirse que, si bien la regulación de la figura queda a potestad de cada país para ordenar su aplicación en su propio ordenamiento interno, sí resulta importante destacar la exigencia de un conjunto de baremos mínimos de tutela, protección y salvaguarda de los derechos humanos.

De esa forma, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre libertad personal, así como el artículo 8 de la misma Carta, respecto a las garantías judiciales, constituyen estándares mínimos que deben tener en cuenta los Estados para la persecución del delito, lo cual es una actitud permitida en sentido institucional, pero con exigencias determinadas ya desde la Convención misma, así como por la importante jurisprudencia que la Corte IDH ha venido construyendo sobre la materia.

Es un carácter particular de las actuaciones de los Estados en temas de flagrancia, y así lo hemos visto en los casos acotados, que los roles de los agentes estatales resultan ser muy defectuosos, pues se suele invocar flagrancia para pretender validar el despliegue de conductas que, tras el

análisis de la Corte, resultan ser endebles justificaciones de actuación y, por el contrario, expresan suma arbitrariedad contra los derechos humanos.

Parte relevante de este estudio se ha ceñido a que el juzgamiento en flagrancia representa un punto de equilibrio entre el Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal del Ciudadano, a partir de la clásica distinción de Gunther Jakobs a propósito de esta materia. Si por la primera figura entendemos un afán persecutorio desmedido del crimen por parte del Estado, y respecto de la segunda idea pretendemos construir un Derecho Penal con derechos fundamentales como idea sustantiva, nos daremos cuenta de que un juzgamiento en flagrancia representa un baremo de coincidencia equilibrada entre ambas tendencias.

La justificación de la idea esbozada *supra* es puntual: el juzgamiento en flagrancia no es una expresión arbitraria de persecución del Estado. No se trata de combatir implacablemente al delincuente, entendiéndolo como un enemigo acérrimo de la sociedad. Tampoco implica una sujeción pasiva de la sociedad frente a la delincuencia.

Se trata, simplemente, de poner las cosas en su lugar y de encontrar un punto de coincidencia entre la exigible actuación que pedimos al Estado para la protección de diversos bienes jurídicos que está obligado a tutelar, frente a determinados delitos que afectan derechos de las víctimas, y, de otro lado, advertimos que se sigue un proceso respetuoso de los derechos humanos, en tanto no se somete al procesado a la tortuosa sinuosidad de un juicio que a veces parece no tener fin.

En consideración a las ideas expuestas, el intento de Perú por implementar las Unidades de Flagrancia puede muy bien equipararse a la anécdota de Antígona, en la famosa tragedia de Sófocles. Un deber imperativo de orden moral le ordenaba a ella enterrar a su hermano Polinices, incluso contrariando las órdenes del tirano Creonte de no enterrar al fallecido, en represalia por procurar este, fallidamente, tomar la ciudad de Tebas. Antígona sabía lo que debía hacer, en cumplimiento de sus convicciones, aún a costa de su propia vida.

El caso que nos ocupa es similar: el Estado sabe que debe cumplir con perseguir el crimen en tutela de otros bienes jurídicos preciados, sabe que no se puede exceder, sabe que no debe actuar

con inacabable lenidad. Una medida de equilibrio como el juzgamiento en flagrancia, con respeto de los derechos humanos y. al mismo tiempo, con rigurosidad en su actuación, nos conduce a concluir y repensar que el Derecho Penal del Ciudadano, como plantea Jakobs, es una verdadera apuesta por el respeto de la dignidad tanto de la persona como de las instituciones del Estado.

Publicado en la Revista Oficial del Poder Judicial,
Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
Vol. 14, no. 18, julio-diciembre, 2022, 27-53

BIBLIOGRAFIA

Alexy. R (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. En *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.*
https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Informe anual 2021.*
https://corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_04.pdf

Espinoza, J. (2016). La flagrancia y el proceso inmediato. En*LEX N° 18*. AÑO XIV. Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas.
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaFlagranciaYElProcesoInmediato-5755414.pdf

Hernández, J. (2013). *Aprehensión, detención y flagrancia*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fundación Konrad Adenauer.
https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/22.pdf

Hoyos, M. (2001). Análisis comparado de la situación de flagrancia. En *Revista de Derecho*. Portal de Revistas Académicas de la Universidad Austral de Chile. Vol. XII.
http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art09.pdf

Jakobs, G. y Canció M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Thomson Civitas. Cuadernos Civitas.
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Gunther-Jakobs-Derecho-penal-del-enemigo-Legis.pe_.pdf

Laitman, R (2018). Fourth Amendment Flagrancy: What It Is, and What It Is Not. En *Fordham Urb. Law Journal.* Vol. 45. Number 3. The realities of renting.
https://core.ac.uk/download/pdf/216957607.pdf

Ministerio de Justicia y DD.HH. (2022).*PROTOCOLO DE ACTUACIÓN INTERINSTITUCIONAL DE LA UNIDAD DE FLAGRANCIA.* Aprobado por Decreto Supremo N° 005-2022-JUS.
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3529123/Protocolo%20de%20actuaci%C3%B3n%20interinstitucional%20de%20la%20unidad%20de%20flagrancia%20%28con%20firmas%29.pdf.pdf?v=1661192218

Monroy, J (2021). *Comentarios exegéticos al "nuevo" Código Procesal Constitucional.*
https://palestraextramuros.blogspot.com/2021/10/comentarios-exegeticos-al-nuevo-codigo.html

Moreno. J. (2016). Flagrant Police Abuse: Why Black Lives (Also) Matter to the Fourth Amendment. In *Florida International University College of Law eCollections*.
https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=faculty_publications

Palacios, Y. (2010). Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional. En *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.* Vol. 21 (2): 19, julio- diciembre 2010.
https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27290.pdf

UNA APOLOGÍA AL DERECHO

Manuel Atienza Rodríguez

Corre el año 2048. La escena tiene lugar en una sala de juntas de una universidad del sudeste español: la primera, en el siglo XXI, en contar en su claustro con un premio Nobel; más de cien años después del concedido al gran Ramón y Cajal. Hace poco (pocos años; quizás sólo meses) que Europa ha salido de la grave crisis institucional, social, cultural y de todo tipo por la que había atravesado en las últimas décadas. El "milagro" (si así se puede llamar) se ha producido por la conjunción de una serie de factores, en parte azarosos: algunos cambios providenciales en los gobiernos de los países mundialmente hegemónicos, cierta mejora en la situación económica, varios descubrimientos científicos y tecnológicos de gran impacto en los sectores del transporte, de la energía, del medio ambiente y de la salud y, sobre todo, la puesta en práctica de algunas medidas de política social, como una ayuda efectiva por parte de la Unión Europea al desarrollo de los países africanos y la instauración de una renta básica europea (aplicable a todos los mayores de 18 años), que han contribuido decisivamente a combatir la tendencia a la tribalización, al nacionalismo, al populismo y a la xenofobia que han asolado el continente en las primeras décadas del siglo XXI.

En ese contexto de cierto optimismo social se ha planteado también la necesidad de reformar las universidades. Por fortuna, no parece tratarse de una reforma más: las autoridades europeas no la han presentado en este caso como "un paso adelante en la política de…", sino más bien como "el reconocimiento de un fracaso y la necesidad de rectificar el rumbo"; y la ministra española del ramo ha terminado su discurso parlamentario de defensa del proyecto de ley de reforma (que en buena medida sigue las directrices europeas) con estas palabras: "La universidad española tiene que recuperar el sentido común"; "necesitamos cambiar en profundidad la institución". La ley en cuestión (aprobada hace ya algunos meses) ha introducido cambios muy significativos en el gobierno de las universidades y también en la elaboración de los planes de estudio. En relación con esto último, se ha procedido a una reducción drástica en el número de las titulaciones que pueden ofrecer las universidades y se han establecido

directrices claras en cuanto a las materias básicas de cada una de ellas. Además, se han previsto cursos (dos cuatrimestres) que deben ser comunes, el primero, para todas las titulaciones sin excepción, y el segundo, para las que forman parte de un mismo grupo disciplinar: humanidades, ciencias sociales, ingenierías, etcétera. Falta todavía por decidir cuáles han de ser esas materias comunes y, para tratar sobre el tema, a fin de preparar un informe para el Ministerio, el rector ha convocado a varios profesores seniors de cada una de las Facultades de la Universidad. No es esta, por cierto, la primera reunión que han tenido.

-Rector X: "Tiene la palabra la profesora Y, de la Facultad Derecho, que me ha dicho que quiere contestar a las diversas dudas que le habíamos planteado en la sesión anterior sobre la conveniencia, la justificación, de que Derecho sea una de esas materias comunes. Cuando quieras."

-Profesora Y: "Muchas gracias. Me propongo hacer toda una apología del Derecho, como le he comentado antes al rector, pero quiero decir también algo, previamente, sobre lo que ha sido la vida universitaria en España, en particular en este centro, durante las últimas décadas; tiene que ver, como se verá, con mi apología del Derecho.

Ya sé que todos los que estamos aquí somos críticos, en mayor o menor medida, con respecto a la situación a la que se había llegado y, por tanto, partidarios de una reforma en profundidad de la institución. La sensación de que las cosas han ido mal es inevitable, pero no quiero caer en el catastrofismo, porque tampoco creo que se pueda hablar exactamente de una catástrofe, como algunos han hecho. Muchas cosas, en efecto, se han hecho muy mal, cualquiera de nosotros podría mencionar un buen número de auténticos disparates relacionados con la organización de la docencia, la promoción del profesorado, el gobierno de la institución… pero, con todo, en la universidad ha seguido habiendo vida, vida intelectual, y hay que reconocer que ni siquiera la desaparecida ANECA, con su sistema de acreditaciones, impidió que accedieran a la titularidad y a la cátedra un buen número de profesores excelentes; que ha seguido habiendo investigación y que esta incluso ha aumentado, sobre todo –eso sí- en el campo de la ciencia y la tecnología más vinculadas con los intereses de los poderes económicos; y que incluso hemos sido capaces de formar a muchos profesionales que desempeñan un papel destacado en la sociedad y que han contribuido, en

definitiva, a que hayamos superado una situación de crisis que parecía endémica.

Si me permitís una referencia personal. Mi padre (que como algunos sabéis fue profesor de esta universidad) era uno de esos intelectuales de izquierdas que parecía obsesionado por subrayar a cada momento lo mal que iba todo, empezando por la universidad. Cada año, los estudiantes a los que daba clase le parecían peores que los del año anterior. "Las dobles titulaciones de ahora –decía- equivalen aproximadamente a media licenciatura de antes". Sobre la "nueva pedagogía", que tanto impacto tuvo en los estudios universitarios en los comienzos de este siglo (y antes, en los de enseñanza media), solía repetir una frase de un amigo y colega que sintetizaba, según él -o ellos-, lo que proponían aquellos pedagogos: "no hay que enseñar nada, pero hay que enseñarlo bien"[1]. Y se jactaba de que él se esforzaba por no conocer la normativa universitaria, para poder incumplirla con más comodidad. Bueno, no digo que no tuviera algo de razón, pero recuerdo que ese discurso pesimista tendía más bien a sacarme de quicio, y no creo tampoco que contribuyera mucho a mejorar las cosas. En realidad, lo que él hizo, como algunos otros profesores de la época, fue simplemente desentenderse de la institución (no participar activamente en los órganos universitarios), dedicarse a lo que le gustaba (le gustaba estudiar, dar clase y discutir) y darnos la lata de vez en cuando a los que estábamos cerca: lo justificaba diciendo que formaba parte de su profesión (él era filósofo del Derecho) como ya lo había dicho –y hecho- Sócrates en la Atenas de su tiempo: el filósofo era como un tábano que con su aguijón despertaba a los ciudadanos y los alejaba de la tendencia a la molicie. Pero, en fin, ese no es exactamente el camino que yo quiero seguir aquí: hay una vía media entre desentenderse de las cosas y criticarlas acerbamente.

Si me parece que debemos ser muy conscientes de todo lo que se ha hecho mal (e insisto, ha sido mucho), es porque eso puede ayudarnos a evitar errores futuros, a mejorar. Resulta además sorprendente comprobar que el diagnóstico de los males de la universidad no era difícil de hacer y, de hecho, pueden encontrarse no pocos documentos de la época que así lo atestiguan. En general, los críticos en los que estoy pensando señalaron que el sistema de gobierno de la universidad era equivocado, entre otras cosas, porque no

[1] Se trata de Juan Antonio García Amado (en "Bolonia y la enseñanza del Derecho", *El Cronista del Estado* Social *y Democrático de Derecho,* nº 5, 2009).

alentaba a que quienes asumieran las mayores responsabilidades fueran los mejores; que las comunidades autónomas habían "capturado" a la universidad y producido una irrazonable proliferación de universidades; que la 'autonomía universitaria' jugaba un papel sumamente negativo, al igual que el fenómeno de la sindicalización y la (creciente y asfixiante) burocratización; que la 'democracia' universitaria se había convertido en una forma de corporativismo, en la que los miembros de la organización perseguían sus intereses particulares y no los generales de la sociedad; que el nivel de formación de los estudiantes era deficiente y tampoco era muy satisfactorio el de los profesores, ocupados más que en cuestiones sustantivas, en salvar absurdas exigencias burocráticas, sin que existiera nada parecido a una verdadera comunidad de alumnos y profesores; que el sistema de selección y promoción del profesorado era profundamente insatisfactorio y seguramente único en el mundo: a partir de un cierto momento desaparecieron prácticamente las pruebas públicas, la endogamia alcanzó extremos grotescos y los criterios sustantivos fueron sustituidos por exigencias burocráticas que encubrían en realidad la mayor de las arbitrariedades; etcétera, etcétera.

Bueno, seguramente también aquí haya alguna exageración pero, si queremos ser honestos, debemos empezar por reconocer que los universitarios españoles han sido, por lo general, muy poco críticos con la situación (quizás a más de uno le sorprenda que, además, las críticas no hayan venido de los más jóvenes, sino más bien de los profesores con más experiencia); que los cultivadores de las llamadas "ciencias duras" se han limitado casi siempre a reclamar más recursos, más dinero, como si ese fuera el único problema que aquejaba a la universidad; y que han sido más bien los profesores de humanidades, de los saberes "más blandos", y, en lo que aquí me interesa, los juristas, los más capaces de ver, si no el naufragio, al menos la seria vía de agua que se iba abriendo en la institución.

De nuevo, no quiero incurrir en excesos y me doy perfecta cuenta de que lo anterior no puede referirse a los juristas sin más. La mayor parte de los profesores de Derecho se dejaron llevar por la tendencia general a la aceptación acrítica de lo que se iba imponiendo. Y no se puede olvidar el papel nefasto que jugaron no pocos decanos en la implantación de planes de estudio que con mucha frecuencia fueron el resultado del mercadeo de intereses gremiales. Pero, con todo, creo que hubo más juristas que científicos en el sentido más estricto de la expresión entre los (pocos) que se dieron cuenta de que el llamado proceso de Bolonia significaba fundamentalmente rendirse al neoliberalismo entonces tan pujante y pasar a considerar a la universidad como una pieza más en el tejido empresarial. Ese proyecto, por lo demás, fracasó, puesto que no era viable (por razones muy evidentes: la lógica empresarial no puede ser la de una institución como la universidad), pero tuvo, entre otros efectos muy negativos, el de relegar a las materias llamadas formativas que, obviamente, no podían encontrar mucho acomodo en ese esquema. Un jurista de entonces[2], en un tono de suave ironía, reivindicó los "saberes inútiles" (la historia, las filologías, la crítica literaria, la filosofía, la musicología…) que, como ahora estamos empezando a ver, pueden convertirse en los más útiles de los saberes, una vez que la inteligencia artificial y la robótica están aumentando el tiempo que podemos dedicar a tareas no productivas económicamente hablando. Y fueron también, sobre todo, los juristas quienes denunciaron el papel tan negativo de la, aclamada por tantos, autonomía universitaria. Uno de ellos la tachó de mito, de engaño[3], pues en la medida en que no se entendió simplemente como un aspecto de la libertad de expresión (la libertad de cátedra), sino que se pensó que la autonomía se refería a la organización de la institución, y dado que esto tenía muy poco sentido, en lo que derivó semejante "derecho fundamental" fue más bien en corporativismo, en endogamia y en burocratización. ¿Pues cómo va a ser autónoma una institución pública cuyas fuentes de financiación vienen –y deben venir necesariamente de fuera, o sea, de los poderes públicos, precisamente porque cumple funciones que involucran a la sociedad en su conjunto, y no solo a los de "dentro"? ¿Y qué autonomía era esa que –por poner un ejemplo que nos tocó de cerca- no podía impedir que el poder político (bien es cierto que actuando ilegítimamente, aunque el Tribunal

[2] La referencia es a Francisco Tomás y Valiente: *Discurso de recepción como doctor honoris causa por la Universidad de Salamanca,* 1995.

[3] Francisco Sosa Wagner, *El mito de la autonomía universitaria,* Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Constitucional validara ese proceder) le amputara al organismo uno de sus miembros –una de sus Facultades- en contra, no hace falta decirlo, de su voluntad? Hubo también, al comienzo de la implantación del Plan Bolonia, un movimiento apoyado por muchos profesores de Derecho (de muy diverso signo político) para evitar que los estudios jurídicos entraran a formar parte de lo que, luego se vio, era poco más que un programa publicitario, pero que tanto contribuyó a deteriorar la institución. Y, en fin, por poner un último ejemplo (si se quiere, por recordar una anécdota), hace también mucho tiempo, nada menos que 30 años (me estoy refiriendo, pues, al año 2018), esta universidad aprobó un plan docente preñado de insensateces pero al que, por increíble que parezca, sólo se opuso la Facultad de Derecho.

Todo esto lo traigo aquí a cuento para que se vea que la cultura jurídica no fomenta –como a veces se supone- un espíritu acrítico o, al menos, no más que la cultura científica. ¿Quizás incluso haya que decir que los juristas, con cierta frecuencia, muestran tener más capacidad que los científicos para entender aspectos relevantes del mundo social, que es, al fin y al cabo, en el que todos estamos instalados, la ciencia incluida? ¿Pero cómo es eso posible? ¿Se equivocaba tanto Saint-Simon cuando planteaba, a comienzos del siglo XIX y de la primera revolución industrial, su famosa parábola? Supongamos –decía- que Francia perdiera de manera imprevista a una parte considerable de quienes trabajan en la ciencia y en la industria; si ocurriera esa desgracia –seguía-, el país se convertiría en un cuerpo sin alma y perdería su lugar de preeminencia entre las naciones. Pero, sin embargo, si ese infortunio les acaeciera a los juristas (o también a los políticos o a los hombres de Iglesia) –así continuaba la parábola-, sin duda el país sufriría un duro golpe desde el punto de vista emocional, pero su prosperidad no correría ningún peligro.

Esa idea de la no necesidad del Derecho (o de la fácil sustitución de quienes se ocupan de las funciones que hoy consideramos jurídicas: jueces, abogados, legisladores…) tiene un largo recorrido histórico y –por qué no decirlo- creo que constituía el trasfondo de algunas de las críticas vertidas en la anterior reunión que hemos tenido. Empezaré (o continuaré) entonces por ahí en mi apología del Derecho, o sea, en la defensa de que “Derecho” o, quizás mejor, “Cultura jurídica”, sea una de las materias cuatrimestrales que debieran cursar todos los estudiantes universitarios.

La pretensión de construir un orden social que no necesite recurrir al Derecho ha sido un rasgo común a casi todos los diseños de utopías que ha habido en este mundo; y, comprensiblemente, en el otro mundo (en las visiones religiosas del hombre), el Derecho tampoco parece tener mucho que hacer: la "comunión de los santos" no necesita para nada de autoridades ni de medios coactivos; la gracia de Dios ha de ser suficiente. Por poner un par de ejemplos de utopías políticas de los últimos tiempos: en los modelos de sociedad anarquista y comunista se prescindía tanto del Derecho como del Estado; la existencia misma de esas instituciones era considerada por los seguidores de esos movimientos como incompatible con la verdadera libertad y la verdadera justicia. Y de ahí que en el Manifiesto del Partido Comunista (un texto, un panfleto político, que tuvo una extraordinaria influencia y de cuya publicación se cumple ahora, en el 2048, el 200 aniversario), Marx y Engels vislumbraran un tipo de asociación en la que habría desaparecido la necesidad de recurrir a la coacción y en la que "el libre desenvolvimiento de cada uno –escribían- será la condición del libre desenvolvimiento de todos"; Engels fue todavía más allá al suponer que, en el curso del desarrollo histórico, el Estado (y el Derecho) quedarían relegados al museo de antigüedad, junto a la rueda y el hacha de bronce.

Por lo demás, es un hecho bien establecido por la antropología social que, en contra de lo que suponen muchos juristas que siguen repitiendo el viejo adagio: "ubi societas ibi ius" (donde hay sociedad hay también Derecho), el Derecho no ha existido siempre, o sea, ha habido sociedades que se las han apañado sin él: para hacer posible el control social ha sido suficiente con recurrir a una normatividad que no tendría sentido denominar jurídica, sino más bien moral. Pero sabemos también que todas las sociedades que han alcanzado un cierto grado de complejidad social (de conflictividad social) han contado con algún tipo de sistema jurídico, es decir, han tenido que establecer autoridades y que dotarlas de medios coercitivos para hacer cumplir las normas. (Lo que sí parece incontestable es que sin algún tipo de normatividad no podría existir una sociedad.) El que esto sea así se debe a ciertos rasgos de la naturaleza humana y de la naturaleza de las cosas. De manera que, siguiendo a un famoso iusfilósofo del siglo XX[4], podemos decir que dada la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados y la comprensión y fuerza de voluntad también limitadas de los hombres, una

[4] Herbert L. A. Hart, *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

sociedad necesita, para poder perdurar, contar con cierto tipo de normas (que ponen límites a la violencia, que instauran algún sistema de propiedad, que fijan sanciones, que establecen autoridades…) a las que solemos llamar jurídicas. Dicho de otra manera, las fuentes del conflicto social no radican únicamente en déficits en el proceso de educación y de socialización del individuo (como pensaron muchos anarquistas), ni tampoco en la división de la sociedad en clases (según el marxismo clásico). Llevamos ya suficiente tiempo viviendo en las sociedades postindustriales como para poder comprobar que la parábola de Saint-Simon se basaba en una percepción errónea de cómo eran las cosas y cómo serían en el futuro, puesto que nuestras sociedades están cada vez más juridizadas y las profesiones jurídicas están muy lejos de haber desaparecido: seguimos necesitando –cada vez más- de abogados, jueces, legisladores…

No quiero eludir tampoco la posibilidad a la que alguien se refirió en una de nuestras reuniones anteriores. Me doy cuenta de que el desarrollo científico y tecnológico podría hacer, en efecto, que dejáramos atrás al homo sapiens y diseñáramos una nueva especie de seres a los que ya no les fuera aplicable todo lo anterior, puesto que habrían dejado de ser (al menos algunos de ellos) humanos en el sentido estricto de la expresión.

De posthumanismo o transhumanismo se viene hablando desde hace aproximadamente medio siglo y estoy de acuerdo en que la sociedad completamente posthumana probablemente no necesitaría ya del Derecho: el control social habría pasado a ser competencia de la ingeniería genética, de la neurociencia, de la inteligencia artificial… que, sin duda, proveen mecanismos mucho más eficientes que los del Derecho, pero también mucho más temibles, al menos mientras sigamos considerando como nuestros valores los generados en la época del Humanismo y de la Ilustración. De manera que una sociedad sin Derecho ahora sí que es posible, pero seguramente tendría los rasgos que solemos atribuir a las distopías; el riesgo de que dejemos de ser aproximadamente iguales, de que algunos puedan volverse prácticamente invulnerables, de que se pueda condicionar la conducta de manera que no quepa ya infringir las normas, etcétera, es, sin duda, un riesgo superior al de vivir en sociedades organizadas jurídicamente.

(La profesora Y hace una pausa para beber un poco de agua).

Supongo que muchos estaréis pensando que, efectivamente, no se puede, o no es conveniente, prescindir del Derecho, y que todo lo anterior me lo podía también haber ahorrado por superfluo. Pero yo creo que tiene su importancia recordarlo, para así poder hacer frente mejor a las dos objeciones que, de hecho, me habíais planteado en la anterior sesión. No las reproduzco literalmente, pero su sentido podría expresarse así: La primera vendría a decir que el Derecho deberíamos considerarlo todo lo más como un mal necesario, como algo de valor puramente instrumental; si se quiere, como un medio con el que (a veces) pueden obtenerse fines valiosos. Y la segunda (conectada con la anterior), es la idea de que ese conjunto de instrumentos en que consistiría el Derecho no juega en realidad un papel de gran relevancia en el todo social. Pues bien, si las cosas fueran así, entonces efectivamente no estaría justificado que todos los estudiantes universitarios tuvieran que cursar una materia de cultura jurídica. Pero es que distan mucho de ser así.

Desde luego, es muy razonable pensar que debamos considerar como un mal el recurso a la fuerza física para ordenar la sociedad, al igual que también sería un mal poner límites a la libertad de acción de los individuos (una consecuencia, esta última, inevitable de tener normas). Pero ocurre que, por un lado, no parece absurdo sostener que la coacción no es realmente un rasgo lógicamente necesario de un sistema jurídico, sino más bien una "necesidad práctica", algo que acompaña a la vida del Derecho, pero que no formaría parte de su "esencia"; y, en todo caso, la coerción no es el único rasgo que caracteriza al Derecho. Y, por otro lado –esto me parece que es lo más importante-, el Derecho es fundamentalmente un sistema de fines, para cuyo logro requiere el empleo de ciertos medios, uno de los cuales son las normas coactivas. Esos fines del Derecho han ido variando en el curso de la historia pero, en el marco del Estado constitucional, se identifican con los grandes valores del Humanismo y de la Ilustración: la igualdad, la libertad y la dignidad. Desde luego, nuestros Derechos no nos proveen de esos bienes más que en una medida limitada y, en ocasiones (o para algunos), casi en ninguna medida: el Derecho simplemente no es la justicia. Pero lo que quiero subrayar aquí es que esos valores no tendrían ninguna oportunidad de verse realizados (ni siquiera en esa forma tan insuficiente) sin la existencia del Derecho. Y si esto es así, entonces no tiene mucho sentido contraponer, como suele hacerse, el Derecho a la moral y a la política. O sea, pensar que la moral es el reino de la autonomía, de la libertad, frente a la heteronomía que caracterizaría al Derecho; o que las soluciones políticas son las que se alcanzan a través del

diálogo y de la negociación, mientras que las jurídicas serían las que se imponen mediante la fuerza. En realidad, los tres componentes fundamentales de la razón práctica (el Derecho, la moral y la política) forman una unidad compleja, son interdependientes: lo que fundamenta el Derecho, en último término, no puede ser más que la moral, y sin el poder político (estatal o no) el Derecho no podría existir; pero, al mismo tiempo, el Derecho es también lo que hace posible la moral (que podamos actuar como seres autónomos en un mundo tan complejo como el nuestro), y una función esencial del Derecho es la de regular, poner límites, civilizar el poder.

De manera que el Derecho, al menos en una buena medida, no es un mal necesario, sino un bien. Al igual que es un bien la medicina aunque para alcanzar sus fines (curar) muchas veces tenga que recurrir a procedimientos dolorosos y que pueden llegar a consistir en destruir tejidos, en amputar; y otras veces, simplemente, no logre hacerlo (no consiga curar).

Pero además, la importancia del Derecho en el todo social es considerablemente mayor de lo que suele pensarse. Muchos científicos sociales (y, en particular, los que tienen una orientación política progresista) parecen haber heredado del marxismo una visión muy esquemática de la realidad social, de acuerdo con la cual el Derecho (al igual que el poder político y las ideologías) está condicionado fuertemente (antes se decía, "determinado") por la estructura económica de la sociedad. El Derecho sería una sobreestructura sin autonomía propia, y de ahí las frecuentes exhortaciones a que el Derecho sea capaz de adaptarse al cambio social, puesto que -se supone- él no tendría la capacidad de generar esos cambios. Pensar de esa manera, sin embargo, supone olvidarse de algunos datos no precisamente irrelevantes y que muestran que en las grandes transformaciones que (para bien o para mal) se han producido en los últimos tiempos, el papel del Derecho ha sido esencial: no habríamos tenido capitalismo (o no como lo hemos conocido) sin sistemas jurídicos que aseguraran un grado elevado de previsibilidad, de seguridad jurídica (que, por cierto, supone seguridad en los negocios, pero no sólo); sin las declaraciones de derechos de la época moderna no podríamos entender mucho de lo que ha sido la historia de Occidente en los últimos siglos; y tampoco podríamos explicarnos el fenómeno de la globalización si pensáramos que el Derecho se ha limitado a acusar los efectos de ese fenómeno y que no ha actuado también como una causa del mismo. En definitiva, también aquí habría que decir que

el todo social tiene múltiples dimensiones que interactúan entre sí de manera muy compleja, y que una de esas dimensiones –particularmente relevante- es la jurídica.

Y con ello voy a pasar ya a precisar algo en qué debería consistir, en mi opinión, esa materia a la que propongo denominar "Cultura jurídica". Lo hago como un homenaje a una de las grandes figuras del pensamiento español de todos los tiempos: José Ortega y Gasset. Hace ya más de un siglo que escribió un breve ensayo que tituló "Misión de la Universidad" y que resulta de una actualidad verdaderamente asombrosa. Si se dejan fuera algunas exageraciones fácilmente salvables, yo creo que en el texto de Ortega se pueden encontrar algunas de las claves para una reforma con sentido de la universidad. Y, por cierto, como ocurre con otras muchas de sus obras, el origen de ese ensayo está en una conferencia publicada luego en un periódico, lo que le lleva a una a hacerse esta inquietante pregunta: ¿Habría acreditado una institución como la ANECA a Ortega y Gasset como catedrático de universidad?

Pues bien, la idea central del filósofo es que la universidad debe cumplir tres funciones: transmisión de la cultura, enseñanza de las profesiones (intelectuales), e investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia. La primera es, para él, la misión principal, y de ahí su propuesta de creación de una "Facultad" de Cultura que tendría que constituir el núcleo de la universidad. Como digo, puede verse en esto cierta exageración; seguramente sería más razonable considerar que las tres funciones están en un mismo plano de importancia; al igual que hay también exageración al considerar que solo los estudiantes, y no también la ciencia o los profesores, deberían ser el centro de la institución. Pero la idea orteguiana de que la universidad debería ofrecer a los estudiantes síntesis y sistematizaciones del saber a cargo de esa Facultad de Cultura (o de algún organismo universitario que cubriera esa función) tiene, en mi opinión, pleno sentido.

Conviene aclarar que por "cultura" Ortega (que estaba plenamente al día del desarrollo de la ciencia) no entiende la cultura de letras; la distinción entre cultura de letras y cultura de ciencias es completamente ajena al modo de pensar orteguiano. "En nuestra época –escribía- el contenido de la cultura

viene en su mayor parte de la ciencia" (p. 106)[5]. Pero a continuación añadía que "la cultura no es la ciencia" (p. 102). O sea, la cultura para él es "el sistema de ideas vivas que representa el nivel superior del tiempo" (p. 106). Muchas de esas ideas provienen de la ciencia, pero la ciencia no consiste solamente en eso, sino que enormes fragmentos de la misma no constituyen cultura científica, sino tecnicismo científico. Una vida sin cultura supone, para él, "una vida manca, fracasada y falsa" (p. 109), y eso vale para todos, también para el científico inculto que vendría a formar parte de la clase que él llama de los "nuevos bárbaros"; de ahí sus referencias a "la peculiarísima y la agresiva estupidez con que se comporta un hombre cuando sabe mucho de una cosa e ignora de raíz todas las demás" (p. 82); o su precisión de que "la ciencia es lo más alto: la ciencia, pero no el científico. El hombre de ciencia es un modo de existencia humana tan limitado como otro cualquiera, y aun más que algunos imaginables y posibles" (p. 98). Es importante subrayar también la insistencia de Ortega en que la cultura no es un elemento ornamental por lo que se refiere a la formación de los científicos o de los profesionales, sino parte constitutiva de la misma, un ingrediente necesario para poder ser un buen científico o un buen profesional.

Pues bien, al señalar cuáles serían esas grandes disciplinas culturales, Ortega no menciona el Derecho, pero eso no quiere decir que no pueda asignársele un lugar, una función, en su Facultad de Cultura. La enseñanza superior que debería recibir un hombre medio para hacer de él un hombre culto tendría que incluir, según él: la imagen física del mundo (Física); los temas fundamentales de la vida orgánica (Biología); el proceso histórico de la especie humana (Historia); la estructura y funcionamiento de la vida social (Sociología); y el plano del Universo (Filosofía) (p. 95).

El Derecho, como hemos visto, constituye un aspecto fundamental para entender la estructura y el funcionamiento de la vida social y, por ello, formaría parte de lo que él llama Sociología; hoy diríamos probablemente de las ciencias sociales. Pero conviene aclarar que el Derecho en cuanto tal no es una ciencia; es un fenómeno, un pedazo de realidad. Su estudio puede ser objeto de ciencia, pero el tipo de saber que se ofrece en las Facultades de Derecho –el saber jurídico tradicional- no tiene las características del conocimiento

[5] Los números de página indicados se refieren a la edición de Santiago Fortuño Llorens (José Ortega y Gasset, *Misión de la universidad*, Cátedra, Madrid, 2015.

científico, al igual que ocurre, por lo demás, con otras disciplinas prácticas (no interesadas, digamos, en conocer por conocer, sino en utilizar el conocimiento para obtener ciertos resultados prácticos) como la medicina, las ingenierías, la arquitectura o la informática. Sin embargo, hay también una gran diferencia entre unas y otra: mientras que las últimas disciplinas mencionadas se basan en conocimiento científico (física, matemáticas, biología…), la ciencia en sentido estricto no juega un papel demasiado relevante en la cultura jurídica. El fundamento de esta última se halla más bien en la experiencia histórica, en la filosofía práctica y en un complejo conglomerado de técnicas (con cierta base en la lingüística, en la lógica, en la sociología, en la economía…) volcadas a la resolución de problemas prácticos y que se han ido formando a lo largo de muchos siglos; no hay que olvidar que el saber jurídico es el de más larga data de entre los saberes sociales. El jurista experimentado, provisto de ciertas capacidades intelectuales y que se haya esforzado por tener una formación integral, puede llegar a adquirir lo que cabría denominar "sentido común jurídico", una habilidad especial que le sitúa en condiciones óptimas para comprender los problemas sociales y sugerir soluciones a los mismos.

Ahora bien, ¿qué aspectos de esa cultura jurídica deberían pasar a formar parte del acervo de un hombre culto? ¿Y cómo sería posible llevar a cabo esa actividad de transmisión cultural? También aquí, la sugerencia de Ortega es certera. No se trataría –nos dice- de que el hombre culto haya de poseer la ciencia física misma, o la biología, la sociología… sino "la idea vital del mundo que ella [la física] ha creado, la idea histórica y biológica, ese plan filosófico" (p. 81). Trasladado al Derecho, no se trataría entonces de transmitir los contenidos (correspondientemente abreviados) de un ordenamiento jurídico, ni tampoco los tecnicismos del oficio de jurista; eso ha de quedar para la Facultad de Derecho. Lo que habría que transmitir son las grandes ideas jurídicas que nos permiten comprender mucho del mundo social y nos ayudan a desenvolvernos en él. ¿Pero cuáles son esas ideas?

Pues, indudablemente, las que resultan de un examen (que debería ser, sobre todo, histórico y funcional) de las instituciones comunes a todos o a casi todos los sistemas jurídicos: la idea de contrato, de propiedad, de jurisdicción, de ley, de ilícito, de derechos y deberes, de norma, de justicia, de interpretación, de derechos humanos, de Estado de Derecho…Haré una breve referencia a estas dos últimas para que se entienda mejor el sentido de mi propuesta.

Los derechos humanos no han existido siempre. Son una creación –un invento- de la Modernidad, que va ligada al surgimiento del capitalismo, a la formación del Estado moderno, al desarrollo de la ciencia experimental, a la reforma protestante y al individualismo. Se originaron en Europa, pero su valor es universal, es decir, la idea de derechos humanos presupone el universalismo moral; algo parecido a lo ocurrido con la ciencia moderna: sus leyes y el desarrollo tecnológico que han permitido valen con independencia de las circunstancias históricas y geográficas en las que surgieron. Como los derechos no son entidades naturales, sino construcciones humanas y sumamente vulnerables, hay que desarrollarlos y que protegerlos, y para ello no hay más remedio que recurrir, al menos en ciertas ocasiones, a la coacción. Los derechos son, de alguna forma, entidades duales que viven a caballo entre el mundo de la moral y el del Derecho. Ellos han producido –para utilizar una frase feliz de un filósofo de una época anterior a la nuestra, Jürgen Habermas- que la moral haya emigrado al interior de los sistemas jurídicos, aunque ello no quiera decir que haya dejado de tener sentido contraponer el Derecho a la moral: en realidad existe tanto una moral interna al Derecho, como una moral externa al mismo, pues el Derecho –incluido el del Estado constitucional- no es necesariamente justo.

Y si los derechos humanos suponen de alguna manera la moralización de los sistemas jurídicos, el Estado de Derecho, el *rule of law*, significa la juridización, el sometimiento a normas jurídicas, del poder político. En términos clásicos, el gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres; o, según el célebre *dictum* de Cicerón, la idea de que debemos ser siervos de las leyes para poder ser libres: el imperio de la ley (junto con la división de poderes, la legalidad de la Administración y las garantías de los derechos y de las libertades fundamentales) constituye, efectivamente, un requisito fundamental de la noción de Estado de Derecho y una condición necesaria para que pueda existir una vida civilizada. Pero es importante entender bien en qué sentido debemos considerarnos “siervos” de las leyes. No significa que las normas jurídicas hayan de interpretarse forzosamente de manera literal ni tampoco que el Derecho deba regular todos los aspectos de la vida social.

Por extraño que pueda parecer a algunos, quien ha adquirido una cultura jurídica sabe que la arbitrariedad (tomar decisiones no basadas en criterios comprensibles, razonables y universalizables) es la negación del sentido

común jurídico; pero sabe también que el Derecho exige en ocasiones recurrir a la equidad, o sea, un ejercicio adecuado, ponderado, de discrecionalidad, lo que supone interpretar las normas teniendo en cuenta sus razones subyacentes (ir más allá de la pura literalidad), precisamente para evitar un tipo de arbitrariedad consistente en tratar de la misma manera lo que requeriría un trato diferenciado. Y los (buenos) juristas suelen ser también los menos partidarios de juridizarlo todo: como los que saben beber, hacen un uso moderado de los instrumentos jurídicos, pues comprenden que más Derecho no significa necesariamente más libertad, más justicia (no raramente significa lo contrario); de la misma manera que una ingesta inmoderada de alcohol no produce más alegría, mayor felicidad.

Todo lo cual tiene una clara aplicación a la vida universitaria. El desenfreno reglamentista y el afán baremador, que fueron de la mano de la burocratización extrema que caracterizó a la institución, son indicios claros de que las decisiones se toman de una manera arbitraria; puede tratarse de una arbitrariedad involuntaria, pero no por eso menos dañina. Y la pretensión de regular jurídicamente todos los aspectos de la vida universitaria, lo que llevó a configurar las relaciones entre los profesores y los estudiantes como si se tratara simplemente de un contrato de prestación de servicios, es algo peor que un despropósito: significa destruir por completo la noción de relación educativa. Los estudiantes no son los clientes de la institución universitaria, como los pacientes no son tampoco los clientes de un hospital.

Lo último que quiero decir es lo siguiente. En cierto sentido, la transmisión de cultura jurídica es todavía más importante que la de cultura científica. Pues, al fin y al cabo, las leyes de la física o de la biología siguen valiendo lo mismo, o sea, siguen funcionando, con independencia de que las conozcamos o no, de que las compartamos o las rechacemos. Pero eso no ocurre en relación con el Derecho, porque la realidad jurídica no es de carácter natural, sino convencional. Un sistema jurídico no puede funcionar bien si no existe un número suficiente de agentes que compartan sus valores, que comprendan lo que significa realmente tener derechos, vivir en un Estado constitucional, qué es lo que razonablemente puede exigírsele a un juez, cuándo tiene sentido reglamentar jurídicamente una relación, etcétera."

-Rector X: "Te agradecemos mucho el esfuerzo que has hecho. Pero se nos ha hecho un poco tarde (tu presentación ha sido más larga de lo que yo suponía),

de manera que lo mejor va a ser dejar la discusión para una próxima reunión. Así tendremos además más tiempo para poder pensar en lo que nos has planteado”.

Es muy probable que esa reunión anunciada por el rector llegue a tener lugar. Pero como no será hasta dentro de treinta años, por el momento quizás no podamos hacer otra cosa que esperar.

¡Muchas gracias!

LA TOLERANCIA A LAS INFRACCIONES DE LAS NORMAS EN EL PERÚ, ¿LA SOLUCIÓN ESTÁ EN ENCONTRAR AL CULPABLE?

José Leonides Agip Vásquez[1]

Resumen:

El presente artículo analiza el problema del incumplimiento de las normas en el Perú lo que podría haber generado la construcción de una cultura basada en la tolerancia a las infracciones, ensayando algunas causas y posibles soluciones con el fin de construir una sociedad en la que sea vista a las normas como instrumentos de mejor convivencia y no como meros límites a la libertad.

Palabras clave: Tolerancia, infracción, norma, corrupción

Abstract:

This article analyzes the problem of non-compliance with the rules in Peru, which could have generated the construction of a culture based on tolerance of infractions, testing some causes and possible solutions in order to build a society in which it is seen to the norms as instruments of better coexistence and not as mere limits to freedom.

Keywords: Tolerance, infraction, norm, corruption

I.- Introducción:

En cualquier lugar del Perú que uno visite puede darse cuenta y sin asombrarse que a diario se incumplen las normas y los mandatos de las autoridades. Una norma puede legitimarse de manera negativa cuando se busca que no cumpla con su finalidad o que cumpliéndola se exceda de su finalidad cometiendo injusticia y desnaturalizando su verdadero fin, en el primer supuesto encontramos incumplimiento de las normas y mandatos y en el segundo la búsqueda o la práctica de excesiva criminalidad que rebasan los márgenes de la norma. La pregunta es, ¿esto sólo ocurre en el Perú?, acaso es el resultado de algún problema en la psicológica del peruano o la misma

[1] Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, estudiante de la maestría con mención en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asistente Jurisdiccional en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte

constitución del material genético que este puede tener. Es cierto que las sociedades son cambiantes, pero de ninguna manera las normalizaciones a las infracciones normativas deben considerarse parte de tal evolución, sino que el problema podría encontrar su causa los órganos del estado encargados de dar las normas o al frente en la ciudadanía que no conoce la norma o aun conociendo se rehúsa a cumplirla y la cultura de valores existentes.

II. La tolerancia a las infracciones de las normas en el Perú

01. Concepto de norma

Para comenzar es de mencionarse lo que se entiende por norma, obviamente norma es un término muy amplio, el diccionario de la RALE, (2014) la define como *"regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc."* A dicho concepto tiene su punto de partida como bien indica (Shoschana Zusman, 2018) en su carácter de necesidad de ser incluida en un ordenamiento, su expedición es realizada por el Estado quien monopoliza dicha función, su carácter coercitivo de algunas acarrea la imposición de una sanción, su generalidad y abstracción que está dirigida a un número indeterminado de personas que realicen conductas contrarias idénticas y por último su bilateralidad impone la obligación de cumplir dicha norma generando ventaja en unos y desventaja en otros.Refriéndose a la norma (Ataliba, 2011) manifiesta que el objeto de los mandatos jurídicos sólo puede ser el comportamiento humano.

02. El nivel de cumplimiento de las normas en el Perú

Quizá el tema debería partir desde dos aspectos; el primero sobre la idoneidad del Estado para dar las normas, demostrada en la calidad de las normas o la pertinencia de ser expedidas o aplicadas en nuestro país, - acá dos temas, en los últimos años se ha tratado de imitar o importar normas sin tener en cuenta que las realidades de los países sin considerar nuestra pluriculturalidad, extensión y complejidad de nuestro país y que habiéndose expedido no se ha reglamentado provocando que muchas normas no sean

cumplidas, en pocas palabras no tengan existencia – el otro aspecto es que una vez dada la norma, siguiendo el procedimiento, finalizando con la promulgación y la publicación en el Diario Oficial El Peruano, estas no son cumplidas por son sujetos a los que están dirigidos.

Tabla 01

Leyes pendientes de reglamentar a la fecha

Año	Cantidad de leyes pendientes de reglamentar	Plazo vencido	Dentro del plazo	Sin plazo
2016	**3**	**2**	**0**	**1**
2017	**6**	**5**	**0**	**1**
2018	**7**	**6**	**0**	**1**
2019	**7**	**7**	**0**	**0**
2020	**4**	**4**	**0**	**0**
2021	**29**	**27**	**0**	**2**
2022	**22**	**21**	**0**	**1**
2023	**6**	**3**	**3**	**0**
Total	**84**	**75**	**3**	**6**

Nota. El presente cuadro muestra el número de leyes pendientes de reglamentar, lo cual sería una de las causas de su incumplimiento. Dichos datos del presente cuadro fueron extraídos del portal del Congreso de la República, el mismo que ha sido realizado conforme al Archivo Digital de la Legislación del Perú, diario Oficial El Peruano y Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ. Se puede acceder mediante el siguiente enlace https://www.congreso.gob.pe/DIDP/seguimiento-reglamentacion-leyes/ (visitado con fecha 01-05-2023)

Manifestar que existen normas para la formalización de terrenos, para la formalización de las empresas, para el otorgamiento de licencias y reglamentos de tránsito, para obtener u título o grado académico, para la preservación de los derechos de autor e inventor, para evitar la receptación, para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, para la trata de personas, etc. En fin existen normas para todos los ámbitos, sin embargo a pesar de ello, no se cumplen, siempre se ha escuchado que se reclamara a las autoridades no ser corruptas cuando son las mismas personas son quienes primero vulneran las normas, compran objetos robadas, cruzan las calles sin utilizar el paso peatonal o por el otro lado los conductores pasan cuando el semáforo se encuentra en rojo, los empresarios no se formalizan con tal de no pagar impuestos, las personas no compran predios formalizados sino invaden la propiedad privada, no se compra libros originales sino se piratea con tal de pagar menos; casos que no debe llamara la

atención. Esta realidad hace pensar que vivimos en una sociedad tolerante o cómplice a las infracciones de las normas.

03. La cultura tolerante a las infracciones de las normas

Conforme establece la Constitución Política del Perú, el Poder Legislativo a través del congreso tiene como atribución "*1.- Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes y 2.- velar por el respeto de la constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores":* (artículo 102°, subrayado agregado), y respecto al Poder Ejecutivo prescribe en lo que respecta a la función del Presidente de la República dentro de sus atribuciones, *"cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales"* (artículo 118°). Como se puede observar la máxima norma atribuye la función de dar leyes y a la vez demostrar como altos funcionarios la función de cumplirlas.

Ante este escenario describir que los funcionarios que gobiernan el Estado peruano han demostrado no estar a la altura como para investirse de tan altos cargos, ya que han sido los primeros en mancillar el contenido de las normas, cometiendo delitos y peor aun mostrándose a la sociedad como infractores cotidianos e intentando demostrar que ese es en realidad su función. El congreso como la casa de las leyes y a la vez Estado representativo se le ha delegado la función legisladora, sin embargo, para nadie es extraño que algunas normas se aprueban como resultado de la influencia que reciben de los grandes grupos de poder, han demostrado dejar de lado la discusión o aprobación de normas interesantes, convirtiéndose por el contrario en obstruccionistas de los gobiernos y casi huestes de contrarreformas a normas relevantes y reformadoras.

En lo que respecta a la ciudadanía se trata, ellos demuestran lo que las autoridades practican a diario, negocios informales, reacios al pago de tributos, la piratería es alguno normalizado, en el transporte informal en las ciudades – a fin de solucionar este problema por ejemplo, se creó en Lima y El Callao la ATU (Autoridad de Transporte

Urbano para Lima y Callao[2]), a la fecha no se ven resultados positivos - las redes sociales se han convertido en un medio para cometer iliciticos penales, la corrupción se encuentra presente en todo el Perú y en todos los niveles de gobierno, los contenidos curriculares no están actualizados, la corrupción en la Policía Nacional del Perú, Poder Judicial, etc. Ante tales problemas resulta pertinente preguntarse, ¿o no se conoce la norma o conociéndola se infringe?

Si las normas no se cumplen, peor los mandatos judiciales que tienen su origen en estas, el delito de desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368° del Código penal a la persona "que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones", es muy frecuente también, conforme Peña Cabrera Freyre (2013) dicho dispositivo supone dos modalidades típicas, por un lado el desacato del administrado de una orden impartida, es decir la negación a obedecer, por otro lado la realización de una conducta obstruccionista del agente, de tal manera que la realización de dichos actos traban la actuación funcionarial. Una resolución judicial es una orden a obedecer sin oponer ningún pretexto, una que se diferencia con una recomendación o exhortación a comportarse de una manera específica que como ha dicho Salinas Siccha (2014), para la configuración de este delito es necesario la existencia del dispositivo imperativo, *conditio sine qua non* para que la conducta sujeto activo se configure como tal.

Entonces, las normas están diseñadas para cumplirse, no es admisible su violación porque buscan a cambio el buen vivir con paz social, la cultura de incumplimiento de normas se ha tratado de justificar manifestando que tiene su origen en la colonia con la formación de nuestro Estado, sin embargo dicho argumento se cae, si se manifiesta que este fenómeno podría estar ocurriendo en todo el mundo, Mejia Navarrete, (2015), da énfasis a la corrupción y la violencia manifiesta que siempre se ha creído que la modernidad será la época propicia para gestar el cambio, sin embargo *"la sociedad actual es cada vez menos propicia para el contacto entre las personas"* y por lo tanto para el cambio, ello por la existencia de innumerables conductas de los ciudadanos, tales como privatizaciones de la propiedad pública, aumento de la corrupción en todos los niveles de gobierno, estafas, extorsiones, etc. Los negociados en los cargos públicos, la existencia de regímenes laborales explotadores, el presupuesto que no llega

[2] **Ley 30900.** Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao, publicada el 28 de diciembre del 2018 en el Diario Oficial El Peruano.

para los proyectos, el trabajo infantil que se acrecienta en las calles, también se puede agregar a lo expresado por el autor citado, la realidad que vivimos es complicada, pero no el motivo para tomar una posición incrédula al cambio incluso manifestar que la corrupción y violencia generan "*agotamiento de la idea del futuro como promesa de la modernidad",* tal como indica (Bauman, 2013).

El problema al incumplimiento de las normas en el Perú y su posible tolerancia o normalización, ha sido estudiado desde la psicología, así dice Del Mastro Puccio (2020) que *"el problema es mucho más complejo, dinámico y de naturaleza relacional. El incumplimiento es un síntoma del tipo de relación",* este comentario rebasa la norma y se adentra en el campo de comportamiento humano y sus propios instintos, entonces adelantando una conclusión podríamos afirmar que de ninguna manera se trata de un problema en la psicología del peruano. Ahora la genética puede explicar este problema del ADN de los peruanos, sería necesario, de ser así ¿existiría alguna variación en el peruano?, ¿o dicho problema también ocurre en otros países?, desde luego que sí, se dice que en todo el mundo existe una degradación de valores, conductas que cada vez son normalizadas, pero en incumplimiento de las normas desde luego que no puede verse como un cambio de moral, sino una moral pobre en valores. Aquí no se podría aplicar por ejemplo lo sucedido en Bielorrusia, donde se ha legalizado la piratería, porque son dos contextos diferentes, en el Perú se incumple la norma porque no se conoce o porque aun conociéndose se busca los intereses particulares, no el bien común.

II. Conclusiones

- El problema de la tolerancia a las infracciones normativas se basa al desconocimiento de las normas por parte de las personas, aunado a esto la falta de reglamentación generaría que las normas no tengan existencia y por lo tanto inaplicadas o incumplidas.
- La sociedad peruana se ha construido sobre una cultura carente de valores, siendo por la sociedad cambiante, sería posible que se construya una cultura de valores, debiendo tener como aliados a las escuelas para que las normas se cumplan, debe

considerarse que el resultado de ninguna manera podría verse de inmediato si no que sería una política a largo plazo.

- Las normas son un elemento determinante en las relaciones entre peruanos, por lo que los poderes como dadores de normas y fiscalizadores deben cumplir con tales normas y convertirse en prototipos de tal manera que en todos los rincones del país también consideren a las normas como algo positivo y no como meras limitaciones a la libertad.
- La solución no es encontrar en culpable, definidamente no, es más bien considerarse cada uno actor de dicha realidad y por lo tanto agente de cambio, entonces el problema en el Perú son los peruanos los llamados a solucionarlo.
- La facilidad de acceso a la información debe ser un punto a favor para la información de los derechos que a cada persona le asiste, pero también conocer las normas diseñadas para la mejor convivencia en todos los ámbitos. Quizá así varadamente se coadyuve con la función preventiva de las normas.

III. Bibliografía

Ataliba, G. (2011). *Hipotesis de la Incidencia Tributaria* (Sexta ed.). Lima, Perú: Ara Editores E.I.R.L. Recuperado el 01 de mayo de 2023

Bauman, Z. (2013). *La cultura en el mundo de la modernidad líquida.* Madrid: FCE.

Del Mastro Puccio, F. (27 de Agosto de 2020). *Ius 360*. Recuperado el 04 de febrero de 2023, de https://ius360.com/el-incumplimiento-de-la-norma-y-la-relacion-con-la-autoridad-en-el-peru-fernando-del-mastro/

Mejia Navarrete, J. (2015). Corrupción, violencia y cinismo. Notas sobre la insensibilidad moral en el Perú. En C. d. constitucionales, *Derecho, Justicia y sociedad.* Recuperado el 202, de https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/derecho_y_sociedad.pdf

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2013). *Derecho Penal. Parte Especial* (Segunda ed., Vol. V). Lima, Perú: IDEMSA.

RALE. (2014). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (23 ed.). Madrid, España.

Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos contra la administración pública* (Tercera ed.). Lima, Perú: Grijley.

Shoschana Zusman, T. (2018). *La interpretación de la ley teoría y métodos.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP. Recuperado el 01 de mayo de 2023, de https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170687/30%20Colecci%C3%B3n%20La%20interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20ley%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y

EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL: ESTRUCTURA TÍPICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA

Jorge Javier Pisfil Montalvan[1]

SUMARIO. 1. Consideraciones previas, 2. Tipo base del delito de minería ilegal, 3. Técnica legislativa, 4. Conclusiones, 5. Referencia bibliográfica

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

> Por regla general, los delitos ambientales son considerados como tipos penales de peligro en la medida que, atendiendo a las particularidades del bien jurídico protegido y a los principios que rigen su protección, en especial de prevención, no es necesario que se verifique el daño. Aunque algunos autores señalen e insistan en que los delitos ambientales son de resultado (Proetica, p. 11).

Quintero (2013), refiere:

> Lo cierto es que, desde el punto de vista técnico, los delitos de peligro presentan características estructurales que los acercan a los delitos imprudentes al menos hasta un cierto grado de desarrollo, esto es: son conductas cuando menos imprudentes que quieren ser castigadas sin necesidad de que se produzca la catástrofe o el daño (p. 79).

La Casación 464-2016-Pasco, en su fundamento decimocuarto, ha referido: En cuanto a este tercer elemento, se requiere que la acción de minería ilegal cause o pueda causar un perjuicio, alteración o daño a los objetos materiales de este delito (ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental). En ese sentido, para que se configure el delito no es necesario que se produzca un daño efectivo a los objetos materiales del delito, sino basta con una puesta en peligro de los mismos.

Conforme se advierte, el delito de minería ilegal es un delito de peligro y conforme lo refiere Peña (2017):

> El delito de la minería ilegal tiene un solo objeto de protección: la evitación de un daño al ambiente o sus componentes, la calidad o la salud ambiental. Por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que ha adoptado el legislador peruano siguiendo la tendencia ya esbozada en el delito de contaminación ambiental (p. 255).

1.1. **Derecho penal y su relación con el Derecho administrativo sancionador**:

El pronunciamiento recaído en el Recurso de Nulidad 2090-2005-Lambayeque, fundamento sexto, refiere:

> (…) el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes

[1]Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

números veinte cincuenta-dos mil dos-AA/TC, veintiocho sesenta y ocho-dos mil cuatro-AA/TC, veintitrés veintidós-dos mil cuatro-AA/ TC, treinta y uno noventa y cuatro-dos mil cuatro-HC/TC, respectivamente.

Ni el Derecho penal ni el Derecho administrativo sancionador son estancos separados, sino que son espacios de actuación coordinada en el marco de una política represiva que el Estado puede implementar para cumplir su función constitucional. Existe un espacio que es propio o inherente al Derecho penal, en donde la Administración no tiene cabida (Derecho penal nuclear o *Kernstraftsrecht*), pero también existe otro ámbito en donde la eficacia en el actuar del estado no se asegura solo con la intervención de la Administración, sino que requiere también la participación del poder judicial mediante sanciones de la mayor gravedad (derecho penal colateral o *Nebenstraftsrecht*). Es en este espacio donde juega la sanción administrativa y comienza su relación dialéctica con las sanciones penales (Cordero, 2012, p. 155).

Los delitos penales ambientales tienen una apreciación especial, por cuanto existe una línea muy delgada entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Así, Caro y Reyna (2019) han referido que, “la existencia de numerosos tipos penales que recurren al reenvío a normas extrapenales y la constante utilización de términos “jurídico-administrativos”. Ejemplo paradigmático del recurso al reenvío normativo hacia el Derecho administrativo sancionador lo proporcionan los delitos contra el medio ambiente” (p. 104).

Incluso la Ley General del Ambiente ya ha establecido en su artículo 138. °:” De la relación con otros regímenes de responsabilidad. La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos”.

Por otra parte, un sector de la doctrina ha estimado que el nivel de control penal para los delitos ambientales debe ser último, respetando el nivel de control inicial del derecho administrativo regulador y sancionador. Sin embargo, si el bien jurídico es el medio ambiente, no estamos frente a delitos que se configuran con un ilícito administrativo; los delitos ambientales son delitos que establecen la necesidad de recurrir al derecho administrativo sancionador para configurar el desvalor de la conducta. Pero en cuanto al desvalor del resultado, es fundamental probar que hay un resultado de peligro concreto o resultado de lesión; por esa razón, la antijuricidad material demanda a los delitos ambientales probar esa existencia del peligro potencial o real para el medio ambiente. (Caro & Asociados, 2021).

Se deja establecido que los delitos ambientales son leyes penales en blanco que importan elementos del derecho administrativo, cuyas autorizaciones emanan de este y no del derecho penal. Sin embargo, dicha importación no determina la residualidad del derecho penal, sino que coadyuva a cerrar el tipo penal con el fin de sancionar actuaciones de mayor gravedad, traducidas en la «alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental».

2.- TIPO BASE DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL

Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal. El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda

causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

2.1. Estructura Típica

2.1.1. Los actos mineros

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería establece cuales son los actos mineros, a fin de desarrollar la cadena de actuaciones para la obtención del mineral: cateo y prospección, exploración, desarrollo minero, explotación, beneficio, transporte y comercialización. Nos ocuparemos principalmente de los mencionados en el artículo 307-A del Código Penal:

- **Exploración.** Para Ipenza y Franciskovic (2018):

  En el artículo 8 del Texto Único Ordenado define la exploración como la actividad minera tendiente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales. Se define la explotación como la actividad minera que tiene por objeto estudiar o evaluar un yacimiento; es decir, comprobar si es susceptible de aprovecharse económicamente, si es rentable económicamente o no (p. 22).

- **Explotación.** Consiste en extraer los minerales contenidos en un yacimiento, se retira el mineral del lugar donde se encuentra para luego ser transformado en concentrado de mineral (roca chancada). El concentrado de mineral es sometido a un proceso químico en el cual se utiliza mercurio, a fin que solo quede el mineral: este acto de denomina **beneficio.** Finalmente, el mineral se transporta y comercializa.

  Se debe tener en cuenta que, el proceso de extracción es la actividad central del acto minero de explotación. Sin embargo, el **beneficio** no se encuentra sancionado penalmente en el artículo 307-A del Código Penal; a pesar que es el acto más dañino del proceso minero. Esta omisión técnica legislativa es suplida con el resultado del acto de beneficio de emitir relave a las fuentes de riesgo, generando contaminación ambiental y tipificándose en el artículo 304.° del Código Penal.

2.1.2. La ausencia de autorización administrativa

En los actos mineros se exige una autorización administrativa. Sin embargo, algunos creen que la declaración de compromiso (que implica un hecho administrativo) es un documento suficiente para el inicio de operaciones mineras.

Para el inicio de la actividad minera, el Estado emite un acto administrativo en la última etapa del proceso administrativo, es decir, cuando se autoriza la realización de la actividad minera. La autorización administrativa que exige el tipo penal es el permiso de inicio de operaciones, entendido como el pronunciamiento que autoriza, verificado el trámite correspondiente, la operación de actividades mineras[2]. La declaración de compromiso solo es un hecho administrativo, no genera efectos de autorización administrativa.

[2] El Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado mediante Decreto Supremo n.° 020-2020-EM, publicado el 8 de agosto del 2020, establece el procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras.

En el Perú se emiten autorizaciones para que los mineros ilegales e incluso los informales, puedan formalizarse. Sin embargo, estas autorizaciones han sido muy volubles y se han venido ampliando para su incorporación al REINFO desde el 2002 (a partir de la Ley n.° 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal) hasta en cuatro oportunidades. Asimismo, el 17 de diciembre del 2021 se emitió la Ley n.° 31388, Ley de Ampliación de Formalización Minera, que ha prorrogado la vigencia del proceso de formalización para los pequeños mineros y mineros artesanales que cuenten con una inscripción vigente en el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO) hasta el 31 de diciembre de 2024.

2.1.3. La generación de un daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental

- La calidad ambiental
- Daño al ambiente
- La salud ambiental

Para el delito de minería ilegal, nos ocuparemos de los dos primeros:

a) Calidad ambiental. Para la obtención de una calidad ambiental debemos remitirnos a los estándares de contaminación y los límites máximos permisibles Estos estándares son elementos técnicos para determinar la existencia de un impacto en el ambiente y se concreta en dos parámetros de control: Los límites máximos permisibles (LMP) y el estándar de calidad ambiental (ECA).

Se debe establecer que, si bien el delito de minería ilegal tiene presupuestos específicos, el extremo de la calidad ambiental importa el delito de contaminación ambiental (artículo 304.° del Código Penal), esto es, con la elevación de los ECA o los LMP.

- **Estándar de calidad ambiental (ECA)**. Sirve para medir determinados componentes biológicos y/o físico-químicos que tiene el cuerpo receptor, es decir, el cuerpo que recibe los efluentes o los vertimientos de la actividad humana, como el mar, los ríos, las lagunas, el suelo, el aire, etc. El proceso de medición se inicia con la toma de muestras, las que luego se comparan con lo establecido en el ECA.

  Sin embargo, el artículo 31.4 de la Ley n.° 28611, Ley General de Ambiente, establece que ninguna autoridad puede imputar responsabilidad —mucho menos penal— si no establece la relación de causalidad entre la condición del cuerpo receptor con una actividad humana; es decir, la verificación de la existencia del ECA no es suficiente. La atribución de responsabilidad contra alguna persona deberá estar condicionada a la demostración de la relación de causalidad.

  Una forma de comprobar la causalidad sería la toma de muestras de los LMP en los puntos de monitoreo establecidos por la autoridad administrativa. Si se detecta que el vertimiento ya ha superado el LMP, se establecerá la causalidad. Por ejemplo, el agua de mina supera el LMP y el cuerpo receptor agua también ha superado los ECA a una consistencia similar de superación del punto de vertimiento

  Se debe tener en cuenta que los ECA señalan los máximos de concentración de un agente contaminante en un agente receptor. Mientras no se pruebe la causalidad atribuible a alguna persona y/o empresa, su exceso servirá básicamente para implementar políticas públicas.

- **Límites máximos permisibles (LMP)**. Instrumento de medición y según estos resultados, se podrá sancionar. Este parámetro se traduce en lo máximo que se puede introducir un agente contaminante en un cuerpo receptor. Se debe tener en cuenta que las mediciones solo pueden ser efectuadas en los puntos de vertimiento. Cada empresa legal tiene puntos de monitoreo donde se toman muestras para corroborar los LMP. La toma de muestras no es una simple actividad, sino un procedimiento que debe hacerse con frecuencia y no en un solo acto.

  Cabe añadir que la sola elevación de los LMP no constituye un delito ambiental; sin embargo, sí generaría un daño potencial y un peligro hipotético para el medio ambiente. Debemos entender la diferencia entre un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador (PAS), a pesar de que ambos protegen el medio ambiente. La finalidad, generadora del daño ambiental, es la piedra angular para imputar un delito ambiental.

b) Daño al ambiente. Se debe sancionar en el delito de Minería Ilegal el daño que es dirigido a un acto de contaminación. A fin de conocer el peligro y daño que están relacionados con el delito de Minería Ilegal y sus consecuencias, analizaremos los siguientes:

b.1. Delitos de peligro concreto y abstracto.
Se entiende como peligro a la mayor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grave de su producción. Si bien el delito doloso determina la consumación de todos los elementos del tipo, esto no significa que la punibilidad no pueda extenderse a hechos dolosos no consumados, aunque comenzados a ejecutar.

Conforme el artículo 307-A del Código Penal, primer párrafo:

> Delito de minería ilegal. El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que **cause o pueda causar** perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa. (El resaltado es nuestro)

Del párrafo anterior se desprende la distinción entre delito de lesión y delito de peligro. Los delitos de lesión se enmarcan en la consecuencia que **«**cause**»**, y los delitos de peligro en la consecuencia «pueda causar», en sus dos elementos: concreto y abstracto.

El peligro concreto requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, es decir, es el resultado típico. El abstracto, por el contrario, castiga una acción típicamente peligrosa o peligrosa en abstracto, sin exigir que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido; es decir, que la acción vale por sí misma, aunque el resultado no se produzca. En este punto quiero indicar que puede adjudicarse un peligro abstracto aquella acción minera que no cuente con certificación ambiental.

b.2. Delitos de peligro hipotético. Ahora, analicemos el ilícito penal del artículo 307-A orientando su conducta en la consecuencia: **pueda causar**, traducido como delito de peligro **hipotético.**

El Tribunal Supremo Español – STS 2121/2016- décimo párrafo del punto 3, considerando quinto, desarrolla el peligro hipotético:

> En lo que respecta a la estructura típica del delito del art. 325.1 del C. Penal, tiene establecido esta Sala que se trata de lo que la doctrina considera como un delito de PELIGRO HIPOTÉTICO, también denominado peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delito de aptitud. De modo que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro como proximidad de amenaza inmediata para un bien determinado. Basta la producción de una situación de riesgo apreciada desde la perspectiva meramente ex ante.

Tengamos en cuenta que, el delito de minería ilegal es un delito de aptitud o idoneidad o, conforme se le ha denominado, es un delito de peligro hipotético, en la medida que no requiere la constatación de la producción de una situación de efectivo peligro.

Asimismo, modelo puro de peligro concreto o abstracto, deberá desplazarse y dar pie a tipos que demanden la conducta típica y sea capaz de afectar, aun potencialmente, al objeto de tutela del tipo básico contenido en el artículo 307-A del Código Penal, en la consecuencia «pueda causar».

Aunado a ello, se debe esclarecer que el delito de peligro hipotético tenga relevancia en materia de probanza en la jurisprudencia peruana. Existiendo ya una exposición de los juristas españoles Prat y Soler (2000), quienes señalaron:

> De la Cuesta Aguado, yendo más allá de la clasificación delictual expuesta por Laurenzo Copello, introduce una nueva categoría de delitos situada entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Este tertium genus o categoría intermedia procede del término alemán *eignungsdelikte* o delitos idóneos, y se caracteriza porque el tipo penal describe una acción peligrosa con carácter general, sin que sea necesaria la constatación del peligro en el caso concreto, como sucede en los delitos de peligro concreto. Sin embargo, y a diferencia de los delitos de peligro abstracto en los que es el legislador quien califica la idoneidad de la acción para poner en peligro el bien jurídico, en los delitos de peligro hipotético dicha idoneidad es calificada por el juez o el tribunal (p. 29).

b.3. **Daño real y potencial.** Identificada la clase de peligro, corresponde verificar el tipo de daño ocasionado. Por tal motivo, si bien la acción resarcitoria sigue reglas civiles, no es menos cierto que al tratarse de delitos ambientales se deberá remitir a la legislación ambiental. Es por ello que el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente, denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado, contraviniendo o no, una disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

Según el numeral 2.3 del artículo 2 de la citada Ley, toda mención al «ambiente» o a sus «componentes» comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que en forma individual o asociada conforman el medio en el que se desarrolla la

vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

Es necesario precisar que el daño ambiental se configura cuando la degradación de los elementos que forman el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente. Ante ello, se desprenden dos tipos de daño, el real y potencial.

3. TÉCNICA LEGISLATIVA

3.1. La Ley Penal en Blanco

La ley penal en blanco es una técnica constitucional irradiada al Derecho penal para los delitos ambientales y que recoge el elemento básico de la infracción, del ilícito y la consecuencia que es la pena, sin embargo, los elementos técnicos están derivados a normas administrativas. La ley penal utiliza elementos propios de la ley penal en blanco (por su remisión al derecho administrativo sancionador) como elementos normativos del tipo (Caro & Asociados, 2021).

3.2. El Delito de Peligro

Se trata de un peligro para la estabilidad del ecosistema, el cual deberá ser entendido para la protección de bienes individuales y colectivos. El Código Penal tipifica infracciones como las siguientes:

- Peligro abstracto. Artículo 307. Tráfico ilegal de residuos peligrosos; artículo 307-C. Delito de financiamiento de la minería ilegal.

- Peligro concreto. Artículo 304: «que **cause** perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes» y artículo 307-A: «**cause** perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental».

- Peligro hipotético: artículo 304: «que **pueda causar** perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes»; artículo 307-A: «**pueda causar** perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental»; artículo 306: «**que pueda** perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos».

Cuando la ley penal refiere que una acción pueda causar perjuicio, existe la posibilidad de causar peligro potencial o hipotético, sin requerir probanza pericial, basta que dicha acción pueda causar algún perjuicio, alteración o daño al ambiente para que se produzca la persecución penal ambiental.

3.3. Imputación Objetiva

Sin embargo, al analizar el delito de minería ilegal bajo la óptica de la imputación objetiva, se pone en discusión la técnica legislativa de «pueda causar», por cuando, sea como peligro abstracto o

hipotético, estas no solo importan ilicitudes administrativas, sino que requieren también la producción de un peligro al medio ambiente.
El delito de minería ilegal no describe solo un disvalor de la acción referido a no contar con autorización administrativa; sin embargo, en la práctica fiscal y judicial esto es suficiente para suponer un juicio de peligro.
En consecuencia, la sola infracción administrativa no supone un delito, ya que el resultado sea concreto, abstracto o hipotético, deberá ser probado.

4. CONCLUSIONES

a) El delito de minería ilegal es un delito de peligro.

b) El acto minero de **beneficio** no se encuentra sancionado en el artículo 307.°-A del Código Penal.

c) Las consecuencias del acto minero de beneficio como la emisión de relaves, se encuentra tipificado en el artículo 304.° del Código Penal.

d) El delito de minería ilegal en su consecuencia «puede causar» es entendido como un delito hipotético.

e) La sola infracción administrativa no constituye un delito ambiental.

f) En el plano de la imputación objetiva, la infracción administrativa debe ir aparejada con el resultado de peligro, sea concreto, abstracto o hipotético, en el medio ambiente, el mismo que deberá ser probado.

5. BIBLIOGRAFÍA

Caro & Asociados. (20 de diciembre de 2021). *Autoría y participación en el delito de contaminación ambiental*. VI Congreso Internacional de Justicia Ambiental "Impactos y adaptación al cambio climático" (vídeo). Sesión de conferencia. Youtube.

Caro, D y Reyna, L. (2019). *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. Gaceta Jurídica S.A.

Casación 464-2016-Pasco, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica (21 de mayo de 2019).

Cordero, E. (2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. *Revista de Derecho, XXV* (2). https://scielo.conicyt.cl.

Decreto Supremo n.° 014-92-EM – Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. (4 de junio de 1992).

Decreto Supremo n.° 020-2020-EM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Procedimientos Mineros. (8 de agosto del 2020).

Ipenza, C y Franciskovic, M. (2018). *Derecho minero y ambiente*. 2da. Edición. Grijley E.I.R.L.

Ley n.° 31388, Ley de Ampliación de Formalización Minera. (17 de diciembre del 2021).

Ley n.° 28611, Ley General del Ambiente. (13 de octubre del 2005).

Peña, A (2017). *Los delitos contra el medio ambiente*. 2da. Edición. Instituto Pacífico.

Prat, J y Soler, P (2000). *El delito ecológico*. Cedecs Editorial S.L.

Proetica (2019) *Abordando el primer delito ambiental: Tala Ilegal. Los seis momentos del crimen*. Transparency International. www.proetica.org.pe

Quintero, G. (2013). *Derecho Penal Ambiental.* Tirant Lo Blanch.

Recurso de Nulidad 2090-2005-Lambayeque, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica (7 de junio de 2006).

STS 2121/2016, El Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal (28 de abril de 2016).

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2023