

VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO

FONDO
EDITORIAL

Vol. 1 N° 2 julio – diciembre de 2023

ISSN: 2961-2586 (En línea)
Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 202212260

DERECHO UCT



Revista Científica
DERECHO UCT

VOL. 1 N° 2, julio – diciembre 2023

©Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI
Fondo Editorial
Campus universitario, Panamericana Norte km. 555, Moche –Perú
Teléfono N° 044 607430
www.uct.edu.pe

Carátula: Lic. Alejandro Rosales Azabache
Diseño y Diagramación: Ing. Grecia Hernández Guevara

**DERECHO UCT Revista Científica de la UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE TRUJILLO BENEDICTO XVI**

Vol. 1, N° 2, julio - diciembre 2023

Trujillo, Perú

Título abreviado: Derecho UCT

<https://revista.uct.edu.pe/index.php/derecho/>

Correo: revistadederecho@uct.edu.pe

ISSN: 2961-2586 (En línea)

Hecho Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 202212260

Revista de Investigación Científica

Área: Ciencias jurídicas

Revista arbitrada: pares externos

Publicación semestral

Revista de Derecho UCT de la Universidad Católica de Trujillo
Benedicto XVI se distribuye bajo una Licencia Creative Commons
Atribución 4.0 Internacional License.



La Universidad autoriza la reproducción de los trabajos de este número, siempre que se identifique su procedencia.

Los artículos que aparecen en esta revista científica expresan las opiniones personales de sus autores.

Autoridades Universitarias

Exemo Mons. Dr. Héctor Miguel Cabrejos Vidarte, O.F.M.

Arzobispo Metropolitano de Trujillo

Fundador y Gran Canciller de la Universidad

Católica de Trujillo Benedicto XVI

Dr. Luis Orlando Miranda Díaz

Rector de la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI

Dra. Mariana Geraldine Silva Balarezo

Vicerrectora académica

Dr. Winston Rolando Reaño Portal

Director de la Escuela de Posgrado

Dra. Ena Obando Peralta

Vicerrector de Investigación

Dr. Manuel Takeshi Vasquez Shimajuko

Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Teresa Sofía Reategui Marin

Secretaria General

Revista Científica

DERECHO UCT

VOL. 1 N° 2, julio – diciembre 2023

Trujillo – Perú

DIRECTOR - EDITOR

- **Dr. Manuel Takeshi Vasquez Shimajuko**
Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI - Perú
<https://orcid.org/0000-0001-8931-4361>
d.cerna@uct.edu.pe

COMITÉ EDITORIAL

- **Mg. Pamela Granda Yovera**
Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI - Perú
<https://orcid.org/0000-0002-0903-7729>
p.granda@uct.edu.pe
- **Mg. Carlos Cerna Bazán**
Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI - Perú
<https://orcid.org/0000-0001-7933-9725>
c.cernab@uct.edu.pe
- **Mg. Telmo Zavaleta Gonzales**
Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI - Perú
<https://orcid.org/0000-0001-8002-0690>
t.zavaleta@uct.edu.pe
- **Dr. Bruno Avalos Pretell**
Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI - Perú
<https://orcid.org/0000-0003-0718-2778>
b.avalos@uct.edu.pe
- **Dr. Marcos Catalán**
Universidade LaSalle - Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-4775-7161>
marcoscatalan1973@gmail.com
- **Dr. Andrés Mariño López**
Universidad de la Republica - Uruguay
<https://orcid.org/0000-0003-3028-5548>
amlch@montevideo.com.uy
- **Dr. Andrés Varizat**
Universidad Nacional de Córdoba - Argentina
<https://orcid.org/0000-0003-3327-7666>
andres.varizat@unc.edu.ar

COMITÉ CONSULTIVO

- **Mg. Eduardo Romero La Torre**
Universidad Nacional de Trujillo - Perú
<https://orcid.org/0000-0002-6882-1329>
e.romero@uct.edu.pe
- **Mg. Jhony Raúl Rodríguez Idelfonso**
Universidad Católica de Trujillo - Perú
<https://orcid.org/0000-0002-7170-4705>
j.rodriguez@uct.edu.pe
- **Dr. Marcos Erchard Jr.**
Universidade Federal de Alagoas (UFAL) - Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-1371-5921>
contato@marcosehrhardt.com.br

Contenido

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

- 1 Factores que aplazan la atención de los procedimientos administrativos en las municipalidades de La Libertad**
Factors that postpone the attention of administrative procedures in the municipalities of La Libertad
- 10 Algunas consideraciones problemáticas sobre la investigación científica aplicada al derecho**
Some problematic considerations on scientific research applied to law
- 22 Los derechos en el ámbito de los servicios sociales en el estatuto de autonomía de Cataluña**
Rights in the field of social services in the statute of autonomy of Catalonia
- 32 El patrimonio del estado en el delito de malversación de fondos**
The patrimonium of the state in the crime of embezzlement of funds
- 43 El principio de confianza en el proceso penal ¿se puede o se debe confiar?**
The principle of trust in criminal law. Can or should it be trusted?
- 60 Los delitos de mínima lesividad y el cese automático de la prisión preventiva**
Crimes of minimal injury and the automatic end of preventive detention
- 71 Delito de prácticas anticorruenciales en licitaciones, concursos y remates públicos**
Crime of anticorrupt practices in bids, competitions and public auctions

Factores que aplazan la atención de los procedimientos administrativos en las municipalidades de La Libertad**Factors that postpone the attention of administrative procedures in the municipalities of La Libertad****José Luis Agüero Lovatón**

Universidad Católica de Trujillo – Benedicto XVI

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 20/07/2023

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto determinar aquellos factores que aplazan la atención de los procedimientos administrativos en las municipalidades del departamento de La Libertad. Para ello, se ha analizado las quejas presentadas por ciudadanos ante la Defensoría del Pueblo contra diversas municipalidades (provinciales y distritales) del departamento de La Libertad por la demora en sus procedimientos administrativos; obteniendo como resultado que, los principales factores que aplazan los procedimientos administrativos en las municipalidades del mencionado departamento en Perú, son la carencia de prácticas de mejora en sus procesos de productividad y de gestión; lo que conlleva a concluir que las municipalidades no solamente vienen inobservando los lineamientos y obligaciones del Sistema de Modernización del Estado en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento establecido en la Ley N.º 27658 “Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado” del 29 de enero del año dos mil dos; la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 004-2013-PCM, de fecha nueve de enero de dos mil trece, el Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, aprobada por Decreto Supremo N.º 123-2018-PCM, de fecha 18 de diciembre del año dos mil dieciocho; sino también, el derecho fundamental de petición establecido en la vigente Constitución Política del Perú de 1993.

Palabras clave: Procedimiento administrativo; Sistema Administrativo de Modernización del Estado; gestión de procesos; mejora de la productividad.



1 Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Maestro en Derecho, mención en Derecho Constitucional y Administrativo, Docente en Derecho Constitucional de y de la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI, j.aguero@uct.edu.pe, <https://orcid.org/0000-0001-5530-0391>

ABSTRACT

The purpose of this research is to determine those factors that postpone the attention of administrative procedures in the municipalities of the department of La Libertad. To this end, it has analysed complaints submitted by citizens to the Office of the Ombudsman against various municipalities (provincial and district) in the department of La Libertad for delays in their administrative procedures; As a result, the main factors that postpone administrative procedures in the municipalities of the aforementioned department in Peru are the lack of improvement practices in their productivity and management processes; which leads to the conclusion that the municipalities have not only been failing to observe the guidelines and obligations of the State Modernization System in terms of its structure, organization and operation established in Law No. 27658 "Framework Law for the Modernization of State Management" of January 29 of the year two thousand and two; the National Policy for the Modernization of Public Management, approved by Supreme Decree No. 004-2013-PCM, dated January nine of two thousand thirteen, the Regulation of the Administrative System for the Modernization of Public Management, approved by Supreme Decree No. 123-2018-PCM, dated December 18 of the year two thousand and eighteen; but also, the fundamental right of petition established in the current Political Constitution of Peru of 1993.

Keywords: Administrative procedure, Administrative System for the Modernization of the State; process management; Improved productivity.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el Vigésimo Quinto Informe Anual presentado por la Defensoría del Pueblo del Perú al Congreso de la República (2022), el tema más frecuente de queja de los ciudadanos en la Defensoría del Pueblo es el referido al de los trámites y los procedimientos administrativos, representando el 22.2% de los pedidos de intervención que tramitó en el año 2,021.

En el mismo informe se advierte que las municipalidades son las instituciones más quejadas a nivel nacional, obteniendo el 24.6% de las quejas recibidas. En segundo lugar, se situó el Poder Judicial con el 6.5%.

Esta estadística, nos muestra que las municipalidades son en gran medida las instituciones más quejadas por la población a nivel nacional, siendo el principal motivo de reclamo el referido a los trámites y procedimientos administrativos.

Esta situación, no es ajena en el departamento de La Libertad, donde las municipalidades son las instituciones más quejadas en la Defensoría del Pueblo. Según el Sistema de Información Defensorial (SID) de la Defensoría del Pueblo, su oficina desconcentrada en el departamento de La Libertad (Oficina Defensorial de La Libertad), recibió 275 quejas contra las instituciones ediles, seguido de los centros médicos con 120.

El tema que motivó las quejas contra las municipalidades en La Libertad según el SID fue el de trámites y procedimientos, con 150 solicitudes de intervención; específicamente, por la demora en atender los procedimientos administrativos, es decir, omisión de respuesta al pedido de un administrado. Este tipo de queja llegó al 54% de las solicitudes recibidas.

La falta u omisión de una respuesta al pedido de un administrado se configura cuando ha transcurrido más del plazo previsto para que se atienda su solicitud de evaluación previa, que según el artículo 39 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” (2019), es de treinta (30) días hábiles.

El incumplimiento injustificado de este plazo no solo genera responsabilidad administrativa, civil y penal para la autoridad obligada y del superior jerárquico de manera solidaria según el artículo 154 del mismo cuerpo legal, sino que también vulnera el derecho fundamental de petición que según la Constitución Política del Perú consiste en “formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad (...)”. (Congreso de la República 1993, Artículo 2 inciso 20).

Complementando e interpretando este artículo constitucional, el Tribunal Constitucional Peruano (2022) ha establecido que:

Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto (STC. Exp. N.° 1042-2002-AA/TC, F.J. 2.24, 2002).

En razón a lo detallado, se puede advertir que las municipalidades quejadas ante la Defensoría del Pueblo en La Libertad vulneraron el contenido constitucional del derecho de petición, motivo por el cual, resulta importante establecer los motivos que generaron tal transgresión, a fin de que se tomen los correctivos necesarios para prevenir este tipo de hechos en protección de los derechos fundamentales de los administrados.

Por tal motivo, la investigación plantea responder el siguiente enunciado: ¿Cuáles son los factores que aplazan la atención de los procedimientos administrativos en las municipalidades de La Libertad, año 2021?

Para tal efecto, se ha analizado una muestra de los casos presentados a la Oficina Defensorial de La Libertad correspondiente al año 2021, al ser la Defensoría del Pueblo la encargada de recibir y tramitar las quejas de vulneración de los derechos fundamentales y constitucionales en Perú, según su competencia de acuerdo con la Constitución Política del Perú. (Congreso de la República 1993, Artículo 162).

En tal sentido, la investigación busca determinar los factores que aplazan la atención de los procedimientos administrativos en las municipalidades del departamento de La Libertad, para lo cual se ha revisado las quejas contra las municipalidades del departamento de La Libertad por omisión de dar respuesta a solicitudes correspondientes al año 2021, teniendo en cuenta que las entidades municipales informan a la Defensoría del Pueblo en sus descargos, las dificultades de la demora y la fecha y documento de respuesta que se le brindó al administrado, a fin de subsanar y/o corregir la omisión advertida.

Los objetivos específicos radican en analizar los motivos que generaron el incumplimiento del plazo en los procedimientos administrativos revisados e, identificar las medidas que superen tales inconvenientes en las municipalidades de La Libertad.

De esta manera, las conclusiones obtenidas contribuirán a la mejora del desempeño de la gestión pública municipal, favoreciendo el cumplimiento del derecho de petición de los administrados; derecho fundamental estudiado y regulado por el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, que se utiliza como herramienta base para que los ciudadanos accedan a la atención pública y reciban de ésta una respuesta a su solicitud o derecho de interés general o particular.

METODOLOGÍA

La investigación es de tipo descriptivo y de naturaleza cualitativa, en tanto y en cuanto, describe la observación de los datos obtenidos de la muestra (casos) y los analiza estableciendo una interpretación de estos.

Por ello, utiliza el método inductivo, al analizar los casos particulares para extraer conclusiones de manera general al objetivo de la investigación, analizando la muestra a través de un diseño transversal descriptivo.

La muestra analizada en función al diseño y al universo de casos fue de 108 quejas recibidas por la Oficina Defensorial de La Libertad de la Defensoría del Pueblo, conforme puede verificarse de la siguiente fórmula transversal cualitativa en un universo finito de 150.

$$n = \frac{K^2 * N * p * q}{[e^2 * (N-1)] + [K^2 * p * q]}$$

Donde:

n = Tamaño de muestra

N = Tamaño de la población (150)

K = Nivel de Confianza al 95% (1.96)

e = Error de estimación máximo aceptado de 5% (0.05)

p = Probabilidad de que ocurra el evento estudiado: 0.5% (0.5)

q = Probabilidad de que no ocurra el evento estudiado: 0.5% (0.5)

$$n = \frac{(1.96)^2 * (150) * (0.5) * (0.5)}{[(0.05)^2 * (150-1)] + [(1.96)^2 * (0.5) * (0.5)]}$$

$$n = \frac{144.06}{1.3329}$$

$$n = 108$$

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. 73 días hábiles es el tiempo promedio de duración de los procedimientos administrativos fuera de plazo en las municipalidades de La Libertad, año 2021.

Tabla N° 1

Tiempo promedio de duración de los procedimientos administrativos fuera de plazo en las municipalidades de La Libertad, año 2021.

| Tiempo de duración en días hábiles | Número de procedimientos administrativos |
|------------------------------------|--|
| De 31 a 50 días hábiles | 63 |
| De 51 a 70 días hábiles | 38 |
| De 71 a 100 días hábiles | 7 |
| Promedio: 73 días hábiles | Total de muestra: 108 |

El plazo promedio en el que se resuelven los procedimientos administrativos fuera del plazo en las municipalidades provinciales y distritales en La Libertad exceden el doble del plazo establecido en el Texto Único Ordenando de la Ley 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” (2019). Este aplazamiento, incluso, puede ser más, si el titular o el interesado no reclama el cumplimiento de su derecho de petición.

Esperar más de dos meses la atención de una solicitud de interés particular o general, puede generar perjuicio al derecho o al estatus jurídico que el administrado está pretendiendo alcanzar a través de un pronunciamiento de la Administración pública, máxime si en la norma administrativa se establece como plazo máximo de atención, el de 30 días hábiles.

Esta inobservancia incumple a la vez, un principio base del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo: “El principio de predictibilidad o de confianza legítima”, por el cual, según el

Texto Único Ordenado de la Ley 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” (2019), la autoridad administrativa debe dar información idónea del procedimiento para que el administrado pueda saber de la duración del procedimiento y prever de esta manera las consecuencias que ello acarrea.

La predictibilidad es un principio base de la seguridad jurídica, su inobservancia resquebraja la constitucionalidad y, por ende, el funcionamiento del Estado y la protección de los derechos fundamentales, incidiendo en la libertad, toda vez que recorta la posibilidad al administrado de realizar su actividad económica, quien espera de la Administración la autorización, permiso o licencia para iniciar su negocio o profesión.

Si bien el administrado, a través del silencio administrativo negativo, puede dar por denegada su solicitud al no encontrar respuesta por parte de la entidad pública e, insistir con su solicitud a través de un recurso administrativo, este procedimiento supone tramitar otro procedimiento ante a la instancia superior administrativa con nuevo plazo de 30 días hábiles.

En función a lo expuesto, habría que examinar en una siguiente investigación, si el plazo establecido por norma para la duración del procedimiento administrativo en el Perú es el adecuado, o cómo se adapta a su realidad en la Administración pública; mientras tanto, es importante y relevante establecer las falencias y los mecanismos correctivos para su cumplimiento -conforme lo estamos evaluando en la presente investigación-, a fin de que todo aquél que requiera del pronunciamiento de la municipalidad para poder desarrollar su actividad civil o económica en el territorio, prevea el tiempo que necesitará en costo – beneficio, para la consecución de su proyecto y consecuente derecho (principio de predictibilidad).

2. La carencia de procesos de productividad y de gestión de procesos son las que originan carga procesal en la atención de los procedimientos administrativos de las municipalidades en La Libertad, año 2021.

Tabla N° 2

Motivos de demora en la atención de los procedimientos administrativos de las municipalidades en La Libertad, año 2021.

| Motivos de demora alegados | Número de procedimientos administrativos |
|-----------------------------------|--|
| Carga procedimental | 41 |
| Espera de informes internos | 17 |
| Falta de logística | 10 |
| Falta de personal | 12 |
| Cambios de personal | 10 |
| Falta de coordinación entre áreas | 8 |
| Cambios de directivos | 7 |
| No se ubica al administrado | 2 |
| No hay normativa | 1 |
| Total de muestra: 108 | |

De acuerdo a la tabla 2, los motivos de demora en la atención de los procedimientos administrativos en las municipalidades de La Libertad se dan en su mayoría por la carga

procedimental que tramitan, por la espera de los informes internos especializados que solicitan y por la falta de logística para llevar a cabo sus diligencias, como la carencia de equipos de cómputo, disponibilidad de movilidades o de equipos especializados, como medidores ambientales, insumos de laboratorio u otros equipos para certificar la calidad de elementos y alimentos orgánicos e inorgánicos.

Otros motivos, en menor medida, son los correspondientes a la falta de personal, a la desarticulación entre áreas en la misma entidad, cambios de directivos, o porque no se ubica a los administrados para algún tipo de consulta o notificación del resultado de su procedimiento. En un caso se observó que el procedimiento administrativo demoraba porque no se tenía claro que normativa aplicar para resolver el pedido del administrado, ante la falta de una norma especializada que oriente la procedencia de la petición.

En la mayoría de los casos se estableció a la carga procesal como el argumento de demora, sin embargo, se atendió el procedimiento de inmediato cuando entró a tallar el ente supervisor - Defensoría del Pueblo-. Si bien la carga procesal encuentra fundamento al momento de advertir que en otros procedimientos la demora es por la falta de personal, lo que implica que, en efecto, no habría proporción entre el número de personas que trabajan en la atención de las solicitudes y el número real de la demanda de peticiones, es necesario programar otra investigación para analizar la capacidad de expedientes que pueden ser atendidos según el número de ingreso de expedientes y el número de personas que laboran en las municipalidades.

A este momento, queda claro que lo que motivó la respuesta y atención del procedimiento fue el hallazgo de lo sucedido y de su responsabilidad en caso se siga omitiendo la obligación de dar respuesta al administrado. Asimismo, el argumento de la falta de coordinación interna y demora de informes entre áreas prevé que, otro de los motivos de inacción a la respuesta es la falta de una mejor organización interna, toda vez que, aun así, no haya el número de personas que se necesita, tal problema se soluciona con una adecuada y real gestión de procesos.

La mejora de los procesos de gestión (gestión de procesos) evalúa y trata de solucionar específicamente los problemas advertidos: carga procesal y la falta de personal: incluso, ayuda a superar el cambio frecuente de directivos; teniendo en cuenta que el fin de la gestión de procesos es justamente identificar aquellos procesos internos en los que se encuentre la mayor cantidad de quejas y revertir la situación con lo que se tiene o pueda.

3. El otorgamiento de respuesta y compromiso a una respuesta en el más breve tiempo posible son las acciones y/o compromisos asumidos por las municipalidades para superar la demora de los procedimientos administrativos en La Libertad, 2021.

Tabla N° 3

Compromisos asumidos por las municipalidades para superar la demora de los procedimientos administrativos en La Libertad, año 2021.

| Compromisos y/o acciones asumidas por las municipalidades | Número de procedimientos administrativos |
|--|---|
| Otorgamiento de respuesta | 94 |
| Se comprometió a una respuesta en el más breve tiempo posible. | 9 |

| | |
|---------------------------------------|---|
| Comunicación con el administrado | 4 |
| Inicio de procedimiento disciplinario | 1 |

En la tabla 3, se demuestra que la solución al problema de la omisión de respuesta se dio priorizando la respuesta, es decir, organizándose de tal modo, que alcanzó el tiempo para otorgarle una respuesta de inmediato al administrado, en el entendido que, si no hubiera personal o mucha fuera la carga procesal, tal solución demoraría.

Entonces, se evidencia y ratifica la falta de una adecuada estructura, organización y funcionamiento en las municipalidades para responder a tiempo las peticiones, incluyendo la necesidad de hacer una mejora en su proceso de productividad.

Según la Ley N° 27658 “Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado” (2002), es fin del Estado realizar un proceso de modernización que logre un mejor servicio a la ciudadanía, para ello exige mayor eficiencia a las entidades públicas, como el otorgar información necesaria y oportuna al administrado y someterse a un proceso de modernización en su gestión.

En ese sentido, el Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, aprobado por Decreto Supremo N.º 123-2018-PCM (2018), ha establecido como principios bases la simplicidad y armonización del funcionamiento de las entidades públicas, la simplificación administrativa, la estructura acorde al trabajo y a la toma de decisiones y, las responsabilidades asociadas. Por ello, dispone la mejora del proceso de productividad, que comprende la reducción de trámites o de todo acto que afecte el objetivo institucional planteado, para lo cual, la entidad pública debe racionalizar los recursos e insumos utilizados.

En específico, la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, mediante Decreto Supremo N° 004-2013-PCM (2013); establece que, ante el deficiente diseño de organización y de funciones, de infraestructura, equipamiento y logística -entre otros-, el Estado, dentro del componente de una gestión pública orientada a resultados, debe buscar una adecuada gestión de procesos.

La gestión de procesos consiste en que la entidad pública, en este caso, la municipalidad, se organice rigurosamente según los procesos internos que realiza para la atención y/o producción de bienes o servicios. Para ello, tiene que buscar que los procedimientos que realiza tengan una cadena de valor y soporte. Este proceso se logra evaluando las deficiencias, como lo hace esta investigación ante la falta de respuesta o atención de los procedimientos administrativos, y en función a sus resultados, establecer la superación del problema en cuatro etapas: i) mejora de los insumos que utiliza (distribución y racionalización del personal), ii) mejora de las actividades que realiza (conocimiento de las funciones, procesos y responsabilidades), iii) mejora del producto o servicio que brinda (con mayor transparencia y oportunidad) y, iv) mejora del resultado que otorga al ciudadano (atención a su problema y/o solicitud con calidad) y a la colectividad (mejora del interés general).

Estos son los problemas que se presentan en las municipalidades de La Libertad al momento de omitir las respuestas a las solicitudes de los administrados. Aunque parezca que la carga procesal o la falta de personal es el problema -que sí lo es-, en realidad, tales supuestos se dan por un factor más de fondo: la carencia de práctica en la materialización mejoras en los procesos de

productividad y de gestión.

CONCLUSIONES

Las municipalidades del departamento de La Libertad que no atienden en el plazo los procedimientos administrativos demoran en promedio 72 días hábiles para darle una respuesta a las solicitudes de sus administrados, inobservando el plazo de 30 días hábiles que establece el TUO de Ley 27444 y transgrediendo el derecho constitucional de petición de los solicitantes, consagrado en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Los factores que originan que la carga procesal y la falta de personal en las municipalidades del departamento de La Libertad conlleven a una falta de atención oportuna de los procedimientos administrativos que tramitan son la carencia de una práctica de mejora y resultados a en sus procesos de productividad y de gestión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constitución Política del Perú [Const.] (1993) 3da. Ed. Gaceta Jurídica.
- Defensoría del Pueblo (2022). Vigésimo Quinto Informe Anual 2021. Perú, Lima: Defensoría del Pueblo.
- Congreso de la República del Perú. (29 de enero de 2002) Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado. [Ley 27658]. DO: El Peruano.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (9 de enero de 2013) Aprueba la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública. [Decreto Supremo 004-2013-PCM]. DO: El Peruano.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (18 de diciembre de 2018) Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública. [Decreto Supremo 123-2018-PCM]. DO: El Peruano.
- Tribunal Constitucional del Perú. (6 de diciembre de 2002) Sentencia 1042-2002-AA/TC [Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma).

Algunas consideraciones problemáticas sobre la investigación científica aplicada al derecho**Some problematic considerations on scientific research applied to law****Bruno Fernando Avalos Pretell**

Universidad Católica de Trujillo – Benedicto XVI

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 20/07/2023

RESUMEN

En este trabajo el autor aborda, de forma introductoria, cinco problemas que se presentan en la investigación científica aplicada al Derecho. Así, responde las siguientes interrogantes: ¿es el Derecho una ciencia?, ¿qué tipo de ciencia es el Derecho?, ¿existen investigaciones cuantitativas y cualitativas en Derecho?, ¿es suficiente tener la condición de egresado para hacer una tesis en Derecho?, y ¿es sencillo elegir tema de tesis en Derecho?; para lo cual desarrolla de forma fundamentada su postura, teniendo en cuenta las diversas posiciones principales que se han elaborado en la literatura especializada acerca de cada una de estas interrogantes.

Palabras clave: Ciencia, Derecho, Investigación Científica, Tesis.

b.avalos@uct.edu.pe, <https://orcid.org/0000-0003-0718-2778>

ABSTRACT

In this paper, the author addresses, in an introductory manner, five problems that arise in scientific research applied to law. Thus, he answers the following questions: is Law a science, what kind of science is Law, is there quantitative and qualitative research in Law, is it enough to be a graduate to write a thesis in Law, and is it easy to choose a thesis topic in Law; for which he develops his position, taking into account the various main positions that have been developed in the specialized literature on each of these questions.

Keywords: Science, Law, Scientific Research, Thesis

INTRODUCCIÓN

La investigación científica aplicada al derecho siempre ha generado diversos problemas, partiendo de la gran pregunta de que si el derecho es o no una ciencia, para luego centrarse en otros asuntos fundamentales, tales como la determinación de qué tipo de ciencia se trataría, si se pueden aplicar los tradicionales enfoques cuantitativo y cualitativo a la investigación jurídica, de si es suficiente tener la condición de egresado para hacer una tesis en Derecho y si es sencillo o no encontrar un tema de investigación.

En este sentido, este trabajo académico se centra en dar respuestas, en forma introductoria, a las mencionadas interrogantes, a fin de esclarecer el camino al estudiante que se aventura a investigar científicamente en el derecho.

El problema primigenio: ¿es el derecho una ciencia?

La ciencia, según Popper (como citado en Aranzamendi y Humpiri, 2021), es el arte más humano, con más fallos e incluso imprevisiones, cuyo resultado permite incrementar el conocimiento sobre determinada materia.

Lo anterior implica que la ciencia no posee límites en cuanto al conocimiento que genera, sino que se va perfeccionando mientras más se siga investigando sobre un determinado objeto de estudio con el empleo de un determinado método.

El referido método, en general, que no es otro que el denominado método científico (Bunge, 1980, 1999; Popper, 1991; Rodríguez y Pérez, 2017; Morles, 2022), el mismo que “tiende a reunir una serie de características que permiten la obtención de nuevo conocimiento científico” (Asensi y Parra, 2022, p. 13), y que posee dos sentidos: como un conjunto de principios a partir de los cuales se produce el conocimiento, y como un conjunto de técnicas e instrumentos que viabilizan dicho conocimiento de forma coherente, innovadora y universal (Aranzamendi y Humpiri, 2021).

En el caso del objeto de estudio, este es el resultado “de la intersección entre el problema que instala la necesidad de avanzar a través de un proceso de investigación y los conceptos, sus definiciones y relaciones que otorgan sentido al objeto y que hacen a su interpretación y comprensión” (Cohen y Gómez como citado en Leyva y Guerra, 2020, p. 252).

El objeto de estudio, en principio, debe ser único y debidamente delimitado. Así, tenemos diversos ejemplos, en el caso de la Física, su objeto de estudio vendría a ser las leyes fundamentales del universo; en el caso de la Biología es “la vida en sus diversos aspectos, observada a través de distintos enfoques” (León y Berendson, 1996, p. 2), y para la Química “son las sustancias y sus interacciones” (Sosa, 2015, p. 263).

De este modo, si una disciplina de estudio tiene ambas características será considerada sin ningún tipo de duda como ciencia; tal como lo ha precisado Bunge (2004) al explicar que “el enfoque científico, pues, está constituido por el método científico y por el objetivo de la ciencia” (p. 5).

Ahora bien, habiendo explicado lo anterior, es importante responder la siguiente pregunta: ¿el Derecho presenta ambas características?, esto es, ¿el Derecho tiene un objeto de estudio debidamente delimitado y un método en específico que le permita estudiar dicho objeto?

En principio, se debe advertir que el Derecho presenta un gran inconveniente, y es que existen diversas definiciones y teorías acerca de lo que es y de lo que se encarga de estudiar (Mabel, 2011). Esto generó que Hart (2012), en su debido momento, sostenga con perplejidad lo siguiente:

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta “¿qué es derecho?”. Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la “naturaleza” del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “¿qué es química?” o “¿qué es medicina?”, como la hay para responder a la pregunta “¿qué es derecho?”. Unas pocas líneas en la primera página de un manual elemental son todo cuanto debe considerar el estudiante de aquellas ciencias; y las respuestas que se le dan son de un tipo muy diferente al de las que recibe el estudiante de derecho (p. 1).

Lo cual incluso ha generado que se sostenga que la palabra Derecho “tiene una significación tan rica que tratar de expresarla mediante un definiens lo bastante breve como para que tenga sentido seguir hablando de definición, puede verse como una simplificación excesiva que oculta más problemas de los que ilumina” (Atienza, 2018, pp. 22-23).

Y es que de acuerdo con la teoría que se asuma acerca de lo que es el Derecho, tendremos que existen diversos objetos de estudios de este. Así, en el caso de la teoría iusnaturalista, el objeto de estudio del derecho serían los valores superiores e inmutables, en especial el valor superior de la justicia, pues será esta la que determine cuando se está frente a verdaderas normas; es decir, para esta teoría sólo se estará frente a normas jurídicas cuando estas sean justas (Rubio y Arce, 2019; Rubio, 2017; Cathrein, 1916; Alzamora, 1987; Ballesteros, 1986).

En cambio, en el caso de la teoría positivista, el objeto de estudio del Derecho sería la norma jurídica, siendo que esta será válida, no por ser justa, sino por ser emitida cumpliendo el proceso previamente establecido para su creación en un determinado sistema jurídico (Du Pasquier, 1994; Latorre, 1974; Prieto, 2016; Nino, 1983; Jiménez, 2005; Scarpelli, 2021; Bobbio, 1998, 2017; Prieto, 2018; Herrera, 2006).

Es pertinente señalar que cada una de las tres grandes teorías clásicas acerca de lo que es el Derecho y de lo que se encarga de estudiar posee subclasificaciones y posiciones particulares de cada uno de los autores connotados que las acogieron, por lo que a continuación, para efectos didácticos y teniendo en cuenta el máximo de páginas permitidas en esta publicación, únicamente haré referencia a sus postulados generales y comunes.

Finalmente, para la teoría del realismo jurídico, el objeto de estudio del Derecho sería la jurisprudencia, la cual se traduciría en las resoluciones judiciales que emiten los jueces en el desarrollo de un proceso judicial. De este modo, para esta teoría, las normas jurídicas sólo serían mandatos que regulan el actuar del juez, siendo este quien recién crea el verdadero contenido del Derecho, mediante sus decisiones judiciales (Tarello, 2017; Barberis, 2015).

La complicación anterior generó que surja una teoría ecléctica, que no limitó el objeto de estudio

del Derecho a una sola dimensión, sino que consideró que es complejo, conformado por tres dimensiones. Así tenemos que surgió la teoría tridimensional del Derecho, la misma que tiene como sus máximos exponentes a Carlos Cossio, Miguel Reale (1984, 1997), Carlos Fernández Sessarego (2017) y Werner Goldschmidt (1985). En este sentido, para esta teoría el derecho no puede ser entendido como un concepto inequívoco, sino que resulta ser pluridimensional y complejo, siendo que no sólo se debe preocupar por estudiar de forma individual a la norma, al hecho o al valor, sino que debe centrarse en los tres, al estar conectados entre sí; por lo que “permite tener conciencia de los diversos factores o dimensiones que interactúan dentro del derecho” (Witker, 2015, p. 353). De este modo, el objeto de estudio del derecho sería pluridimensional, a diferencia de lo que ocurre con otras disciplinas del conocimiento.

Por ello, tal como explica Ansuátegui (2000):

Una visión completa del Derecho exige la concurrencia de las tres perspectivas.

Cuando se señala que el Derecho es norma se está aludiendo a que está compuesto por normas, esto es, por expresiones del deber ser, a través de las cuales se consideran determinadas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas. (...).

Al subrayar la dimensión fáctica del Derecho, afirmando que el Derecho es un hecho, se hace referencia a la existencia en sociedad del fenómeno jurídico (...). El Derecho existe en la sociedad humana y adquiere significado en el marco de ella. (...).

En tercer lugar, el Derecho presenta una evidente dimensión valorativa (...). A partir de las normas jurídicas se pueden evaluar positiva o negativamente las acciones de los individuos sometidos a ellas.

Por tanto, norma, hecho y valor son las tres dimensiones básicas del Derecho. (p. 24).

En lo que respecta al método, el derecho posee su propio método específico (lo cual no obsta para que también emplee como método general al método científico, cuando se lleve a cabo una investigación científica), denominado hermenéutica, la cual contiene los diversos sub-métodos y criterios de interpretación de los enunciados normativos, sea que estos se encuentren contenidos en la constitución como en los demás dispositivos legales infra constitucionales.

En este sentido, el derecho sí sería ciencia, pero con sus respectivas particularidades, como el hecho de tener un objeto de estudio pluridimensional y un método de estudio específico, como lo es la hermenéutica.

Ahora bien, es importante precisar que el derecho, como ciencia, no realiza descubrimientos (como podría ocurrir con otros tipos de ciencia como la Medicina, la Física, la Química, etc.), sino que fundamenta, interpreta y justifica, por lo que es esencialmente argumentativo.

La continuación del problema: ¿qué tipo de ciencia es el derecho?

Sobre el particular, en la literatura especializada existen diversas posturas. Así, para Arce (2022), el Derecho no es ciencia natural ni ciencia social, para lo cual explica:

Creo que el Derecho no es una ciencia natural porque, a diferencia de la naturaleza que es

percibida por los sentidos, los valores que conforman el Derecho natural (superior o ideal) no son perceptibles por los sentidos (...).

Por otro lado, tampoco el Derecho es una ciencia social. La ciencia social estudia el comportamiento de los seres humanos y sus relaciones. El estudio de comportamiento nada tiene que ver con el estudio de normas jurídicas emitidas formalmente. El comportamiento es lo que ocurre en la realidad, la norma jurídica es un “deber ser”. La norma jurídica es un mandato artificial que proviene del grupo social, que solo pretende encauzar los comportamientos, pero los comportamientos nada tienen que ver con el supuesto de hecho de la norma. (pp. 38-40)

De este modo, desde su perspectiva, el derecho, que tendría como objeto de estudio a la norma jurídica, sería una ciencia jurídica, pues:

El científico jurídico conoce la norma sin condicionamientos ni ideología. Su acercamiento es imparcial y solo debe describir lo que el legislador ha dispuesto. “Describir” significa identificar todos los supuestos de hecho a los que le sigue una consecuencia, también significa interpretar el lenguaje de la norma y, por supuesto, sistematizarla en el marco del ordenamiento jurídico (Arce, 2022, p. 41).

Por su lado, Aranzamendi y Humpiri (2021) consideran que el derecho “tiene de ciencia formal y fáctica, pero en este último caso, se ubica en el rubro de las ciencias sociales” (p. 20).

A mi consideración, responder la pregunta propuesta dependerá de la clasificación que se adopte respecto a la ciencia. Así, siguiendo la clasificación de Bunge (1997), que es también acogida por otros autores (De Hoyos, 2020), se puede sostener que existen dos grandes géneros: las ciencias formales y las ciencias fácticas. Las primeras se refieren a aquellas ciencias que emplean constructos ideales, que no utilizan datos empíricos y que la veracidad de una de sus afirmaciones dependerá de su coherencia interna y su argumentación; en ellas se encuentran la Lógica y la Matemática. En el caso de las segundas, estas se refieren a cuestiones empíricas, en donde puede ser que no haya intervenido el hombre (ciencias naturales) o sí lo haya hecho (ciencias sociales); aquí se encuentran las ciencias naturales, las ciencias sociales y las ciencias biosociales.

Siguiendo la clasificación propuesta, el derecho sería una ciencia social (Valencia y Marín, 2018; Ramírez, 2009) porque estaríamos frente a una creación humana. Así, el derecho como valor justicia, norma jurídica y hecho (jurisprudencia) no surge por sí mismo de la naturaleza, sino que vendría a ser una creación de una sociedad civilizada; de este modo, si no hubiese sociedad, no podría existir derecho, ya que como mínimo se requiere de la existencia de dos personas para que este se encuentre presente.

Tercer problema: ¿existen investigaciones cuantitativas y cualitativas en derecho?

Superado los dos problemas antedichos, surge otro, de tamiz más pragmático, y es el referente a la elaboración de los proyectos de tesis e informes finales en Derecho teniendo en cuenta los esquemas que usualmente exigen las universidades que sean empleadas por sus alumnos, esto es, la exigencia de emplear esquemas con los enfoques cuantitativo o cualitativo. Así, es necesario que se responda la siguiente pregunta: ¿existen investigaciones cuantitativas y cualitativas en derecho?

Para responder ello, primero debemos de definir ¿qué son los referidos enfoques? Así, una

investigación con enfoque cuantitativo:

Se denomina así porque trata con fenómenos que se pueden medir (esto es, que se les puede asignar un número, como por ejemplo: número de hijos, edad, peso, estatura, aceleración, masa, nivel de hemoglobina, cociente intelectual, entre otros) a través de la utilización de técnicas estadísticas para el análisis de los datos recogidos, su propósito más importante radica en la descripción, explicación, predicción y control objetivo de sus causas y la predicción de su ocurrencia a partir del desvelamiento de las mismas, fundamentando sus conclusiones sobre el uso riguroso de la métrica o cuantificación, tanto de la recolección de sus resultados como de su procesamiento, análisis e interpretación, a través del método hipotético-deductivo. En ese sentido, tiene un mayor campo de aplicación dentro de las ciencias naturales como la biología, química, física, neurología, fisiología, psicología, etc. (Kerlinger citado por Sánchez, 2019, pp. 104-105)

Por su lado, una investigación cualitativa:

Se la concibe como una categoría de diseños de investigación que permite recoger descripciones a través de la aplicación de técnicas e instrumentos como observación y la entrevista, a fin de obtener información en forma de narraciones, grabaciones, notas de campo, registros escritos, transcripciones de audio y video, fotografías, entre otros. La investigación cualitativa está vinculada principalmente con las ciencias sociales, pero también es empleada para estudios políticos y de mercado.

Los estudios cualitativos se caracterizan por estar enfocados en los sujetos y sus conductas adoptadas, el proceso de indagación es tipo inductivo, y el investigador está en constante interacción con los participantes y con los datos, para de esta forma encontrar las respuestas centradas en la experiencia social y cuál es su significado en la vida de las personas (Alan et. al, 2018, pp. 75-76).

De este modo, este enfoque “es exclusivo del orden social y, por lo mismo, no cabe encontrar antecedentes en las ciencias naturales y sus modelos del saber metódico. En cambio, ha de formularse completamente en sus bases y criterios de validación” (Arnold et. al, 2006, p. 19).

Ahora bien, teniendo en cuenta las anteriores definiciones, considero que no es posible llevar a cabo investigaciones en derecho bajo el enfoque puramente cuantitativo, toda vez que el objeto de estudio de dicha ciencia no puede ser pasible de medición, esto es, no es posible medir la justicia, la norma jurídica o la jurisprudencia.

Aunado a ello, no es posible realizar predicciones en la ocurrencia del fenómeno estudiado, pues las investigaciones en derecho son esencialmente argumentativas, lo cual implica que, pese a que se estudie un mismo problema empleando el mismo método y técnica, se puede arribar a respuestas distintas de acuerdo con la posición asumida por el investigador. Así, por ejemplo, si se estudia la posibilidad normativa de regular la figura del matrimonio homosexual en el ordenamiento jurídico peruano, la respuesta puede variar de acuerdo con la posición que asuma el investigador con relación al derecho. En tal sentido, para un positivista la respuesta puede ser negativa, pero para un neoconstitucionalista la respuesta puede ser totalmente contraria a la del primero, pese a que ambos emplearon el mismo método hermenéutico y técnica de recolección de datos. De este modo, si se sostiene que se está realizando una investigación con dicho enfoque, lo que realmente se está haciendo es desnaturalizar la esencia del derecho y forzando al

investigador a que realiza una ficción, solo con el fin de ajustar su investigación a un esquema previamente aprobado por su universidad.

En el caso del enfoque cualitativo, considero que sí es posible llevar a cabo este tipo de enfoque, pero con un tipo específico de investigación jurídica; es decir, el análisis de las cualidades de los sujetos y de sus conductas solo será posible en investigaciones que no son puramente dogmáticas, sino más bien socio-jurídicas.

Respecto a dicho tipo de investigación, en la literatura especializada se ha sostenido:

En primer lugar, la ciencia social le puede ayudar al investigador jurídico a entender y explicar los procesos de decisión legislativa sustancial. Puede explicar los hitos históricos que condicionan la creación de la norma (ya sea permitiendo o prohibiendo una conducta) o puede explicar los distintos poderes políticos o sociales que condicionando la creación de la norma. (...).

En segundo lugar, es evidente que cuando una norma jurídica permite o prohíbe una conducta, quiere obtener un resultado en la sociedad donde actúa. Cada norma persigue el interés del grupo social, como cuando el legislador emite una norma que prohíbe la violencia contra la mujer. La eficacia de la norma no la puedo medir analizando la propia norma jurídica, sino que esta medición la puede hacer analizando la realidad en la que se aplica la norma. (...). Las variables elegidas por el investigador, para medir la eficacia de la norma jurídica, dan vida a otra vertiente de la llamada “sociología del Derecho” (Arce, 2022, pp.78-79).

Cuarto problema: ¿es suficiente tener la condición de egresado para hacer una tesis en Derecho? Investigar es una actividad humana, por lo que no es exagerado sostener que por naturaleza todos los seres humanos somos investigadores.

Nuestra dimensión de investigador va de la mano con el desconocimiento que tenemos acerca de una determinada parcela de la realidad; es decir, solo investigamos lo que no conocemos, pues solo en este último caso es donde habrá una duda.

Sobre el particular, De Los Ángeles y Del Valle (2019) explican:

Quien investiga interroga a la realidad en busca de explicaciones, de patrones o regularidades que aclaren las relaciones (causales, por ejemplo) observables en el mundo. Esta búsqueda es impulsada por la innegable curiosidad que empuja al ser humano a salir de sí mismo, y a orientarse hacia el mundo y su conocimiento. Entendemos la curiosidad como el deseo de saber más acerca de un tema particular; se trata de una orientación al conocimiento que nos motiva a plantearnos preguntas relevantes, interesantes y originales, y a emprender la búsqueda que nos lleve a darles solución. (p. 33)

Ahora bien, el hecho que investigar sea connatural al ser humano, esto no significa que todos puedan llevar a cabo una investigación científica, toda vez que para que esta se realice es necesario que preexista un razonamiento en el que deban estar presentes una variedad de elementos esenciales, los cuales, siguiendo a Ramos (2018), son los siguientes:

Un objeto reconocible de estudio, el cual debe estar definido de tal manera que sea identificable por los demás.

Una serie de afirmaciones originales sobre dicho objeto, las cuales deben ser inéditas o, si no lo

fuesen, deben aportar una visión renovada.

La utilidad de los resultados de la investigación, lo cual supone que la labor investigativa deba de significar un avance en el conocimiento sobre la materia estudiada.

Elementos que deben de servir para verificar o refutar las propuestas que contiene la investigación. Estos elementos serían las fuentes primarias y secundarias.

Así, para apartarnos del conocimiento común y profundizar en el conocimiento científico (el cual “resiste la confrontación con la realidad, descarta explicaciones metafísicas y, utiliza fuentes de primera mano” (Behar, 2008, p. 8), y “se fundamenta en principios, teorías, leyes y conceptos” (Cabezas et. al, 2018, p. 9) es necesario que se encuentren presentes los cuatro elementos, los cuales no necesariamente cumple previamente un alumno o recién egresado antes de aventurarse a hacer una tesis.

En efecto, es muy común observar que se decida abordar un tema de investigación en derecho sin antes haber asumido una posición acerca de lo que se encarga de estudiar el derecho.

Aunado a ello, también se ha observado que en muchas ocasiones el trabajo presentado como tesis no contiene afirmaciones originales, sino únicamente un aglomerado de conceptos parafraseados o textuales que pertenecen a otros autores. Asimismo, otro inconveniente es que se realizan estudios que tienen apariencia de tesis pero que no poseen fines básicos ni aplicados, en el sentido que no incrementan el conocimiento sobre un determinado tema (al repetir posiciones previamente desarrolladas por otros autores) ni proponen una solución ante un determinado problema que se presenta en la realidad.

Finalmente, también existen trabajos que defienden una posición, pero sin que la misma esté respaldada a través de fuentes primarias o secundarias, esto es, el tesista asume una postura frente a un determinado problema sin que previamente haya revisado la literatura especializada que también abordó el mismo problema mucho antes, a fin de que exprese su conformidad o su discrepancia acerca de la misma.

Por ello, considero que no es suficiente tener la condición de egresado para hacer una tesis en Derecho, toda vez que no siempre el egresado habrá cumplido previamente con los antedichos elementos, teniendo así “tesis” que no generan propiamente conocimiento científico, sino únicamente conocimiento común.

Así, no se debe olvidar lo manifestado por Rudolf V. Ihering (2002), quien con mucha certeza exclamó en su conferencia inaugural: ¿Es el derecho una ciencia?, lo siguiente: “Debemos exigir a una ciencia, como la ciencia del derecho, la capacidad crítica y un pensamiento propio, tanto o más que a otras ciencias, pues la ausencia de éstos puede poner a los jóvenes en situación de peligro” (p. 53).

Quinto problema: ¿es sencillo elegir tema de tesis en derecho?

Siguiendo a De Los Ángeles y Del Valle (2019), el “tema es el objeto preciso respecto del cual se desarrollará nuestra investigación” (p. 83); se inicia formulándonos preguntas, las cuales provienen de nuestros propios intereses, siendo que después hay que elegir cuál de todas ellas es

la que llama más nuestra atención.

Sobre el particular, el gran académico Eco (2017) sostuvo que existen cuatro reglas obvias para la elección del tema de tesis:

Que el tema corresponda a los intereses del tesista (...).

Que las fuentes a que se recurra sean asequibles (...)

Que las fuentes a que se recurra sean manejables (...)

Que el cuadro metodológico de la investigación esté al alcance de la experiencia del tesista (p. 23).

Estas cuatro reglas parecen sencillas de cumplir; sin embargo, en el caso de las investigaciones científicas aplicadas al Derecho, su cumplimiento no es tarea sencilla, debido a que el derecho, y por ende sus temas y sus fuentes de información, padece de tres grandes inconvenientes: de ambigüedad, de vaguedad y de emotividad. Así, Ansuátegui (2000) precisa que el inconveniente de ambigüedad se presenta en el hecho que el Derecho posee diversos significados, ya sea como conjunto de normas (derecho objetivo), derecho subjetivo, ciencia jurídica o como sinónimo de justicia. Por su lado, el inconveniente de la vaguedad se da de dos formas: intencional y extensional, el primero se presenta porque no existe certeza sobre los rasgos o propiedades que deben acompañar a un sistema normativo para ser considerado como jurídico, y el segundo en que no existe certeza sobre su ámbito de aplicación. Finalmente, el inconveniente de emotividad se da porque el Derecho posee una carga emotiva favorable.

De este modo, cuando una persona decide elegir un tema a investigar en Derecho, previamente tendrá que superar los tres inconvenientes antedichos, a fin de evitar que su tesis termine siendo confusa, vaga o pierda su tamiz objetivo. Así, tendrá que delimitar con qué significado del derecho trabajará y cuál será la extensión de este, dejando en claro ello en la elaboración del proyecto y del respectivo informe final de la tesis a través del marco teórico.

Finalmente, deberá de tener cuidado de dejar llevarse por sus sesgos y de reducir al máximo la subjetividad en la investigación, siendo lo más objetivo posible, expresando las teorías que refutan y que suman a su posición frente al problema investigado.

CONCLUSIONES

El derecho es una ciencia social, teniendo como objeto de estudio pluridimensional a la norma jurídica, a los valores fundantes de dichas normas y a la jurisprudencia; asimismo, posee un método de estudio específico, denominado hermenéutica jurídica.

El investigador en derecho no realiza descubrimientos, sino que fundamenta, interpreta y justifica su posición, por lo que la investigación científica en Derecho es esencialmente argumentativa.

No es posible llevar a cabo investigaciones en derecho bajo el enfoque puramente cuantitativo, toda vez que su objeto de estudio no puede ser pasible de medición. En cambio, sí sería posible llevar a cabo una investigación bajo el enfoque cualitativo, pero solo en investigaciones socio-jurídicas.

No resulta suficiente tener la condición de egresado para encontrarse preparado para llevar a cabo una tesis en derecho, toda vez que no siempre el egresado habrá cumplido previamente con los

cuatro elementos esenciales para estar frente a una investigación científica.

La elección del tema de investigación en derecho no es sencilla, pues previamente el investigador debe superar tres grandes inconvenientes: de ambigüedad, de vaguedad y de emotividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alan, D., Quezada, C., & Arce, J. (2018). Investigación cuantitativa y cualitativa. En D. Alan, & N. Cortez (Edits.), *Procesos y Fundamentos de la Investigación Científica* (págs. 68-87). Ediciones UTMACH.
- Alzamora, M. (1987). *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Décima ed.). Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Ansuátegui, J. (2000). El concepto de Derecho. En G. Peces-Barba, E. Fernández, R. De Asís, M. Fariñas, Á. LLamas, J. Ansuátegui, . . . J. Sauca, *Curso de Teoría del Derecho* (Segunda ed., págs. 15-37). Marcial Pons.
- Aranzamendi, L., & Humpiri, J. (2021). *Derecho & Ciencia. Ruta para hacer la tesis en Derecho*. Grijley.
- Arce, E. (2022). *El Derecho como objeto de investigación. Enfoques metodológicos y técnicas de recolección de datos*. Palestra.
- Arnold, M., Vivanco, M., Gaínza, A., Cottet, P., Canales, M., Rodríguez, T., . . . Martinic, S. (2006). *Metodologías de investigación social. Introducción a los oficios*. (M. Canales, Ed.). Lom Ediciones.
- Asensi-Artiga, V., & Parra-Pujante, A. (2002). El método científico y la nueva filosofía de la ciencia. *Anales de Documentación*, 5, 9–19.
- Atienza, M. (2018). *Introducción al Derecho*. Zela.
- Ballesteros, J. (1986). *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica* (Segunda ed.). Tecnos.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Palestra.
- Behar, D. (2008). *Metodología de la Investigación*. Editorial Shalom.
- Bobbio, N. (1998). *El positivismo jurídico*. (R. De Asís, & A. Greppi, Trans.). Debate.
- Bobbio, N. (2017). *Teoría General del Derecho* (Quinta ed.). (J. Guerrero, Trad.). Temis; Ediciones Olejnik.
- Bunge, M. (1980). *Epistemología. Curso de actualización*. Siglo XXI.
- Bunge, M. (1999). *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*. (H. Pons, Trad.). Editorial Sudamericana.
- Bunge, M. (2004). *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía* (Tercera ed.). Siglo XXI Editores.
- Cabezas, E., Andrade, D., & Torres, J. (2018). *Introducción a la metodología de la investigación científica*. Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE.
- Cathrein, V. (1916). *Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo* (Segunda ed.). (A. Jardón, & C. Barja, Trans.). Hijos de Reus, Editores.
- De Hoyos, S. (2020). El método científico y la filosofía como herramientas para generar conocimiento. *Revista Filosofía UIS*, 19(1), 229–245.
- De los Ángeles, M., & Del Valle, J. (2019). *Cómo iniciarse en la investigación académica. Una guía práctica*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Du Pasquier, C. (1994). *Introducción al Derecho* (Quinta ed.). (J. Ayasta, Trad.). Editorial Jurídica Portocarrero.

- Eco, U. (2017). *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Editorial Gedisa.
- Fernández, C. (2017). *El Derecho como libertad. La Teoría Tridimensional del Derecho* (Cuarta ed.). Motivensa Editora Jurídica.
- Goldschmidt, W. (1985). *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes* (Sexta ed.). Ediciones Depalma.
- Hart, H. (2012). *El concepto de Derecho* (Tercera ed.). Abeledo Perrot.
- Herrera, E. (2006). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Astrea.
- Ihering, R. (2022). *¿Es el derecho una ciencia?* (F. Fernández-Crehuet, Trad.). Comares.
- Jiménez, R. (2005). *Fragmentos de Teoría del Derecho*. (F. Ansuátegui, Ed.). Dykinson.
- Latorre, A. (1974). *Introducción al Derecho* (Sexta ed.). Ariel.
- León, R. & Berendson, R. (1996). Medicina teórica: Definición de la medicina y su relación con la biología. *Revista Médica Herediana*, 7(1), 01-03.
- Leyva, J. & Guerra, Y. (2020). Objeto de investigación y campo de acción: componentes del diseño de una investigación científica. *EDUMECENTRO*, 12(3), 241-260. Epub 22 de junio de 2020.
- Mabel, S. (2011). El derecho como ciencia. *Invenio*, 14(26), 13-38.
- Morles, V. (2002). Sobre la metodología como ciencia y el método científico: un espacio polémico. *Revista de Pedagogía*, 23(66), 121-146.
- Nino, C. (1983). *Introducción al Análisis del Derecho*. Ariel Derecho.
- Popper, K. (1991). *Conjeturas y refutaciones*. Paidós.
- Prieto, L. (2016). *Apuntes de teoría del Derecho* (Décima ed.). Trotta.
- Prieto, L. (2018). *Constitucionalismo y Positivismo*. Palestra.
- Ramírez, M. A., (2009). El Derecho Como Práctica Y Ciencia Social. Más Allá Del Silogismo. Una réplica a Martín Rearte. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, IV-I (126-127),135-141.
- Ramos, C. (2018). *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Grijley.
- Reale, M. (1984). *Introducción al Derecho* (Sexta ed.). (J. Bryfau, Trad.). Ediciones Pirámide.
- Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho*. (Á. Mateos, Trad.). Editorial Tecnos.
- Rodríguez, A., & Pérez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista EAN*, (82), 179-200.
- Rubio, M. (2017). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (Onceava ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M., & Arce, E. (2019). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez, F. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 13(1), 102-122.
- Scarpelli, U. (2021). *¿Qué es el positivismo jurídico?* (C. Moreno, Trad.). Zela.
- Sosa, P. (2015). El largo y sinuoso camino de la Química. *Educación química*, 26(4), 263-266.
- Tarello, G. (2017). *El realismo jurídico americano*. (M. Troncoso, Trad.). Palestra.
- Valencia, J. & Marín, M. (2018). Investigación teórica, dogmática, hermenéutica, doctrinal y empírica de las ciencias jurídicas. *Revista Ratio Juris UNAULA*, 13(27), 17-26.
- Witker, J. (2015). Las ciencias sociales y el Derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVIII(142), 339-358

Los derechos en el ámbito de los servicios sociales en el estatuto de autonomía de Cataluña**Rights in the field of social services in the statute of autonomy of Catalonia**

Diana Erika Farías Lazo
Universidad Católica de Trujillo – Benedicto XVI

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 20/07/2023

RESUMEN

Con la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, se reforma el Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC), en el cual se incorpora con novedad muy significativa una Carta de Derechos; novedad que ha sido objeto de debates tanto en foros políticos como jurídicos. Si bien es cierto la inclusión de un catálogo de derechos en el EAC significa un avance importante a nivel autonómico; no obstante, el problema que se suscita es respecto a la exigibilidad de estos. Por ello, este ensayo tiene como finalidad examinar, de manera particular, si los derechos en el marco de los servicios sociales que se regulan en el EAC constituyen derechos subjetivos exigibles ante las autoridades competentes.

Palabras clave: Derechos en el ámbito de los servicios sociales; Estatuto de Autonomía de Cataluña; Derechos Estatutarios.



1 d.fariasl@uct.edu.pe, <https://orcid.org/0009-0004-3630-8194>

ABSTRACT

With the Organic Law 6/2006, of 19 July, the Statute of Autonomy of Catalonia (hereinafter EAC) is reformed, in which a Bill of Rights is incorporated with very significant novelty; a novelty that has been the subject of debates in both political and legal forums. Although it is true that the inclusion of a catalogue of rights in the EAC means an important advance at the regional level, however the problem that arises is with respect to the enforceability of the same. For this reason, the purpose of this test is to examine whether the rights within the framework of social services arising from the EAC constitute subjective rights that can be demanded from the competent authorities.

Keywords: Rights in the field of social services; Statute of Autonomy of Catalonia; Statutory Rights

INTRODUCCIÓN

En España, los Estatutos de Autonomía contienen las normas generales que regulan cada una de las Comunidades Autónomas; las mismas que están referidas a sus órganos de gobierno, las competencias asignadas por la Constitución Española (en adelante CE) y a su identidad histórica.

Una de las principales novedades en la reforma del EAC es la inclusión de una tabla de derechos y el EAC no ha sido la excepción. Sin embargo, en el ámbito de los derechos sociales, y en especial en el ámbito de los servicios sociales, el EAC transforma el régimen jurídico que la CE les otorga a éstos, es decir, los configura como derechos subjetivos y no como principios rectores. En contradicción con la regulación estatutaria, el Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE), en su STC 247/2007, de 12 de diciembre, trae abajo la pretensión de los legisladores estatutarios de dotar a los derechos sociales de un régimen jurídico distinto al de la CE.

En este sentido, el objeto del presente trabajo será analizar si los derechos en el ámbito de los servicios sociales reconocidos en el EAC se configuran como verdaderos derechos subjetivos exigibles antes la jurisdicción ordinaria conforme a la naturaleza misma del derecho. Por ello, para la consecución de este objetivo, he considerado necesario analizar previamente el régimen jurídico de los derechos de atención social en la CE y, asimismo, realizar un breve comentario sobre la STC 247/2007, de 12 de diciembre y la STC 31/2010, de 28 de junio, en lo que respecta a la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía contengan derechos.

En cuanto a la utilización en el presente trabajo del término servicios sociales, debe entenderse como el conjunto de beneficios otorgados sin costo alguno a los individuos, por circunstancias de carencias especiales; los mismos que no son objeto de protección por parte de los servicios públicos tradicionales (Vaquer, 2022).

EL DERECHO A LAS PRESTACIONES SOCIALES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.

En principio, los derechos sociales se encuentran dispersados en diferentes apartados de la CE. Si bien es cierto que la mayoría de estos derechos se encuentran en el Capítulo III del Título I bajo la denominación “De principios rectores de la política social y económica”, pero también hay derechos sociales en otro capítulo y secciones del Título I, así como en otras partes de la Constitución. La relevancia a esta diferenciación es que nos permite ubicar a los derechos en ámbito de los servicios sociales dentro del primer grupo, es decir, dentro de los principios rectores del Capítulo III. En este sentido, los derechos en el ámbito de los servicios sociales se encuentran inmersos en el texto constitucional en las políticas sociales de atención a la familia (artículo 39.1), a los niños (artículo 39.4), a las personas ante situaciones de necesidad, sobre todo en los supuestos de desempleo (artículo 41), a los trabajadores emigrantes (artículo 42), a los jóvenes (artículo 48), a las personas con minusvalía (artículo 49) y a las personas de la tercera edad (artículo 50).

Ahora bien, esta ubicación de los derechos en el ámbito de los servicios sociales supone negar a éstos su reconocimiento como verdaderos derechos subjetivo; puesto que serían una de las excepciones constitucionales al principio de aplicabilidad inmediata. Es el propio artículo 53.3 de la CE el que excluye de la aplicabilidad inmediata a los principios contenidos en el Capítulo III, al afirmar que sólo podrán alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los

desarrollen. Asimismo, en la STC 36/1991 de 14 de febrero, (FJ 5), el TCE ha reconocido que: “los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”

Los derechos en el ámbito de los servicios sociales no serían exigibles por sí mismos como derechos subjetivos directamente ante los tribunales, sino que serían las leyes que, al desarrollar su alcance y contenido, pueden reconocerlos como derechos subjetivos.

Otra excepción al principio de aplicabilidad inmediata de los derechos en el ámbito de los servicios sociales, y en general de los derechos sociales, se produce por la estructura misma del derecho que impide su aplicación inmediata. En este sentido, en el caso de los derechos de libertad se busca limitar la acción del Estado; mientras que en los derechos sociales se requiere una actuación por parte del legislador. Es decir, es necesario que se establezcan las condiciones, la dimensión y la financiación para poder hacer exigible los derechos sociales prestacionales. (Böckenförde, 1993)

Esta diferencia estructural produce como consecuencia que los derechos sociales prestaciones no sean exigibles directamente por la CE porque la pretensión constitucional en ellas contenida es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas. En el caso de los derechos en el ámbito de los servicios sociales, sería necesario determinar, por ejemplo, los medios materiales, personales y técnicos para poder hacer efectivo el derecho de atención a las personas de la tercera edad. No obstante, considero que los derechos en el ámbito de los servicios sociales, y en general los derechos sociales, podrían ser exigidos ante los tribunales siempre que fuera posible obtener de ellos, al menos, un contenido mínimo, es decir, siempre que su propia naturaleza los permita.

A pesar de ello, es evidente, como ya se he mencionado líneas arriba, que la CE configura a los derechos sociales como principios constitucionales programáticos, pero cuál es el valor jurídico de dichos principios. Pues bien, indudablemente éstos no pueden ser exigidos directamente ante los tribunales, pero ello no significa que carezcan de fuerza vinculante para los poderes públicos. Así, en la STC 19/1982 de 5 de mayo, (FJ 6), el TCE señala que estos principios no son meras normas sin contenido, sino que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las demás Leyes. Asimismo, son previsiones constitucionales que obligan al legislador y a demás poderes públicos.

LA JURISPRUDENCIA DEL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS ESTATUTARIOS: STC 247/2007, DE 12 DE DICIEMBRE Y LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNIO.

La configuración que los Estatutos de Autonomía realizan de los derechos que contienen es de derechos subjetivos. Sin embargo, a raíz del recurso de inconstitucionalidad en materia de aguas presentado por el Gobierno de Aragón en contra del artículo 20º del Estatuto de Autonomía de Valencia, el TCE ha aprovechado la oportunidad para abordar desde una perspectiva dogmática la figura del Estatuto de Autonomía en general y manifestar que los Estatutos de Autonomía no contienen derechos sino principios rectores que vinculan a los poderes públicos. Al respecto hay que destacar que el TCE realiza una distinción entre derechos institucionales y derechos competenciales. Sobre los primeros, el mencionado Tribunal reconoce que si es posible hablar de

verdaderos derechos subjetivos en tanto la CE reconoce a los Estatutos la capacidad de ordenar la organización y el funcionamiento de las Cámaras legislativas o instituciones propias de las Comunidades Autónomas y es en ese ámbito que los Estatutos pueden regular derechos como por ejemplo el derecho de sufragio pasivo y activo.

Para los derechos competenciales, es decir, los derechos que se encuentran vinculados a una materia atribuida por el Estatuto, y aunque vinculen a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, según el TCE en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, (FJ 15), se necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos. Esto es, el TCE otorga entonces un mismo régimen jurídico a los derechos y principios estatutarios.

En esa misma línea, respecto a los derechos cuya reglamentación le corresponde al Estado, se plantea en la STC 31/2020, de 28 de junio, en la cual se examina si las declaraciones de derechos recogidas en los Estatutos de Autonomía vinculan al legislador estatal. Sobre el particular, el TCE declara que esos derechos o mandatos al legislador autonómico no vinculan al Estado y que quedan condicionados a lo que disponga el legislador estatal “con entera libertad” (FJ 21).

Es así como, aparentemente, hay mandatos contenidos en los Estatutos de Autonomía que sólo vinculan al legislador autonómico y no al legislador estatal; pese a que dichos estatutos han sido aprobados mediante ley orgánica.

LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA.

Antes de empezar a analizar los derechos relativos a los servicios sociales en el EAC es necesario precisar que son las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia exclusiva en materia de asistencia social (artículo 148.1.20 CE). Dicho precepto es aplicable a los servicios sociales, en tanto que no hay una clara separación entre los términos asistencia y servicios sociales, sino que se podría decir que son términos que se confunden y complementan.

El EAC incluye, al igual que otros Estatutos recientemente reformados, un capítulo dedicado a los derechos, deberes y principios rectores. Es así que, siguiendo la misma técnica normativa que la CE regula, por un lado, los derechos estatutarios, contenidos en el Capítulo I del Título I denominado “Derechos y deberes en el ámbito civil y social”, entre los que se encuentran los derechos en el ámbito de los servicios sociales (artículo 24 EAC). Dichos derechos vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares y deben interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para su plena efectividad (artículo 37.1 EAC).

Por otro lado, los principios estatutarios contenidos en el Capítulo V del Título I del EAC. Entre éstos podemos identificar varios principios que servirán al legislador autonómico para garantizar el derecho a las personas en materia de servicios sociales. Se pueden destacar en este ámbito los siguientes principios: de responsabilidad pública, de igualdad de acceso a los servicios sociales, de calidad de los servicios, de fomento de la cohesión social y de gratuidad de los servicios básicos

(artículo 42 del EAC). Estos principios estatutarios, deben orientar las políticas de los poderes públicos, quienes deben promover y adoptar medidas necesarias para su plena eficacia. Asimismo, los principios rectores son exigibles ante la jurisdicción, de acuerdo con lo que determinan las leyes que los desarrollan (artículo 39 del EAC).

De la regulación de los derechos y los principios estatutarios en el EAC se pueden extraer dos afirmaciones: en primer lugar, que el EAC realiza una regulación diferenciada entre los derechos y los principios rectores con un régimen jurídico distinto. En el primer caso –los derechos estatutarios–, los dota de la característica de la exigibilidad ante los tribunales y respecto a los principios rectores les niega esta característica. En segundo lugar, lo más destacable es que el EAC transforma los principios rectores de la política social y económica de la CE y que no son exigibles, sin ley de desarrollo, ante la jurisdicción ordinaria, en derechos públicos subjetivos exigibles ante tal jurisdicción (Aparicio y Barceló, 2007). Este sería el caso de los derechos en el ámbito de los servicios sociales.

Con todo ello, a continuación, analizaré la configuración de los derechos en el ámbito a los servicios sociales como derechos subjetivos públicos, teniendo en cuenta que los derechos subjetivos comportan atribuir a su titular una acción frente al sujeto obligado a la prestación. Por ello, es necesario tener en cuenta los elementos que definen los derechos públicos subjetivos:

La determinación de los titulares del derecho subjetivo, los requisitos objetivos de acceso, las prestaciones concretas a las que tienen derecho los titulares, el carácter gratuito o no al acceso de la prestación social y los mecanismos jurídicos para hacer efectivo el contenido del derecho (Tornos, 2005).

Cabe indicar que, todos estos elementos que definen a los derechos públicos subjetivos indicados en líneas precedentes son los que tendremos en consideración para valorar los derechos en el ámbito social en el EAC.

Titulares del derecho en el ámbito de los servicios sociales.

De conformidad con los artículos 7 y 15.1 del EAC son titulares de los derechos estatutarios, en general, los que gozan de la condición de ciudadanos de Cataluña. Esto es, los que ostentan la vecindad administrativa en Cataluña, conforme con la Ley de Bases del Régimen Local. El EAC condiciona los derechos estatutarios, y, en especial, los derechos en el ámbito de los servicios sociales, al dato de la vecindad, lo que implica que el empadronamiento significa la puerta de entrada a los servicios sociales. Asimismo, el EAC establece en el artículo 15.3 que los derechos reconocidos a los ciudadanos de Cataluña en el Estatuto pueden extenderse a otras personas, en los términos que establecen las leyes.

Pues bien, los titulares de los derechos a las prestaciones sociales son claramente identificables en el EAC; sin embargo, el problema de los desplazados de otras Comunidades Autónomas y los extranjeros son cuestiones que se remiten a una legislación posterior.

Una vez identificado los sujetos titulares de los derechos a la atención social en el EAC es necesario, también, identificar a los sujetos obligados a satisfacerlas. Así, el EAC establece, de forma genérica, que tienen la responsabilidad pública las Administraciones Públicas (Generalitat y demás entes locales) de garantizar la disponibilidad de los servicios sociales y además les

atribuye determinadas competencias en el ámbito de los servicios sociales (artículos 165 y 84.2 del EAC).

Los requisitos de acceso y la gratuidad de los servicios sociales.

La única condición de acceso a los servicios sociales que se puede inferir del EAC es la igualdad de acceso (artículo 24.1). Sin embargo, es posible que suela condicionar el reconocimiento concreto del derecho al cumplimiento de determinadas condiciones. Por ejemplo, puede suceder que el acceso a centros o servicios tenga una capacidad limitada, es decir, que la demanda sea mayor que la oferta (por ejemplo, el acceso a una plaza en un centro de asistencia social). En estos casos, es preciso definir en la norma los criterios que van a determinar la preferencia o prioridad en el acceso al servicio o prestación. Al respecto, como ya se ha mencionado, el EAC es bastante escueto al señalar los requisitos de acceso a los servicios sociales.

En lo que respecta a la gratuidad, el EAC reconoce que los derechos a la atención social básica serán gratuitos en los términos que la ley establece (artículo 42.2). Es decir, hace una remisión a una ley ulterior.

Contenido del derecho.

No podemos hablar de verdaderos derechos subjetivos si es que no es posible identificar su contenido para que pueda ser exigido a nivel jurisdiccional. En todo caso, la posibilidad de exigir un derecho en el ámbito de los servicios sociales dependerá de su propia naturaleza. Por lo tanto, a continuación, analizaremos la naturaleza de cada derecho con la finalidad de determinar cuáles son exigibles directamente ante los tribunales y cuáles no.

En este sentido, el EAC reconoce en el artículo 24.1 el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones del sistema de servicios sociales, el derecho de ser informado sobre las prestaciones a las que puede acceder y el derecho a dar el consentimiento para cualquier actuación que les afecte personalmente en marco del sistema social -consentimiento informado-. Pues todos estos derechos, y teniendo en consideración la existencia ya de un sistema de servicios sociales, pueden ser exigibles ante los tribunales de justicia sin que sea necesario ningún desarrollo legal de ningún tipo para que se produzca su reconocimiento. Sin embargo, el artículo 24.1 en la parte final condiciona la exigibilidad de dichos derechos lo que establezcan las leyes. Esta regulación final, a mi juicio, carece sentido, puesto que en los derechos antes mencionados son perfectamente identificables su titular, su contenido y el sujeto obligado. Todo ello, hace posible su aplicación inmediata.

Asimismo, el EAC reconoce el derecho de las organizaciones del tercer sector a ejercer sus funciones en los ámbitos de la participación y la colaboración en materia de servicios sociales (artículo 24.4), el derecho de las personas con necesidades especiales de recibir una atención adecuada a su situación (artículo 24.2) y el derecho a una renta por indigencia (artículo 24.3). Sobre estos derechos podemos señalar que nos encontramos ante derechos que no pueden ser exigibles directamente ante la jurisdicción ordinaria sin que previamente se establezca su contenido mediante una ley posterior. En este sentido, en el primer derecho es necesario determinar, por ejemplo, cuáles son los canales y los órganos encargados de participación y colaboración en el ámbito de los servicios sociales. En el segundo derecho, debe determinarse

cuáles son las situaciones que se configurarán como necesidades de atención especial (por ejemplo, una discapacidad física, psíquica, enfermedades mentales, drogodependencia, entre otras). En el tercer derecho, obviamente, es necesario identificar cuáles serían los requisitos que permitan determinar qué familia o persona se encuentra en situación de pobreza y cuáles el importe de la renta de indigencia. Es evidente que en estos tres derechos antes mencionados no podemos hablar de derechos exigibles directamente a los tribunales sin que haya una regulación previa, sin embargo, podemos afirmar gozan de un contenido mínimo.

Sobre el contenido mínimo de un derecho, el TCE ha reconocido el contenido mínimo del derecho a la objeción de conciencia en el artículo 30.2 de la CE: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria” y al respecto ha manifestado el TC en la STC 15/1982, de 23 de abril, (FJ 6):

(...)

el hecho de que el artículo 30.2 emplee la expresión “la ley regulará”, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la “interpositio legislatoris” no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular, el derecho en términos que permita su plena aplicabilidad y eficacia.

Ello no significa que el derecho de las organizaciones del tercer sector a ejercer sus funciones en los ámbitos de la participación y la colaboración en materia de servicios sociales, el derecho a atención en situaciones de necesidad y el derecho a la indigencia sean exigibles solamente cuando el legislador autonómico los haya desarrollado, ya que para su plena aplicabilidad y eficacia es necesario un desarrollo normativo posterior. Por lo tanto, es posible que sean exigibles, aunque carezcan de un desarrollo normativo, ya que gozan de un contenido mínimo.

Con todo ello, el EAC reconoce dos grupos de derechos en el ámbito de los servicios sociales. Un primer grupo estaría integrado por aquellos derechos que pueden ser exigibles directamente por los ciudadanos, es decir, son de aplicabilidad inmediata y, un segundo grupo de derecho, que, si bien cierto que por su naturaleza no pueden ser exigidos directamente ante los tribunales ordinarios, pero si gozan de un contenido mínimo.

Los mecanismos para hacer exigibles los derechos.

Resulta obvio que no existen derechos en sentido pleno y eficaz sino se encuentran jurisdiccionalmente protegidos, ya que son las garantías las que determinan el grado de eficacia de los derechos y la posibilidad de exigencia frente a vulneraciones provenientes de los poderes públicos y particulares. En este sentido, el EAC en el Capítulo V del Título I dispone cuáles son las garantías de los derechos estatutarios en general. Siguiendo la diferenciación de las garantías estatutarias contenidas en el EAC tenemos: “las garantías normativas como la contenida en el artículo 37.1 EAC que impone a los poderes públicos a respetar los derechos estatutarios e interpretarlos y aplicarlos en el sentido más favorable para su plena efectividad” (Castellá, et. al, 2007).

Asimismo, el EAC establece una reserva legal a fin de deberes de los ciudadanos. Esta reserva legal sería semejante a la reserva legislativa que aprobar una carta de derechos y establece la CE en materia de derechos fundamentales. La garantía de reserva de ley implica que tanto la

regulación esencial como el desarrollo directo de los derechos del Estatuto han de hacerse por medio de leyes del Parlamento, en concreto por leyes ordinarias (Carrillo, 2006).

Otras garantías que contiene el EAC vienen dadas por dos órganos. De un lado, el EAC establece un órgano de naturaleza autonómica como es el Consejo de Garantías Estatutarias, antes Consejo Consultivo, y le encomienda el control preventivo con efectos vinculantes de los proyectos y proposiciones de ley antes de su aprobación por el pleno del Parlamento catalán por vulneración de los derechos estatutarios. Por consiguiente, es que algunos autores aluden a la naturaleza cuasijurisdiccional de este órgano, puesto que el Consejo de Garantías es un órgano de naturaleza consultiva salvo en los casos de control de la constitucionalidad y estatutividad de las normas legales sobre derechos (Carrillo, 2006).

De otro lado, el EAC señala un órgano de naturaleza estatal que se encargue de garantizar los derechos estatutarios. Este órgano, que está integrado en el Poder Judicial, es el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (artículo 38.2), a quien se le encomienda el conocimiento de los recursos de los (actos de los poderes públicos) actos administrativos y disposiciones infralegislativas que lesionen los derechos contenidos en el EAC.

También el EAC regula otro tipo de garantías como las institucionales. Aquí de entrada hay que destacar la figura del Síndic de Greuges (artículo 78 y 79). Este órgano tiene la función de garantizar los derechos y las libertades que el Estatuto y la CE otorgan a los ciudadanos. Estos derechos que pueden ser exigibles directamente ante la administración como sería el supuesto de los derechos de acceso en condiciones de igualdad a los servicios sociales, el derecho a ser informado de las prestaciones y el derecho del consentimiento informado. La protección de estos derechos justificaría la acción del Síndic de Greuges dirigida a garantizar una buena administración ante los ciudadanos.

En todo caso, queda claro que, de manera genérica, el EAC no sólo ha dispuesto un catálogo de derecho, sino que también ha establecido diferentes mecanismos para garantizarlos.

CONCLUSIONES

Del EAC es posible extraer dos grupos de derechos en el ámbito de los servicios sociales con un diferente régimen jurídico analizando la naturaleza misma del derecho. En lo que respecta a los derechos de acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones del sistema de servicios sociales, el derecho de ser informado sobre las prestaciones y el derecho al consentimiento informado (artículo 24.1) estamos ante derechos que son exigibles directamente del texto estatutarios sin necesidad de que haya un desarrollo posterior. Y en lo que concierne a los derechos de las organizaciones del tercer sector a ejercer sus funciones en los ámbitos de la participación y la colaboración en materia de servicios sociales (artículo 24.4), al derecho a una adecuada atención en situaciones de necesidad especial (artículo 24.2) y el derecho a una renta por indigencia (artículo 24.3) estamos ante derechos que gozan de un contenido mínimo, pero que para su plena aplicación y efectividad es necesario una regulación normativa.

Los derechos contenidos en el artículo 24.1 del EAC se especifican con total claridad todos los elementos definidores de los derechos subjetivos como son los sujetos titulares, su contenido y los sujetos obligados a prestarlos.

Los derechos contenidos en el artículo 24 apartados 2.3.4 del EAC no permiten identificar expresamente su contenido en el EAC, por consiguiente, es necesario su desarrollo legal.

Los derechos de atención social, y en general los derechos estatutarios, gozan de diferentes mecanismos para garantizarlos frente a los poderes públicos catalanes y los particulares. Es decir, en el legislador estatutario no sólo se ha preocupado por recoger un catálogo de derechos sino también que éstos puedan ser exigidos.

A pesar de la negativa del TEC de reconocer derechos subjetivos en los Estatutos de Autonomía, es posible dicha configuración conforme a la naturaleza de los derechos. Hay que reconocer además la transformación del régimen jurídico que realizan los Estatutos de Autonomía de los derechos sociales: de principios a derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aparicio, W. y Pisarello, G. (2007). El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía. ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?, *El Clip*, (42), 2-14.
- Aparicio, M. y Barceló, M. (2007). Los derechos públicos estatutarios, https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/download/236/232/478.
- Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Requejo, J. y Villaverde, I., Trad.). Baden. 1993.
- Castellá, J. (Coord.), Esposito, E. y Martín, E. (2007). *Els Drets davant l'administració i les seves garanties en el l'estatut d'autonomia de Catalunya*. Barcelona. Generalitat de Catalunya.
- Castellà, J. (2007). *Hacia una protección "multinivel" de los derechos en España. El reconocimiento de derechos en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/120/art/art2.pdf>
- Carrillo, M. (2006). La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos. En Ferreres, V., Biglino, P., y Carrillo, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña* (63-88). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Exposito, E. (2007). La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, (5), 147-202.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 15/1982, de 23 de abril de 1982.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 19/1982, de mayo de 1982.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 36/1991, de 14 de febrero de 1991.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 247/2007, de 12 de diciembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 31/2010, de 28 de junio de 2010.
- Tornos, J. (2005). Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales. *Documentación Administrativa*, (271-272), 371-388.
- Vaquer, M. (2002). *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*. Valencia. Tirant lo Blanch.

**El principio de confianza en el derecho penal
¿Se puede o se debe confiar?****The principle of trust in criminal law
Can or should it be trusted?**

Jairo Hernando Roldan Álvarez
Universidad Católica de Trujillo – Benedicto XVI

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 20/07/2023

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda el Principio de Confianza desde sus orígenes, identificándolo como parte de la normativización de la categoría jurídica de la Tipicidad en el Derecho Penal.

En este estudio se parte como punto metodológico desde el concepto de Riesgo Permitido en tanto elemento central de la Teoría de la Imputación Objetiva, y a partir de él, se explica el contenido y alcances del Principio de Confianza. Asimismo, aborda integralmente el Principio de Confianza tanto en su formulación general, como en aquellos supuestos en que no resulta de aplicación por presentarse un supuesto de exclusión.

Palabras clave: Imputación Objetiva, Riesgo permitido, Principio de Confianza, Deberes Positivos y Negativos, Autorresponsabilidad.



1 j.roldan@uct.edu.pe, <https://orcid.org/0000-0001-7387-6394>

ABSTRACT

In the present work the Trust Principle is addressed from its origins, identifying it as part of the standardization of the legal category of Criminal Law in Criminal Law.

This study starts as a methodological point from the concept of Permitted Risk as a central element of the Theory of Objective Imputation, and from it, the content and scope of the Trust Principle is explained. Likewise, it comprehensively addresses the Trust Principle both in its general formulation, and in those cases in which it is not applicable due to a case of exclusion.

Keywords: Objective Imputation, Risk allowed, Trust Principle, Positive and Negative Duties, Self-responsibility.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunas décadas, el fenómeno más importante que ha venido suscitándose en el ámbito del Derecho Penal se ha identificado como la normativización del Derecho Penal. Este fenómeno consiste fundamentalmente en la adopción de criterios normativos para la determinación de la responsabilidad penal, sustituyendo a los viejos criterios ontológicos que fueran propuestos por las escuelas Causalista y Finalista.

Esta normativización ha tenido lugar en mayor medida en el ámbito de la tipicidad, y más concretamente, en el nivel objetivo del tipo penal. En este ámbito, la relevancia penal de la conducta, desde una perspectiva normativa, requiere que esta supere el análisis a través de los lineamientos propuestos por la teoría de Imputación Objetiva.

La teoría de la Imputación Objetiva, en el ámbito del Derecho Penal ha proporcionado importantes conceptos para explicar adecuadamente porque un comportamiento ingresa en los alcances del tipo penal, y por tanto es relevante penalmente. Constituye pues el más claro intento por separar lo fenomenológico de lo valorativo en el juicio de tipicidad. En el juicio de imputación objetiva, tiene un papel protagónico el concepto de Riesgo permitido, es a partir de este que se construye este instrumento conceptual que permite una respuesta coherente con la naturaleza del Derecho Penal: Una respuesta normativa. Así se afirma -en forma sumamente resumida- que quien incumple un deber que le incumbe crea un riesgo jurídicamente desaprobado.

En el juicio de imputación, si bien se analizan comportamientos humanos, que indiscutiblemente tienen naturaleza fáctica u ontológica, el enfoque del análisis no debe dejar de ser normativo; por ello, en ocasiones, a pesar de que fenomenológicamente un sujeto desarrolla un comportamiento que se encuentra enlazado causalmente a la afectación de un bien jurídico, no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. La teoría de la imputación objetiva ha construido conceptos que permiten dilucidar precisamente cuando un comportamiento a pesar de haber intervenido causalmente en un resultado lesivo no tiene relevancia penal, nos referimos a la Prohibición de Regreso, Principio de Confianza y Auto puesta en Peligro de la víctima.

El Principio de Confianza, en términos generales supone que un sujeto que no infrinja sus deberes, y por tanto no crea riesgos jurídicamente desaprobados, confía válidamente en que los demás tampoco lo harán, de tal manera que, si fenomenológicamente se produce la lesión de un bien jurídico, su comportamiento no es relevante porque el confiaba en que el otro no iba a infringir su deber.

El uso de este razonamiento esbozado en forma general se ha extendido en forma masiva y es usado por los operadores jurídicos -en ocasiones- sin reparo alguno, sin advertir que, aunque su formulación general tiene aquel sentido, el contenido exacto de este principio de Confianza tiene algunos elementos que hacen que su aplicación no sea mecánica o autómatas como parece y, por tanto, que requiere de una valoración adecuada al momento de aplicarlo.

En este trabajo nos ocuparemos de establecer los contornos del Principio de Confianza, su fundamento y a partir de allí formular una tesis de como este debe abordarse adecuadamente para analizar si se puede o se debe confiar, para lo cual acudiremos a las construcciones dogmáticas que se han elaborado en la dogmática sobre el particular.

El Principio de Confianza en el Derecho Penal:

El Principio de Confianza, es una institución jurídica que hoy forma parte de la Teoría de la Imputación Objetiva, y cuyo papel protagónico en el ámbito de la imputación se debe a la normativización del tipo objetivo; sin embargo, esto no siempre fue así, pues el Principio de confianza como se le conoce hoy, no tuvo en sus inicios la misma finalidad ni amplitud, debido a que solo era aplicable en el ámbito de los delitos imprudentes. En este ámbito tuvo un rol protagónico en cuanto a la determinación del deber de cuidado en el contexto del tráfico rodado o viario. El propio Welzel (1964) señalaba:

Desde el punto de vista de los riesgos que puede asumir un conductor concienzudo y consciente de su responsabilidad, la jurisprudencia ha -establecido y desarrollado el “principio de confianza”, fundamental para el tráfico urbano y según el cual, el que participa en el tráfico puede confiar que los demás se comportan también correctamente, mientras no le conste lo contrario por circunstancias especiales del caso. (p. 115)

De modo que, no es la Teoría de la Imputación Objetiva como se la conoce hoy, la que permitió hablar del principio de confianza en los términos en que hoy se conoce, sino que, sus bases iniciales surgieron en el ámbito del delito imprudente y son de antigua data. Fue el avance de la dogmática penal la que efectuó las modificaciones necesarias para hoy poder aplicarla tanto a los delitos imprudentes como dolosos, al formar parte de la Teoría de la imputación objetiva, cuyos alcances tienen carácter general (Bacigalupo, 1997). En efecto, el desarrollo de la Teoría de la imputación objetiva y del instituto del Principio de confianza permitió además consolidar su aplicación a todos los delitos, esto es, de comisión, omisión, tentados y consumados. (Reyes Alvarado, 2005, pág. 157)

Este carácter generalizado de la aplicación del Principio de Confianza responde al fenómeno de la normativización del tipo objetivo, el mismo que implica el abandono de criterios ontológicos como parámetro, y en su lugar, propuso al riesgo permitido como criterio general de determinación de la relevancia penal de las conductas para el juicio de tipicidad de las mismas.

Resulta entonces necesario aquí referirnos de manera somera al fenómeno de la normativización del tipo penal para entender cómo es que este repercute sobre el contenido del principio de Confianza, y, además, cuál es su relación con el Riesgo permitido como elemento central de esta normativización del nivel objetivo del tipo.

El principio de Confianza y la Teoría de la Imputación Objetiva:

La normativización del tipo constituye fundamentalmente una renuncia a concepciones ontológicas o naturalísticas para explicar la relevancia penal de una conducta, e incorporar en este análisis criterios de naturaleza normativa. Conviene aquí recordar que la concepción causalista del delito entendía la tipicidad como la mera realización de una conducta, desprovista de todo tipo de valoración sobre la misma. Así, VON LIZT (1927) señalaba: “Por tanto, el concepto específico del delito es la infracción penal. El delito es el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena” (p. 254). Asimismo, al abordar las modalidades delictivas como la Comisión y la omisión, este mismo autor refiere:

“El acto de la comisión consiste en causar un resultado. I) La manifestación de la voluntad aparece, aquí, como movimiento corporal voluntario; es decir, motivado por representaciones. II) El resultado debe ser causado por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto”. (p. 292)

Por su parte, describe la omisión como:

“La manifestación de la voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (...) El concepto de la omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por este. (p. 302)

Como es evidente, en la concepción causalista del delito, el análisis de la relevancia penal de la conducta se efectuaba a través de criterios ontológicos, esto es, el análisis de la relevancia penal de la conducta se realizaba bajo el análisis de la concurrencia de fenómenos facticos, de sucesos verificables por los sentidos, no siendo necesarios otros criterios para tal finalidad. “El concepto de acción del causalismo es puramente naturalístico o mecanicista” (Carlos Parma, 2017, p. 40).

Dicho de otra manera, lo que hoy conocemos como tipo penal solo tenía un nivel de análisis, el nivel objetivo, de modo que para realizar el juicio de relevancia penal en este ámbito solo se requería verificar la realización de lo que la descripción legal señalaba como sancionable [constatar una sucesión de fenómenos físicos como el movimiento corporal o la omisión de este movimiento] sin tener en cuenta ninguna otra consideración. El dolo y la culpa eran analizados en el ámbito de la culpabilidad. Es con el finalismo que estas categorías se trasladan al ámbito de la tipicidad y conforman el nivel subjetivo del tipo penal. En este contexto, donde lo importante era lo ontológico, la herramienta que se utilizaba era la causalidad cuya máxima expresión fue la fórmula de la *Conditio Sine qua nom* (Condición sin la cual).

Este enfoque naturalístico empieza a cuestionarse y da lugar a un giro en la concepción sobre la relevancia típica de la conducta. Así en doctrina se tiene que uno de los primeros cuestionamientos que dan lugar a lo que hoy se conoce como normativización del tipo ya se podía encontrar en el ensayo de Honig denominado “Kausalität und objektive Zurechnung” en el año 1970 donde se señala:

“que en la ciencia del derecho no es posible que lo único que importe sea la corroboración del nexo causal en sí, sino que hay que discutir la explicación de una determinada propiedad, que corresponde a las exigencias del orden jurídico, del nexo existente entre acción y resultado” (Claus Roxin, 2017, p.173).

Sobre la razón de la crisis de la causalidad Corcoy Bidasolo (2002) señala:

La causalidad alcanza su apogeo en un momento en el cual el mundo acata las leyes físicas y de la naturaleza como dogma de fe, el positivismo se impone en todos los ámbitos, se cree que las leyes físicas son exactas y que, en consecuencia, al fundamentar en ellas la responsabilidad penal se cumple de la mejor forma posible con los principios de justicia e igualdad. La relativización de esa exactitud y el “conocimiento del desconocimiento” de las leyes físicas, que subsiste pese a los grandes avances científicos, o mejor debido a ellos, supuso la crisis del positivismo jurídico y, de ello, se derivó, asimismo, que el Derecho Penal pusiera en duda la validez de la relación causal, entendida como nexo naturalístico entre conducta y resultado, como fundamento de la atribución de responsabilidad penal. El descubrimiento de que no existen leyes científicas con validez absoluta provoca la crisis de las concepciones ontológicas y positivizadas del Derecho penal y determina que se abra paso a una concepción normativista y funcional. Dentro de un sistema teleológico y funcional del Derecho penal una institución como la relación causal no puede fundamentar nada, pero si puede y debe servir como límite previo, necesario para cumplir

con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia (p. 594).

De este modo, con el abandono de la causalidad como criterio orientador para determinar la relevancia jurídico penal de la conducta, la dogmática penal propone un nuevo enfoque, esta vez, uno desde una perspectiva normativa (Villa Stein, 2017). Esta nueva orientación se sustenta en la necesidad de dotar de un instrumento de naturaleza normativa al Derecho Penal que, como es evidente, es eminentemente normativo. “El principal defecto de la teoría de la equivalencia reside en estar erróneamente referida, es decir, en estar referida a la estadística, la experiencia y a modelos perceptibles sensorialmente, en lugar de estarlo a la finalidad de las normas penales” (Jakobs, 1997, p. 243).

Respecto a la normativización del derecho penal, García Cavero (2019) señala:

En esta línea ROXIN considera que las categorías de la teoría del delito deben estar informadas por las finalidades político-criminales de prevenir los delitos con el respecto de las garantías esenciales. A su turno JAKOBS defiende también una normativización de la dogmática penal, pero a partir de la función de la pena de proteger lo que llama la identidad normativa de la sociedad. Por su parte, la construcción normativa del delito propuesta por FRISCH se sustenta en la necesidad de ajustarla a una teoría comunicativa de la pena como respuesta al quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Como puede verse, todas estas propuestas tienen el denominador común de la normativización de la teoría del delito, aunque el desarrollo metodológico discurre por vías distintas (p. 324).

Esta nueva orientación marca el abandono de los postulados del causalismo apoyados únicamente en la causalidad, para dar pase a una determinación de la relevancia penal de una conducta a partir de criterios valorativos. Es decir, la determinación de la relevancia penal de las conductas no requiere ya de la sola verificación de procesos causales (juicio de atribución), sino que debe hacerse conforme a valoraciones de naturaleza normativa o valorativa (Maraver Gómez Mario, 2009).

El Fundamento del Principio de Confianza:

Estos criterios valorativos se introducen al derecho penal por la influencia de las teorías que en el ámbito de la Sociología se venían desarrollando. Se parte de la premisa según la cual, los bienes jurídicos no permanecen intactos y libres de todo riesgo de ser lesionados, sino que, existe un nivel de riesgo que es imposible de suprimir sin detener el curso de la vida en sociedad para todas las personas. “Se hace evidente entonces, que el Derecho penal, desde esta perspectiva, no puede pretender exigir a todos los ciudadanos la evitación de todos los cursos causales dañosos que se deriven de sus respectivos comportamientos”. (Vásquez Shimajuko, 2019, pág. 400)

En efecto, los bienes jurídicos solo pueden ser protegidos por el derecho penal a través de la estandarización de los riesgos y no a través de la supresión total de los mismos. Esta estandarización lo que persigue es que los contactos sociales de carácter anónimo generen expectativas de interacción entre los protagonistas y ello, a su vez, posibilite la seguridad para la interacción de las personas.

“Las normas penalmente sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la seguridad de las expectativas” (Jakobs, 1997, pág. 243). Este nivel permitido de la interacción social frente a los bienes jurídicos se denomina

Riesgo permitido. En suma, el riesgo permitido está representado por todo aquello que en la interacción social resulta tolerable, de modo que la realización del tipo ya no tiene que ver únicamente con la verificación de un fenómeno fáctico, sino que el tipo solo se va a realizar si ese fenómeno fáctico implica que se haya sobrepasado el riesgo permitido (Gunter Jakobs, 1997). Es justamente este análisis, el enfoque normativo que propone la imputación objetiva en el ámbito del nivel objetivo del tipo.

Riesgo permitido y Principio de Confianza:

Construido de este modo el Riesgo Permitido, se ha convertido en el elemento central de la Teoría de la Imputación Objetiva, y a partir de allí se han desarrollado categorías dogmáticas a través de las cuales se explican la falta de tipicidad de una conducta que, desde una perspectiva causal, o meramente ontológica se encuentra vinculada a un resultado lesivo. El fundamento para la exclusión de la tipicidad objetiva en todos los casos es que no se ha creado un riesgo mayor al permitido y con ello no se ha producido una conducta intolerable. Estas categorías dogmáticas son: La prohibición de regreso, el principio de confianza y competencia de la víctima (Gunter Jakobs, 1997). En doctrina es mayoritariamente aceptado que el riesgo permitido resulta ser una categoría de la que se desprenden las instituciones antes mencionadas.

“El Principio de Confianza no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la Prohibición de Regreso” (Jakobs, 1997, pág. 253). Por ello se afirma que “lo específico del Principio de confianza en relación con el concepto general de riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de la actuación de otras personas”. (García Caveró, 2019, pág. 432)

Siendo esto así, en aplicación del Principio de Confianza, resulta factible excluir la tipicidad de la conducta de quien, manteniéndose dentro sin infringir sus deberes positivos y negativos, ha intervenido en la producción de un resultado lesivo donde ha intervenido juntamente con un tercero, confiando en que este se mantendrá igualmente sin infringir sus deberes.

Debe quedar claro que ambas instituciones están relacionadas, pero no tienen el mismo contenido. El principio de confianza tiene un fundamento específico. Por un lado, en el caso del riesgo permitido, el riesgo es uno natural, uno preexistente en la sociedad, un riesgo tolerado, mientras que hablando del principio de confianza de lo que hablamos es del riesgo que ocasiona el comportamiento de una persona libre y responsable. Es decir, el riesgo del que se habla en el riesgo permitido es el de cada sujeto que conforme a sus competencias decide mantenerse o no sin infraccionar sus deberes. Mientras que cuando hablamos del principio de confianza, “el fundamento de la impunidad está más relacionado con la idea de que en principio –salvo excepciones que se analizarán- nadie debe ser hecho responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero” (Feijoo Sánchez, 2002, pág. 295).

En suma, es riesgo permitido, lo que no se considera lesivo -en sentido jurídico penal- de un bien jurídico, mientras que el principio de confianza aparece cuando se ha producido un hecho jurídicamente relevante, pero este debe ser imputado a un tercero, en aplicación del principio de autorresponsabilidad (Feijoo Sánchez, 2002).

Es decir, mientras que el riesgo permitido sirve para evaluar la conducta de cada sujeto, de cara a determinar la relevancia penal de la misma, el principio de confianza tiene que ver con que el

riesgo puede haber sido elevado a niveles no permitidos por un tercero.

Hasta aquí queda clara la importancia del principio de confianza, pues de imperar el principio de desconfianza, la sociedad tendría serios problemas para su desarrollo, porque cada sujeto debería prever todas las situaciones posibles que desencadenen en un comportamiento incorrecto de parte de tercero. Lo que el principio de confianza permite a cada sujeto es poder organizar su ámbito personal de modo libre pero responsable, donde se puede esperar que todos los sujetos se comportarán responsablemente con su rol.

Siendo esto así, y teniendo como nuevo escenario en la determinación de la relevancia jurídico penal de la conducta el riesgo permitido, queda claro que los roles, entendidas como posiciones intercambiables de sujetos que participan anónimamente en la interacción social, vienen a constituir ámbitos de responsabilidad, esto es, cada sujeto estructura conforme al rol que le toca cumplir su propio ámbito de responsabilidad. Esta idea es importante en cuanto de ella emerge como fundamento principal del principio de confianza el principio de autorresponsabilidad (Feijoo Sánchez, et al, 2002).

¿Se puede o se debe confiar?:

En la estructura de la sociedad, conforme a lo que se ha señalado hasta aquí, y conforme a los contornos del principio de autorresponsabilidad, es de vital importancia para posibilitar el contacto social anónimo entre las personas, confiar en que los demás se comportarán conforme a las normas.

El derecho reduce el caos en la comunicación entre seres humanos estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento con las que no se debe contar en la interacción social. Nadie se podría orientar en la vida social si tuviera que contar en todo momento con cualquier conducta discrecional de otros seres humanos (...). Para que los contactos sociales sean posibles es necesario que no todo sea inseguridad. Esto solo se puede conseguir estabilizando el respeto a las normas. (Feijoo Sánchez, 2002, pág. 284)

Resulta pues evidente, que todas las personas pueden invocar la confianza en que otros se debieran comportar conforme a su rol. Al respecto una interesante apreciación hace el profesor Reyes Alvarado (2005):

Como consecuencia de ese consenso que teóricamente debería estar detrás de las directrices de comportamiento social; emerge la necesidad de que cada sujeto pueda organizar su actividad sobre el supuesto de que las demás personas se comportaran también de manera reglamentaria, a pesar de que la experiencia enseñe que ello no siempre ocurre así, a partir de esos supuestos la doctrina y la jurisprudencia reconocen la existencia de un principio de confianza. (pág. 148)

Esto implica que, además de la existencia de una autorregulación de los comportamientos, debe tenerse en cuenta que la frecuente realización de conductas imprudentes por parte de terceros en los contactos sociales no implica per se debilitar la confianza que es necesaria en estos contactos anónimos para poder posibilitar la vida en sociedad. Así, por ejemplo, a pesar de que la experiencia enseña que existen numerosas conductas imprudentes de los conductores en el tráfico rodado, ello no impide que los participantes en esta actividad puedan seguir confiando en la conducta reglamentaria de los otros. Pensar en contrario, es decir, que cada conductor guiado por su experiencia deba conducir desconfiando de todos los otros, y por tanto, obviando las reglas de conducción para sustituirlas por su experiencia y la desconfianza general, entonces, la expectativa

de todos los conductores sería la de la defraudación como regla. Es obvio que ello va a constituir una seria dificultad para la vida en sociedad (García Caverro, 2019).

Por ello, resulta necesario preguntar ¿Por qué se debe esperar un comportamiento correcto de terceros a pesar de que la experiencia enseñe que no siempre es así?, o mejor, la pregunta debería ser ¿se puede o se debe confiar en un comportamiento correcto de terceros en los contactos sociales?

Esta pregunta resulta totalmente válida cuando al ser una sociedad de riesgos donde se producen las interacciones sociales, cada individuo necesita un parámetro en que confiar para organizar su propio ámbito de intervención en los contactos sociales. Es en este contexto que aparece la necesidad de contar con una expectativa, entendida como lo que se espera de los demás en los contactos sociales. Solo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. “El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado” (Jakobs, 1997, pág. 9). De este modo, queda claro que las expectativas tienen por finalidad garantizar los contactos sociales con la mayor seguridad posible de que no se va a producir la lesión de un bien jurídico. Estas expectativas son de dos tipos, por un lado, las expectativas cognitivas y las normativas, siendo las que aquí interesan las últimas, esto es, las normativas. Las expectativas normativas son tales por el origen de las mismas. Estas expectativas se caracterizan porque puede exigirse su cumplimiento y dicha exigibilidad emerge de una norma jurídica que genera a su vez obligaciones para los intervinientes en las interacciones sociales (Huamán Castellares, 2016).

En consecuencia, si de acuerdo con el sentido común de cada sujeto que interviene en las relaciones sociales, es previsible, o por lo menos probable que algún tercero no se va a comportar conforme a derecho, cada quien puede confiar en que así será, y esa confianza no emerge sino de la norma. En efecto, “significa que desde el punto de vista jurídico se permite como regla general ignorar que de acuerdo con nuestra experiencia general de la vida existen actuaciones contrarias a las expectativas de comportamiento social” (Reyes Alvarado, 2005, pág. 149). En suma, cada sujeto que participa en los contactos sociales tiene una autorización de naturaleza jurídica para confiar en que todos los demás van a construir sus ámbitos de intervención en los mismos contactos sociales sin generar lesiones a bienes jurídicos. De este modo, a pesar de que, conforme a la experiencia de cada sujeto, o a su sentido común, alguien puede comportarse en forma indebida, está autorizado a confiar, sin embargo, esta autorización a confiar desaparece cuando existen evidencias mínimas de este comportamiento antirreglamentario de parte del tercero.

Hay que recoger la precisión que el profesor Jakobs hace aquí respecto de esta autorización para confiar. En efecto, el profesor alemán señala que esta autorización debe entenderse no como suceso psíquico sino como estar permitido confiar (Maraver Gómez, 2009).

Así, la doctrina ha construido excepciones a la invocación del principio de confianza.

Ampliamente difundida es la opinión de que el principio de Confianza no puede ser invocado cuando existen inequívocos elementos de juicio que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero, como ocurriría cuando el conductor de un vehículo se percata de que un ebrio intentara cruzar la calle en forma imprudente, o de que otro vehículo no

respetara su prioridad, eventos en los cuales el sujeto que reconoce una tal circunstancia no podría invocar a su favor el principio de confianza, sino que debería acomodar su conducta de manera tal que se evitara un resultado dañoso, lo que en los ejemplos mencionados equivaldría a renunciar a su prioridad tanto frente al peatón como frente al automovilista imprudente. (Reyes Alvarado, 2005, pág. 153)

Entonces, existe una autorización a confiar, se trata de una autorización de naturaleza jurídica, y esta autorización a confiar no constituye un deber, sino una facultad; y, por tanto, no se puede alegar siempre y en todos los casos. La doctrina ha precisado en qué casos el sujeto ya no puede alegar confianza o cuando la confianza se ve limitada.

Condiciones para confiar válidamente y quedar excluido del tipo objetivo:

Conforme a lo expuesto, no se puede confiar legítimamente en todos los casos dentro de las interacciones sociales. Para poder argumentar válidamente haber actuado confiando que los terceros se comportarían reglamentariamente es necesario cumplir ciertas condiciones. En doctrina resulta especialmente interesante la clasificación de estas condiciones que realiza Mario Maraver Gómez (2009, p. 120): 1) Puede confiar quien se ha comportado correctamente; 2) Solo se puede confiar si no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero; y 3) Solo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero.

Solo puede confiar quien se ha comportado correctamente:

Queda claro que, al tratarse de la división del trabajo lo que está presente al evaluar el principio de confianza; quien alega haber utilizado su autorización para confiar, debe haberse comportado correctamente también. Esto tiene un fundamento general, el mismo que radica en que, el principio de confianza excluye la tipicidad objetiva de la conducta porque quien confía no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, y ello sucede en este contexto, si quien alega haber confiado, no se ha extralimitado en el cumplimiento responsable de sus deberes.

Resulta básico que para alegar confianza en el comportamiento de un tercero que finalmente actúa antirreglamentariamente, quien alega esta confianza debe haberse mantenido dentro de los márgenes de lo correcto. Sin embargo, esta afirmación a pesar de parecer muy simple y evidente debe ser analizada con cuidado, pues podría pensarse que quien actúa en forma antirreglamentaria no puede ya confiar en que los demás se comportaran correctamente y debe entrar en un estado de desconfianza general. Para ilustrar esta situación es conveniente citar a Maraver Gómez (2009) cuando invoca casos del Tribunal Supremo Español:

Así, por ejemplo, la STS de 1 de junio de 1981 condenó al conductor de un vehículo que, circulando con exceso de velocidad atropelló a una niña que había aparecido repentinamente. En esta sentencia, el TS consideró que no se podía aplicar el principio de confianza porque el conductor había infringido las normas de velocidad. Igualmente, la STS de 24 de abril de 1984 condenó a un conductor que colisionó con un vehículo que se encontraba parado en su mismo sentido por entender que el principio de confianza no favorece “a los que de modo notorio infringen las reglas de convivencia ciudadana”. Mas recientemente parece seguirse esta misma interpretación en la SAP Vizcaya (secc. 2ª) de 5 de junio de 2003, que condena a un conductor que, circulando con exceso de velocidad, había atropellado a un peatón que cruzaba con el semáforo en rojo. En la sentencia se declara concretamente que: “la víctima, al cruzar la calle como lo hace, vulnera el principio de confianza, el cual impone la esperanza de mutuo

cumplimiento de las reglas dirigidas a cada parte implicada en la circulación, pero el conductor del vehículo, por su parte conduce de noche por vía urbana, rebasando la velocidad permitida dentro de la población y sin prestar la debida atención puesto que no llega a ver a las dos peatones que atropelló pese a tener distancia suficiente para haberlas visto, viola, a su vez, el principio de conducción dirigida consagrado en el artículo 17 del Código de Circulación y el principio de seguridad que obliga a prevenir, hasta donde es posible, el defectuoso comportamiento de los demás usuarios de la vía pública (págs. 121-122).

Por su parte, el profesor Feijoo Sánchez (2002), señala que, de modo general, “el que se comporta de manera antijurídica ya no puede decir que se le está haciendo responder de un injusto ajeno” (pág. 309), y por ende tendría que responder por el resultado lesivo a pesar de la conducta antirreglamentaria de tercero; sin embargo, esto no siempre es así. No puede afirmarse de forma simplista que no se puede aplicar el principio de confianza solo por haber infraccionado su rol. En efecto, cuando hablamos de la posibilidad de aplicar el principio de confianza, hablamos de la posibilidad de atribuir objetivamente la lesión de un bien jurídico a un tercero por su propio comportamiento antirreglamentario, esto es, desde un punto de vista normativo, es destinatario de la imputación quien ha elevado el riesgo más allá de lo permitido, y ese, y no otro factor, tiene relación del riesgo con el resultado. Pues bien, bajo esta óptica resulta coherente la precisión del profesor Feijoo (2002) cuando señala:

Puede ser que el resultado no esté relacionado con su infracción de la norma de conducta (de cuidado) sino que el resultado tal y como se ha producido en el caso concreto se deba solo a la conducta defectuosa de un tercero. Cuando se entrecruzan diversas conductas imprudentes también hay que tener claro que no basta con que un resultado tenga una relación causal con una infracción de deber de cuidado. Hace falta algo más: esa específica relación normativa que siempre ha exigido la doctrina entre la conducta antijurídica y el resultado. Por el contrario, en la práctica jurisprudencial esta excepción acaba siendo una “puerta de atrás” por la que se cuelan ideas versaristas que permiten imputar un resultado sin determinar si dicho resultado es realmente una concreción del riesgo creado imprudentemente. (pág. 310)

Lo cierto es que, resulta un análisis incompleto, sesgado, e incluso meramente formal, argumentar que solo porque quien alega confianza ha sobrepasado el riesgo permitido también, no pueda de plano aplicarse el principio de confianza para negar tipicidad a la conducta, cuando se verifique la intervención de la conducta del tercero que forma parte del proceso causal que determinó la lesión del bien jurídico. Considero que debe efectuarse este análisis de la relación entre la conducta del que alega confianza con el resultado, puesto que de lo contrario correríamos el riesgo de atribuir la responsabilidad de un hecho a alguien por la conducta antirreglamentaria de un tercero; sin embargo, cierto es también que, un análisis de esta naturaleza nos acerca a un ámbito de imputación que tiene sus propias reglas como lo es la imputación objetiva del resultado (Reyes Alvarado, 2009). Se dice, en ese sentido, que la conducta incorrecta del primer sujeto o bien debe motivar la conducta incorrecta del tercero o bien debe contravenir una norma de cuidado que pretenda precisamente evitar los riesgos que se derivan de la posible conducta incorrecta del tercero.

Solo se puede confiar si no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero:

La confianza no puede ser alegada cuando se tiene indicios de que el tercero no se está comportando en forma reglamentaria (Reyes Alvarado, 2005). “En líneas generales, eso significa

que la posibilidad de confiar queda excluida cuando en el caso concreto resulta claramente previsible que el tercero se va a comportar incorrectamente” (Maraver Gómez, 2009, pág. 125). El profesor Feijoo Sánchez (2002) señala además que “este nivel indiciario del conocimiento del comportamiento incorrecto del tercero debe ser objetivos, sólidos y concluyentes, siendo insuficientes la intuición y el presagio”. (pág. 313)

A pesar de que el conocimiento o presunción de la conducta antirreglamentaria del tercero viene a ser un factor subjetivo, la evaluación que se haga sobre la aplicación del principio de confianza debe hacerse desde un tamiz eminentemente objetivo, por ello, ese nivel de evidencia necesaria de la conducta antirreglamentaria del tercero debe ser medido objetivamente, esto es, en función a las circunstancias que permitan dudar de la confianza (García Caveró, 2019).

Pues bien, para poder confiar válidamente y quedar excluido de los alcances del tipo, el tercero debe haber actuado en forma antirreglamentaria y ello debe haberse puesto de manifiesto para quien alega confianza. Sin embargo, debe precisarse que para que esto funcione de la manera descrita, debe existir un factor que es determinante. Este factor se hace consistir en que el que alega confianza debe tener competencia para evitar el resultado, esto es, debe estar en una posición de garante respecto de la evitación del resultado.

No es entonces el simple conocimiento de la incorrección de conductas ajenas lo que establece la limitación al principio de confianza y la necesidad de acomodar la propia conducta a las nuevas circunstancias, sino que se requiere, además, que quien de ello se percata sea competente para la evitación del daño (Reyes Alvarado, 2005, pág. 154).

Una interpretación en contrario traería como resultado que en cada situación en que un tercero actúe en forma incorrecta, todos deban ocuparse de evitar un resultado lesivo, incluso si su no producción no es de su competencia, lo cual evidentemente es contrario al carácter normativo que fundamenta toda la teoría de la Imputación Objetiva.

El siguiente ejemplo sirve para ilustrar lo antes mencionado: El vigilante de una institución pública que observa que el gerente general, al salir de la institución en su vehículo lleva todos los días un objeto o bien de propiedad de la institución (silla, laptop, impresora, etc.), y a pesar de conocerlo, no le restringe la salida ni controla la regularidad la misma. En este caso, al vigilante no se le puede imputar responsabilidad por la pérdida de esos bienes, debido a que, a pesar de haber conocido la irregularidad del comportamiento del tercero, no forma parte de su competencia controlar la salida de los bienes que realiza el propio funcionario que tiene la custodia de estos, es decir, del gerente general. Es en el citado gerente en que recae el deber de custodia de los bienes -y por tanto el deber de garante sobre los mismos- y no en el vigilante.

En suma, la autorización a confiar desaparece en este caso cuando el sujeto que argumenta haber confiado, ha tenido objetivamente un nivel indiciario de conocimiento del comportamiento incorrecto de un tercero, pero no solo ello, sino que, además, no tiene el deber de evitar el resultado que se produce como consecuencia de la conducta antirreglamentaria de ese tercero.

De otro lado, resulta necesario precisar aquí, que en doctrina se ha considerado que existen situaciones en que se debe dudar de la corrección de la conducta del tercero porque este tiene una característica especial, como lo es el caso de los incapaces en sentido jurídico penal, o a los

inimputables de modo general. En efecto, dentro de estos casos, por un lado, se considera la existencia de circunstancias relacionadas con la persona del tercero (concretamente cuando el tercero es menor de edad, anciano o discapacitado); mientras que por otro lado, existe un sector de la doctrina que trata la incapacidad del tercero como un supuesto independiente, que limita la posibilidad de confiar, a la que ha denominado “carece de validez el principio de confianza respecto de tercero incapaces o inimputables” (Feijoo Sanchez, 2002, P. 317); o también “la persona no tiene capacidad para ser responsable o esta dispensada, por alguna razón, de su responsabilidad” Garcia Cavero, 2019, p. 433).

En todos estos casos de lo que se trata es de generalizar la idea de que tratándose de que el tercero sea un incapaz en sentido jurídico penal, basta para que se encuentre limitada la autorización a confiar, y por el contrario se active el deber de desconfiar, y de producirse el resultado será fundamento de la responsabilidad del primero.

En suma, el tema se reduce a si podemos afirmar que por el solo hecho de que el tercero, en alguna circunstancia de riesgo, sea un incapaz, se debe dejar de confiar en forma absoluta y sin considerar ninguna otra circunstancia. Creo que este tipo de situaciones debe analizarse de manera puntual y no generalizada. Basta un ejemplo para poder apreciar la inoperancia de una invalidez del principio de confianza solo porque el tercero es menor de edad o incapaz en cualquiera de sus formas; a saber: si un conductor se desplaza por un colegio justo en la hora en que los escolares están saliendo de clases, y observa un tumulto de menores que no obstaculiza la pista pero que si colma la capacidad total de la acera, no es posible exigirle que se detenga y estacione su vehículo hasta que no exista ningún escolar o menor de edad en la zona que pueda imprudentemente bajar de la acera e invadir la pista, la norma de tránsito lo máximo que puede exigir es un comportamiento muy diligente y una disminución sustancial de la velocidad, pensar de otro modo, sería poner un serio obstáculo al tráfico rodado, lo cual resulta inviable.

Con esto, lo que quiero señalar es que la existencia de niños, menores o incapaces en la posición de tercero frente al que confía, debe ser evaluada caso a caso y no de forma general. Así pues, la confianza en caso de menores como terceros, disminuye la confianza pero no la hace desaparecer por el solo hecho de la minoría de edad o la incapacidad, ello debe ser evaluado en función a las circunstancias del caso concreto, basta para ello en pensar si el incapaz (menor de edad u otra circunstancia que genere incapacidad) está acompañado de un adulto que en ese momento ejerce el deber de su cuidado, resulta imposible, per se pensar en su incapacidad para confiar en su comportamiento correcto, por la existencia de un garante del mismo.

Solo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero:

En el caso anterior, existe una posición de garante para con la producción del resultado que se origina a partir de la evidencia de un comportamiento incorrecto del tercero. En este caso existe también posición de garante del que confía, pero no respecto del resultado, sino que la posición de garante es respecto de la conducta del tercero, es decir, el resultado es uno que atañe al que confía. Por ello, es que en estos supuestos la confianza esta siempre limitada, con particularidades que veremos en adelante.

Esta posición de garante se da, tanto para evitar la conducta del tercero como para compensar la misma, en caso de fallos de terceros.

En el caso en el que la confianza se limita por la existencia de un deber de evitar la conducta incorrecta del tercero, se tiene que la doctrina ha incluido en este rubro a los casos que se producen en el contexto de las relaciones de carácter vertical.

Estos deberes de cuidado suponen una limitación especial de la posibilidad de confiar porque el sujeto no puede esperar a que haya motivos en el caso concreto que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente. Quien ostenta la posición superior y tiene asignados estos deberes se encuentra obligado, desde un principio, a prestar atención a determinados aspectos que pueden dar lugar a la conducta incorrecta del tercero. En este sentido, debe quedar claro que, en contra de lo que pudiera parecer, esta particular limitación de la confianza no se desprende de la falta de cualificación del tercero o de cualquier otra diferencia que pueda apreciar el sujeto que desea apelar al principio de confianza, pues eso permitiría limitar también la posibilidad de confiar -con independencia de la especial posición del sujeto- conforme al criterio relativo a la existencia de circunstancias en el caso concreto que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente. En este caso, la limitación de la confianza, con independencia de que pueda tener en cuenta esas mismas circunstancias, es más intensa porque se produce en un momento anterior (Maraver Gómez, 2009, pág. 139)

En efecto, de lo que se trata es de tener una vinculación positiva con el tercero, es decir, antes de alegarse confianza debe haberse agotado los deberes de selección, instrucción o coordinación y de vigilancia, control o supervisión. Esto significa que el sujeto puede alegar confianza cuando previamente ha cumplido con estos deberes para con el tercero, pues solo de ese modo se aseguran las condiciones necesarias para delegar responsabilidad en el contexto del reparto del trabajo (Maraver Gómez, 2009). De este modo, el rol del que confía se ve cumplido cuando ejerce debidamente y en forma responsable los deberes antes mencionados.

Consecuentemente, la confianza desaparece cuando el sujeto no ha cumplido con sus deberes de selección, instrucción o coordinación y de vigilancia, control o supervisión. Estas obligaciones son propias de la división del trabajo y por tanto están presentes en las organizaciones verticales (García Cavero, 1999). Asimismo, este deber de control solo puede ser excepcionalmente absoluto, debido a que si toda la actividad del tercero debe ser controlada por alguien desaparece la división del trabajo (Maraver Gómez, 2009).

En el caso en el que la confianza se limita por el deber de compensar la conducta incorrecta de terceros, también denominados “Medidas de doble aseguramiento”. En estos casos, el sujeto no controla que el tercero actúe correctamente, sino que tiene definido su deber de cuidado con independencia de que el tercero actúe o no correctamente. Es decir, su deber consiste más bien en compensar los riesgos que pueda generar la conducta incorrecta del tercero (Maraver Gómez, 2009, pág. 144). En efecto, en estos casos los deberes del sujeto con el del tercero quedan superpuestos, de ahí que se le denomine “Medidas de doble aseguramiento”. De este modo, queda excluida completamente la posibilidad de confiar.

Al respecto resulta pertinente lo afirmado por el profesor Jakobs (1997), cuando señala: La confianza permitida decae, además, cuando es función de un participante (o de cada uno de ellos) compensar el comportamiento defectuoso de otros. Ejemplo: Un conductor que adelanta a un ciclista no tiene por qué contar con que este gire a la izquierda inesperadamente (principio de

confianza), pero tampoco puede descartar que su trayecto oscile algunos decímetros hacia la izquierda. Correlativamente, el ciclista no tiene por qué contar con que quien le adelante deje solo unos pocos centímetros de la distancia de seguridad (Principio de Confianza), pero no le está permitido dar por supuesto que puede usar hasta el último centímetro de la distancia de seguridad, sin daño para sí. En tales supuestos, se garantiza de modo plural que no se produzca determinado curso causal dañoso, imponiendo deberes a diversas personas (el ciclista no debe dar bandazos si puede evitarlo, el conductor del automóvil debe incluir alguna posibilidad de bandazos en el cálculo de la distancia de seguridad). (pág. 255).

METODOLOGÍA

En cuanto al método empleado, a fin de abordar adecuadamente el objeto de la presente investigación se ha empleado el método histórico, ya que se ha acudido a la evolución que en el Derecho Penal se ha producido en cuanto a la determinación de la relevancia penal de la conducta, y en el que se determina un claro tránsito de criterios ontológicos a criterios normativos. Asimismo, se ha empleado el método analítico, a través del cual se ha logrado sistematizar y evaluar integralmente las elaboraciones dogmáticas que se han formulado en el ámbito de la Tipicidad y más concretamente en el ámbito de la Imputación objetiva como estructura abstracta instrumental para la determinación de la relevancia penal del comportamiento. En cuanto a este aspecto, se ha logrado sistematizar los criterios que se han desarrollado respecto al Principio de confianza y sus excepciones de aplicación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los criterios ontológicos reinantes en el derecho penal fueron abandonados para dar pase en su lugar a criterios normativos, los cuales se materializaron en la normativización del tipo penal. La consolidación de esta normativización se ve reflejada en la aparición de la Imputación objetiva en el derecho penal, y sobre ello, existe uniformidad en la doctrina penal. Autores de la talla académica de Mirentxu Corcoy Bidasolo, explican en forma clara y contundente como este cambio se produjo como consecuencia del entendimiento de que las leyes físicas son incompatibles con la naturaleza normativa del derecho Penal y sus criterios de imputación. De igual forma, autores como Claus Roxin, Gunter Jakobs y Wolfgang Frisch coinciden en afirmar la normativización del derecho penal como un giro positivo en la determinación de la imputación penal ya que se vincula a criterios va-lorativos.

La doctrina encabezada por Claus Roxin y Gunter Jakobs propone una nueva visión del bien jurídico, donde este no se entiende fuera de todo riesgo, sino que se encuentra en un riesgo permitido que establece los límites permisivos en los comportamientos humanos. Es precisamente el riesgo permitido el que permite establecer desde una perspectiva normativa si un comportamiento ingresa bajo los alcances del tipo penal.

El principio de confianza constituye una causa por la que se excluye el carácter típico de una conducta, fundamentalmente porque quien alega confianza no ha creado el riesgo jurídicamente desaprobado que ocasiona el resultado lesivo que se imputa, y esa inexistencia de un riesgo jurídicamente desaprobado se explica porque no infringe deber alguno.

Finalmente, la verificación del incumplimiento de los deberes supone hacer un análisis integral del principio de confianza como institución jurídico penal, y ello implica que el análisis involucre tanto la verificación de si el sujeto confió, así como si se dan las condiciones para confiar.

CONCLUSIONES

La teoría de la imputación objetiva es un instrumento conceptual dogmático, que sirve para determinar la relevancia jurídico penal de una conducta en el nivel objetivo del tipo penal, y constituye en el ámbito de la dogmática el más notorio avance para superar las insuficiencias, que, en esta tarea, experimenta la relación causal de naturaleza ontológica o fenomenológica.

Dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva, el Principio de Confianza constituye uno de sus pilares más importantes que se deriva del concepto de Riesgo Permitido, asimismo, tiene su fundamento en el Principio de Autorresponsabilidad, según el cual, cada individuo debe estructurar responsablemente la forma en que interactúa con los demás en los contactos sociales, teniendo como parámetro no lesionar bienes jurídicos.

El principio de Confianza implica que, existe una autorización de naturaleza jurídica dirigida a cada individuo que participa en los contactos sociales, y el contenido de esa autorización lleva consigo la posibilidad de confiar en que los demás actuaran correctamente y en forma responsable en el cumplimiento de sus deberes tanto positivos como negativos.

Esta autorización para confiar en el comportamiento correcto de los demás, no es absoluto y encuentra limitaciones que han sido desarrollados por la doctrina penal y que se han analizado en el presente artículo. De modo que, existe la autorización a confiar como regla, y como excepción, en determinadas circunstancias, o frente a determinadas personas, se activa el deber de desconfiar.

Siendo que el principio de confianza tiene excepciones, en su análisis se debe verificar, por un lado, si se producen las condiciones para confiar (como regla), pero también requiere que, se analice en forma precisa y clara porque no concurren las causas que limitan esa confianza y que, por contrario, activan un deber del que alega confianza (la excepción). Es precisamente este último análisis el más importante dado que, ello va a permitir que esta institución no sea alegada en forma ligera e irresponsable para “trasladar” a modo de coartada la responsabilidad de un sujeto a un tercero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo, E. (1997). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Akal/iure.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: ARA Editores.
- Barja de Quiroga, J. (2010). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Cancio Meliá, M. (2010). *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Palestra.
- Fejoo Sánchez, B. (2002). *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- García Cavero, P. (1999). *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de Imputación*. Barcelona: J.M Bosch Editor.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. 432.
- Huamàn Castellares, D. (2016). *El Sistema Jurídico Penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal*. Lima: Editorial del Centro.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Maraver Gomez, M. (2009). *El Principio de Confianza en el Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la Imputación Objetiva*.

Pamplona: Civitas.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: BdeF.

Parma, C. (2017). *Teoría del delito 2.0*. Lima: Adrus Editores.

Piña Rochefort, J. I. (2003). Rol Social y Sistema Jurídico Penal. A cerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría Funcionalista del Derecho Penal. *El Funcionalismo en el Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunter Jakobs*, 39-60.

Polaino Navarrete, M. (2015). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos.

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación Objetiva*. Bogota, Colombia: Temis.

Roxin, C. (2013). *Sistema del Hecho Punible*. Buenos Aires: Hammurabi.

Roxin, C. (2018). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Lima: Grijley.

Roxin, C. (2017). *Problemas Básicos del Derecho Penal (Colección Maestros del Derecho Penal)*. Buenos Aires: BdeF.

Serrano Maillo, A. (1999). *Ensayo del Derecho Penal como ciencia*. Madrid: Dykinson.

Vásquez Shimajuko, S. (2019). Teoría de los Roles e Imputación objetiva. Una Critica desde las Ciencias sociales. *Derecho Penal y Persona. Libro homenaje a Jesús María Silva Sánchez*, 390-421.

Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Los delitos de mínima lesividad y el cese automático de la prisión preventiva

Crimes of minimal injury and the automatic end of preventive detention

Leomara Junior Castro Juárez

Universidad Católica de Trujillo – Benedicto XVI

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 20/07/2023

RESUMEN

La investigación se basó en determinar las características que debe tener un delito para ser considerado de mínima lesividad; por ende, otorgársele la cesación automática de la prisión preventiva al amparo del Decreto Legislativo N° 1513; además, determinar si el delito previsto en el artículo 296 del Código Penal, es un delito de mínima lesividad; por consiguiente, los procesados por dicho delito podrían acceder a una cesación automática de prisión preventiva. El escenario de estudios fue el Juzgado de Investigación Preparatoria de Viru, La Libertad. El tipo de investigación es básica, con un diseño basado en la teoría fundamentada; siendo así, que para la obtención de información se realizó el análisis y observación de documentos de 03 procesos por el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros previsto en el artículo 296 del Código Penal, además se ha considerado doctrina del Tribunal Constitucional. Los resultados obtenidos, pudo concluir que no es un delito de mínima lesividad y por consiguiente no se podría acceder a un excarcelación a través de la cesación automática de la prisión preventiva, también se estableció que el artículo 02 del Decreto Legislativo N° 1513, evidenció incongruencias al excluir del cese automático a delitos que por la pena no cabría imponer una prisión preventiva, además, contraviene el artículo 08 de la Constitución Política del Perú, ello respaldado con la Consulta N° 11407-2020 del 02 de junio del 2021 que aprobó el control difuso realizado por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Viru.

Palabras clave: Delitos de mínima lesividad, cesación automática de prisión preventiva, delito de tráfico ilícito de drogas.



1 leo_junior83@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3700-2310>

ABSTRACT

The investigation was based on determining the characteristics that a crime must have to be considered minimally harmful; therefore, grant him the automatic cessation of pretrial detention under Legislative Decree No. 1513; in addition, to determine if the crime provided for in article 296 of the Penal Code is a crime of minimal harm; therefore, those prosecuted for said crime could agree to an automatic cessation of preventive detention. The study scenario was the Viru Preparatory Investigation Court, La Libertad. The type of research is basic, with a design based on grounded theory; being so, that in order to obtain information, the analysis and observation of documents of 03 processes for the crime of promoting or favoring illicit drug trafficking and others provided for in article 296 of the Penal Code was carried out, in addition it has been considered doctrine of the Court Constitutional. The results obtained, it was possible to conclude that it is not a crime of minimal harm and therefore a release could not be accessed through the automatic cessation of preventive detention, it was also established that article 02 of Legislative Decree No. 1513, evidenced inconsistencies when excluding from the automatic cessation of crimes that, due to the penalty, preventive detention could not be imposed, in addition, it contravenes article 08 of the Political Constitution of Peru, this backed by Consultation No. 11407-2020 of June 2, 2021 that approved the diffuse control carried out by the Viru Preparatory Investigation Court

Keywords: Crimes of minimal harm, automatic cessation of preventive detention, crime of illicit drug trafficking.

INTRODUCCIÓN

Con fecha 04 de junio del 2020 el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N° 1513 que establece disposiciones de carácter excepcional para el des hacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19. Ello en el entendido de que, la sobrepoblación y el hacinamiento agravan todos los problemas dentro de la cárcel, perjudican el acceso a derechos básicos del detenido/a, profundizan las pésimas condiciones materiales de detención e incrementan las situaciones de violencia. (Zaffaroni, 2020).

El Estado con la finalidad de evitar posibles contagios de los internos dentro del penal, estableció medidas para lograr el des hacinamiento penitenciario, además de las recomendaciones internacionales para combatir el problema de hacinamiento penitenciario que padece nuestro país, las máximas instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales dirigidas a resolver o paliar la superpoblación, que se dirigen a los Estados para que adopten medidas generales de reducción de población penal por la vía de alguna o de todas las ramas de sus gobiernos (Zaffaroni E. R., 2020). Ello originó que, “la exacerbada crisis sanitaria ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional declare un estado de cosas inconstitucional por el permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios” (Habeas Corpus, 2020).

Entre las disposiciones en su artículo 02, señaló el cese de prisión preventiva por mínima lesividad de aquellas personas procesadas que no se encontraban en una lista de delitos que dicho decreto, vía interpretación a contrario sensu, habría considerado delitos graves o de mayor lesividad. Por consiguiente aquellos delitos considerados de mínima lesividad, el principio de lesividad proscribire el castigo de una conducta que no provoca un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto (Binder, 2004), deben cumplir las siguientes características; primero, por la lesión del bien jurídico tutelado, esto es, los delitos de bagatela donde la comisión delictiva no tiene mayor transcendencia negativa hacia la sociedad, salvo entre el sujeto agente y la víctima; segundo, la pena a imponerse, es decir en la mayoría de casos de estos delitos cuando se tenga que determinar la pena, esto suele ser una pena suspendida; y tercero, las salidas alternativas y beneficios premiales, esto implica que los delitos de mínima lesividad, pueden arribar a salidas antes de la culminación del proceso, ya sea a través de principio de oportunidad, acuerdos reparatorios, terminación anticipada, conclusión anticipada, donde el imputado es beneficiado en sede judicial con estas distintas posibilidades procesales para obtener una solución más pronta y en su defecto una reducción de su pena.

Una de las figuras jurídicas que introdujo dicho decreto legislativo, es la cesación automática de la prisión preventiva, la cual hace referencia a que un procesado por un delito considerado de mínima lesividad debería ser excarcelado al habersele dictado una prisión preventiva. Ante ello se debe indicar que la norma procesal prevé la institución de la cesación de prisión preventiva, regulada en el artículo 283 del Código Procesal Penal, como consecuencia de los actuados de la investigación preparatoria surjan nuevos elementos que hagan variar la apreciación de alguno de los presupuestos de la prisión preventiva (Arana, 2014), la cual permite a todo procesado lograr su excarcelación antes del vencimiento del plazo de la prisión preventiva. La cesación de la prisión preventiva requiere una nueva evaluación, pero en base a la presencia de nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación (Casacion, 2013).

Al instituirse esta posibilidad automática de excarcelación, sólo por el hecho de ser considerado

un delito leve o de mínima lesividad, y sin cumplir presupuestos como si se exige en el artículo 283 del CPP, contraviene lo que hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1513, se exigía para la obtención de la libertad de un procesado con prisión preventiva, se estableció un “automatismo judicial”, ello debido a que dicho decreto legislativo señaló el procedimiento que se debía cumplir de parte de los jueces de investigación preparatoria, esto es, verificar que los procesados se encontraban dentro de los delitos considerados de mínima lesividad y se emita de manera automática un auto colectivo a fin de que se realice la excarcelación.

Dentro de nuestro Código Penal, encontramos el delito de previsto en el artículo 296, referente al delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros, si verificamos las penas previstas tenemos que; en su primer párrafo la pena es no menor de ocho ni mayor de quince años, en el segundo párrafo tenemos una pena no menor de seis ni mayor de doce años, mientras que en su tercer y cuarto párrafo las penas son no menor de cinco ni mayor de diez años. Si analizamos los tipos penales que se encuentran en la lista de excluidos del cese automático de la prisión preventiva, al haber sido considerados delitos graves o de mayor lesividad, apreciamos los tipos penales previstos en el artículo 317° (criminalidad organizada), 317-A (marcaje o reglaje), 276-G (tenencia ilegal de arma de fuego y municiones), por citar algunos, siendo que las penas de los delitos antes mencionado son: mínimo ocho y máximo quince años (primer párrafo), mínimo tres máximo seis (simple) y mínimo seis máximo diez (agravado), y, mínimo seis y máximo diez años, respectivamente. Se puede apreciar entonces que el delito de tráfico de drogas en primer término no forma parte de la lista delitos excluidos del decreto legislativo N° 1513, por consiguiente, fue considerado como un delito de mínima lesividad, sin embargo, las penas que prevé este tipo penal se asemejan a algunos delitos, como los citados anteriormente, los cuales si forman parte de los delitos excluidos al ser considerados delitos graves o de mayor lesividad.

El delito del tráfico ilícito de drogas tiene determinadas características que permiten inferir que no es un delito de mínima lesividad, entre ellas tenemos: 1) La peligrosidad y el impacto social, hacia la sociedad; está referido al impacto negativo que tiene un ilícito penal con la ciudadanía, es decir que la comisión de estos delitos origen una gran preocupación, rechazo, animadversión, a que se cometan esos ilícitos, ello debido a que está en peligro no sólo la integridad física de los ciudadanos sino también, la convivencia pacífica, el normal desarrollo de las personas en un ambiente sin temor; 2) movilización de drogas; es decir, la persona que comete éste ilícito, busca llevar la droga de un lugar a otro, para permitir de ésta manera que dicha mercancía ilícita pueda llegar a más personas; 3) El medio de transporte; por lo general, el medio usado para transportar la mercadería ilícita (droga), son los medios de transporte públicos, populares o masivos, como los buses, colectivos, moto taxi, en donde, el agente saca provecho del servicio que brinda dicho vehículo y lograr así pasar desapercibido al mezclarse con otras personas que abordan dichos vehículos, evitando un posible control policial, de igual manera también son usados los transportes de empresas que se dedican al rubro de transporte de personas y/o carga, como suelen ser los transportes interprovinciales, así como los camiones que transportan productos; 4) Los actos de corrupción; lastimosamente, estos hechos ilícitos, logran tener la participación de algunas autoridades o funcionarios, que omiten realizar su función con la finalidad de contribuir a que la mercadería ilícita pueda ser transportada de un lugar a otro; 5) Los consumidores; toda esta acción de transportar la mercadería ilícita es con el fin de lograr el consumo de ello, siendo que, en la actualidad, se evidencia que los mayores consumidores de esta mercadería son los adolescentes, perjudicando con ello su pleno desarrollo, el cual se ve afectado por la posibilidad de obtención de la mercadería ilícita, así mismo debe precisarse que muchos de estos consumidores, debido a

su alto consumo (adicción), se ven obligados de delinquir (arrebatos, cogoteo, robo al paso), para poder obtener dinero para la adquisición de la droga, elevando más aún la peligrosidad en las sociedades; 6) La lesión de derechos fundamentales; que la Constitución Política del Perú, señala en su artículo 2.- “Toda persona tiene derecho: 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”, por lo que se puede evidenciar que el tráfico de drogas afecta de manera directa la tranquilidad de la ciudadanía, así como también afecta el ambiente para un adecuado desarrollo de la vida, todas las veces que al existir personas que dedican a comercializar droga, podrían fácilmente acceder a los jóvenes e inducirlos al consumo.

La jurisprudencia constitucional ha señalado en referencia al delito de tráfico ilícito de drogas que en el expediente N° 04750-2007-PHC/TC señala el Deber del Estado de sancionar el delito de tráfico ilícito de drogas: 7. En efecto, uno de los problemas más serios de nuestro mundo actual, al que ningún país ha sido ajeno, incluso ni con el uso de sofisticadas formas de control y fuertes cantidades de dinero asignados para librarse de él, qué duda cabe, es el tráfico ilícito de drogas [delincuencia organizada o institucionalizada de tráfico ilícito de drogas]. Se trata de una actividad ilícita en la que sus miembros, haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Es pues el poder económico de estas organizaciones lo que les permite corromper a las fuerzas del orden y a la administración de justicia y enfrentar públicamente a los gobiernos, atacando a las fuerzas armadas, a los miembros del sistema judicial y a la policía, y afectando contra las personas y los bienes públicos y privados; este poder les permite también a través de artilugios, alterar el orden legal, a fin de evadir sanciones [los miembros de estas organizaciones, especialmente quienes las dirigen y controlan permanecen en la clandestinidad, pues ocultan sus verdaderas identidades], y cooptar los órganos del poder político con el propósito de manipular las decisiones o de orientarlas hacia rumbos que favorecen su accionar delictivo.

De igual manera en la sentencia emitida dentro del Expediente 03154-2011-PHC/TC en el fundamento 4, donde señala: ...este Tribunal Constitucional, consciente de la problemática del país y de la política de interés nacional de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, considera pertinente efectuar algunas precisiones sobre determinadas instituciones que recoge la normativa procesal penal en general, y en especial la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Legislativo N.º 824). Y es que el delito de tráfico ilícito de drogas, por la afectación que produce al cuadro material de valores que consagra la Constitución es considerado como uno de los ilícitos penales más graves. Es un delito de acción múltiple que socava las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, pues su existencia y propagación afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas de todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1º), la familia (artículo 4º), la educación (artículos 13º a 18º), el trabajo (artículos 22º y 23º), la paz social (inciso 22 del artículo 2º), entre otros. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional ha indicado que el delito del tráfico ilícito de drogas es un delito grave y con gran afectación a derechos fundamentales. El artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1513, al establecer la cesación de prisión preventiva por mínima lesividad, colisiona directamente en el caso concreto con el derecho ciudadano de que el Estado reprima y sancione el delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros, recogido en el artículo 8º de la Carta Magna, así como los derechos a la salud, a la seguridad física, a una cultura sin temor y de inseguridad, a la protección a la familia y la estabilidad de la economía, entre otros (CONSULTA, 2021).

METODOLOGÍA

El método utilizado es de análisis de datos, mediante técnicas cualitativas, incluyendo en estos los siguientes métodos:

- El método hermenéutico, permite obtener un entendimiento de los actos humanos.
- El método comparativo, permite establecer criterios de discrepancia y semejanza, relacionado a la problemática planteada.
- El método inductivo, parte de lo particular a lo general, a fin de estudiar un determinado problema y obtener resultados claros.
- El método deductivo, aquí se estudia diferente preposiciones o posturas para obtener un conocimiento.

La investigación fue de enfoque cualitativo, empleando el diseño de la teoría fundamentada y como participantes el Juzgado de Investigación preparatoria de Virú en el año 2020. El instrumento de recolección de la información es el análisis de documental y la observación, consistiendo ello en la observación y el análisis documental del auto de control difuso emitido en 03 procesos por el delito de previsto en el artículo 296, referente al delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas. Con el análisis de dicha información se pudo obtener datos que nos brindó una claridad de la realidad y con ello poder dar por cumplidos nuestros objetivos planteados. Asimismo, se utilizó el análisis o revisión de documentos, en tanto se ha procedido con la revisión de la literatura, así como de normas relacionadas al tema.

RESULTADOS

Para desarrollar este punto, se llevó a cabo por medio del análisis documental – revisión de los autos de control difuso emitido en 03 proceso ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Virú:

Tabla 1:

Los procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas antes el JIP de Viru.

| EXP. 670-2019 | EXP. 90-2020 | EXP. 156-2020 |
|------------------------------------|------------------------------|-----------------------------------|
| Rubio Pulido Jean Carlos Alexis | Valladares Tambo Waldir Sais | Ampuero Alvarado Ernesto Rubén |
| Toribio Solano Jhonnatan Junior | | |

Nota: En esta tabla se plasmó datos, donde se puede evidenciar los 03 procesos por el delito de tráfico ilícito de drogas, donde el Juez de Investigación Preparatoria de Viru emitió un control difuso, y dispuso no proceder a la cesación de prisión preventiva por mínima lesividad de los procesados indicados al considerar que dicho delito no es un delito de mínima lesividad.

Fuente: *Elaboración propia del autor.*

Tabla 2:

Cuadro comparativo de tipos penales de mínima lesividad en el caso de tráfico ilícito de drogas y delitos de gran lesividad como son el delito de porte o uso de armas, marca o reglaje y organización criminal.

| ART. 296 CP Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas | Art. 279-G CP Fabricación, comercialización, uso o porte de armas | ART. 317-A CP marcaje o reglaje | ART. 317 CP organización criminal |
|--|--|--|---|
| Primer párrafo una pena de: no menor de ocho ni mayor de quince años | una pena de: no menor de seis ni mayor de diez años | Una pena de: no menor de tres ni mayor de seis años (simple), y no menor de seis ni mayor de diez años (Agravado) | Primer párrafo una pena de: no menor de ocho ni mayor de quince años |
| Segundo párrafo una pena de: no menor de seis ni mayor de doce años | | | |
| Tercer y cuarto párrafo una pena de: no menor de cinco ni mayor de diez años | | | |

Nota: En esta tabla se plasmó datos, donde se puede evidenciar que, entre los delitos considerados graves y el delito considerado de mínima lesividad, las penas a imponerse se asemejan, por tanto, no podría considerarse que el delito de tráfico ilícito de drogas es menos grave de los otros delitos de la figura antes señalados.

Fuente: *Elaboración propia del autor.*

Tabla 3:

Cuadro comparativo de tipos penales que no fueron considerados de mínima lesividad por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1513.

| Ejercicio malicioso y desleal de la medicina | Nombramiento o aceptación ilegal de cargo público | Patrocinio ilegal | Retardo injustificado de pago | Rehusamiento de entrega de bienes depositados o puestos en custodia |
|---|--|--|--------------------------------------|--|
| ART. 291 | ART. 381 | ART. 385 | ART. 390 | ART. 391 |
| 02 años o de 20-52 jornadas servicio comunitario | 70-120 días multa | 02 años o de 20-40 jornadas servicio comunitario | no mayor de 02 años | no mayor de 02 años |

Nota: En esta tabla se plasmó datos, donde se puede evidenciar delitos considerados graves, donde las penas a imponerse no cumplirían la prognosis de pena para imponer una prisión preventiva.

Fuente: *Elaboración propia del autor.*

Tabla 4:

Cuadro comparativo de los derechos individuales de los procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas versus los derechos individuales de los integrantes de la sociedad.

| Derecho a la libertad personal Art. 2°.24 | Derecho a la paz Art. 2°.22 | Derecho a la Tranquilidad Art. 2°.22 | Derecho al tiempo libre y descanso Art. 2°.22 | Derecho de un ambiente equilibrado y adecuado para la vida Art. 2°.22 |
|--|--|---|--|--|
| Rubio Pulido Jean Carlos Alexis | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad |
| Toribio Solano Jhonnatan Junior | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad |
| Valladares Tambo Waldir Sais | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad |
| Ampuero Alvarado Ernesto Rubén | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad | La Sociedad |

Nota: En esta tabla se plasmó datos, los derechos individuales que le subsisten a los imputados y que se verían limitados por el proceso del delito de tráfico ilícito de drogas, siendo solo uno, su libertad personal, en colisión con los derechos individuales que les corresponden a todos los integrantes de la sociedad, siendo que se les limitaría 04 derechos constitucionales.

Fuente: *Elaboración propia del autor.*

Tabla 5:

Cuadro comparativo de los derechos individuales de los procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas vs los derechos sociales de los integrantes de la sociedad.

| Derecho a la libertad personal Art. 2°.24 | Mercadería ilícita | Derecho social de combatir y sancionar el Tid Art. 8° | Derecho social de la salud Art. 9° |
|--|--|--|---|
| Rubio Pulido Jean Carlos Alexis | Marihuana-Peso Bruto 2.150 Kg | La Sociedad | La Sociedad |
| Toribio Solano Jonnathan Junior | Marihuana-Peso Bruto 2.150 Kg | La Sociedad | La Sociedad |
| Valladares Tambo Waldir Sais | Alcaloide Cocaína- Peso Bruto: 273.25 gramos | La Sociedad | La Sociedad |
| Ampuero Alvarado Ernesto Rubén | Marihuana-Peso Bruto de 48.640 kg | Los Ciudadanos | Los Ciudadanos |

Nota: En esta tabla se plasmó datos, los derechos individuales que le subsisten a los imputados y que se verían limitados por el proceso del delito de tráfico ilícito de drogas, en colisión con los

derechos sociales que les corresponden a todos los integrantes de la sociedad.

Fuente: *Elaboración propia del autor.*

DISCUSIÓN

Debemos precisar que el objetivo de dicho artículo es establecer las características que se deben considerar para que un delito sea considerado de mínima lesividad y con ello acceder al cese automático de la prisión preventiva al amparo del artículo 2° del Decreto Legislativo 1513, para ello se consideró 03 procesos tramitados ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Viru, dichos procesos eran por el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros previsto en el artículo 296 del Código penal, donde dichos procesados eran beneficiados con este decreto legislativo y les correspondería acceder al cese automático de la prisión preventiva, ante ello el juez de la investigación preparatoria considero discrepar con dicho decreto legislativo y con fecha 14 de agosto del 2020 emito un auto de control difuso y estableció que a dichos procesados no le correspondía el cese automático de la prisión preventiva, y que debían continuar con el mandato de prisión preventiva, la detención preventiva solo es legítima en la medida en que continúen existiendo todos sus presupuestos (Bovino, 1998).

Que el artículo 2° del Decreto Legislativo 1513, estableció que determinados delitos no debían acceder al cese automático de la prisión preventiva, debido a que no eran delitos de mínima lesividad, por consiguiente, eran considerados delitos graves o de mayor lesividad, entre dichos delitos por citar algunos, tenemos, fabricación, comercialización, uso o porte de armas (Art. 279-G Código Penal), marcaje o reglaje (Art. 317-A Código Penal) y organización criminal (Art. 317 Código Penal). Sin embargo podemos verificar que dichos delitos tienen penas en su extremo mínimo que difieren, como son: seis, tres y ocho, verificando la pena de los extremos mínimo del delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros previsto en el artículo 296 del Código penal, son : ocho, seis y cinco, por lo que podemos establecer que los extremos mínimos de los delitos que han sido considerados de mayor lesividad son igual y/o menor a los extremos mínimos de aquel delito que no ha sido considerado un delito grave, y si es considerado un delito de mínima lesividad.

El artículo 2° del Decreto Legislativo 1513, estableció una lista de delitos que fueron excluidos de la cesación automática de la prisión preventiva, entre ellos estos delitos: Ejercicio malicioso y desleal de la medicina, nombramiento o aceptación ilegal de cargo público, patrocinio ilegal, retardo injustificado de pago y rehusamiento de entrega de bienes depositados o puestos en custodia, en donde verificándose las penas previstas de estos tipos penales, se podrían señalar que es poco probable que se pueda emitir una prisión preventiva, en aquellos procesos donde se les atribuya este tipo de delitos, toda vez que las penas de dichos delitos, tanto en su extremo mínimo y máximo no cumplen unos de los presupuestos que se exige para imponer una prisión preventiva, referente a la prognosis de pena, por ende resulta contradictorio excluir del cese automático de la prisión preventiva a aquellos delitos contra los cuales no se podría dictar una prisión preventiva, la aplicación de un límite penológico de cuatro años para imponer la prisión preventiva, es un requisito que, entendido en su real dimensión, importa un presupuesto indispensable para dotar a la prisión preventiva de una lógica proporcional (Del Rio Labarte, 2007)

En cuanto a los derechos individuales que entrarían en conflicto, al haberse dictado la prisión preventiva contra los procesados Rubio Pulido Jean Carlos Alexis, Toribio Solano Jhonatan Junior, Valladares Tambo Waldir Sais y Ampuero Alvarado Ernesto Rubén por el delito de tráfico

de drogas, se les restringió su libertad personal prevista en el artículo 2°. 24 de la Constitución Política del Perú, en el marco de un Estado de Derecho, la privación de la libertad ambulatoria anterior a la sentencia condenatoria, sólo puede revestir carácter excepcional (Reategui, 2006), pero que al acceder a una posible excarcelación vía cese automático de la prisión preventiva, ello afectaría los siguientes derechos: derecho a la paz, derecho a la tranquilidad, derecho al tiempo libre y descanso y derecho de un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, todos ellos previstos en el artículo 2°.22 de la Constitución Política del Perú, es decir existen más derechos individuales afectados de los integrantes de una sociedad en comparación al único derecho afectado de los procesados.

En cuanto a los derechos sociales y la acción desplegada por los procesados Rubio Pulido Jean Carlos Alexis, Toribio Solano Jhonnatan Junior, Valladares Tambo Waldir Sais y Ampuero Alvarado Ernesto Rubén por el delito de tráfico de drogas, que al haberse dictado prisión preventiva contra ello se les restringió su libertad personal prevista en el artículo 2°. 24 de la Constitución Política del Perú, pero que el hecho materia de imputación estableció que Rubio Pulido Jean Carlos Alexis se le habría encontrado como mercadería ilícita Marihuana-Peso Bruto 2.150 Kg; a Toribio Solano Jhonnatan Junior Marihuana-Peso Bruto 2.150 Kg; a Valladares Tambo Waldir Sais Alcaloide Cocaína- Peso Bruto: 273.25 gramos; y a Ampuero Alvarado Ernesto Rubén Marihuana-Peso Bruto de 48.640 kg. Que dichas mercaderías ilícitas encontradas traen como consecuencia la afectación de derechos sociales y constitucionales como son: derecho social de combatir y sancionar el TID Art. 8°, y el derecho social de la Salud Art. 9°, previstos en la Constitución Política del Perú.

CONCLUSIONES

Un delito para ser considerado de mínima lesividad tiene que cumplir tres requisitos: primero, la lesión del bien jurídico tutelado; segundo, la pena a imponerse; y tercero, las salidas alternativas y beneficios premiales que puedan tener. Por consiguiente, aquellos delitos que no cumplirían dichos requisitos deberán ser considerados como delitos graves o de gran gravedad.

El Decreto Legislativo 1513, en su artículo 2°, evidenció grandes incongruencias al establecer a determinados delitos como : Ejercicio malicioso y desleal de la medicina, nombramiento o aceptación ilegal de cargo público, patrocinio ilegal, retardo injustificado de pago y rehusamiento de entrega de bienes depositados o puestos en custodia; dentro de los delitos excluidos del cese automático de la prisión preventiva, ello debido a que en dichos delitos sus penas previstas, no permitirán jurídicamente imponer una prisión preventiva, al no cumplirse con el presupuesto de pronóstico de pena que se exige para ello.

Que el artículo 2° del Decreto Legislativo 1513, estableció que determinados delitos no debían acceder al cese automático de la prisión preventiva, al ser considerados delitos graves, entre ellos los delitos de: Fabricación, comercialización, uso o porte de armas; marcaje o reglaje; y organización criminal, pero que dichos delitos se asemejan en las penas a imponerse al delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros previsto en el artículo 296 del Código penal, siendo que dicho delito fue considerado un delito de mínima lesividad por el referido Decreto Legislativo y por ende acceder al cese automático de la prisión preventiva.

El delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros previsto en el artículo 296 del Código penal no es un delito de mínima lesividad, por las siguientes afectaciones: 1) La

peligrosidad y el impacto social, hacia la sociedad; 2) movilización de drogas; 3) El medio de transporte; 4) Los actos de corrupción; 5) Los consumidores 6) La lesión de derechos fundamentales; además que la jurisprudencia constitucional en el expediente N° 04750-2007-PHC/TC y expediente 03154-2011-PHC/TC señalaron que el delito de tráfico ilícito de drogas, por la afectación que produce al cuadro material de valores que consagra la Constitución es considerado como uno de los ilícitos penales más graves.

Todo procesado por el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros previsto en el artículo 296 del Código penal, que se encuentre con mandato de prisión preventiva, puede lograr su excarcelación antes del vencimiento del plazo de dicha prisión, usando como herramienta procesal la cesación de prisión preventiva prevista en el artículo 283 del código procesal penal, y no a través del cese automático de la prisión preventiva, dispuesto por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1513.

El artículo 02 del Decreto Legislativo N° 1513, contraviene el artículo 08 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas, conforme lo establecido la Consulta N° 11407-2020 del 02 de junio del 2021 y que aprobó el control difuso realizado por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Virú.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arana, W. (2014). *Manuel de Derecho Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Binder, A. M. (2004). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Casación, 391-2011 (Sala Penal Permanente Corte Suprema De La Republica Del Perú Martes De Junio De 2013).
- Consulta, 11407-2022 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema De Justicia de La República Miércoles de junio de 2021).
- Del Rio Labarte, G. (2007). *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal, Presupuestos, Procedimiento y Duración*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Habeas Corpus, 5436-2014-Phc/TC (Tribunal Constitucional Jueves de junio de 2020).
- Reategui, J. (2006). *En Busca de la Prisión Preventiva*. Lima: Jurista Editores.
- Zaffaroni, E. R. (2020). *Morir de Cárcel. Paradigmas Jushumanistas desde El Virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Editora Comercial, Industrial Y Financiera.
- Zaffaroni, E. R. (2020). *Penas Ilícitas Un Desafío a la Dogmática Penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Delito de prácticas anticoncurrenciales en licitaciones, concursos y remates públicos**Crime of anticocurrent practices in bids, competitions and public auctions****Estuardo Leonides Montero Cruz**
Universidad Nacional de Trujillo

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 20/07/2023

RESUMEN

El Artículo 241° del CP peruano vigente tipifica el delito de prácticas anti concurrenciales en licitaciones, concursos y remates públicos. Los estudios dogmáticos a este tipo penal, por parte de la doctrina peruana, han sido mayormente comentarios exegéticos, por esta razón, el autor del presente artículo ha pretendido realizar un estudio interpretativo más concienzudo sobre cada uno elementos objetivos y subjetivos que componen este delito. Asimismo, ha intentado destacar los aspectos más problemáticos de este ilícito penal.

Palabras clave: Libre competencia, Cárteles, Licitaciones públicas, Concurso público, Remate público.



1 Abogado, Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Trujillo., emonteroc@unitru.edu.pe, <https://orcid.org/0000-0003-2682-9901>

ABSTRACT

Article 241° of the current Peruvian Criminal Law typifies the crime of anticompetition practices in bids, contests and public auction. The Peruvian studies of this type of crime, have been mostly exegetical commentaries, for this reason, the author of this article has intended to carry out a more thorough interpretative study on each one objective and subjective elements that are part of this crime. It has also tried to highlight the most problematic aspects of this criminal act.

Keywords: Free competition, Cartels, Public tenders, Public tender, Public auction.

INTRODUCCIÓN

El Artículo 241° está ubicado sistemáticamente en el Capítulo IV [«DE OTROS DELITOS ECONÓMICOS»], Título [«DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO»] del LIBRO SEGUNDO de la Parte Especial del CÓDIGO PENAL peruano vigente en adelante CP-. A la letra prescribe lo siguiente:

«Artículo 241°.-

Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa quienes practiquen las siguientes acciones:

Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios.

Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.

Derogado: Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un periodo no menor de tres ni mayor de cinco años».

Este Artículo ha sido sumillado por nuestro legislador con el nomen iuris: “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos”.

La fuente legislativa de este ilícito penal ha sido el viejo Código Penal español de 1973 en sus Artículos 539° y 540°.

Originalmente, el Artículo 241° de nuestro CP estaba compuesto por tres numerales. Sin embargo, el numeral tercero fue abrogado por el Decreto Legislativo N° 1034 (Segunda disposición complementaria y derogatoria, inciso b) de fecha veinticinco de junio del año dos mil ocho. Ley que entró en vigor a los treinta días de su publicación en el Diario oficial El Peruano, esto es, el veinticinco de julio de ese año. Esta es la única modificatoria que su texto originario ha tenido.

El delito de “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos” tal como lo denomina el legislador, ha recibido diferentes denominaciones en la doctrina, algunos han preferido llamarlo “delitos de cárteles de licitación” (Abanto, 1997, p. 146; García, 2007, p. 87), otros, en cambio, lo denominan delito de “maquinación para alterar el precio” (Santana, 2016, p. 331) de la licitaciones o remates públicos. Sin embargo, creo que ninguna de estas etiquetas encierra a todas las conductas que se describen en dicho tipo penal. La etiqueta legislativa, por ejemplo, destaca el fraude; pero aún en su significado más laxo deja afuera las amenazas. En cuanto a la etiqueta de “cártel”, este hace referencia a un convenio o colusión entre agentes económicos en el control de los precios y de la competencia (Tiedemann, 1999, pp. 285 y ss.), no obstante, se olvida que el único precepto que contenía la conducta de concertación (cártel) para alterar los precios, fue derogado por el D. Leg. N° 1034; además, su concepto excluye per se las conductas unilaterales que ya se describían en los numerales 1 y 2 del Artículo en análisis, por lo que tampoco me parece que el nombre era adecuado. En cuanto al concepto “maquinación”, este significa “proyecto o acechanza artificiosa y oculta, dirigida regularmente a mal fin”, sin embargo, tengo la impresión de que el término está más asociado al engaño o a la defraudación.

En todo caso, a título personal considero que el nombre más apropiado y que podría englobar las conductas típicas que se describen en el Artículo 241° del CP, sería el de delito de prácticas anticoncurrenciales (o anticompetitivas) mediante coacción, corrupción y defraudación en licitaciones, concursos y remates públicos. Este tipo penal busca, en general, castigar el control

ilegal de los agentes económicos que compiten en las licitaciones públicas de contratación y adquisición de bienes y servicios del Estado, así como de los remates públicos. Se trata de conductas anti concurrenciales que tienen lugar a través distintos medios como las amenazas, promesas, soborno, fraudes, etc. para alejar a los postores de la licitación, concurso o remate público. Conviene precisar en este punto, que este tipo penal, al contener entre sus medios típicos a las dádivas o promesas, constituye el primer antecedente histórico de corrupción privada en el Perú: concretamente, de corrupción a los postores.

Desde un punto de vista criminológico, como ha dicho Blanco (2011) en referencia a la realidad española, pero aplicable también a la realidad peruana: “el oscurantismo y secretismo propio de estas prácticas, su estructuración a veces en complejas redes, así como, en general, las dificultades de persecución inherentes a la delincuencia socioeconómica y de cuello blanco, hacen que sean escasos los procesos abiertos por este delito” (p. 126). Así, por ejemplo, en los remates, existen mafias que operan en este tipo de procesos logrando bajar el precio de forma significativa, adjudicándose el bien a un precio muy por debajo del vigente en el mercado. (Peña, 2016, p. 311).

Este contexto justifica la intervención del Derecho penal; sin embargo, pese a su criminalización, y como otro problema adicional, es que este tipo penal es poco conocido y aplicado por la judicatura pese a tratarse de conductas bastante frecuentes en la realidad (Prado, 2021, p. 266).

A continuación, analizaré cada uno de los elementos constitutivos que componen el tipo penal bajo estudio.

METODOLOGÍA

Tipo de investigación:

Se trata de una investigación de tipo básica.

Diseño

Esta investigación presenta un diseño no experimental o cualitativo, por tratarse de un trabajo dogmático o de teoría fundamentada.

Unidad de análisis

La unidad de análisis, en este trabajo, lo constituyen los libros y artículos de la doctrina.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Tipo Objetivo:

El bien jurídico protegido:

La rúbrica del codificador nacional parece sugerir que esta prohibición penal tiene la intención de tutelar el “orden económico”. El problema que se presenta aquí, sin embargo, es que el “orden económico” como objeto de protección penal sería muy general y no serviría para establecer una función protectora e interpretativa como bien jurídico. En todo caso tendría que precisarse la estructura elemental económica que específicamente se busca tutelar.

Un importante grupo de la doctrina, alejándose de los lineamientos de la rúbrica legislativa, ha elaborado variadas posiciones en torno al bien jurídico protegido de la presente prohibición delictiva.

Así, hay quienes señalan que a través de esta prohibición se pretende proteger el patrimonio. Al respecto existen dos vertientes. Por un lado, están los que señalan que la protección es al “patrimonio individual” del postor en el marco del mercado (Pedreira, 2011, p. 402), piénsese, por ejemplo, en el valor de la cosa subastada, o de la obra, etc. Y la segunda, precisa que lo que se protege es el “patrimonio estatal”, en tanto que con las conductas típicas se perjudican al comprador público incrementando los precios y restringiendo el suministro, provocando que los bienes y servicios no estén a su alcance (Delzo, 2020, p. 439).

Sin embargo, ninguna de estas posturas patrimonialistas de bien jurídico es correcta. En cuanto a la primera, no es correcta, porque, si bien a través de la coacción, corrupción o fraude en algún momento se puede buscar controlar el precio del concurso o la subasta, sin embargo, puede que no consigan el efecto deseado o, incluso, que produzcan un efecto inverso al perseguido, por ejemplo, “que el titular del bien subastado obtenga un precio superior a sus legítimas expectativas” (Pedreira, p. 402; Carbonell, 1999, p. 532, siguiendo la idea del “precio de remate resultante”). Y en cuanto a la segunda, tampoco es correcta, porque el tipo penal no exige perjuicio patrimonial alguno; de estarlo tendría que probarse que dicho patrimonio ha sido menguado de alguna manera, pero eso no se exige.

Por otro lado, se encuentran los que consideran que la prohibición del Artículo 241° del CP protege a la Administración Pública. Sigue este punto de vista en doctrina nacional PRADO SALDARRIAGA (2021). En su opinión, lo que protege el tipo penal en estudio es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, aunque el legislador lo haya rubricado con la denominación de “otros delitos económicos”. Dice el jurista nacional que “se debe considerar de “*lege ferenda*” que tales ilícitos sean ubicados, tal vez en un espacio más próximo a los delitos funcionariales de colusión como delitos periféricos a tales hechos punibles” (p. 266). Me parece que este autor considera que este delito es algo así como un delito de “colusión anticompetitiva”. El problema de esta postura, sin embargo, es que cae en la generalidad del objeto de protección, y no precisa cuál estructura específica, principio o deber de la Administración Pública es la que ha de proteger realmente. Asimismo, no tiene en cuenta que en el caso de los remates públicos no necesariamente interviene el Estado. Y, por último, porque el Artículo 241° no castiga conductas concertadas, aunque es posible que dicha concertación pueda acontecer, sin embargo, lo que castiga inmediatamente son conductas unilaterales, como por ejemplo la de intentar alejar a los postores mediante amenazas.

La idea de que mediante esta prohibición se pretenda proteger a la Administración Pública, en tanto que ésta aparece “como convocante de los procesos de selección y oferta pública”, como bien afirma el profesor GARCÍA CAVERO (2007), no es correcta. En todo caso, esto resultaría admisible en licitaciones y concursos públicos, pero no puede decirse lo mismo en los remates públicos. Dice el jurista de la Universidad de Piura que: “El hecho de que el remate público sea un proceso público no quiere decir necesariamente que tenga lugar en el marco de la actividad de la Administración Pública, sino que se trata de un proceso abierto al público y, por tanto, abierto a la competencia. En este sentido, también particulares podrán convocar a remates públicos sin intervención de la Administración Pública (algo que sucede cada vez con mayor frecuencia gracias a los medios de comunicación electrónica) y verse perjudicados por un manejo ilegal de las posturas” (pp. 88-89).

El otro importante grupo de la doctrina, siguiendo el pensamiento de que este tipo penal en estudio

trata de un delito económico, y, estando de acuerdo en que se debe precisar la estructura elemental que específicamente se busca tutelar; tiende a dividirse entre los que señalan, por un lado, que se protege el “orden socioeconómico” respecto a “la política económica de precios” (Muñoz, 2001, p. 489.), y por otro lado, los que señalan que se protege a la “libre competencia” (por todos, Abanto, 1997, p. 146).

La idea de que la “política económica de precios” en las licitaciones, concursos y subastas públicas sea el bien jurídico protegido del Artículo 241°, se sustenta en la lógica de la economía social de mercado (Muñoz, p. 488.), a saber: que la oferta y la demanda libre entre los agentes económicos particulares del mercado son los que definen autorregular mente los precios de los bienes y servicios, no el Estado. Por eso suele hablarse de una protección penal de “la correcta formación de los precios en los concursos y subastas públicas” (Pedreira, p. 402).

La concepción de que este tipo penal protege los precios de las licitaciones, concursos y remates públicos, es sólo aparente. En caso contrario, llevaría a ciertas lagunas de punibilidad. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un representante legal de un consorcio que postula a un concurso público, que para lograr la experiencia de su representada -en futuros concursos- aleja a los postores competidores mediante alguna promesa o dádiva, quedando el consorcio que representa como único postor, teniendo incluso una propuesta económica justa, tanto para el Estado como para él. En este caso, qué duda cabe que no se ha pretendido afectar el precio del concurso público. En efecto, si a través del Artículo 241° se pretendiera proteger el control de precios para salvaguardar el “orden económico”, entonces en este caso no se habría realizado dicho peligro al bien jurídico, por lo que sería atípico. Pero, qué duda quepa también que, pese a que no se ha realizado un control de los precios, se ha menoscabado arbitrariamente el derecho a la libre concurrencia.

Cabe mencionar que la protección penal al control de precios en nuestro país ha sido asegurada a través de otros tipos penales como los de especulación de bienes de primera necesidad (Artículo 234° CP) y de usura (Artículo 214° CP). En su momento, el texto original del Artículo 241°, en el numeral 3, hacía referencia a una concertación de precios en el contexto de licitaciones, concursos y remates públicos; sin embargo, como dije al principio, fue abrogado por el Decreto Legislativo N° 1034 (Segunda disposición complementaria y derogatoria, inciso b) de fecha veinticinco de junio del año dos mil ocho. Se trataba de un verdadero supuesto delictivo de cárteles (colusión) en la alteración de precios que naturalmente establece el mercado en el contexto de licitaciones, concursos y remates públicos.

En cuanto a la concepción que señala que la prohibición del delito de “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos” tiene como bien jurídico a la “libre competencia”, punto de vista que comparto; conviene precisar que algunos tienden a señalar que no es la “libre competencia” sino la “libertad de concurrencia” lo que se protege. Lo cierto es que se utilizan ambos conceptos para referirse a la libertad de pujar, en tanto libertad de acceso a la licitación o subasta pública e igualdad de oportunidades de los postores. De cualquier manera, como ha señalado SALAZAR CÁDIZ (2016), “competition” (término angloamericano que aludía a la rivalidad) y “concurrence” (término francés que aludía también a la rivalidad), son términos que tienen un significado equivalente que se habrían construido con el tiempo luego de un proceso de transferencia y adaptación lingüística (2016, p. 415); en consecuencia, deben ser entendidos como sinónimos.

Para salvaguardar el “modelo social de competencia” (García, p. 19), el Estado ha asegurado el derecho a competir libremente y también las reglas que autoriza la participación del mayor número de postores, por cuanto sin concurrencia no es posible realizar la selección, una concurrencia menguada, sin garantías suficientes, impide una correcta selección (Retamozo, 2018, p. 391). Este aseguramiento lo ha realizado no sólo a través de mecanismos administrativos, sino también penalmente a través del Artículo 241° en mención, castigando las conductas que ha considerado más graves para atentar contra la libre concurrencia.

La prohibición del Artículo 241° del CP, en efecto, busca proteger la expectativa normativa de libre competencia en las licitaciones, concursos o subastas públicas entre los agentes económicos (García, p. 89).

Algunas de las posturas antes mencionadas, incluida la nuestra, se alinean a considerar que el bien jurídico que se pretende proteger mediante el Artículo 241°, es monosubjetivo, esto es, que el bien jurídico que se protege a través de este tipo penal es único (delito uniofensivo). Las otras posturas, en cambio, señalan que el bien jurídico que se protege es plurisubjetivo, es decir, que lo protegido son dos o más bienes jurídicos (delito pluriofensivo).

Defienden la idea de un bien jurídico plurisubjetivo, en nuestro país, ABANTO VÁSQUEZ (1997), quien señala que “no sólo se trata de la protección de un aspecto supraindividual como es la competencia, ni individual como el patrimonio del Estado o el de los intervinientes en la licitación, o a los consumidores, sino también en cuanto se trata del funcionamiento de la Administración Pública”. En tal sentido, dice este autor, “querer ver en el tipo penal únicamente la protección de alguno de estos intereses significaría no entender sus verdaderos alcances” (p. 147). Asimismo, hay posturas que señalan se trataría de un delito biofensivo, en alusión al menoscabo de la libre concurrencia, con cualquiera de los otros bienes jurídicos expuestos arriba.

Sin embargo, la idea de que el bien jurídico protegido del Artículo 241° sea plurisubjetivo, considero es cuestionable. Primero, porque toda conducta siempre puede comprometer fácticamente varios bienes jurídicos, pero de esto no se puede concluir que el objeto de protección penal sea toda realidad comprometida. Así, por ejemplo, en el caso de un delito de robo con subsiguiente resultado muerte (último párrafo del Artículo 189° del CP), qué duda cabe que se ha comprometido fácticamente no sólo el patrimonio, sino también la vida, sin embargo, mediante este tipo penal sólo se protege al patrimonio, no la vida. El resultado muerte, es decir, la afectación al derecho a la vida incrementa el desvalor de la conducta patrimonial y como tal, cualifica severamente la pena de este ilícito. En este sentido, que el delito objeto de estudio pueda comprometer en algún momento el patrimonio individual, los precios del mercado o la Administración Pública, no hace que estos necesariamente sean, junto a la libre competencia, objeto de tutela penal.

En segundo lugar, y creo la objeción más importante, es que la combinación de bienes jurídicos desorienta al intérprete para desentrañar el alcance de protección de la norma, en tanto que, todo bien jurídico tiene una función interpretativa, pero que no se logra si un tipo penal protege más de un bien jurídico. Así, por ejemplo, ¿cómo se podrían interpretar los elementos del Artículo 241° del CP si se postulan dos o más bienes jurídicos como objeto de protección penal? ¿Con la libre competencia y/o el patrimonio individual y/o con la Administración Pública? ¿Cuál de estos bienes jurídicos dotarán de sentido a los elementos del tipo? ¿Todos o algunos? En cualquier caso,

¿en qué orden? En efecto, pienso que sostener la existencia de un bien jurídico plurisubjetivo en este caso, lleva a la desorientación del intérprete, por eso estoy en desacuerdo.

Ahora bien, la estructura típica que presenta el Artículo 241° del CP es la de un delito de peligro abstracto, y como tal no admite conato (tentativa), en tanto que el tipo exige la creación de un peligro abstracto al bien jurídico libre concurrencia; no requiere que se logre realmente la exclusión de los competidores en la licitación, concurso o remate público. Como dice GARCÍA CAVERO (2007) “no requiere una efectiva exclusión de la competencia en los procedimientos públicos de selección y mucho menos un perjuicio patrimonial a la entidad convocante, por lo que la lesividad del delito se encontrará en su idoneidad para afectar los ámbitos de libertad en los procesos de contratación abiertos al público” (p. 89). De esta manera, la coacción, la corrupción y el fraude en las licitaciones, concursos y remates públicos son suficientes para menoscabar la expectativa normativa penalmente tutelada de libre concurrencia (competencia), aunque no se logre a través de estos medios excluir efectivamente a los competidores.

Dato:

¹Aunque se acepta la participación de éste en la justa distribución de los recursos, e impidiendo los abusos económicos por particulares.

²Es importante anotar, como señala el profesor Abanto, que «la competencia como valor dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico. Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; la libre competencia es el instrumento que hace real la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el permitir el máximo desarrollo posible de libertad individual. No puede haber economía (social) de mercado sin libertad de competencia. Tampoco puede existir libertad de competencia, si ésta no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, que en sus inicios puede ser competitivo, tiende a ser destruido por los propios agentes económicos mediante prácticas restrictivas, si éstas no son controladas administrativa y/o penalmente. Queda entonces claro que la protección de la competencia no interesa únicamente a los agentes económicos del mercado y participantes directos en el proceso económico, sino a toda la colectividad». ABANTO, p. 144.

Sujetos:

Sujeto Activo:

El Artículo 241° comienza describiendo al sujeto activo del delito con el término “quienes”. Esta palabra describe la estructura típica de intervención de un delito común, precisamente porque el sujeto agente puede ser cualquier persona física imputable, y no se requiere de cualidades especiales en el interviniente para realizar las conductas prohibidas de los numerales 1 y 2.

Por otro lado, este delito de prácticas anti concurrenciales (o anticompetitivas) es un delito mono subjetivo, en tanto que el tipo penal está configurado para que una persona, como mínimo, pueda realizar alternativamente cualquiera de las conductas típicas que se prohíben en los numerales 1 y 2 del Artículo 241°: solicitar, aceptar e intentar alejar. Si bien el término “quienes” hace referencia a un pronombre en tercera persona plural -así también los verbos típicos se encuentran en plural- sin embargo, este funge como equivalente a “el que”, y no debe llevarnos a pensar que las conductas típicas -también en plural- deban ser realizadas necesariamente por dos o más intervinientes, sino que, por lo menos podría cometerlo una sola persona.

Asimismo, se trata de un delito que puede ser realizado a mano propia o por mano ajena. Finalmente, se trata también de un delito de dominio, y como tal, le son aplicables las reglas tradicionales de autoría y participación delictiva.

Sujeto Pasivo:

El sujeto pasivo de este delito, en todos los supuestos serán los convocantes de las licitaciones, concursos o remates públicos; y sólo en algunos supuestos (coacción y fraude) también será el competidor o competidores. Esto es así, porque como he señalado arriba, la libre competencia del modelo social de competencia que rige en nuestra economía es una estructura socioeconómica esencial que garantiza el derecho a competir libremente y también las reglas que permiten la participación del mayor número de postores. Sin esta no es posible realizar la selección adecuada en favor de la sociedad. La sociedad (sus miembros) es quien recibirá finalmente las prestaciones. Una concurrencia mermada, evidentemente no garantiza a los convocantes una adecuada selección, afectando a la sociedad misma.

Los competidores, como agraviados de este delito, pueden ser personas naturales o jurídicas, si se trata de los remates públicos. En el caso de las licitaciones o concursos públicos pueden ser personas jurídicas, es decir, empresas (Santana, p. 331.), necesariamente inscritas en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). El RNP es un requisito esencial que les permite a estas empresas poder tener la condición de participante o postor en el proceso de contratación. En cuanto a los convocantes de la licitación, concurso o subasta públicos, estos pueden ser el Estado, las empresas (Cajas Municipales, Bancos, etc.) o particulares.

Conducta típica:

“Solicitar y aceptar”:

En el numeral 1 del Artículo en mención, se describen alternativamente dos verbos típicos: solicitar y aceptar.

En cuanto al verbo “solicitar”, significa pedir algo. En este caso se hace referencia a que el sujeto activo pide o requiere una dádiva para abstenerse de participar en el proceso de selección de la licitación, concurso o remate público. La solicitud de dádivas históricamente ha sido la conducta más común de corrupción privada (Blanco, p. 127). Ahora bien, no es difícil, por otro lado, pensar que también se puede solicitar una promesa para no tomar parte de dichas licitaciones, concursos o remates públicos.

Respecto del verbo “aceptar”, este significa recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga. El verbo típico “aceptar” de este delito, está referido a que el sujeto activo reciba una dádiva, esto es, incorpore dinero u otra ventaja económica a su esfera de organización; asimismo, que el sujeto activo acepte una promesa, esto significa, que apruebe un ofrecimiento futuro a cambio de no tomar parte en las licitaciones, concursos o remates públicos (en este sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 313).

“Intentar alejar”:

El numeral 2 del Artículo 241º, por su parte, describe como conducta típica el “intentar alejar”. Intentar alejar significa hacer el esfuerzo de apartar algo o a alguien, aunque no se logre tal fin. Este verbo típico, sin embargo, adquiere su desvalor a través de la amenaza, dádivas, promesas o artificios. En el caso en concreto se refiere al intento de apartar a los postores en una licitación,

concurso o remates públicos, por los medios típicos antes mencionados. Así, por ejemplo, quien persuade a un competidor de forma libre y voluntaria, a no participar de un remate público no estará incurso en esta figura delictiva (PEÑA CABRERA FREYRE, p. 314), pero si utilizara la amenaza o el engaño, sí se configuraría el delito.

Consumación:

Como puede observarse, las prácticas anticoncurrenciales de los numerales 1 y 2 del Artículo 241° del CP constituyen delitos de mera actividad, porque se consuman con la simple realización de cada una de las conductas, y no necesitan de un resultado típico, también por esto no es posible.

Casos problemáticos: se han planteado la interrogante de si deben responder penalmente en el supuesto del numeral 1 también quienes aceptan entregar la dádiva o cumplir la promesa. Sin embargo, consideramos se trataría de un comportamiento posterior a la consumación (agotamiento) que no podría castigarse como participación en esta modalidad (en contra, Pedreira, pp. 406-407). Por otro lado, también se ha planteado la cuestión de la posible responsabilidad del que accede a retirarse del remate público en virtud de la dádiva o promesa, aunque no, obviamente, la del que se ve obligado a ello por amenazas o engaños. En este último caso, no habría problema en castigar dicha conducta a título autor respecto del verbo “aceptar” del numeral 1 del Artículo 241° del CP.

Medios comisivos:

El numeral 1 del Artículo 241° contiene dos medios típicos alternativos de comisión: “dádivas” y “promesas”. Por su parte, el numeral 2 de dicho Artículo contiene la referencia a cuatro medios típicos: “amenazas”, “dádivas”, “promesas” y “artificios” (este último, en el texto de la ley aparece como “cualquier otro artificio”).

Las dádivas y promesas constituyen medios corruptores. Estos hacen de los numerales 1 y 2 del Artículo 241° supuestos particulares de corrupción privada. Se trata de la primera criminalización a la corrupción privada que ha tenido nuestro país en la legislación penal.

Las dádivas hacen referencia a dinero, bienes u otros objetos de valor económico. Las conductas típicas de “solicitar” y “aceptar” (del numeral 1) e “intentar alejar” (numeral 2), adquieren su desvalor a través de o en alusión a las dádivas.

Las promesas son ofrecimientos hechos a una persona de efectuar en el futuro una entrega de dinero, de un bien, o de la realización de una prestación de contenido patrimonial en sentido amplio como, por ejemplo, la condonación de una deuda, la realización de un contrato, o no tomar parte de una futura licitación, concurso o remate (García, p. 92). Las promesas también incluyen prestaciones de carácter inmaterial y de naturaleza subjetiva, por ejemplo, solicitar relaciones sexuales a cambio de no participar en el concurso o subasta (Pedreira, p. 405). Conviene mencionar que la promesa típica siempre es idónea y precisa. Los ofrecimientos futuros imposibles de cumplir, de contenido fantasioso, inexistentes e irreal, no tienen aptitud para ser una promesa típica. Tampoco si son vagas e imprecisas.

Las amenazas (vis compulsiva), por otro lado, constituyen un medio coactivo para intentar alejar a los postores de la licitación, concurso y subasta pública. Esta consiste en el anuncio de un mal futuro y cierto sobre los postores, o que afectará a algo o a alguien estrechamente vinculado con

él. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que amenaza al representante legal de una empresa postora con quemar las instalaciones de ésta, si no hace que esta última que renuncie al proceso de selección. La amenaza típica, además, nunca es inocua, vaga e intrascendente, en caso contrario carecería de relevancia típica (PEÑA CABRERA FREIRE, p. 315).

Los artificios, por otra parte, son medios fraudulentos, relacionados con el engaño, la simulación, el ardid, etc. El numeral 2 del Artículo 241°, después de la mención a las amenazas, dádivas y promesas, hace referencia a “cualquier otro artificio”. Esto lleva a pensar que todos los medios típicos antes señalados serían artificios, pero es evidente que no lo pueden ser; en realidad, se trata de un mal lenguaje utilizado por el legislador (en este sentido, Chirinos, 2012, p. 850). A través de este medio típico se busca provocar un conocimiento inexacto en el postor o deformado de la realidad, para intentar alejarlo del proceso de selección. Por ejemplo, una persona que pertenece a un grupo económico, que hace postular a su empresa para una licitación pública, y a su vez hace figurar la aparente concurrencia de empresas en realidad ficticias en el que ofertan sus servicios por menor precio que su verdadera empresa y la empresa competidora oponente, buscando que ésta última renuncie a la competencia, para que, de darse esta situación, hacer renunciar a las empresas ficticias y quedarse como único postor en el proceso de selección.

Ahora bien, siguiendo algunas reflexiones críticas de ESTRADA i CUADRAS (2014) cuando analiza este tipo penal en España, objeciones que considero válidas también para nuestro tipo penal, señala que el legislador ha optado por castigar las prácticas anticoncurrenciales en supuestos en los que se emplean medios comisivos especialmente reprobables, como lo son, al menos en Perú, las amenazas y el artificio, en España se incluye también a la violencia. Sin embargo, esta técnica no ha estado liberada de objeciones. Sin duda que estos medios introducidos como filtro son censurables singularmente, no obstante, guardan una considerable distancia de las formas más comunes que atentan a la libre concurrencia, ya que normalmente no se emplean ni las amenazas ni los artificios (tampoco la violencia en referencia al tipo penal hispanoparlante), sin que por esto dejen de ser, en ciertos casos, menos censurables. El tipo penal, en esta forma, no comprende las conductas más frecuentes de prácticas anticompetitivas, sólo engloba las conductas y medios más burdos, lo que en la práctica lo vuelve inidóneo. Sólo tipifica conductas “primitivas” y, como se dice la doctrina, desconoce de conductas sofisticadas, como los acuerdos clandestinos o abusos de posiciones privilegiadas que sí afectan inequívocamente la competencia (pp. 10-11).

Contexto típico:

Según un sector de la doctrina, el objeto material del delito del Artículo en estudio, es un “remate público”, “licitación pública” y “concurso público de precios” (Abanto, p. 147). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esto es equivocado. El objeto material de la acción siempre es tangible y es descrito literalmente por el legislador en los tipos penales. En este sentido, ni los procedimientos administrativos antes señalados son tangibles, ni el legislador ha señalado que las conductas delictivas deban recaer directamente en ellos. En todo caso, consideramos que la referencia a las licitaciones, concursos y remates públicos en el tipo, sólo son contextos sociales (García, p. 91) en donde tendrán lugar estas conductas típicas.

En todos los casos se tratará de procesos o convocatorias dirigidas a quienes pueden participar en la adjudicación de obras, servicios, suministros y otros (licitación o concurso público) o para la adquisición de bienes o productos buscan al postor que pague el mejor precio (remate). Ahora, se

hace referencia a los procesos de selección de licitaciones, concursos y remates públicos, pero ¿en qué consisten cada uno de estos procedimientos?:

La licitación pública, “es el procedimiento de selección base, a partir del cual se desprenden los otros tipos y modalidades. En la doctrina se la define como el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el Pliego de Condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente” (Retamoso, p. 603). La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras (Artículo 22.1 del TUO de la LCE).

El concurso público, es también un procedimiento de selección del contratista, en el que prima la mayor capacidad técnica, científica, económico-financiera, cultural o artística entre los presentantes o intervinientes; éste se utiliza para la contratación de servicios (Artículo 22.1 del TUO de la LCE). Sin embargo, la ley penal precisa que se trata de un “concurso público de precios”, por lo que no se refiere al concurso público con exclusividad en los servicios, sino al concurso público de comparación de ofertas (precios) para la contratación de servicios y bienes, en el sentido del Artículo 25 del TUO de la LCE.

En cuanto al remate público, se define como “la venta de un bien mueble o inmueble, que ha sido ofrecido de manera innominada a los miembros de la comunidad a través de medios idóneos, como son los avisos en órganos de difusión. Remate Público es el que realiza un Juez al término de un procedimiento judicial, para vender los bienes del deudor y pagar al acreedor con el dinero resultante de la subasta. Remate Público, es, por tanto, la venta de bienes de propiedad privada”. (Chirinos, p. 850) La calificación de público, por tanto, no se debe a la intervención que a veces tiene la Administración Pública, sino que se trata de un proceso abierto al público (García, p. 88).

Tipo Subjetivo:

El ilícito penal de prácticas anti concurrenciales es doloso; no admite una imputación subjetiva culposa. Debe precisarse que, el numeral 1 del Artículo bajo análisis, describe un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente: “para no tomar parte en un (...)” (en contra Peña Cabrera, p. 314). En este supuesto, el tipo no exige que el sujeto activo no tome parte en la licitación, concurso o remate público, sino, sólo que con su conducta haya apuntado a esa finalidad. El numeral 2, en cambio, no presenta elemento subjetivo de tendencia alguno.

Consecuencias jurídicas:

Según el párrafo primero del Artículo 241° del CP, las penas a imponerse en los supuestos del delito de prácticas anti concurrenciales son de dos clases: privativa de libertad y multa. Se tratan de penas alternativas. La pena privativa de libertad será no mayor a tres años; y, la pena de multa, de ser el caso, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días.

El párrafo último del citado Artículo señala que si el delito acontece teniendo como contexto una licitación o concurso públicos de precios (no en remates públicos), se deberá imponer también al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un periodo no menor de tres ni mayor de cinco años. Este precepto, sin embargo, debe ser cuidadosamente interpretado, pues, en el caso del autor (persona natural), podría sostenerse que se trata de una pena limitativa de derechos de inhabilitación (Peña Cabrera, p. 315) en el sentido del numeral 4 del Artículo 36° del CP. En este supuesto, la imposición de esta pena

limitativa de derechos concurrirá juntamente con una de las penas alternativas arriba expuestas. Pero si se impone la suspensión del derecho a contratar con el Estado a la empresa (persona jurídica) a la que el autor representa, no podría afirmarse que se trate de una pena, justamente por los principios *societas delinquere non potest* y de culpabilidad que rigen en nuestro país (García, pp. 97-98), en tal sentido, cabría entenderla como una consecuencia accesoria (Abanto, p. 147).

Relación concursal:

Este delito de prácticas anticoncurrenenciales, por lo general, acontece en el seno de la Administración Pública en donde intervienen los funcionarios públicos. Estos, algunas veces, pueden cometer dicho delito en concurso con los delitos funcionales de concusión, abuso de autoridad, negociación incompatible o cohecho.

En cuanto al supuesto de amenazas del Artículo 241.2 del CP, presenta una posibilidad de concurso con el delito de coacción del Artículo 151° de mismo cuerpo normativo, sin embargo, se trata de un concurso aparente de delitos, que se resuelve aplicando el principio de consunción (así también Peña Cabrera, p. 315). En todo caso, podría invocarse el principio de subsidiariedad e imputar el delito de coacciones cuando no pueda configurarse el delito del Artículo 241.2 del CP (García, p. 99).

Respecto al supuesto de artificios del Artículo 241.2 CP, en el caso de los remates convocados por la Administración de Justicia, podría sostenerse un concurso con el delito de estafa procesal del numeral 1 del Artículo 197° del CP (Abanto, p. 148) en la medida que también se lesione el patrimonio individual.

Nuestra legislación penal no reconoce que este delito se resuelva como un concurso medial, sí en cambio España, el cual tiene un tratamiento especial. (Pedreira, p. 413).

CONCLUSIONES

El Artículo 241° del CP tipifica el delito de prácticas anticoncurrenenciales (o anticompetitivas) mediante coacción, corrupción y defraudación en licitaciones, concursos y remates públicos, si bien el legislador la sumillado con el nombre de “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos”, sin embargo, esta nomenclatura no es correcta.

Este delito tiene como objeto de tutela penal a la libre concurrencia (o llamada también libre competencia), en tal sentido, se trata de un delito uniofensivo. Así también, es un delito de peligro abstracto, y como tal, no admite tentativa.

Por otro lado, el Artículo 241° configura un delito común, monosubjetivo y de dominio, que puede ser realizado por mano propia o mano ajena.

El titular del bien jurídico libre concurrencia respecto de este delito, es la sociedad (sujeto pasivo del delito).

Son delitos de mera actividad.

El Artículo 241° numeral 1 establece dos medios típicos alternativos de comisión: “dádivas” y “promesas”. En el numeral 2, en cambio, se contiene la referencia a cuatro medios típicos:

“amenazas”, “dádivas”, “promesas” y “artificios” (este último, en el texto de la ley aparece como “cualquier otro artificio”).

La referencia a las licitaciones, concursos y remates públicos en el tipo bajo estudio, sólo son contextos sociales en donde tendrán lugar estas conductas típicas.

El delito de prácticas anticoncurrenciales en los dos supuestos es doloso. No admiten supuesto culposos.

El numeral 1 del Artículo 241° del CP describe un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente. El numeral 2, en cambio, no presenta elemento subjetivo de tendencia alguno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (1997) Themis. Revista de Derecho. Segunda Época, N° 36. Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima-Perú).
- BLANCO LOZANO, C. (2011) Alteración de precios en concursos y subastas públicas. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. En Miguel Polaino Navarrete (Director) Lecciones de Derecho Penal - Parte Especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal, Editorial Tecnos (Madrid-España).
- CARBONELL MATEU, J. (1999) 6. Alteración de precios en concursos y subastas públicas. En Vives Antón y otros, Derecho Penal - Parte Especial. Tirant lo blanch. 3ra edición (Valencia-España).
- CHIRINOS SOTO, F. (2012) Código Penal. 5ta edición. Rodhas (Lima-Perú).
- DELZO LIVIAS, G. (2020) “Las prácticas empresariales anticompetitivas en licitaciones públicas concertadas”. En Raúl Ernesto Martínez Huamán (Director), La Corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal. Editores del Centro (Lima-Perú).
- ESTRADA i CUADRAS, A. (2014) “Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)”, en InDret Revista para el análisis del Derecho (Barcelona-España). Disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1024.pdf> [Fecha de la consulta, julio de 2021].
- GARCÍA CAVERO, P. (2007) Derecho penal económico. Tomo II. Grijley (Lima-Perú).
- MUÑOZ CONDE, F. (2001) Derecho Penal - Parte Especial. Tirant lo blanch (Barcelona-España).
- OSCE, Opinión N° 55-2013/DTN de fecha 11 de julio 2013. Disponible en <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738202-opinion-n-055-2013-dtn> [Fecha de la consulta, marzo de 2022].
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. (2011) Lección 12. Alteración de precios en concursos y subastas públicas. En Javier Álvarez García (director) Derecho penal español. Parte Especial (II) Tirant lo blanch. (Valencia-España).
- PEÑA CABRERA FREIRE, A. (2016) Derecho penal. Parte Especial. Tomo III. 3ra edición. IDEMSA (Lima-Perú).
- PRADO SALDARRIAGA, V. (2021) Derecho penal. Parte especial. Una introducción en sus conceptos fundamentales. Instituto Pacífico (Lima-Perú).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/maquinaci%C3%B3n>> [Fecha de la consulta, febrero de 2022].

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/aceptar>> [Fecha de la consulta, febrero de 2022].
- RETAMOZO LINARES, A. (2018) Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios. Tomo I. 12va edición actualizada. Gaceta Jurídica (Lima-Perú).
- SALAZAR CÁDIZ, A. (2016) “La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285° del Código Penal chileno y su interpretación”, en Política Criminal. Volumen 11, N° 22. (Santiago-Chile). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v11n22/art03.pdf> [Fecha de la consulta, noviembre de 2021].
- SANTANA VEGA, D. (2016) “VIII. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas (Art. 284)”, En Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (directores) Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Adaptado a las LLOO 1/2015 Y 2/2015 de Reforma del Código Penal) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2. Tirant lo blanch (Valencia-España).
- URQUIZO OLAECHEA, J. (2016) Código Penal Práctico. Tomo II. Gaceta Jurídica(Lima-Perú).
- TIEDEMANN, K. (1999) “La regulación penal en materia de monopolios”. En ÉLMISMO, Temas de Derecho penal económico y ambiental. IDEMSA (Lima-Perú).
- VIVES ANTÓN, T.S y OTROS. Derecho Penal - Parte Especial. Tirant lo blanch. 3ra edición (Valencia-España).