



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

ISSN: 1997-6682
ISSN-e: 2663-9130

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020
Lima, Perú

13



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020

Publicación semestral. Lima, Perú

PRESIDENTE

José Luis Lecaros Cornejo (Poder Judicial del Perú, Perú)

DIRECTOR

Francisco Távora Córdova (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú)

EDITORA

Gladys Flores Heredia (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú)

COMITÉ EDITORIAL

Javier Arévalo Vela (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú), Héctor Enrique Lama More (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú), Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú), Janet Tello Gilardi (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú), Ernesto Lechuga Pino (Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, Perú), Helder Domínguez Haro (Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú).

CONSEJO CONSULTIVO

Santiago Muñoz Machado (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, España), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Universidad de Jaén, España), Carlos Ramos Núñez (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), Fernando de Trazegnies Granda (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), José F. Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú), Iván Rodríguez Chávez (Universidad Ricardo Palma, Perú), Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú).

EQUIPO TÉCNICO

Yuliana Padilla Elías, Gloria Pajuelo Milla (corrección de textos); Jorge Chávez Descalzi, Silvia Ramos Romero (asistentes de edición); Yuri Tornero Cruzatt (traducción); Rodolfo Loyola Mejía (diseño); Miguel Condori Mamani (diagramación); Henry Chávez Sánchez, Luis Gutierrez Coral, Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13>

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2007-13519

DIRECCIÓN POSTAL: Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República
cuadra 2 s/n, Lima 21, Perú. *E-mail*: revistaoficialpoderjudicial@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

INDIZACIONES

Crossref

LICENCIA



Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

José Luis Lecaros Cornejo (presidente)

Francisco Távora Córdova

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Josué Pariona Pastrana

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Jorge Luis Salas Arenas

Elvia Barrios Alvarado

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Ángel Henry Romero Díaz

Héctor Enrique Lama More

Martín Alejandro Hurtado Reyes

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Aldo Martín Figueroa Navarro

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

La *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos, de administración de justicia, informes técnicos, acuerdos o declaraciones de congresos institucionales, así como otra documentación relevante en materia jurídica. Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* recibe las colaboraciones de todos los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros, e investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.



The *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* [Supreme Court Review. Research Gazette of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru] published every six months, it has the principal objective to disseminate unreleased articles about juridical research, justice administration problems, agreements or declarations of institutional congresses, and others legal drafting. The article is then made anonymous and it is reviewed by external referees. It has based on the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge.

The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustment requirements. The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives the collaboration of all the Justices of the Supreme Court of the Republic of Peru, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and others legal professional researchers. This publication is aimed at judges, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and issues related to legal matters.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13>

Tabla de contenido

Presentación

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO 13

Artículos de investigación

RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE ZEGARRA 19

DIEGO FERNANDO ANGEL ANGULO OSORIO

La oralidad en el proceso civil: una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú

JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS 41

El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras

ADOLFO HUANCA LUQUE	81
La constitucionalidad del proceso de alimentos sin audiencia	
MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA	117
El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes	
HUGO RIMACHI HUARIPAUCAR	139
Cuando la identidad de la infancia se encuentra sujeta al pago de la prueba genética. El valor de los apercebimientos previos, claros y sencillos en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial	
RENÉ SANTOS CERVANTES LÓPEZ	165
La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario	
HELDER DOMÍNGUEZ HARO	197
Repensar la justicia en tiempos de emergencia y de oportunidades	
GERARDO RUIZ-RICO RUIZ	241
Experiencias de mutación constitucional en España	
SERGIO JAVIER MEDINA-PEÑALOZA	285
JOSEMANUEL LUNA-NEMECIO	
Educación judicial: una revisión documental desde la socioformación	
CAROLINA AYVAR ROLDÁN	325
La ejecución de sentencias en la Nueva Ley Procesal del Trabajo	
JORGELUIS ALAN ROMERO OSORIO	343
Reforma de la Academia de la Magistratura del Perú	

RAÚL CABALLERO LAURA 363
El método de la prueba indiciaria, aplicable para la valoración de indicios y la prueba directa en las sentencias sobre delitos de concusión (colusión), peculado y corrupción de funcionarios (cohecho)

MIGUEL ANGEL ARZAPALO CALLUPE 389
Las experiencias maximizadas en el proceso. Reglas y principios de la epistemología probatoria

Artículos sobre la administración de justicia y la COVID-19

EDWIN FIGUEROA GUTARRA 407
Estados de excepción, COVID-19 y derechos fundamentales

FANY MAVEL TAPIA COBA 439
Trabajo remoto en procesos no urgentes a consecuencia del brote del coronavirus (COVID-19) en el Perú y su aplicación continua

LUZMILA VIOLETA ECHEGARAY BERNAOLA 459
La justicia penal juvenil durante el estado de emergencia (COVID-19)

JUDITH ALEGRE VALDIVIA 483
Oralidad civil, EJE y videoconferencias: el rol de las Salas Superiores en tiempos de cuarentena

Declaraciones

Declaración de Arequipa 2019 509

Acta de Puerto Maldonado 2019 511

Reseñas

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI 517
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores)
(2019). *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por
motivos de género*

GLADYS FLORES HEREDIA 527
Carlos Ramos Núñez (2019). *Historia del derecho peruano*

CECILIA DEL PILAR GUEVARA MUÑOZ 535
Christian Arturo Hernández Alarcón (2019). *Hacia una
justicia itinerante en las comisarías. Protocolo para la adopción
y seguimiento de medidas de protección en las comisarías del
Distrito Judicial de Ventanilla*

MARCOS MORÁN VALDEZ 545
Poder Judicial del Perú (2019). *Interculturalidad
y Poder Judicial. Compendio jurídico (3.ª ed.)*

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI 551
Poder Judicial del Perú (2019). *Séptimo Pleno Casatorio
Civil. Tercería de propiedad (2.ª ed.)*

JÉSSICA NATALÍ RAMÍREZ CÁRDENAS 559
Poder Judicial del Perú (2018). *X Congreso Nacional
de Jueces del Poder Judicial*

Instrucciones a los autores 569

Instructions for authors 583

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 13-15

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.37>

Presentación

Me complace presentar un nuevo número de la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, en momentos en que nuestra institución se encuentra empeñada en desplegar todas las funcionalidades que permitan a la administración de justicia cumplir con el mandato fundamental que la Constitución y las leyes le reservan, dentro de las graves circunstancias que atraviesa nuestro país.

Desde el inicio de la crisis sanitaria, la ciudadanía viene siendo testigo de dichos esfuerzos, y en este espacio editorial se refleja no solo el estado actual de los servicios judiciales, sino también la determinación de la judicatura peruana y de la comunidad jurídica de vislumbrar, sobreponiéndose a la adversidad, las nuevas perspectivas de la justicia para el Perú y el progreso de las disciplinas jurídicas.

En esta aproximación, destaca la interpretación de que el ejercicio de las libertades esenciales de la población, en períodos de emergencia, conlleva su restricción o afectación temporal durante un plazo determinado, mas no su suspensión o no ejercicio en términos absolutos, lo cual implicaría discurrir por el peligroso camino de la desprotección de tales derechos.

Acude también al logro de los objetivos trazados para este período, el empleo intensivo de las denominadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), a fin de reconfigurar el modo y los tiempos de tramitación de los procesos para arribar a una decisión justa, salvaguardando el derecho de las partes procesales a la tutela jurisdiccional efectiva.

Bajo tal enfoque, el presente número incluye un *dossier* dedicado al presente de la justicia en el contexto del estado de excepción (estado de emergencia) decretado por el Gobierno debido a la pandemia de la COVID-19. Esta nueva etapa viene siendo liderada por la Corte Suprema de Justicia de la República, que adoptó las medidas necesarias para salvaguardar la salud y la vida de jueces, funcionarios y servidores judiciales, así como el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales de emergencia, autorizando a las Cortes Superiores de Justicia que adopten las medidas pertinentes en el ámbito de sus competencias, para posteriormente planificarse el progresivo reinicio del conjunto de actividades jurisdiccionales y administrativas, en consonancia con las reglas de prevención sanitarias.

Destacan, particularmente, el uso de herramientas tecnológicas como la plataforma de Google Meet para la celebración de audiencias, del Expediente Judicial Electrónico para la tramitación digital de los procesos, la implementación del Proyecto Mesa de Partes Electrónica y Digitalización de Expedientes Físicos, así como la utilización de otros aplicativos tecnológicos que dan mayor operatividad a las labores de las dependencias judiciales, y, en ese camino, se irán integrando las otras instituciones del sistema de justicia.

Temas como el trabajo remoto, la oralidad en el proceso civil, los derechos de los niños y adolescentes, la mutación constitucional, los estados de excepción y derechos fundamentales, entre otras

materias de importancia, son tratados por expertos que no han dudado en sacrificar recursos y tiempo para plasmar su inquietud holística. La revista también incluye la sección de declaraciones tomadas por el Poder Judicial en los grandes eventos institucionales celebrados últimamente y la ya acostumbrada sección de reseñas.

Reconocemos, en tal sentido, el esfuerzo del Fondo Editorial de este Poder del Estado, e invitamos a la comunidad de lectores e investigadores a acceder a los contenidos disponibles en el *link* de la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, que con este volumen alcanza ya su número 13, en procura de difundir los aportes académicos en materia de derecho y justicia en tiempos de emergencia.

Lima, junio de 2020

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO
Presidente del Poder Judicial

Artículos de investigación



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 19-40

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.38>

La oralidad en el proceso civil: una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú

Orality in the Civil Justice: a real engagement promoted by the civil judges



RAMIRO ANTONIO BUSTAMANTE ZEGARRA
Corte Suprema de Justicia de la República del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: rbustamantez@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-0604-5093>

DIEGO FERNANDO ANGEL ANGULO OSORIO
Universidad Católica de Santa María
(Arequipa, Perú)

Contacto: diego_angulo_osorio@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3605-779X>

No estoy aceptando las cosas que no puedo cambiar, estoy cambiando las cosas que no puedo aceptar.

ANGELA DAVIS

RESUMEN

Los procesos tradicionalmente escritos, implantados desde la época de la República, con una notoria influencia española y francesa, vienen siendo transformados en los últimos años por procesos

orales con audiencias, que permiten hacer efectivos los principios de inmediación y de dirección del proceso a cargo del propio juez. Pero ello implica, además, una serie de cambios en la organización del despacho judicial, el rol de los servidores jurisdiccionales y administrativos, y la actuación de los abogados y litigantes.

En nuestro país, la aplicación de la oralidad en el proceso civil resulta inédita porque han sido los propios jueces civiles quienes la han gestado, sin esperar la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo para modificar nuestro Código Procesal Civil vigente de 1993. La única finalidad de esta acción es mejorar el sistema de administración de justicia y lograr terminar con las controversias civiles dentro de plazos razonables.

Palabras clave: reforma, procesos, oralidad, inmediación, audiencias.

ABSTRACT

The Peruvian republican legal style has influenced the Spanish and French legal tradition. It was characterized by the formal and textual Justice. Rather, the new legal style is changing the old paradigm and it proposes oral litigation. Now this influences the framework of the Civil Justice.

This recent change means adopting the principles of immediacy and the central role of the judge to guide the process. Consequently, this new perspective requires the reorganization of the judicial office and new standards in the Legal Process. The behavior of public officials and lawyers is changing. Some benefits come with this new legal model, for example, it serves to end a judicial dispute in a short time.

The orality in a Civil Justice is a new experience: the initiative has been carried out by civil judges, they have not waited for the

executive or legislative branch to modify the Civil Procedure Law of 1993. This initiative benefits the civil judicial system.

Key words: reform, civil process, orality, judicial system.

Recibido: 24/05/2020 Aceptado: 08/06/2020

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos treinta años América Latina ha experimentado intensas reformas judiciales que han transformado radicalmente nuestros originarios procesos judiciales escritos e inquisitivos, generalmente importados de Europa Continental; que a decir del maestro Eduardo Couture (1979):

Que no vuelva pasar lo sucedido con nuestra primera codificación procesal, tomada especialmente de España y de Francia, porque estos dos países ordenaron sus Constituciones mirando hacia el futuro y su procedimiento mirando hacia el pasado. Fue así que sus Códigos y los que de ellos derivaron, sufrieron un rápido envejecimiento (p. 93).

Es así que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal culminó un Anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica en 1988, después de varios años de debate, y su finalidad no fue la imposición de un modelo, sino que pretendía servir como documento base para la reforma procesal que se buscaba en América Latina.

Asimismo, precisaba que el enfoque del Código Modelo «no debe conducir a la mera sistematización de principios generalmente admitidos por las legislaciones de América Latina»; sino, más bien:

proponer opciones fundamentales para arrancar al proceso de su estancamiento y del tradicionalismo exagerado, procurando encaminarlo hacia una «puesta al día» con las necesidades actuales y las inmediatas que se avizoraban.

Dándole, por tanto, mayor flexibilidad y adecuación a esta época que no aprecia las formas, ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia; que sigue apreciando como valor fundamental, el de la justicia, especialmente si se refiere a los más débiles [...] que no puede soportar la exasperante lentitud [...] [del] proceso (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, p. 13).

En efecto, en cuanto al problema de la lentitud de los procesos, en las bases del anteproyecto se destaca que la anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual tiene que reducirse al mínimo posible. Sin embargo, la celeridad no debe traducirse en un debilitamiento del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso. Asimismo, que el número de jueces y su personal debe ser proporcional a la cantidad de procesos que se tramitarán en la respectiva circunscripción territorial y que el Estado debe suministrar los medios materiales suficientes y adecuados para la administración de la justicia, es decir, que el Poder Judicial debe contar con un presupuesto adecuado.

De otro lado, en cuanto a la oralidad, por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos, debe ser implantada como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso escrito; aunque en realidad se trata de un proceso por audiencias de tipo mixto, porque no se pretende perder los beneficios y virtudes de la escritura. Así, son por escrito la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepciones y defensas) y la reconvención en su caso; el resto sigue un modelo de proceso oral por audiencias, y le corresponde al juez el impulso y la dirección del proceso, para ello debe estar dotado de amplias facultades para adoptar oportunamente las decisiones pertinentes, sin necesidad de requerimiento de parte.

La audiencia aparece como un elemento central del proceso, que reúne al juez y a las partes, cuya forma natural de realizarse es oral,

esto es, hablar y oír, que son los modos naturales y concurrentes del desenvolvimiento humano. Dicho de otra forma, la oralidad no como punto de partida, sino como consecuencia de la necesaria presencia de los sujetos procesales en la audiencia, para que sean efectivos los principios de publicidad, inmediación y concentración, resulta el sistema más eficaz. Es aconsejable consagrar una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación de las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdos, y se depure el proceso de defectos mediante el despacho saneador u otras medidas procesales similares.

Uruguay fue el primer país en América Latina que adoptó oficialmente la oralidad e intermediación en los procesos no penales, gracias a la labor del destacado procesalista y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Enrique Véscovi, quien logró que se aprobara el Código General del Proceso en 1989, es decir, que a la fecha lleva más de treinta años de implementación con buenos resultados.

El Perú tampoco se mantuvo pasivo, sino que después de varias Comisiones de Revisión, Elaboración y Especiales encargadas de redactar un Anteproyecto del Nuevo Código de Procedimientos Civiles, en la que tuvo destacada participación el Dr. Juan Monroy Gálvez, cumplieron el mandato y mediante el Decreto Legislativo n.º 768, se promulgó el Código Procesal Civil Vigente desde 1993, cuya finalidad fue sustituir el modelo escrito por uno de audiencias, es decir, en la misma línea del Código Modelo Iberoamericano.

2. EL PROBLEMA CON LA ORALIDAD CUANDO SE APROBÓ EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993

A decir del propio Dr. Monroy Gálvez (2020):

Oralidad o escritura son creaciones del hombre como todas las instituciones procesales, es decir, no preexisten a la imaginación del procesalista, son su obra artística. Siendo así, hagamos de ellas lo

que mejor convenga a nuestra finalidad, es decir, tengamos claro los presupuestos materiales que se requieren para el empleo pleno de la oralidad. Asimismo, determinemos los ámbitos en que esta debe ceder su vigencia a la escritura, a fin de consolidar la seguridad, eficacia y oportunidad de contar con un instrumento esencial —el proceso— para la vigencia de un Estado Democrático (p. 10).

Sin embargo, el Gobierno, los abogados y los propios jueces no comprendieron la importancia de la litigación oral por audiencias, tampoco se contó con los medios tecnológicos necesarios para implementar la oralidad ni un presupuesto adecuado y el nuevo modelo procesal no produjo un beneficio tangible para los litigantes. Por el contrario, se estimó que las audiencias solo dilataban el proceso, pues los escritos seguían presentándose en similar número que antes, no se extraía información de calidad en las audiencias y tampoco se ganaba en transparencia ni celeridad.

Esto originó que alguna mente «iluminada», en vez de investigar cuál era la causa del problema, propuso una «contrarreforma», que se materializó en el año 2008, con la expedición de los Decretos Legislativos n.ºs 1069 y 1070, normas que, entre otros, significaron la supresión de la audiencia de conciliación judicial, así como la de saneamiento procesal, privilegiando el juzgamiento anticipado del proceso (es decir, dejando sin contenido el principio de inmediación) y prescindiéndose aún de la audiencia de pruebas si solo se hubiera admitido prueba de naturaleza documental.

Por tanto, lejos de avanzar hacia un sistema oral por audiencias, que concretice el principio de inmediación y haga efectiva la función del juez como director del proceso, como lo ha hecho España en el año 2000 con su nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, o países más próximos como Costa Rica, Colombia o Ecuador, hemos retrocedido y actualmente contamos con un proceso civil mayormente escrito: demanda y contestación por escrito; saneamiento procesal y puntos

o hechos controvertidos por escrito; saneamiento probatorio, sentencia y recursos impugnatorios por escrito.

Únicamente, como hemos dicho en párrafos anteriores, nos queda para la oralidad, y de manera excepcional, la audiencia de pruebas, siempre y cuando existan medios probatorios para su actuación; si no los hay, al igual que nuestra Ley de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 y el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el juez nunca tendrá ningún contacto con las partes durante el proceso y tendrá que resolver la controversia revisando uno a uno cada escrito o medio probatorio que obre en el expediente.

En nuestro país, actualmente, esta transformación procesal con oralidad, se viene desarrollando en materia penal y laboral, pero de la mano de una previa legislación de nuevos códigos y leyes procesales. Sin embargo, en lo civil, ello no es así, porque antes de que el Ministerio de Justicia publicara el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, aprobado mediante la Resolución Ministerial n.º 0070-2018- JUS, de fecha 5 de marzo de 2018, realizado por un grupo de destacados procesalistas encabezados por el Dr. Giovanni Priori Posada, los jueces civiles del Perú, por *motu proprio*, cansados de tener que aplicar un proceso escrito, engorroso, desordenado, formalista y poco eficiente, empezamos a instaurar la oralidad en el proceso civil, optando por una serie de cambios sustanciales en la tramitación de las causas civiles, porque somos conscientes de la importancia que tiene ello para mejorar el sistema de administración de justicia y lograr terminar con las controversias dentro de plazos razonables.

Este proceso no se limita, como equivocadamente piensan algunos, a simplemente grabar las audiencias en audio y video y nada más; por el contrario, la oralidad civil es mucho más que eso e implica un cambio radical en la forma de llevar el proceso, como lo vamos a comprobar más adelante.

Una de las mayores exigencias de nuestra época radica, justamente, en la abreviación de los trámites y en la obtención de un resultado relativamente rápido. Aunque también reconocemos que la oralidad, como cualquier otra técnica, tiene ventajas y desventajas y que no constituye la panacea para terminar con toda la problemática del área civil. Sin embargo, en la actualidad consideramos que tiene más ventajas que desventajas.

En efecto, en el año 2017, el presidente del Poder Judicial, Dr. Duberlí Rodríguez Tineo, preocupado por el abandono en que se encuentra el área civil, creó un Equipo de Trabajo para la Modernización del Proceso Civil, conformado por jueces civiles de todas las instancias y de distintas Cortes Superiores, y por el Dr. Omar Sumaria, miembro del Gabinete de Asesores del Poder Judicial. De ese modo, logramos que en ese mismo año se firmara un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), organismo internacional autónomo creado en 1999 por Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, cuya misión es apoyar a los países de la región en sus procesos de reforma de la justicia, para lo cual desarrolla actividades de capacitación, estudios e investigación.

Es así que en diciembre de 2018, a sugerencia del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y como conclusión de la investigación realizada a nuestro proceso civil, se inició un plan piloto en la ciudad de Arequipa de un Módulo Corporativo de Litigación Oral en Materia Civil, con tres Juzgados Civiles de Trámite, un Juzgado Civil de Ejecución y una Sala Civil de Apelaciones o Segunda Instancia.

El actual presidente del Poder Judicial, Dr. José Luis Lecaros Cornejo, que también ha manifestado su preocupación por el área civil, al inicio de su gestión en el año 2019, conformó una

Comisión Nacional de Implementación, Supervisión y Monitoreo de la Oralidad Civil en el Poder Judicial, presidida por el juez supremo titular y miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial Dr. Héctor Lama More, para continuar con la implementación de la oralidad en todas las Cortes del país. Actualmente tenemos ocho Cortes Superiores que aplican la oralidad en los procesos civiles: Arequipa, Trujillo, Lima, Ica, Ventanilla, Lima Norte, Callao y El Santa, y más de quince Cortes Superiores que en forma libre y voluntaria han solicitado formalmente su incorporación a este proyecto.

¿Pero cuál es el motivo o la razón para cambiar nuestros procesos tradicionalmente escritos por sistemas orales? La principal razón es la insatisfacción ciudadana con el servicio de justicia, reflejada en el índice muy bajo de aprobación del Poder Judicial en las encuestas, debido principalmente a la excesiva demora en los procesos judiciales, que no respetan un plazo razonable, y como dice el dicho popular «Justicia que tarda ya no es justicia».

Esta lamentable situación, que venimos arrastrando durante casi doscientos años de vida republicana, nos debe llamar a la reflexión, y como decía Albert Einstein: «Locura es hacer la misma cosa una y otra vez esperando obtener diferentes resultados». Por eso, debemos buscar un cambio para solucionar esta excesiva demora en la tramitación y resolución de las causas en el área civil que tanto daño hace a la imagen del Poder Judicial y a los propios justiciables.

3. ¿PROCESO ESCRITO VERSUS PROCESO ORAL?

En efecto, los procesos escritos que tenemos instaurados desde la época de la República, próxima al Bicentenario, han determinado las estructuras y los procesos de trabajo judiciales en torno al expediente. Mientras que la oralidad, que se pretende introducir a la justicia en todas sus áreas, importa una reestructuración del despacho judicial que permita la producción de decisiones judiciales conforme a la lógica de las audiencias, los procesos de trabajo, la división de roles

y la asignación de competencias operativas para obtener decisiones jurisdiccionales con la mayor calidad y celeridad; pero, a su vez, con el menor gasto de recursos posibles.

En los procesos escritos, el «expediente» se construye siguiendo un conjunto de pasos más o menos estandarizados que permiten ir materialmente acumulando información (escritos, diligencias, pruebas y resoluciones). Al término de esa labor, el juez debe dictar una resolución o sentencia definitiva a partir de la lectura y análisis de todas y cada una de las piezas escritas archivadas en el expediente (Vargas, 2005).

Organizacionalmente, en este tipo de procesos, por lo general, intervienen un número más o menos elevado de empleados judiciales, por lo general abogados, que colaboran en la formación del expediente y se caracterizan por fomentar la recursabilidad de los abogados. El juez no tiene contacto directo con las partes, no las conoce y tampoco conoce directamente sus pretensiones ni sus intereses; es sumamente formal y rígido. El protagonismo lo tienen las partes, demandante y demandada, quienes con sus recursos impulsan o entorpecen la tramitación del proceso, generan incidentes y nulidades y son los que dirigen el debate en uno u otro sentido. Mientras que el juez es un mero espectador y encargado, al final de varios años de litigación, de resolver la controversia, en la soledad de su despacho, sin ningún ápice de publicidad ni transparencia.

Por otro lado, en un proceso oral, la importancia del expediente pasa a un segundo nivel, porque lo trascendente es la audiencia y la información valiosa y de calidad obtenida en ella y que hace posible la vigencia de los principios de:

1. Concentración de los actos. En los procesos orales, las decisiones son tomadas directamente por los jueces en audiencia, donde se produce el debate entre las partes y la aportación de la prueba necesaria. En consecuencia,

la recursabilidad disminuye considerablemente porque los abogados no tienen posibilidad de presentar recursos innecesarios, y si lo hacen, todos serán resueltos en la audiencia, evitándose los eternos decretos «traslado a la parte contraria», «téngase presente lo expuesto», «pónganse los autos a despacho para resolver», y todas las demás.

2. Inmediación. En los procesos orales el juez es el auténtico director de proceso, que tiene contacto directo con las partes y conoce sus pretensiones y sus intereses, lo que le permite tener un mejor conocimiento de la *litis* para fijar los hechos controvertidos y no controvertidos y admitir la prueba pertinente, así como poder proponer fórmulas conciliatorias y en definitiva para poder sentenciar, pues durante las audiencias va formándose convicción sobre la verdad de los hechos por los medios probatorios que actúa en la causa.

En efecto, la acción directa del juez y su vinculación con las partes y los medios probatorios permiten obtener una información de calidad, que facilita la resolución inmediata de la controversia a su cargo. Es labor del juez fomentar y permitir el debate entre las partes, las teorías del caso de los abogados, la actuación de los medios probatorios pertinentes y las aclaraciones, ampliaciones y justificaciones de dichos medios probatorios con relación a los hechos controvertidos —lo que no se consigue en un proceso escrito— porque en un proceso oral la condición de director del proceso la tiene el juez, no para darle más poder o importancia, sino para que el proceso sea llevado de la manera más eficiente.

3. Valoración probatoria. Si es el propio juez el que ha actuado directamente todos los medios probatorios, interactuando con las partes, testigos, peritos y documentos en términos generales, es decir, que se ha vinculado directamente con todos ellos, obviamente tendrá una mejor perspectiva y posición para

su valoración conjunta y así poder resolver la controversia al final de la audiencia de pruebas.

Facilita el esfuerzo probatorio de las partes porque todas las pruebas se debaten en audiencia con intervención directa de las partes y del juez. Por ejemplo, una prueba documental no es que se admita y se valore al momento de sentenciar la causa, sino, como se tiene dicho, tiene que ser sustentada en audiencia por la parte, precisar qué quiere probar con ese documento y la parte contraria puede refutar dicho sustento, es decir, que ya no es una prueba estática, sino que se convierte en una prueba dinámica.

4. Publicidad. Los procesos orales, que se desarrollan mediante audiencias, son actos totalmente públicos, a los que puede acudir cualquier persona y constatar directamente cómo se brinda el servicio de justicia por el Poder Judicial. Ello permite fortalecer la transparencia, crear confianza en el ciudadano y mejorar la imagen del Poder Judicial, pues es el propio juez quien mirando a las partes resuelve en forma inmediata todas las incidencias y al final expide sentencia.
5. Informalismo. En un sistema escrito se valora más la corrección de los procedimientos que los resultados porque es rígido; mientras que en un proceso oral, lo relevante no son las formas, sino los resultados, puesto que es un proceso flexible y todo acto procesal será válido aunque infrinja una formalidad, si cumple su objetivo y no vulnera derechos fundamentales. El juez privilegia los pronunciamientos de fondo y subsana los vicios que puedan afectar al proceso, respetando el contradictorio previo.

El principio del informalismo concibe a la nulidad como un instituto procesal residual y excepcional, porque un sistema formal impide la verdadera realización de los derechos materiales y procesales de las partes.

Luego de analizado lo anterior, surge la siguiente pregunta: ¿cómo los jueces civiles del Perú aplican la oralidad y citan a una audiencia preliminar si ello no está expresamente regulado en el Código Procesal Civil?

La respuesta es muy sencilla y elemental, los principios de dirección, impulso del proceso, inmediación, concentración, economía y celeridad procesales se encuentran expresamente previstos en los artículos II y V del título preliminar del Código Procesal Civil, que consagran que la dirección del proceso está a cargo del juez. Es este quien debe impulsar el proceso por sí mismo, procurando que se desarrolle en el menor número de actos procesales posibles, dentro de los plazos previstos, y deberá tomar todas las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del litigio, es responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia.

Asimismo, las audiencias y las actuaciones de los medios probatorios se realizan ante el propio juez, bajo sanción de nulidad, y la audiencia de pruebas es registrada en video o en audio, en soporte individualizado, que se incorpora al expediente, conforme lo previsto en el artículo 2 de la Ley n.º 30293.

De otro lado, el artículo 51, inciso 3, del Código Procesal Civil, faculta a los jueces, entre otros, para ordenar los actos procesales necesarios para el esclarecimiento de los hechos controvertidos y ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, respetando el derecho de defensa de los justiciables; y el artículo 324 del acotado código faculta a los jueces para citar a las partes a una audiencia de conciliación antes de sentenciar. En esta misma línea, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 5 y 6, reitera la condición del juez como director con las facultades que tiene para que los procesos a su cargo sean tramitados en el menor tiempo posible, respetando el derecho de las partes al debido proceso.

Por tanto, si el juez es el director del proceso y debe procurar la pronta resolución de las causas a su cargo, en el menor número de actos procesales posibles, se justifica plenamente que, en aras de una efectiva intermediación, convoque a las partes y sus abogados a una «audiencia preliminar», para el esclarecimiento de los hechos, aunque no esté prevista actualmente de modo expreso en el Código Procesal Civil. Y en aplicación del principio de concentración, con la información obtenida, con intervención y en presencia de las partes pueda sanear el proceso, fijar los hechos controvertidos y no controvertidos y realizar el saneamiento probatorio admitiendo los medios probatorios que serán actuados en la audiencia de pruebas respectiva.

Pero, además, con la facultad concedida por el inciso 1 del artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la propia audiencia preliminar, el juez puede propiciar la conciliación de las partes, y de arribarse a un acuerdo, aprobarla y dar por concluido el proceso inmediatamente. Estas innovaciones, gestadas por los propios jueces civiles, que ya se vienen aplicando en los Módulos Corporativos Civiles de Litigación Oral desde finales del año 2018, de ninguna manera pueden afectar el debido proceso y así ha sido expresamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación n.º 4088-2019-Arequipa, expedida por la Sala Civil Permanente con fecha 19 de diciembre de 2019.

Para que este proceso oral funcione, no debemos incurrir en los mismos errores que se cometieron con la aplicación del Código Procesal Civil de 1993, como son:

1. Falta de compromiso de las partes para participar de las audiencias. Por falta de conocimiento de la importancia que representa la intervención directa de las partes en la solución de su conflicto y también, en algunos casos, por un equivocado asesoramiento de los letrados, las partes otorgaban poder

a su abogado o hacían únicamente acto de presencia y no intervenían para nada en las audiencias.

Este cambio de mentalidad o de forma de ver el proceso, implica una gran labor de difusión de las bondades del sistema oral y el compromiso de la intervención personal y directa de las partes para coadyuvar a la resolución de la controversia en el menor tiempo posible.

2. Necesidad de cambio en la estructura de los Juzgados. Es decir, la modernización del despacho judicial. No se puede pretender instalar un sistema oral en un despacho que está concebido y estructurado para un proceso escrito, porque la importancia actual del expediente pasará a último grado y las audiencias serán lo realmente trascendente en el proceso, para lo cual se requiere contar con tecnologías modernas.
3. Diferenciar la función jurisdiccional de la administrativa. El juez debe dedicarse única y exclusivamente a la labor jurisdiccional, sin preocuparse de las cuestiones administrativas, que estarán a cargo del administrador del Módulo Corporativo. Esto permite que el juez tenga mayor tiempo para realizar audiencias y expedir sentencias.
4. Falta de capacitación a jueces, abogados y servidores judiciales. Cualquier sistema nuevo que se implemente, requiere necesariamente de una capacitación previa de todos los funcionarios y personas involucradas para poder obtener un resultado positivo.
5. Buena fe procesal. Para todos los intervinientes en un proceso oral, es sumamente difícil y muy complicado poder sustentar de manera oral pedidos maliciosos o dilatorios, porque obtendrán una respuesta inmediata de la parte contraria y del propio juez, que podrá ejercer sus facultades disciplinarias y sancionatorias.

Asimismo, para que este proceso civil oral sea viable, resulta imprescindible que se cambie o varíe la organización de los despachos judiciales del modelo tradicional que existe hasta la fecha. En efecto, organizacionalmente, en este tipo de procesos orales, como se tiene dicho, el hito central ya no es el expediente, sino la audiencia; por lo tanto, los recursos del Juzgado deben estar colocados en función de la más eficaz y eficiente organización de la audiencia. De igual manera, la función de los servidores jurisdiccionales ya no es ayudar a construir la decisión judicial, como en el proceso escrito, sino únicamente encargarse de las audiencias y de la pronta ejecución de las resoluciones finales o sentencias.

Los actos que más han coadyuvado a modernizar la gestión del despacho judicial, en los últimos años, han sido:

1. La fusión de varios Juzgados o Salas en grandes unidades jurisdiccionales corporativas. La noción tradicional del Juzgado Unipersonal compuesta por el juez, un secretario o especialista legal y un conjunto de empleados que cooperan con su trabajo, todos cobijados bajo un mismo techo y ejerciendo sus funciones en exclusividad para un solo despacho, hace que este sea un tipo de organización poco eficiente, pues no aprovechan las economías de escala y tampoco permiten ampliar la cobertura judicial, pues de incrementarse la carga procesal por encima de los límites previstos, siempre será necesario crear un nuevo Juzgado completo, cuando en un sistema corporativo se puede incrementar únicamente un juez más, sin necesidad de un nuevo local o personal adicional.
2. El nombramiento de administradores profesionales para asumir la gestión de los Juzgados y Salas Corporativas. Diferenciando claramente las funciones jurisdiccionales de las administrativas, «si hay algún grado de confusión entre ambas será muy difícil gestionar los aspectos puramente

administrativos con criterios técnicos y profesionales» (Vargas, 2015, p. 8). Por ejemplo, la programación de las audiencias es competencia del administrador y no del juez; las estadísticas, la generación de indicadores o evidencias, los flujos, la tramitación de notificaciones, los exhortos, los oficios, los presupuestos, los costos, la selección de personal; el normal funcionamiento de los equipos tecnológicos, dotación de papel y útiles de escritorio, etc., son funciones administrativas o logísticas y no jurisdiccionales.

3. Separación de las funciones jurisdiccionales de las administrativas. El juez se dedica en forma exclusiva y excluyente a sus causas, a ejercer su función jurisdiccional; mientras que el administrador del Módulo Corporativo se encarga de todo el aspecto administrativo, personal, logístico, etc.
4. Profesionalización de la administración. Debemos cambiar el paradigma de que en un Juzgado todos tienen que ser abogados. Los jueces, como abogados que somos, no tenemos preparación ni especiales habilidades para los temas de gestión, estadísticas, indicadores, costos, presupuestos, etc. Por ello, la incorporación de administradores con poder propio y real es quizá una de las revoluciones más importantes que experimentan los tribunales hoy en día. Por tanto, los servidores judiciales no necesitan tener una formación jurídica, sino simplemente saber cómo insertar su trabajo o especialidad dentro del proceso general de producción jurisdiccional (Vargas, 2005, p. 6). En consecuencia, el administrador del módulo puede ser un ingeniero industrial, un ingeniero de sistemas o un ingeniero de procesos; el encargado de grabar y transcribir el resumen de las audiencias puede ser un ingeniero o técnico informático, entre otros.

5. Aprovechar la economía de escala. Esto se logra introduciendo grandes unidades jurisdiccionales que faciliten concentrar en ellas un mayor número de decisiones, a la par de profesionalizar los mecanismos para su adopción, evitando duplicar esfuerzos y recursos. Por ejemplo, Unidad de Calificación de Demandas, Unidad de Audiencias, Unidad de Ejecución de Sentencias, etc.
6. Privilegiar la flexibilidad procesal. El formalismo del proceso escrito ha hecho mucho daño a la celeridad procesal; por el principio de conservación de los actos procesales, deben desterrarse las nulidades y privilegiarse los pronunciamientos de fondo en todas las instancias.
7. Seguimiento del proceso a través de información real. A través de la implementación de las denominadas TIC (tecnologías de la información y la comunicación) y de tecnologías modernas; interoperabilidad entre instituciones públicas y privadas y, por qué no, hasta utilizar inteligencia artificial para poder lograr prestar un servicio de justicia más eficiente y transparente.

4. EL ESFUERZO DEL PODER JUDICIAL

El Poder Judicial, con mucho esfuerzo y muy poco presupuesto, viene consiguiendo algunos logros al respecto, así tenemos las notificaciones electrónicas, el Sistema Integrado Judicial, la identificación biométrica, las videoconferencias, el Remate Judicial Electrónico, el Expediente Judicial Electrónico (EJE) y la Mesa de Partes Virtual, que ya están en marcha en algunos procesos y Cortes Superiores del país, pero que se requiere que se consoliden a nivel nacional.

No obstante todo ello, debemos reiterar que nuestro proceso civil actual está compuesto de una parte escrita: demanda, contestación, sentencia; y otra parte oral: audiencias preliminares y de pruebas,

porque en realidad la escritura y la oralidad no son herramientas o técnicas incompatibles, sino, por el contrario, se pueden conjugar para optimizar nuestros procesos judiciales y obtener mejores resultados para beneficio de la sociedad.

Por tanto, podemos concluir que la oralidad es una realidad en el proceso civil peruano, por la iniciativa gestada por los propios jueces civiles, sin necesidad de esperar una modificación legislativa o reforma del Código Procesal Civil y con la única finalidad de lograr un servicio de justicia eficiente, que ya viene dando sus frutos y siempre respetando escrupulosamente todas las garantías de un debido proceso.

5. CONCLUSIONES

La principal excusa que siempre se utiliza para justificar el estado de las cosas en la Administración pública, es que la ley está redactada de una determinada forma y que mientras no se derogue o se modifique es imposible cambiar las cosas. Contra esta errada creencia, surge este precedente en que los jueces del Poder Judicial han implementado una mejora en el proceso civil sin necesidad que se reforme la ley (Código Procesal Civil). Este logro se hizo posible gracias a la excelente disposición de la mayoría de jueces de la especialidad civil, que, en un auténtico voluntariado, asumieron este reto y se comprometieron a cambiar nuestro tradicional sistema de trabajo y consolidar al juez como el auténtico director del proceso civil, para hacerlo más ágil y eficiente.

Este proyecto de actuaciones orales en el proceso civil, resulta innovador no porque se hayan promulgado nuevas normas, sino porque aplicándose normas ya aprobadas y vigentes, se dio un impulso al proceso civil, cuya inerte situación generaba malestar en los litigantes y operadores del sistema judicial por tener que desenvolverse en un proceso que, hasta hace poco, rompía con los principios de inmediación, oralidad y celeridad procesal.

La principal ventaja de la verdadera oralización de las actuaciones procesales en el proceso civil, reside en la efectiva intermediación procesal, donde el juez tomará directamente contacto con las partes, las escuchará tanto en sus razones como en sus motivaciones, y a su tiempo, una vez actuado el material probatorio, les explicará sus razones al momento de resolver la controversia.

Por otro lado, se espera que el popular refrán «Justicia que tarda, no es justicia», caiga en el olvido, porque el proceso oral permitirá el esclarecimiento de las disputas en audiencias que deberán concentrar todas las actuaciones procesales necesarias, rechazar las innecesarias, de tal manera que la actuación probatoria y la resolución final de la controversia no se vean dilatadas de modo indefinido en el tiempo, como tradicionalmente ha ocurrido.

Finalmente, este avance requerirá también, por su lado, la preparación de abogados y jueces para afrontar este nuevo escenario a través del desarrollo de nuevas destrezas legales tales como la presentación oral de la hipótesis o teoría del caso, de los medios probatorios, de las técnicas interrogatorias y persuasión en los informes finales o conclusiones.

REFERENCIAS

Arellano, J. (dir.) (2017). *Experiencias de innovación en los Sistemas de Justicia Civil de América Latina*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Couture, E. (1979). Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, (31), 87-103.

División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (2008). *Manual del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

_____. (2015). *Manual del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Duce, M. et al. (2015). Reforma a los procesos civiles. En Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Justicia civil: perspectivas para una reforma en América Latina* (pp. 13-94). Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (1988). *El Código Procesal Civil. Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos. Texto del anteproyecto*. Recuperado de http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf
- International Institute for the Unification of Private Law (27 de septiembre de 2016). Principles of transnational civil procedure. Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>
- Lama, H. (entrevistador) (1 de octubre de 2019). Entrevista al Dr. Ramiro Bustamante Zegarra. Inicios de la oralidad civil y avances a nivel nacional [Entrevista]. En *Oralidad en los procesos civiles*. Perú: Justicia TV del Poder Judicial. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=WtAmVRaQX2Q>
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil* (t. 1). Lima: Gaceta Jurídica.
- Lorca, A. M. et al. (2012). La oralidad en el proceso civil. *Derecho y Sociedad*, (38), 326-338.
- Monroy, J. (2020). El mito de la oralidad en el proceso civil. *Sociedades*. Recuperado de <https://sociedades560.files.wordpress.com/2020/05/espacio-procesal-primera-entrega.pdf>
- Moreira, C. H. y Fernández, A. (2018). El rol del abogado en los juicios orales. *Espirales*, 2(18), 46-54.
- Polanco, C. (2019). *Litigación oral en el proceso civil*. Arequipa: Cromeo Editores.

- Resolución Ministerial n.º 0070-2018-JUS que publica el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. Lima: 5 de marzo de 2018.
- Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil publicado el 22 de abril de 1993.
- Ríos, E. (2013). *La oralidad en los procesos civiles en América Latina*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- _____ (2017). *Manual de dirección de audiencias civiles*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Soletto, H. y Fandiño, M. (2017). *Manual de mediación civil*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Vargas, J. E. (2005). *Herramientas para el diseño de despachos judiciales*. III Seminario de Gestión Judicial. Recuperado de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1124/ceja-herramientas-despachos-judiciales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 41-79

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.39>

El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras¹

The Peruvian Administrative Process: Brief history, present and future perspectives



JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS
Corte Superior de Justicia de Lima Este
(Lima, Perú)

Contacto: jjimenezui@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7972-2804>

RESUMEN

El artículo plantea una breve historia del proceso contencioso-administrativo peruano, desde el siglo XIX hasta el siglo XXI, en los campos normativo (constitucional y legal), doctrinario y jurisprudencial. Se explican los alcances de su reconocimiento

1 El presente artículo ha sido redactado dentro del contexto de las investigaciones del autor en materia procesal administrativa. No forma parte de un proyecto mayor y ha sido financiado íntegramente por el autor.

constitucional, de sus principios fundamentales y de sus más importantes conceptos. Asimismo, se exploran sus perspectivas futuras.

Palabras clave: proceso contencioso-administrativo, Constitución, ley, doctrina, jurisprudencia.

ABSTRACT

The article presents a brief history of the Peruvian administrative process, from the 19th century to the 21st century, both in the normative (constitutional and legal), doctrinal and jurisprudential fields. It explains the scope of its constitutional recognition, its main principles and its most important concepts. It also explores its future perspectives.

Key words: administrative process, Constitution, law, doctrine, jurisprudence.

Recibido: 09/03/2020 Aceptado: 24/04/2020

1. IDEAS PRELIMINARES

El día 15 de abril del año 2002 entró en vigor la Ley n.º 27584, bajo el nombre de «Ley que regula el proceso contencioso-administrativo». Dicha materia, que salvo alguna excepción ni siquiera se enseñaba en nuestras escuelas de Derecho, resultaba realmente extraña para la mayoría de colegas abogados. Solo quedaba clara su raigambre española y que permitía judicializar el derecho administrativo, otra variada y muchas veces confusa materia, entonces recién reorganizada². El tiempo ha pasado y la presentada fotografía inicial es otra. Actualmente, el proceso contencioso-administrativo ha recibido atención de la doctrina, constituye curso obligatorio en las

2 Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que fue publicada el 15 de abril de 2001 y entró en vigencia el 15 de octubre del mismo año.

facultades de Derecho, ha merecido la creación de todo un orden jurisdiccional y, a su vez, ha generado un cuerpo de jurisprudencia sobre todas las especialidades de derecho administrativo, y ha sido objeto de varias modificaciones en los años siguientes.

Sin embargo, aún existen segmentos no atendidos de esta disciplina procesal. Uno de estos —quizá el primero, el más importante—, sea su historia. Sí, el proceso contencioso-administrativo peruano tiene su propia historia, cuyo estudio no ha sido efectuado. Tener claros sus avances teóricos, considerar sus manifestaciones prácticas, entender sus contextos políticos, descubrir sus alcances comparativos, así como considerar sus vínculos con otras materias, resultará central para el futuro de la disciplina en mención. A continuación, ofrecemos una breve historia del proceso contencioso-administrativo peruano —o quizá sea mejor decir del derecho procesal administrativo peruano—, presentando sus antecedentes, analizando sus hitos, destacando la doctrina comprometida, así como comentando sus principales producciones jurisprudenciales. Todo ello con la finalidad de descubrir la capacidad retroinformadora de nuestro proceso contencioso-administrativo, respecto de sí mismo, del derecho administrativo y —por qué no— de todo nuestro ordenamiento jurídico, así como para identificar sus alcances comparativos.

2. SIGLO XIX

Hablar del proceso contencioso-administrativo en Perú es para muchos referirnos a una variedad procesal surgida ya en el siglo XXI, lo cual se explica a partir del reducido avance teórico previo y del casi inexistente desarrollo jurisprudencial anterior; o a lo mucho implica tratar de una materia procesal con orígenes en la última o hasta penúltima década del siglo XX. Pero ubicar nuestro tema en el siglo XIX puede parecer irreal. No es así. Para encontrar el primer antecedente normativo cierto del proceso

contencioso-administrativo peruano, debemos remontarnos hasta la Constitución del año 1867. En gran parte copia de la Constitución de 1856, la nueva Constitución presentaba algunas novedades interesantes respecto de aquella. En lo político, destacó el intento de consagrar un régimen acentuadamente parlamentario, más que su antecesora. Esta había creado un peculiar sistema bicameral; era unicameral por su origen, pero bicameral porque la Cámara se escindía por sorteo anual en Cámara de Diputados y en Cámara de Senadores. La del año 1867 establecía una sola Cámara (Pareja, 2005, p. 134).

En cuanto al Poder Judicial, la Constitución de 1867 propuso un nuevo sistema de designación de sus miembros. Los vocales de la Corte Suprema eran nombrados por el Congreso entre una extensa lista preparada por la propia Corte Suprema. Los vocales de las Cortes Superiores no eran designados por el Poder Ejecutivo, como ocurrió en las Constituciones de 1860, 1920 y 1993, sino por el Congreso dentro de ternas dobles preparadas también por la Corte Suprema. Esta última nombraba a los jueces de derecho a propuesta de la Corte Superior y a los de paz a propuesta, en ternas, del juez de primera instancia. Como se ve, el Poder Ejecutivo carecía de toda intervención en los nombramientos judiciales (Pareja, 2005, p. 135), al menos formalmente. Entre las normas reguladoras del Poder Judicial contenidas en el título XVII de la Constitución de 1867, su artículo 130 indicaba que: «La ley determinará la organización de los Tribunales contenciosos-administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros» (García Belaunde, 2006, p. 62). El Constituyente consideró necesaria la inauguración de una jurisdicción contencioso-administrativa, abordando desde la Constitución, como su primer tema, la organización de los tribunales de la materia y el nombramiento de sus integrantes.

Dicha norma constitucional tiene como significado histórico el constituir la acogida normativa formal, en nuestro país, del control

judicial de la actividad de la Administración. La norma citada, tal como quedó redactada, requería el pertinente desarrollo legal que ella misma autorizaba, desarrollo que nunca se produjo. Ello fue así porque dicho documento constitucional, promulgado por el presidente Mariano Ignacio Prado el 29 de agosto de 1867, solo rigió hasta el 7 de julio de 1868, fecha en la que el presidente Pedro Diez Canseco restableció la vigencia de la Constitución de 1860 (Ugarte del Pino, 1978, pp. 452-454 y pp. 473-474). Otra fuente señala que la Constitución de 1867 solo estuvo en vigencia entre el 29 de agosto de 1867 y el 6 de enero de 1868, o sea, menos de cinco meses (Pareja, 2005, p. 136). La inquietud manifestada en la Constitución de 1867 no volvería a expresarse normativamente sino hasta cuarenta y cinco años después, ya en el siglo XX.

3. PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Los años transcurrieron y no volveríamos a encontrar otra norma sobre la materia sino hasta 1912. El segundo antecedente de nuestro instituto lo constituye la Ley n.º 1510, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912³. Su artículo 94 decía a la letra: «Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera instancia, de los despojos que infiera el Gobierno, y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas». La norma sometía el ejercicio de las funciones administrativas del Estado a un control judicial. Debió ser más un acierto terminológico antes que un claro postulado normativo, dado el carácter asilado del dispositivo y los muchos años que transcurrieron hasta encontrar otro antecedente.

Fue recién en 1931 que encontramos un desarrollo amplio de nuestra materia, contenido en cuatro artículos del anteproyecto

3 Ley por la cual también se aprobaron la Ley del Notariado de aquel entonces y el Código de Procedimientos Civiles.

de Constitución Política de la denominada «Comisión Villarán»⁴. El proyecto señalaba lo siguiente:

Artículo 144°.- Son atribuciones de la Corte Suprema:
[...]

5. Conocer de las cuestiones contencioso-administrativas, de acuerdo con los artículos siguientes.

Artículo 145°.- Procede el recurso de lo contencioso-administrativo contra los actos y resoluciones de la administración [...] que sean de naturaleza administrativa y que lesionen los derechos de los reclamantes. Estos solo pueden entablar el indicado recurso después de agotados los que procedan ante la administración.

En ningún caso procede el recurso contencioso-administrativo sobre los actos o contratos celebrados por la administración general o local como entidad de derecho privado, que por su naturaleza pertenecen a la jurisdicción ordinaria.

Artículo 146°.- Corresponde a la Corte Suprema conocer en única instancia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por los particulares contra los actos y resoluciones de la administración central o sus agentes.

La Corte Suprema conocerá por recurso de nulidad en las cuestiones contencioso-administrativas que son de la competencia de las Cortes Superiores, cuando su cuantía exceda de mil soles.

Corresponde a las Cortes Superiores conocer de los recursos contencioso-administrativos que interpongan los particulares contra los actos de los consejos regionales, Municipales y cualesquiera otras corporaciones públicas.

Corresponde a la Corte Suprema conocer en única instancia de los recursos contencioso-administrativos que interpongan el Fiscal de la República contra los actos y resoluciones de naturaleza

4 Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán e integrada, además, por Toribio Alayza Paz Soldán, Víctor Andrés Belaúnde, Diómedes Arias Schreiber, José León Barandiarán, Luis E. Valcárcel, Carlos García Castañeda, Ricardo Palma, Emilio Romero y César Antonio Ugarte.

administrativa, dictados ilegalmente con perjuicio económico del Estado, por la Administración Central, Regional o Municipal, o por cualesquiera otras corporaciones públicas.

Artículo 147°.- Una ley orgánica determinará la tramitación de los recursos contencioso-administrativos.

El aspecto más saltante del proyecto fue postular por primera vez la regulación constitucional de un orden jurisdiccional contencioso-administrativo (Huapaya, 2006, p. 341). Pensamos ello porque, primero, sentó los aspectos básicos para la existencia de dicha jurisdicción; segundo, porque consagró la universalidad del control jurisdiccional de los actos de la Administración pública; y, tercero, porque detalló las competencias de los órganos jurisdiccionales que ejercerían dicha jurisdicción. Lamentablemente, los numerales citados del proyecto no fueron considerados por la Asamblea Constituyente de 1931.

4. SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

Un cuarto antecedente normativo lo encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, aprobada por Decreto Ley n.º 14605, cuyo artículo 12 establecía que: «Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituya despojo, desconocimiento y violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes». La norma también planteó un control jurisdiccional universal de los actos de la Administración pública. En su artículo 11, se consideraba el requisito del previo agotamiento de la vía administrativa.

Algunos años después, mediante el Decreto Ley n.º 18060, de fecha 23 de diciembre de 1969, se propugnó una reorganización del Poder Judicial. Su artículo 4 incluyó dentro de las Salas de

la Corte Suprema, la «Sala Tercera», competente para conocer «los asuntos contencioso-administrativos, laborales y de Derecho Público». Sin embargo, después de solo dos meses de funcionamiento, la propia Corte Suprema, «sobre fundamentos estadísticos y no propiamente jurídicos [...]» (Bacacorzo, 1990, p. 156), solicitó y obtuvo la modificación de su estructura, y quedó conformada por una Sala Penal y dos Salas Civiles, la segunda comprendía dentro de sus competencias los temas contencioso-administrativos. La nueva conformación fue obra del Decreto Ley n.º 18202.

A los desarrollos antes descritos, siguió un momento cumbre: la consagración constitucional de nuestro instituto en el artículo 240 de la Constitución Política de 1979:

Las acciones contenciosoadministrativas [sic] se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que cause estado.

La ley regula su ejercicio.

Precisa los casos en que las Cortes Superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia.

Sin embargo, no se dictó la norma que regularía el ejercicio de la denominada «acción contencioso-administrativa». El 13 de junio de 1990 fue publicado el Decreto Supremo n.º 037-90-TR, que desarrollaba el tema solo en materia laboral. Con rango reglamentario, fue la primera regulación procesal peruana sobre la materia que alcanzó vigencia.

El 27 de julio del mismo año fue publicado el Decreto Legislativo n.º 612, que aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según su artículo 37, la Corte Suprema de la República se componía de cinco Salas, se denominaba a la quinta como «Sala Contencioso-Administrativa», con competencia de órgano

de segunda instancia en las causas de su nombre⁵, entre otras materias. El título II (Disposiciones transitorias) de la Ley Orgánica incluía un capítulo I denominado «De la acción contencioso-administrativa», que según su primera disposición transitoria, regulaba transitoriamente tales acciones en tanto se dicte la ley referida el artículo 240 de la Constitución de 1979.

En dicho capítulo (doce disposiciones transitorias), el proceso recibía el nombre de «Acción contencioso-administrativa», y se disponía para ella el trámite del juicio ordinario de puro derecho (previsto en el Código de Procedimientos Civiles), la intervención del Ministerio Público de acuerdo con su Ley Orgánica (Decreto Legislativo n.º 052), entre otros aspectos. Luego que su vigencia fuera postergada por la Ley n.º 25285⁶, fue reemplazada y derogada el año 1992 por el Decreto Legislativo n.º 767, nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente hasta hoy con muchas modificaciones, reunidas en su Texto Único Ordenado, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS.

El año 1993 entró en vigor el Código Procesal Civil, el cual, entre sus artículos 540 a 545, bajo el nombre de «Impugnación de acto o resolución administrativa», introdujo la segunda regulación procesal de la materia, y primera con alcances generales. Son destacables sus grandes semejanzas con las disposiciones transitorias del Decreto Legislativo n.º 612, antes comentado. Con posterioridad, entró en vigor la Constitución Política de 1993, que reemplazó a la similar de 1979, y que reguló nuestro tema en su artículo 148, de la siguiente manera: «Las resoluciones

5 El artículo 41, inciso 5, de la ley señalaba a las Salas Superiores Civiles como los órganos competentes en primera instancia.

6 Según la decimoquinta disposición final y transitoria del Decreto Legislativo n.º 612, su texto entraría en vigencia el 1 de enero de 1991. Por la Ley n.º 25285, dicha fecha fue variada al 1 de enero de 1992.

administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa».

El año 1997 vería la publicación de la obra denominada *Derecho Procesal Administrativo*, del profesor Juan Morón Urbina, con una segunda edición el año 1999.

5. PRIMERAS DOS DÉCADAS DEL SIGLO XXI

Finalmente, con fecha 15 de abril de 2002, entró en vigor la Ley n.º 27584, que derogó los artículos 540 a 545 del Código Procesal Civil, entre otras normas especiales surgidas en años previos. Su artículo 1 introdujo legalmente la denominación «proceso contencioso-administrativo»⁷.

Ahora podemos apreciar cuál es la importancia de contar con un cuerpo legal como la Ley n.º 27584, que desarrolla de manera global el ejercicio en sede procesal del derecho a obtener del Poder Judicial la realización de un control jurídico de las actuaciones administrativas; más aún si lo hace después de muchos años de olvido y tropiezos normativos. El año 2000 salió de la imprenta el libro *El proceso contencioso administrativo*, de Pedro Sagástegui, caracterizado por un sentido histórico descriptivo y por contener una propuesta basada en conceptos más relacionados con el proceso civil. El año 2001 apareció el libro *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, de autoría de Giovanni Priori, exsecretario técnico de la comisión que preparó el texto luego recogido en su mayoría en la referida ley; obra plasmada solo desde la óptica procesal según su introducción, que ha visto ediciones posteriores (años 2002, 2006 y 2009).

7 En otra oportunidad (Jiménez, 2005, pp. 195-198), hemos sustentado por qué discrepamos del uso de la denominación «contencioso-administrativo», pero aquí la empleamos en respeto a la ley vigente.

Cabe señalar que la Ley n.º 27584, con posterioridad, ha sufrido varias modificaciones, las que estuvieron a cargo de las Leyes n.º 27684⁸, n.º 27709⁹, n.º 28531¹⁰ y del Decreto Legislativo n.º 1067¹¹. Entre la segunda y la tercera modificación aquí alineadas, apareció publicado el libro *Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*, de la pluma del profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. Entre la tercera y la cuarta modificatoria, el año 2006 vio la luz el libro denominado *Tratado del proceso contencioso-administrativo*, del profesor Ramón Huapaya, en realidad su tesis de grado sobre el objeto del mencionado proceso, muy bien acompañada de importantes e ilustrativos anexos; obra anunciada como primer tomo y que luego de casi quince años no ha visto su segunda entrega (no llegó a abordar los temas de probática, medios impugnatorios, medidas cautelares, sentencia y ejecución), sin perjuicio de las varias entregas del autor en temas específicos de derecho administrativo.

Tal fue el impacto de todas esas modificaciones sobre el texto original de la ley, que la última norma modificatoria dispuso la elaboración de un Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, finalmente aprobado y luego publicado¹². Nuevas modificaciones relacionadas con el recurso de casación fueron introducidas mediante la Ley n.º 29364¹³ a la que siguió una paz normativa de casi diez años.

8 Publicada el 16 de marzo de 2002.

9 Publicada el 26 de abril de 2002.

10 Publicada el 26 de mayo de 2005.

11 Publicado el 28 de junio de 2008 y vigente al día siguiente, salvo la modificación efectuada al artículo 26, que rige transcurridos 180 días de dicha publicación.

12 Aprobado por Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS, publicado el 29 de agosto de 2008.

13 Publicada el 28 de mayo de 2009.

El período definido por las modificaciones normativas indicadas fue uno marcado por una importante producción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, muy influyente en nuestro ordenamiento jurídico en general y sobre el proceso contencioso-administrativo en particular, tanto por la novedosa conceptualización importada y generada, por los efectos jurisdiccionales de tales pronunciamientos, como por la cantidad de procesos judiciales comprometidos.

La primera de las sentencias trascendentes de aquel período fue la expedida con fecha 8 de julio de 2005 en el Expediente n.º 1417-2005-AA/TC, conocido como el caso «Manuel Anicama Hernández» (Tribunal Constitucional, 2005a). En dicha sentencia se precisó cuando un derecho tenía «sustento constitucional directo» conforme al artículo 38 del Código Procesal Constitucional, o protección de la Constitución a nivel normativo, y de los tratados de derechos humanos a nivel interpretativo. Se diferenció entre «normas regla», que son mandatos concretos, autoaplicativos y judicializables, de las «normas principio», que son mandatos de optimización con eficacia diferida. Se encontró un ejemplo de las primeras en las normas que otorgan competencias y de las segundas en las normas que reconocen derechos fundamentales; y se precisó que hay derechos fundamentales que requieren una configuración legal, entre los cuales figuran los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Se presentó la estructura de los derechos fundamentales en «disposiciones», «normas» y «posiciones» de derecho fundamental, estos últimos eran tales derechos en sentido estricto. Todo ello sirvió como base para definir la garantía institucional de la seguridad social y desarrollar el «derecho fundamental a la pensión», identificándolo como uno de configuración legal, como uno en el cual la ley constituye la fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido del derecho y luego dotarlo de eficacia.

A continuación, la parte más influyente de dicha sentencia: la determinación de su «contenido esencial» del derecho a la pensión, definido por siete criterios enumerados en su fundamento n.º 37: 1. Las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social; 2. Las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión; 3. Las pretensiones referidas a la preservación del derecho concreto a un «mínimo vital» pensionario; 4. Los casos de pensiones de sobrevivencia denegadas, pese a cumplir con los requisitos legales; 5. Los casos sobre afectaciones al derecho a la igualdad sobre un término de comparación válido; y 6. Cuando la titularidad del derecho subjetivo está suficientemente acreditada. Estamos ante la parte más importante de la sentencia, pues con estos primeros seis criterios, el Tribunal Constitucional determinó cuándo se debía recurrir a un proceso constitucional (de amparo, concretamente). A continuación, 7. Tratándose de casos sobre reajuste pensionario, tope máximo, nivelación como sistema de reajuste de pensiones, o aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, se debía recurrir a la vía judicial ordinaria, siendo esta precisamente el proceso contencioso-administrativo.

Los siete criterios antes mencionados fueron elevados por la misma sentencia a la categoría de precedente vinculante, y con sustento en el principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional, este ordenó que un sinnúmero de procesos previsionales, que no calificaban como amparos constitucionales, sean transformados en procesos contencioso-administrativos, con la expresa exhortación al Poder Judicial para que aumente el número de Juzgados Especializados en la materia. De aquí se derivó la subespecialidad contencioso-administrativa previsional.

Una segunda sentencia importante fue expedida el 28 de noviembre de 2005 en el Expediente n.º 0206-2005-PC/TC, conocido

como el caso «César Baylón Flores» (Tribunal Constitucional, 2005b). Asumiendo expresamente el sentido resolutivo y el patrón expositivo de la sentencia del caso Manuel Anicama, el Tribunal Constitucional abordó diversas pretensiones de materia laboral que, al igual que en los procesos previsionales, también venían siendo propuestas en la jurisdicción constitucional a través del amparo, identificando una vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado. Así, dicho tribunal, entre sus fundamentos 7 al 25, disgregó aquellas materias relacionadas con el derecho constitucional al trabajo, de aquellas que encontraban una vía procedimental igualmente satisfactoria sea en proceso laboral ordinario, sea en el proceso contencioso-administrativo.

Entre los supuestos retenidos para la jurisdicción constitucional, estuvieron los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación; los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole o por motivo de embarazo; y los despidos originados en la condición de discapacidad físico mental¹⁴. A continuación, se indicó diversos casos que debían ser objeto de conocimiento mediante el proceso ordinario laboral.

En cuanto a los casos de despidos producidos en el régimen laboral de la actividad pública, el Tribunal Constitucional estimó que la vía normal para resolverlos era el proceso contencioso-administrativo, al igual que con las pretensiones sobre actuaciones administrativas acerca del personal dependiente al servicio de la Administración pública derivados de derechos reconocidos en la ley como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas,

14 En el segundo párrafo de su fundamento n.º 15, el Tribunal Constitucional utilizó la frase «impedido físico mental», que actualmente es impropia frente a la regulación de los derechos de las personas con discapacidad.

desplazamientos, reasignaciones, rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios, entre otros. Por tanto, en todos esos casos y en aquellos en que se demande la reposición, las demandas de amparo debían ser declaradas improcedentes, y su atención correspondería al proceso contencioso-administrativo; salvo en los casos en los cuales por la urgencia o la demostración objetiva y fehaciente del demandante se demuestra que dicho proceso no sea idóneo, como también en aquellos referidos en el párrafo anterior, cuando comprometan a servidores públicos.

Los fundamentos 7 al 25 de la sentencia fueron elevados a la categoría de precedente vinculante por esta, se ordenó también la reconversión de un sinnúmero de procesos laborales que no calificaban como amparos constitucionales, sea en procesos ordinarios laborales, sea en procesos especiales contencioso-administrativos. De esto último se derivó la subespecialidad contencioso-administrativa laboral.

En tercer lugar, otra sentencia importante fue emitida el 14 de noviembre de 2005 en el Expediente n.º 2802-2005-PC/TC, conocido como el caso «Julia Benavides García» (Tribunal Constitucional, 2005c). Asumiendo expresamente el sentido resolutivo y el patrón expositivo utilizado al sentenciar los casos Manuel Anicama y César Baylón, el Tribunal Constitucional abordó diversas pretensiones en materia de otorgamiento de autorización de funcionamiento municipal, evaluadas a través de las nociones de libertad de empresa y de la libertad de trabajo. La sentencia señala en su fundamento n.º 5 que, ante licencias de funcionamiento municipal, para determinar la vulneración de la libertad de trabajo, debe determinarse primero si hay o no vulneración a la libertad de empresa; y precisa

en su fundamento n.º 8 que, solo contando con una autorización edil previa, puede alegarse alguna vulneración a la libertad de empresa y solo después una violación a la libertad de empresa.

A partir de tal premisa, la sentencia indica en su fundamento n.º 16 que, en caso la pretensión alegue que se han cumplido todos los requisitos para la obtención de la licencia de funcionamiento, pese a lo cual esta no es otorgada, o en caso de existir alguna duda en el cumplimiento de tales pasos, el proceso contencioso-administrativo será la vía procesal que cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes a fin de solucionar la controversia o duda. Seguidamente, el fundamento n.º 17 ordenó la transformación y redistribución de expedientes de amparo constitucional sobre la materia, en procesos contencioso-administrativos, conforme a lo dispuesto en la sentencia Manuel Anicama.

De acuerdo con ello, se plantean dos situaciones: en la primera, preexiste una autorización, caso en el que la demanda de vulneración de los derechos constitucionales indicados puede ser objeto de una demanda de amparo; en la segunda, no preexiste una autorización, supuesto en el cual la demanda que se formulará debe ser objeto de un proceso contencioso-administrativo. Al final, la sentencia elevó a categoría de precedente vinculante a sus fundamentos 4 al 17. Así, la temática municipal de las autorizaciones de funcionamiento migró por mandato del Tribunal Constitucional desde el proceso de amparo hacia el proceso contencioso-administrativo, con las puntualizaciones efectuadas.

Con posterioridad a las sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas, se produjo una fecunda etapa editorial para la materia. El año 2010 fue publicada la obra *El proceso contencioso administrativo: control jurídico de la administración pública y tutela jurisdiccional efectiva*, interesante aproximación del profesor Luis

Huamán Ordóñez. El mismo año se editó el libro *Comentario a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, primero en Perú desde la triple visión constitucional, administrativa y procesal, a cargo del autor de estas líneas. El año 2011 vio la luz el denominado *Comentario exegético a la ley que regula el proceso contencioso administrativo*, propuesto por Loretta Monzón para alumnos universitarios, según se indica en la misma obra, que en su nombre —llama la atención— retomó el antiguo y superado término de «exégesis», propio del método de la interpretación literal de las leyes.

También el año 2011 se produjo la primera edición de nuestra *Jurisprudencia contencioso-administrativa comentada* (primera en nuestro país, que comentó 17 sentencias en casación y 20 en apelación) y el año 2014 la segunda edición (con un total de 57 sentencias comentadas, incluyendo comentarios a las 10 primeras sentencias casatorias constitutivas de precedentes vinculantes). A la fecha no han habido posteriores trabajos con jurisprudencia contencioso-administrativa. Entre las dos ediciones de nuestros comentarios jurisprudenciales, el año 2013, destaca la obra *Contencioso administrativo urgente*, nueva entrega del profesor Luis Huamán Ordóñez, que desarrolló con amplitud dicha variante procedimental.

Volviendo a la jurisprudencia, esta vez judicial, dicho período también vio surgir importantes pronunciamientos de las Salas Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los cuales, resolviendo específicos recursos de casación, efectuaron importantes precisiones y desarrollos sobre el principio de exclusividad del proceso contencioso-administrativo (Casación n.º 2110-2009 Amazonas, de fecha 15 de abril de 2010), acerca de la aplicación del control difuso en dicho proceso (Casación n.º 1049-2009 Cajamarca, del día 18 de mayo de 2010), respecto de la aplicación de la vía procedimental urgente (Casación n.º 6626-2019 Moquegua, de fecha 11 de agosto de 2011), en cuanto al plazo

de caducidad para demandar (Casación n.º 3756-2010 Piura, del 23 de noviembre de 2011), en referencia a la valoración de medios probatorios en sede casatoria (Casación n.º 7568-2009 Piura, de fecha 17 de agosto de 2011), en relación con la aplicación del *certiorari* peruano o criollo (Casación n.º 5753-2011 San Martín, del 6 de agosto de 2012), entre otras posteriores importantes sentencias que han retroinformado el proceso contencioso-administrativo peruano en sus más importantes conceptos¹⁵.

Dicho período, legislativamente hablando, fue quebrado por la modificación de la intervención del Ministerio Público efectuada a través de la Ley n.º 30914¹⁶, cuya segunda disposición complementaria dispuso la confección de un nuevo Texto Único Ordenado de la misma ley, aprobado y después publicado el 4 de mayo de 2019¹⁷, vigente al cierre de esta edición.

6. EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO CONSTITUCIONALIZADO¹⁸

Dentro de una Constitución Política se identifican dos partes: una llamada «dogmática» y otra denominada «orgánica». La primera recoge los derechos fundamentales, llamados «derechos constitucionales», a partir de su incorporación en el texto constitucional (y «derechos humanos» en los textos internacionales). Tales derechos cumplen un doble rol. Por un lado, se constituyen

15 Ver el texto y comentario de las seis sentencias casatorias indicadas y de otras cincuenta y un sentencias casatorias en Jiménez Vivas (2014).

16 Publicada el 14 de febrero de 2019.

17 Aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, publicado el 4 de mayo de 2019.

18 Las ideas de los seis primeros párrafos de este acápite fueron plasmadas en el estudio preliminar de nuestros *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo* (2010, pp. 20-21), luego recogidas en nuestra obra *Jurisprudencia contencioso-administrativa comentada* (2014, pp. 17-19).

en garantías a favor de los ciudadanos frente al Estado, con una vigencia de tipo negativa (como límites que el Estado no puede franquear en el ejercicio de sus funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa) y otra de carácter positivo (por cuanto permiten a los particulares actuar en defensa de dichos derechos). Por otro lado, los derechos fundamentales conforman un conjunto de valores que sirven de sustento a toda la Constitución, y también a la estructura del Estado, a sus funciones, a sus relaciones con los particulares, y a las relaciones entre estos; es decir, representan la estructura axiológica que como ideal valorativo ha propuesto el legislador constituyente a la sociedad.

La segunda parte de una Constitución, o parte orgánica, es aquella que aborda al Estado, sus funciones y su estructura. Ello es así porque cualquier división que se haga de órganos estatales, parte de una premisa, cual es la de diferenciar las diversas funciones que el Estado se propone desarrollar, para luego atribuir las a distintos órganos con el fin primario de obtener un mejor cumplimiento de estas. Las funciones identificadas y repartidas adoptan el nombre de «competencias». Cada órgano del Estado recibe, desde la Constitución, competencias distintas de las confiadas a los demás entes estatales; a partir de lo cual podemos afirmar que los distintos órganos estatales se especializan en el cumplimiento de determinadas funciones. Tales competencias serán luego desarrolladas, implementadas y precisadas por instrumentos normativos, expedidos por el Parlamento bajo la forma de «leyes» (que asumen el carácter de «orgánicas» cuando la Constitución así lo exige), o por la Administración pública, donde reciben el nombre de «reglamentos».

Entre los derechos que nuestra Constitución prevé a favor de los particulares, está el de solicitar al Poder Judicial la realización de un control jurídico sobre determinada actuación de la Administración pública, cumplida en un caso en concreto, en salvaguarda de sus

derechos e intereses. Sin perjuicio del texto del artículo 240 de la Constitución de 1979 (antes citado), refirámonos a aquel previsto en el artículo 148 de nuestra Constitución de 1993, actualmente vigente, según el cual: «Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa». Aún cuando de una primera lectura de la norma no pareciera surgir tal derecho, seguramente todos estaremos de acuerdo en que la norma sí refiere con claridad que, para ejercitar el derecho contenido en ella, es necesario recurrir a la noción abstracta, pública y autónoma de «acción», una de las primeras en cualquier estudio de derecho procesal. Dicho de otra manera (que preferimos), la norma nos indica que para ejercer el derecho que ella cobija, se debe presentar una demanda ante el Poder Judicial; o lo que es lo mismo, hay que promover un proceso judicial con ejercitar el referido derecho.

Podríamos hasta aquí afirmar que la norma constitucional invocada se encuentra en el límite de las dos partes de la Constitución. Ello sería así ya que, si bien de un lado cobija un derecho constitucional a favor de los particulares frente al Estado (concretamente, frente a la Administración pública); de otro lado, su ejercicio compromete directamente las funciones de un concreto órgano estatal (el Poder Judicial). Todo lo antes señalado expresa la necesidad de desarrollar dicho dispositivo constitucional a fin de hacer posible la realización del derecho que ella recoge. Las categorías jurídicas incluidas en la norma (cuyo desarrollo corresponde a otro trabajo, más extenso) servirán como guía para estructurar tal desarrollo, así como para identificar otras instituciones e instrumentos procesales que resulten afines, y que deban concurrir con ellos en la norma de desarrollo.

El desarrollo de la norma constitucional incorporada en el artículo 240 de la Constitución de 1979 y variada en el artículo 148 de la Constitución de 1993, sin duda se ha producido con posterioridad,

tanto a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario, como veremos luego. Por ahora, llamemos la atención respecto a que el primero de tales dispositivos constitucionales tuvo un primer párrafo con casi el mismo texto que el único párrafo del segundo dispositivo, en el cual se recoge una noción que integra la agenda primera del proceso contencioso-administrativo: nos referimos a «causar estado». Este, a su vez, convoca a otra noción: el «agotamiento de la vía administrativa». Veamos.

Pese a que hay quien considera al requisito de «causar estado» como un inexorable presupuesto procesal de acceso al proceso contencioso-administrativo (Huapaya, 2006, p. 354) e incluso como un anacronismo u obstáculo a la plena vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Huapaya, 2006, p. 450), así como frente a la existencia de adeptos a tal posición, nosotros pensamos distinto; en nuestra opinión, la noción de «causar estado» hace referencia a un requisito de derecho administrativo, de tipo sustancial y con puntuales alcances procesales aún no comprendidos. Es una noción que acompaña al proceso contencioso-administrativo desde los inicios de nuestro modelo procesal en España. Al respecto, la ley del 13 de septiembre de 1888, conocida como «Ley Santamaría de Paredes», señaló en su artículo 1 que: «El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: 1. Que causen estado [...]»¹⁹.

El mismo Vicente Santamaría de Paredes tuvo la oportunidad de definir el requisito de «causar estado», indicando que:

Se entenderá que causan estado las resoluciones de la Administración cuando no sean susceptibles de recurso por la vía gubernativa, ya sean definitivas ya de trámite, si estas últimas directa

19 Norma citada por Huapaya (2006, p. 441).

o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan término a aquella o hagan imposible su continuación (como se citó en Huapaya, 2006, p. 444).

De manera adicional, dicho autor hizo sobre el tema las siguientes precisiones:

Por eso, no se admite el recurso contencioso-administrativo sino después de estar apurada la vía gubernativa. [...]. Cuando la resolución de que se trata adquiere ese carácter de fijeza, que impide toda reforma o mudanza por parte de la Administración, ya porque desde luego la dictó quien podría dictarla sin apelación o nadie, ya porque siendo apelable se ha llegado al último límite de la apelación, se dice que causa estado (como se citó en Huapaya, 2006, p. 445).

Entonces, conforme a la ley española citada y a los comentarios de su principal mentor, «causaba estado» aquella resolución administrativa que era dictada luego de culminada la «vía gubernativa», que resolvía sobre el fondo y que era dictada por la Administración no sujeta a jerarquía resolutoria (o sea, por la máxima instancia resolutoria).

Retornando a Perú y al presente, vemos que los artículos 240 y 148 de la anterior y de la vigente Constitución Política, respectivamente, exigen que la demanda se dirija contra la resolución que «cause estado». Partiendo de la noción de «agotamiento de la vía administrativa» y llegando a la de «causar estado», podemos indicar que:

Por la regla del agotamiento de la vía administrativa, los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito. [...] cualquier sujeto deseoso de ejercer una pretensión frente a la Administración no puede optar libremente

entre la vía administrativa y la judicial, [...] ya que en virtud de esta regla, le corresponde iniciar directamente la secuencia administrativa y debatir ahí su pretensión hasta obtener una decisión «madura» de la Administración. [...] Potencialmente, las decisiones administrativas podrían ser controvertidas ante el Poder Judicial, sin embargo, en aplicación del carácter prejudicial de la vía administrativa, resulta indispensable que el administrado ejerza su derecho de contradicción (reclamación previa administrativa) anteladamente ante la propia Administración hasta obtener un pronunciamiento que cause estado. Cuando ello ocurre, decimos que la vía administrativa ha quedado agotada y, recién, procede la vía sucesiva: la judicial (Morón, 2011, pp. 644-645).

Conforme a ello, la frase «causar estado» es aquella que sirve para caracterizar a aquel acto administrativo que tiene las siguientes características: primero, constituir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión administrativa; segundo, haber sido dictado por el órgano de mayor instancia resolutive dentro de una Administración pública; tercero, que el procedimiento haya llegado ante dicha máxima instancia gracias a la pertinente impugnación del sujeto administrado; cuarto, que en su contra ya no existan medios impugnativos previstos en la legislación.

Lo anterior —de manera contraria a lo que indica la tradicional doctrina administrativista peruana— permite diferenciar claramente los conceptos de «agotamiento de la vía administrativa» y «acto administrativo que causa estado». Mientras el primero es una carga que se impone al sujeto administrado, totalmente procedimental, consistente en llevar su pretensión administrativa ante el ente de mayor jerarquía resolutive mediante la formulación de la impugnación correspondiente; el segundo es una obligación a cargo de la Administración, de tipo sustancial, por la cual esta resuelve el fondo de la pretensión administrativa en última y definitiva instancia administrativa. El primero significa anterior actividad impugnatoria de parte, el segundo implica posterior

actividad resolutive de la Administración. Mientras el primero es la causa procedimental, el segundo es la consecuencia sustancial. Las diferencias siempre fueron claras.

Acerca del «causar estado», cabe agregar que, en lugar de un instituto vetusto o carente de sentido —como se afirma, sin puntual explicación y sin advertir las ideas antes expuestas—, sí es un concepto claramente delimitado. Si bien es cierto la Constitución Política habla de «causar estado», se refiere con ello al especial carácter de ciertos actos administrativos. Al respecto, si revisamos los cinco tipos de pretensiones posibles de formularse dentro de un proceso contencioso-administrativo, tenemos que solo en las pretensiones contra actos administrativos podremos identificar y exigir la preexistencia de un acto administrativo que «cause estado», no así en las de reconocimiento y declaración de derechos o intereses y contra vías de hecho. En las pretensiones de cumplimiento, sí podremos estar ante un acto administrativo que cause estado, como también ante uno meramente firme, aunque haya sido dictado en primera instancia. Respecto de las pretensiones de resarcimiento también podría existir un acto administrativo que cause estado. En ambos casos, sin embargo, dicha condición no es un requisito de la demanda, la cual será tramitada de conformidad con sus propias características.

Estando a lo afirmado en los párrafos anteriores, el artículo 226 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁰, antes que enumerar casos de agotamiento de la vía administrativa (como reza su sumilla), recoge supuestos de actos administrativos que causan estado. Afirmamos ello porque el dispositivo legal en ningún momento regula la actividad del sujeto administrado, sino solo las distintas formas de actos administrativos,

20 Aprobado por el Decreto Supremo n.º 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017.

distinguiendo a estos por sus variadas maneras de producción. Pero la consideración del proceso contencioso-administrativo en nuestra Constitución no queda allí. Tal reconocimiento ha obligado a un desarrollo legal finalmente cumplido, tratamiento normativo que en su conjunto ha generado una serie de consecuencias internas sobre las instituciones que lo integran, pero también externas que se irradian sobre todo nuestro ordenamiento jurídico. Hemos identificado hasta siete (Jiménez, 2014, pp. 17-39).

Una primera consecuencia es el desarrollo de un derecho reconocido a los particulares en la Constitución Política: el derecho a un control de la actividad administrativa, que se ejerce mediante una demanda ante el Poder Judicial, su órgano contralor según la Constitución. La segunda consecuencia fue el surgimiento del derecho procesal administrativo²¹, como nueva manifestación del derecho procesal reconocido desde la Constitución y luego desarrollado legislativamente, con propias características. Se trata de una disciplina nacida a partir de las controversias que brotan en las relaciones jurídico-administrativas, alimentada por el derecho constitucional a la tutela judicial y por el principio de control inter órganos, que sigue los fines del derecho procesal y es complementada por el derecho procesal civil debido a la necesidad de instaurar entre las dos partes la igualdad procesal que no existió durante el ejercicio previo de la función administrativa.

La tercera consecuencia ha sido la consagración del derecho administrativo como disciplina jurídica autónoma; ello es así por

21 Hablar de «derecho procesal administrativo» no es seguir a algún profesor extranjero en especial o recoger alguna obra en particular. Se trata simplemente de establecer un elemental símil con otras disciplinas procesales ordinarias, como son el derecho procesal civil, el derecho procesal penal o el derecho procesal laboral, definidas todas a partir de la respectiva materia jurídica sustancial a cuyas controversias atienden. Estas ideas ya las hemos sustentado hace bastante tiempo (Jiménez, 2005, pp. 195-198).

cuanto la Ley n.º 27584 (hoy modificada y reordenada en ya un segundo Texto Único Ordenado) es el cuerpo procesal que completa el ordenamiento jurídico administrativo enunciado por el artículo V del título preliminar de la Ley n.º 27444, integrado por las partes pertinentes de la Constitución, por los tratados, las leyes (generales y especiales), por los reglamentos (generales y especiales), por la jurisprudencia y los precedentes resolutivos de la Administración. Una cuarta consecuencia ha sido el desarrollo del proceso contencioso-administrativo, la segunda de las tres garantías que posee todo particular frente al Estado bajo su forma de Administración pública (las otras dos son el procedimiento administrativo y la responsabilidad patrimonial de la Administración).

La quinta consecuencia que advertimos es la consolidación del principal instrumento para controlar la sujeción de la Administración pública al ordenamiento jurídico administrativo ya mencionado. Otra consecuencia ha sido el desarrollo del instrumento ordinario (en el sentido de primero, habitual, directo) para tutelar las distintas pretensiones que, en defensa de sus derechos e intereses, dirijan los particulares contra la Administración pública. También identificamos una séptima consecuencia, cual es el desarrollo del proceso contencioso-administrativo como un instrumento procesal comprometido con el proceso de descentralización, tanto en sede regional como provincial.

7. EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO Y SUS PRINCIPIOS LEGALMENTE DESARROLLADOS

Como principal herramienta del derecho procesal administrativo, hemos dicho que el proceso contencioso-administrativo ha recibido desarrollo legal. Dicho desarrollo abarca a todas las instituciones procesales que definen sus particularidades, siendo estas complementadas por los dispositivos del derecho procesal civil. Papel importante en este desarrollo normativo han jugado y siguen

cumpliendo los principios del derecho procesal, estén recogidos en la Constitución, en el Código Procesal Civil, en la jurisprudencia o en la doctrina, en sus roles creador, interpretativo, complementario y supletorio.

Sin embargo, el legislador del proceso contencioso-administrativo, a partir de la Ley n.º 27584 en el año 2002, ha considerado prudente recoger expresamente algunos pocos de estos principios. El primero de estos principios es el de **integración**. Según este, ante el defecto o deficiencia del marco jurídico con el cual debe resolverse la controversia, los jueces deben recurrir a los principios del derecho administrativo, y obviamente a aquellos del derecho procesal administrativo. Hablamos de la expresión de la función integradora que poseen los principios del derecho. No obstante, de la forma en que aparece regulado el principio en el inciso 1 del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la ley, queda claro que el legislador ha querido destacar uno de los fundamentos de este, concretamente, la obligación de resolver a cargo de los órganos jurisdiccionales.

La obligación antes citada es en realidad un principio constitucional contemplado en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución de 1993. A nivel legal, lo vemos en el artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil, aunque aquí aparece mezclado con la función integradora de los principios del derecho procesal. Pero ¿por qué existe esa obligación a cargo de los jueces?

La respuesta la encontramos en el segundo fundamento del principio de integración, que por casualidad es otro principio, conocido como el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho principio, enunciado en el inciso 3 del artículo 139 de la misma Constitución, aparece regulado en el artículo I del título preliminar del Código Procesal Civil, y ha sido desarrollado en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo como el segundo de sus fines en su artículo 1. Doctrinariamente, el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho constitucional que tiene todo sujeto

de derecho, consistente en la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela para una situación jurídica que se alega está siendo vulnerada o amenazada, mediante un proceso con garantías mínimas, que culminará con la expedición de una resolución sustentada en derecho con posibilidad de ejecución (Priori, 2007, pp. 66-67).

El segundo principio es uno de los primeros derechos de la persona consagrados en nuestra Constitución: la **igualdad**. Si vemos que el inciso 2 del artículo 2 de la carta magna nos habla concretamente de la «igualdad ante la ley», advertimos que dicha norma busca concretizar el respeto a dicho derecho a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, es decir, ante cada ley que forme parte de él, independientemente de la materia que cada una desarrolle. En el proceso contencioso-administrativo, el derecho de igualdad tiene una particularidad recogida en el numeral 2 del artículo 2 de su Texto Único Ordenado: «Las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado». ¿Advirtió usted la particularidad? Si no lo hizo, se la decimos: la desigualdad previa que la norma advierte entre las dos partes intervinientes.

Hay dos construcciones teóricas que todos conocemos, que anteceden a la plasmación de diversos conceptos procesales, y que aquí nos resultarán muy útiles. Son dos y se presentan juntas, o mejor dicho en secuencia. La primera es la noción de «relación jurídica material», la segunda la de «relación jurídica procesal». El proceso contencioso-administrativo es el conjunto de reglas que dirigen la conformación, desenvolvimiento y efectividad de la relación jurídica procesal formada a consecuencia de una controversia, surgida en una previa relación de derecho administrativo, desarrollada entre el Estado —personificado en una

entidad administrativa— y un particular o sujeto administrado, y normalmente desenvuelta dentro de un procedimiento administrativo.

Dicha relación, a diferencia de las relaciones jurídicas civiles —atendidas jurisdiccionalmente con el Código Procesal Civil y en esencia paritarias—, se caracteriza por su esencia no paritaria. Y esto último lo podemos entender si advertimos que la Administración pública asume como tarea el servicio de los intereses generales, para cuya efectividad dispone de un conjunto de potestades exorbitantes del derecho común, como son las de crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad; la de ejecutar el contenido de sus decisiones sin la necesidad de solicitar un acto autoritativo de la autoridad judicial; la de ver sus decisiones controvertidas con posterioridad a su dictado y ejecución; entre otras (García de Enterría y Fernández, 2004, pp. 51-53, t. 1).

Un tercer principio recogido expresamente es el denominado **favorecimiento del proceso**. Este encuentra su inspiración en un criterio utilizado por los Tribunales Constitucionales y por los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, llamado principio *pro homine*, el cual es un criterio de interpretación que informa a los derechos humanos, según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos; y a la inversa, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos (Carpio, 2004, pp. 28-29).

Dicho criterio también tiene aplicaciones procesales. Así, una de sus concretizaciones en el ámbito procesal está constituida por el principio *pro actione*, útil especialmente ante los atributos que componen el derecho a la tutela judicial efectiva. A manera de ejemplo, frente al derecho de acceso a la justicia, el criterio exige del

intérprete que las condiciones o las limitaciones que la ley pueda establecer deban ser interpretadas optimizando al mayor grado la efectividad del derecho (Carpio, 2004, pp. 40-41).

Normativamente hablando, encontramos un desarrollo del principio *pro actione* en el conocido como «principio de elasticidad», previsto en el segundo párrafo del artículo IX del título preliminar del Código Procesal Civil: «Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso». Si recordamos que uno de los fines del proceso es resolver un conflicto de intereses, veremos que su alcance pasa, en primer lugar, por viabilizar el derecho de acceso a la justicia, que permita luego conocer y resolver la controversia llevada ante el Poder Judicial. Es en ese sentido que las formalidades deben adecuarse para permitir dicho acceso.

En el caso del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27484, el inciso 3 de su artículo 2 es fiel a lo antes explicado al situar su aplicación en el momento de la calificación de la demanda: «El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía administrativa». Este es el llamado principio de favorecimiento del proceso. El principio en mención, así planteado, es la respuesta a dos problemas: primero, las posibles imprecisiones del marco legal en materia de agotamiento de la vía administrativa; y, segundo, las dudas que pudiesen asaltar al juez acerca de la procedencia o no de la demanda. Es así como la norma nos permite identificar dos momentos o grados de favorecimiento del proceso: el primero, que compromete a las normas reguladoras del agotamiento de la vía administrativa; y el segundo, que apunta a las disposiciones que contienen los requisitos de procedencia de la demanda.

Se puede apreciar con claridad cómo el Texto Único Ordenado, al situar el empleo del principio de favorecimiento en el momento de calificación de la demanda, ha agregado un elemento propio de dicho proceso, e inexistente en la regulación del proceso civil, cual es la consideración del instituto del agotamiento de la vía administrativa²². El principio de favorecimiento se sustenta además en otros principios. Uno de ellos es el principio finalista, que hemos considerado al citar el segundo párrafo del artículo IX del título preliminar del Código Procesal Civil, por cuanto la adopción de un criterio favorable a la procedencia de las demandas, busca en último término hacer posible la emisión de un fallo sobre el fondo de la materia administrativa controvertida, que solucione el conflicto de intereses.

Otro principio que sostiene al de favorecimiento del proceso es aquel de la tutela jurisdiccional, concretamente, en cuanto a su primer estadio: el derecho de acceso a la justicia, punto al cual nos hemos referido con anterioridad. Además, también informa al principio de favorecimiento el principio de dirección del proceso; ello, por cuanto es en su calidad de director del proceso —no de otra manera—, que puede el juez asumir un criterio *pro actione* frente a las dudas que surjan respecto a la procedencia de una demanda.

Pero hay un principio más considerado de manera expresa. Este es el principio de **suplencia de oficio**. Se ha mencionado antes que el proceso contencioso-administrativo recibe una controversia surgida en una relación sustancial no paritaria, estableciendo una relación

22 De acuerdo con ello, luego de ser derogado el sexto subcapítulo de los procesos abreviados del Código Procesal Civil, que regulaba el proceso de «Impugnación de acto o resolución administrativa» por obra de la Ley n.º 27584, carecería de sentido seguir considerando entre las excepciones previstas en el artículo 446 de dicho código, aquella de «Falta de agotamiento de la vía administrativa», pues solo era aplicable a dicho proceso. En ese sentido, sería de mejor técnica normativa considerarlo dentro del Texto Único Ordenado de dicha ley.

procesal paritaria para su solución. Se ha indicado además que, siendo uno de los fines del proceso la solución de dicho conflicto de intereses, se debe promover el derecho de acceso a la justicia, con el fin de poder conformar un proceso que permita la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del caso. A ello cabe agregar un tercer momento, inscrito en la misma línea de pensamiento. Imaginémos una demanda respecto a la cual existe alguna duda sobre el agotamiento de la vía administrativa por la parte interesada. Ante un caso así, el primer grado de favorecimiento del proceso permitirá admitir la demanda. Imaginemos ahora que la misma demanda genera alguna otra duda acerca de su procedencia. Ante ello, el segundo grado de favorecimiento nos indica que ella debe tramitarse. Pero ¿qué ocurre si las dudas o deficiencias son advertidas respecto de requisitos formales?

Para enfrentar circunstancias de este tipo, desde la Ley n.º 27584 se incluyó el principio de suplencia de oficio, como instrumento que busca suplir una deficiencia formal subsanable en la que haya incurrido una de las partes. El principal ejemplo, sin duda, es la subsanación de los requisitos de admisibilidad de la demanda, regulados en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de dicha ley. Sin embargo, la forma en que ha sido redactado el principio, permite establecer su aplicabilidad a cualquier momento del proceso. Al decir lo anterior, estamos pensando sobre todo en los actos de postulación (excepciones, medios impugnatorios).

Aunque parezca extraño decirlo, el principio de suplencia oficiosa en realidad no es tal, al menos de manera global. Afirmamos ello porque ha sido regulado para ser empleado en dos momentos. En el primer momento, la suplencia se realiza por el juez de oficio (suplencia oficiosa propiamente dicha). En el segundo momento, estamos en realidad ante un «mandato de subsanación» dirigido a la parte procesal que ha postulado el acto, opción esta a la que se recurre cuando la subsanación de oficio es imposible. Esto último se puede

presentar, por ejemplo, cuando se requieran documentos personales del sujeto administrado demandante, o de aquel que interviene como litisconsorte pasivo; o cuando se trate de documentos que no han sido actuados en el procedimiento administrativo previo o que no estén en poder de otra entidad administrativa. Vemos cómo el principio, antes que «de suplencia de oficio», debió ser denominado solo como «principio de suplencia».

El principio bajo análisis se sustenta en otros principios procesales. El primero es el principio constitucional de tutela jurisdiccional. Concretamente en cuanto a la garantía del acceso a la justicia; punto en el cual sigue la misma línea que el principio de favorecimiento del proceso. Un segundo principio que lo sostiene es el de elasticidad, previsto en el segundo párrafo del artículo IX del título preliminar del CPC, el cual permite al juez disponer de las formalidades procesales, en favor de la promoción del proceso que permita resolver el fondo del conflicto de intereses, y a partir de ello promover la paz social en justicia.

Un tercer principio que se encuentra en la base de la suplencia es el de dirección del proceso, recogido en el artículo II del mismo título preliminar; criterio que posibilita al juez establecer la necesidad de suplir una omisión formal, formular la suplencia por su propia cuenta, o disponer a la parte procesal pertinente la realización de los actos necesarios para cumplirla.

8. IDEAS FINALES: PERSPECTIVAS FUTURAS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO

En los numerales anteriores, hemos recordado, enumerado, explicado, relacionado y especificado diversos momentos, períodos, conceptos y desarrollos por los cuales ha transitado el proceso contencioso-administrativo peruano desde mediados del siglo XIX hasta el presente, desde una óptica plural, con aspectos históricos,

constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarios. Terminando la segunda década del siglo XXI toca efectuar una evaluación acerca de cuáles son aquellos elementos de esta disciplina que han tenido manifestaciones y avances propios en nuestro país, que lo caracterizan. Dicho de otra manera, qué es aquello que nuestra experiencia nacional puede aportar al futuro del derecho procesal administrativo y a cualquier intención comparativa.

En primer lugar, se trata de una disciplina que llegó hace más de siglo y medio, pero ya sea por tratarse de una novedad, por su escaso conocimiento, o por no ser parte de la agenda política, resultó postergada durante décadas, en las que permaneció sin recibir tratamiento normativo, mucho menos doctrinario o jurisprudencial. Normativamente hablando, quizá su aparición a nivel constitucional —que hoy podría ser positiva—, en aquel entonces conspiró contra su consolidación, la cual sí se generó cuando luego de varios intentos legales, entró en vigor en grado reglamentario (Decreto Supremo n.º 037-90-TR). En segundo lugar, siendo el proceso contencioso-administrativo un mecanismo de control del poder (en rigor, un control inter órganos), siempre resultó resistido por los diferentes gobiernos, más aún si consideramos que muchos de estos fueron dictaduras militares. Por ende, para poder cumplir tal función con efectividad, necesitó poseer la mayor jerarquía normativa, y con esta debutó pero luego le fue negada: ciento doce años transcurrieron para que una nueva Constitución Política lo recogiera, pero aun así tampoco recibió un desarrollo propio sino hasta once años después, y en grado reglamentario, como queda indicado.

En tercer lugar, pese a que dicha primera norma vigente reguladora del proceso contencioso-administrativo laboral —de rango reglamentario— data del año 1990, y que la Ley n.º 27584 entró en vigencia el 15 de abril del año 2002, el derecho procesal administrativo y el proceso contencioso-administrativo —su

principal herramienta procesal— mantienen hasta el día de hoy un incipiente desarrollo. Quien tenga alguna noción o información concreta acerca de la carga procesal existente en los órganos jurisdiccionales competentes de Lima, podrá fácilmente discrepar de lo antes afirmado; sin embargo, dicha multiplicación exponencial de los procesos sobre la materia solo es eso, un aumento cuantitativo. Producto de las sentencias emitidas a partir del año 2005 en los casos «Manuel Anicama Hernández», «César Baylón Flores», sobre todo, y en menor cantidad en el caso «Julia Benavides García», el fenómeno de la «amparización de la jurisdicción» (a su vez generado en el carácter alternativo que durante años tuvo el proceso constitucional de amparo), fue trasladado por el Tribunal Constitucional al proceso contencioso-administrativo en las materias previsional, laboral pública y también municipal; decisión que solo en su primer impacto representó varios miles de procesos.

Lo anterior, sumado al avance digamos lento de la judicialización de los demás ámbitos administrativos, llevó a que el número de procesos contencioso-administrativos aumente, lo que es diferente a considerar que el derecho procesal administrativo haya tenido un verdadero desarrollo. Una prueba contundente acerca de lo recién afirmado es la total ausencia de desarrollo de tres de los cinco tipos de pretensiones posibles dentro de un proceso contencioso-administrativo: solo las pretensiones de nulidad de actos administrativos y de cumplimiento son aquellas que vemos expresadas en seguro casi el 100 % de la carga procesal existente y de las sentencias casatorias, no figuran aquellas de reconocimiento y restablecimiento de derechos e intereses, contra vías de hecho o de responsabilidad patrimonial de la Administración. Hay que ser sinceros, la doctrina nacional, salvo alguna honrosa excepción²³,

23 Nos referimos a nuestros *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo* (2010). Otra excepción es la obra *Contencioso administrativo urgente*, de Huamán Ordóñez (2013), sobre las materias de dicha vía procedimental.

tampoco se ha interesado por estudiar a fondo las pretensiones que no sean la de nulidad de actos administrativos o la de cumplimiento: ¿puede alguien enumerar las obras que hasta la fecha desmientan lo indicado? En los distintos eventos sobre la materia, la tendencia fue siempre la misma. Tenemos tres pretensiones que siguen esperando encerradas dentro de un texto legal.

Si bien los países de Latinoamérica se han caracterizado por su organización y cultura centralista, en la materia que estudiamos se ha presentado una curiosa forma de centralismo que, obviamente, recae sobre Lima. Si bien hemos dicho que una de las consecuencias —la séptima— del reconocimiento constitucional del proceso contencioso-administrativo ha sido su desarrollo como un instrumento procesal comprometido con el proceso de descentralización, tanto en sede regional como provincial, esta se ha materializado en temas previsionales, laborales, municipales y algunos otros, quedando al margen todas las temáticas sometidas en segunda instancia a Tribunales Administrativos, los cuales suelen domiciliar en Lima. Así, muchas materias terminan centralizadas en los órganos jurisdiccionales limeños. Esta evaluación cuantitativa, si la llevamos al campo cualitativo, nos lleva a otro hallazgo: fuera de Lima, la práctica en la materia es básicamente previsional, laboral pública y edil. Si a esto le añadimos la falta de jurisprudencia y de interés doctrinario (salvo las excepciones indicadas) en las demás pretensiones posibles y otros conceptos procesales ligados, encontraremos un marco general poco apropiado para mayores y pronto desarrollos del derecho procesal administrativo en todo el país.

Otro tema es el origen de nuestro derecho procesal administrativo y el potencial innovativo corto que este le otorga. De innegable raigambre española, el proceso contencioso-administrativo peruano se adscribe al modelo judicialista español, hecho histórico y cultural que puede resultar lógico, pero que ha sido además remarcado por

varios de nuestros profesores de Derecho Administrativo y de Proceso Contencioso-Administrativo, tanto en sus obras como en su cátedra. Ello ha sido continuado durante todos estos años por nuestro legislador, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Nunca se nos ha ocurrido, por ejemplo, urgar en la experiencia italiana que, al igual que la española, fue en un inicio tributaria del original modelo administrativista francés, pero que en época contemporánea a la consolidación del modelo judicialista español (fines del siglo XIX) también siguió su propio rumbo, con instituciones que distan de ser perfectas, pero que no han llamado la atención de nuestros legisladores ni doctrinarios. Ya trabajamos en ello.

Sin duda, la especialización de distintos ámbitos del derecho administrativo, los nuevos requerimientos de tutela judicial, la influencia de la economía en el derecho, el expediente judicial electrónico, los avances en materia de interoperabilidad de la Administración pública, las modernas tecnologías de la información, los espacios procesales no atendidos antes indicados, desempeñan individualmente el rol de retos presentes y futuros para nuestro proceso contencioso-administrativo, pero, conjuntamente, nos llevan a un entorno distinto al vivido hasta ahora. Aún en medio de viejos problemas irresolutos, el proceso en mención y el derecho procesal administrativo como disciplina procesal se preparan para un nuevo tiempo. ¿Estamos nosotros preparados? Ya habrá oportunidad de referirnos a ello con detalle. Por ahora dejemos esta exposición aquí.

REFERENCIAS

- Bacacorzo, G. (1990). La jurisdicción contencioso-administrativa en el Perú. *Revista del Foro*, (1), 143-162.
- Carpio, E. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- García Belaunde, D. (2006). *Las Constituciones del Perú* (t. 2). Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Huamán, L. (2013). *Contencioso administrativo urgente*. Lima: Grijley.
- Huapaya, R. (2006). *Tratado del proceso contencioso-administrativo*. Lima: Jurista Editores.
- Jiménez, J. (2005). Significado y empleo de la expresión contencioso-administrativo. *Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica*, (137), 195-198.
- ____ (2010). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*. Lima: Ediciones Legales.
- ____ (2011). *Jurisprudencia contencioso-administrativa comentada*. Lima: Jurista Editores.
- ____ (2014). *Jurisprudencia contencioso-administrativa comentada* (2.^a ed.). Lima: IDEMSA.
- Morón, J. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (9.^a ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Pareja, J. (2005). *Historia de las Constituciones nacionales (1812-1979)* (2.^a ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Tribunal Constitucional (2005a). Exp. n.º 1417-2005-AA/TC Lima. Manuel Anicama Hernández. Lima: 8 de julio de 2005. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- _____ (2005b). Exp. n.º 0206-2005-PA/TC Huaura. César Antonio Baylón Flores. Lima: 28 de noviembre de 2005. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>
- _____ (2005c). Exp. n.º 2802-2005-PA/TC Piura. Julia Mabel Benavides García. Lima: 14 de noviembre de 2005. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02802-2005-AA.pdf>
- Ugarte del Pino, J. (1978). *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Andina.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 81-116

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.40>

La constitucionalidad del proceso de alimentos sin audiencia

Constitutionality of the Child Support Legal Process without audience



ADOLFO HUANCA LUQUE

Segundo Juggado de Paz Letrado de Carabayllo
(Lima, Perú)

Contacto: ahuanca@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8219-7983>

RESUMEN

Es de conocimiento público el reclamo de los usuarios en la demora de los procesos judiciales, entre ellos la demora del proceso de alimentos. También los jueces comprenden dicha exigencia, por ello han realizado reformas al proceso único, que han consistido en apartarse del texto de las normas jurídicas hasta lograr desarrollar procesos de alimentos sin audiencias únicas, constituyendo este proceder plenamente constitucional, con el cual se lograron resultados increíbles como emitir sentencias en 16 y 19 días.

Palabras clave: alimentos, audiencia, flexibilización, proceso único.

ABSTRACT

This study looks at cases of belated justice in child support. This problem was understood by all the parties and by the judges. Consequently, the Child Support Legal Process was reformed: it was through the modification of the Unique Legal Process that now the possibility of the Child Support Legal Process without audience exists. This changed the flexibility of the Legal Process and they are according to the constitutional law. This change facilitated the solution of the cases in 16 to 19 days.

Key words: child support, audience, flexibility, unique legal process.

Recibido: 09/03/2020 Aceptado: 03/05/2020

1. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Civil de 1993 establece tres procesos: el de conocimiento, el abreviado y el sumarísimo, cada uno de los cuales tiene en su estructura el acto procesal de la audiencia. Así, en el proceso de conocimiento y en el abreviado tenían que desarrollarse la audiencia de saneamiento y conciliación¹ y la audiencia de pruebas, pero se ha prescindido de la audiencia de saneamiento y conciliación de ambos procesos. Solamente se ha dejado vigente la audiencia de pruebas, pero de carácter excepcional, sin necesidad de su desarrollo cuando los medios probatorios son documentales o exista rebeldía de la parte demandada.

1 El artículo 449 del Código Procesal Civil permitía desarrollar la audiencia de saneamiento en la que se resolvían las excepciones. Pero la Ley n.º 29057, publicada el 29 de junio de 2007, ya no permite hacer la audiencia de saneamiento. El artículo 468 del Código Procesal Civil permitía desarrollar la audiencia de conciliación; sin embargo, el Decreto Legislativo n.º 1070, publicado el 28 de junio de 2008, ya no ordena hacer la audiencia de conciliación.

Sin embargo, ello no ha ocurrido en el proceso sumarísimo y tampoco en el proceso único regulado por la Ley n.º 27337. El proceso único, diseñado por la Ley n.º 27337, es un proceso para niños cuya regulación es similar al proceso sumarísimo de adultos, pero el proceso de alimentos se tramita como proceso único y dicha Ley n.º 27337 fue aplicada de manera literal, sin importar que el proceso de alimentos permanezca 3, 4, 5, 6 o 9 años sin audiencia única. Los jueces, desde la vigencia de dicha ley hasta el año 2011, no han creado jurisprudencia para prescindir de las audiencias únicas, permitiendo así que el proceso de alimentos permanezca muchos años sin tener sentencia, lo que ha generado postergación de la declaración del derecho de los niños a sus alimentos. A partir del 2012, por iniciativa de los propios jueces de paz letrados, se ha empezado a reformar el proceso único desde su jurisprudencia, eludiendo el artículo 170 de la Ley n.º 27337, para fijar audiencia única en la resolución que admite a trámite la demanda de alimentos, y se ha llegado a prescindir totalmente de la audiencia única, como lo exponemos en este texto de investigación.

2. LA VULNERACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE EN LOS PROCESOS DE ALIMENTOS

2.1. Muestra de expedientes con lentitud procesal

Los usuarios del Poder Judicial siempre reclaman sobre la excesiva demora de sus procesos judiciales, y tienen razón, porque no se da cuenta de las demandas y los escritos presentados sino después de meses, y ello genera el descontento del público. La demora es verdadera, como ilustramos en algunos de estos casos:

- El Expediente n.º 01446-2014-0-0905-JP-FC-02, donde la demanda es de fecha 6 de marzo de 2014, pero la audiencia única recién se realizó el 29 de abril de 2015, y se emitió la sentencia con una demora de 1 año, 1 mes y 23 días hasta la primera sentencia.

- En el Expediente n.º 06080-2014-0-0905-JP-FC-02 la demanda es del 5 septiembre de 2014, pero el 29 de abril de 2015 recién se resolvió la pretensión demandada. Se dictó sentencia con una demora de 7 meses.
- Mientras que en el caso n.º 05967-2013-0-0905-JP-FC-02, la audiencia única se reprogramó seis veces: 15 de enero de 2014, 30 de abril de 2014, 3 de septiembre de 2014, 5 de marzo de 2015, 8 de abril de 2015 y 7 de mayo de 2015.
- Así también en el Expediente n.º 05463-2012-0-0905-JP-FC-02, en la Resolución n.º 06 de fecha 19 de noviembre de 2014 se ha declarado la rebeldía del demandado y se programó la audiencia única para el 28 de mayo de 2015, es decir, después de 6 meses de la declaratoria de rebeldía.
- En el Expediente n.º 00062-2010-0-0905-JP-FC-02 la demanda ingresó el 8 de marzo de 2010 y después de más de 5 años recién se dictó sentencia el 17 de julio de 2015.
- El Expediente n.º 00499-2007-0-0905-JP-FC-02 tiene 9 años sin que se haya realizado la audiencia única.
- En el Expediente n.º 00507-2005-0-0905-JP-FC-01 han pasado seis años sin pago de pensión de alimentos.
- El Expediente n.º 04176-2011-0-0905-JP-FC-02 está más de cuatro años sin pago de pensión de alimentos.
- El Expediente n.º 00594-2006-0-0905-JP-FC-02 tiene más de 7 años sin pago de pensión de alimentos².

2 Todos estos expedientes pueden ser consultados en el portal web del Poder Judicial, en la siguiente dirección: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

2.2. Plazos procesales tasados

Es necesario referirnos al tema del plazo procesal tasado y para ello tenemos la Ley n.º 27337, que en sus artículos 168, 169, 170, 172, 175, 178, 179 y 182 fija los plazos legales tasados y los actos procesales que se desarrollarán en todos los procesos de alimentos. Ello comprende admitir la demanda, emitir el auto que admite a trámite la demanda, admitir la contestación a la demanda, fijar fecha para la audiencia única y emitir la sentencia. Si leemos de modo literal la Ley n.º 27337, todo esto puede hacerse en un mes calendario conforme está diseñado en la referida ley. Entonces, el plazo legal tasado es el que aparece fijado en dicha ley, porque es aplicable para que sea cumplida por todos los ciudadanos, secretarios judiciales y jueces. Por ello los usuarios demandantes y demandados reclaman su derecho a este plazo legal tasado, porque la ley fijada no ordena dar cuenta de las demandas y los escritos en meses, pero ¿este plazo legal tasado es válido para jueces que tienen 1000, 2000, 3000, 4000 expedientes? O ¿solo es exigible a jueces que tienen 500 expedientes?, la redacción de la Ley n.º 27337 con plazos tan cortos no ha tenido como objetivo el trabajo de un juez con más de 1000 expedientes. Es de sentido común que el juez que tenga 500 expedientes cumplirá con los plazos tasados, mientras que aquel con más de 1000 expedientes no podrá cumplir, porque el excesivo número de actos procesales que tiene que realizar, los tiene que multiplicar por los 1000, 2000, 3000, 4000 expedientes que tiene, lo cual se hace con una revisión minuciosa.

2.3. El plazo razonable

En los expedientes citados líneas arriba, se observa que se emiten sentencias de alimentos luego de 1, 2, 5 o 9 años, lo cual es inaceptable. Entonces, confrontar los plazos legales tasados de la Ley n.º 27337 y la demora en dictar sentencias de la realidad,

nos permite fijar un punto medio para decir que hasta allí podría ser el plazo razonable en cada expediente³. El plazo razonable se establece al final del proceso cuando ya está sentenciado y porque recién allí se puede tener un proceso terminado de cognición y se puede evaluar el porqué ha demorado tantos años. También es posible verificar, por ejemplo, que se notificaba al demandado en una comunidad campesina de Cusco o en el extranjero, y como existían devoluciones de la notificación por no ubicar el domicilio, se reprogramaba la audiencia única por varios años. Sin embargo, el juez de alimentos tiene los instrumentos procesales normativos para prescindir del desarrollo de la audiencia única, y a pesar de ello no lo hace. Allí es donde el juez comete la omisión de no justificar por qué razón esencial no se puede eludir la audiencia única en casos donde el demandado está rebelde o cuando a pesar de haber contestado la demanda los medios probatorios son documentales.

Somos conscientes de que el plazo razonable tiene para su determinación varios factores, como la lejanía de los domicilios de las partes procesales, la falta de impulso de los propios jueces para lograr culminar los procesos judiciales de sus despachos en el más breve plazo, también la falta de impulso de parte, y en pocos casos la alta litigiosidad de las partes procesales.

3 Ningún juez hasta ahora se ha atrevido a mandar a su personal para notificar al demandado que tiene domicilio en otro distrito judicial mediante la habilitación, y no se hace porque aún está vigente el formalismo de los exhortos, pues así lo ordena el artículo 151 del Código Procesal Civil: «cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto». En temas de alimentos, por aplicar la flexibilización podemos evadir esta prohibición, todo por el interés superior del niño y por una causa justa y *pro homine* de la población más vulnerable de nuestra sociedad. Esto en razón de que la central de notificaciones devuelve frecuentemente las notificaciones porque no encuentra el domicilio del demandado a pesar de que se le remiten croquis, fotos, referencias. Entonces se notifican por exhorto y habilitación al asistente de notificaciones, quien será conducido personalmente por la parte interesada.

2.4. El plazo razonable en la jurisdicción internacional

Teniendo en cuenta los expedientes antes citados, donde se ha rebasado todo plazo razonable, este no se encuentra tasado en la ley, sino que podría ser también aquel que se fija como punto medio entre el plazo legal tasado y el plazo de verdad generado en el desarrollo del proceso de alimentos. Al respecto, las instancias internacionales se han pronunciado sobre el plazo razonable.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) ha referido que se vulnera el plazo razonable si un proceso permanece 10 años sin que se emita sentencia:

154. El Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En el presente caso, el Tribunal observa que han transcurrido más de 10 años después que ocurrieron los hechos y aún continúan abiertos los procesos penales respectivos. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con el «plazo razonable» al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva (fundamento n.º 154).

De similar opinión es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) cuando refiere que hay vulneración al plazo razonable si el proceso no tiene sentencia en 17 años:

41. [...] En este sentido, la Comisión Interamericana observa que la tardanza judicial y la prolongada espera para decidir recursos apelatorios demuestra una conducta de las autoridades judiciales que constituye una violación al derecho a obtener un recurso rápido y efectivo establecido en la Declaración y en la Convención. Durante todo el proceso de 17 años el acusado de doble tentativa de homicidio contra su esposa, siguió —y sigue— en libertad (fundamento n.º 41).

Abundando un poco más en el Perú, lo más grave es lo ocurrido en el Expediente n.º 00499-2007-0-0905-JP-FC-02, cuya demanda ingresó al Poder Judicial el 9 de julio de 2007, cuando la niña para quien se pedía alimentos tenía 3 años de edad y a pesar de estar declarado rebelde el demandado, el proceso permaneció más de 9 años reprogramando varias veces la audiencia única hasta que la niña cumplió 12 años de edad⁴. Esta demora no puede ser permitida por un juez, encontrar un expediente así genera indignación y hace que nos preguntemos ¿esta es la ciencia pura del derecho procesal civil aplicada a los niños? ¿Se justifica el cumplimiento del ritual de la audiencia única como paso necesario para dictar una sentencia de alimentos? ¿Es justo que un juez responda a la madre que reclama la sentencia de alimentos que no se puede dictar sentencia sin hacer antes la audiencia única para cumplir con el mandato constitucional del debido proceso? Sumemos a esto que falta recorrer el procedimiento de la liquidación de las pensiones devengadas, falta aún el trámite de la denuncia del fiscal contra el demandado por omisión de asistencia familiar y el proceso penal por omisión de asistencia familiar. Para colmo de colmos, el juez penal ilícitamente va a pedir que la aprobación de los devengados y el apercibimiento de su pago se notifique al domicilio real del demandado; y si no cumple con ello, no hay denuncia ni proceso de omisión de asistencia familiar.

Como vemos, el proceso judicial de alimentos tiene una fase civil que es propiamente el proceso de alimentos según la Ley n.º 27337 y

4 Dicho proceso se entrampó porque el demandado tenía domicilio en otro distrito judicial y la central de notificaciones devolvía todas las notificaciones donde se fijaba la audiencia por no encontrar el domicilio, a pesar de que la demandante adjuntaba croquis y referencias, y porque se tramitaba por exhorto de un juez de un distrito hacia otro juez de otro distrito, todo por puro formalismo y por miedo al tema penal de prevaricato. Esto se tiene que levantar, tiene que flexibilizarse por servir a un interés superior como el interés superior del niño, pero no se hace por el miedo de los jueces.

una fase penal que comprende la participación de la fiscalía y ahora de dos jueces penales, como el juez de investigación preparatoria y el juez unipersonal. ¿Por qué se ha creado demasiado tramado judicial para que un niño reclame tan solo el pan que se le debe? La Defensoría del Pueblo (2018) también ha mostrado su preocupación sobre este proceso de alimentos y ha concluido que los procesos de alimentos en promedio tienen una duración de 6 meses:

Se aprecia que el 28.2 % de procesos que culminaron con sentencia han durado entre 181 a 365 días, es decir, entre seis meses y un año. En el 19.3 % de los casos el proceso se prolongó por encima del año, pese a que las vías procedimentales con las que se debe tramitar el proceso de alimentos tienen la intención de ser céleres y expeditivas, como el Proceso Único, previsto en el Código de los Niños y Adolescentes y Proceso Sumarísimo, conforme al Código Procesal Civil (p. 83).

El proceso de alimentos en el Perú es extremadamente moroso, dilatorio e injusto, perjudicial, no responde a la urgencia y los padecimientos en que se encuentra nuestra infancia.

3. LOS JUECES CREAN JURISPRUDENCIA PARA MEJORAR LOS PROCESOS DE ALIMENTOS

3.1. Respuesta de jueces de Independencia contra el texto de la ley

Los jueces institucionalistas que creen en las fortalezas del Poder Judicial han mostrado también su preocupación para enfrentar esta realidad injusta y oprobiosa. Realizando un rastreo de expedientes, encontré que en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Independencia ya se procedía a emitir la resolución uno el 27 de febrero de 2012, admitiendo la demanda de alimentos; en la misma resolución se fijaba la fecha de la audiencia única, para ello exponían el argumento del principio de economía y celeridad procesal, esto se puede corroborar con el Expediente

n.º 00841-2012-0-0906-JP-FC-02⁵. Esta forma de trabajo se aplicaba a todos los procesos de fijación de alimentos, el resultado fue expedir la sentencia en 48 días calendario después de presentada la demanda, pero no se invoca el principio internacional del interés superior del niño, dicha forma de atender los procesos de alimentos fue una novedad en su momento.

3.2. Respuesta de jueces de Puente Piedra contra el texto de la ley

La forma de trabajo del juez de Independencia fue replicada también por otros jueces institucionalistas. Así, en Puente Piedra, hallé resoluciones de los jueces de paz letrados, quienes en los procesos de alimentos emitían la resolución uno admitiendo a trámite la demanda de alimentos y en la misma resolución uno se fijaba la fecha de la audiencia única; para ello exponían el argumento del principio de celeridad y economía procesal, esto se puede corroborar con el Expediente n.º 01236-2013-0-0909-JP-FC-03⁶. La resolución uno es del 7 de marzo de 2013. Esta forma de trabajo se aplicaba a todos los procesos de alimentos, y a pesar de dicho avance jurisprudencial el citado expediente permanece hasta la fecha 7 años sin que se realice la audiencia única y sin

5 La citada resolución es la número uno, de fecha 27 de febrero de 2012. «En aplicación de lo dispuesto en el artículo 50.1 del Código Procesal Civil, por economía y celeridad procesal se dispone: [...] 1) fijar fecha de AUDIENCIA ÚNICA para el DOS DE ABRIL DE 2012 A HORAS TRECE HORAS, bajo apercibimiento de declararse concluido el proceso en caso de inasistencia de las partes». También es importante tener en cuenta que la fecha de la demanda ingresada al Poder Judicial es 16 de febrero de 2012.

6 La citada resolución es la número uno, de fecha 7 de marzo de 2013: «Estando a la naturaleza de la pretensión del presente proceso teniendo en consideración el principio de celeridad y economía procesal CÍTESE a las partes para la AUDIENCIA ÚNICA para el día TRES DE ABRIL DEL AÑO EN CURSO, A HORAS NUEVE DE LA MAÑANA (hora exacta) bajo apercibimiento de declararse concluido en caso de inasistencia de las partes». También es importante conocer que la demanda ingresa al Poder Judicial el 5 de marzo de 2013.

sentencia que se pronuncie sobre el derecho a los alimentos de una menor de edad al momento de presentarse la demanda.

3.3. Respuesta de jueces de Comas contra el texto de la ley

La forma de trabajo del juez de Independencia fue replicada también por otros jueces institucionalistas. Encontré resoluciones del Quinto Juzgado de Paz Letrado de Comas donde en los procesos de alimentos emitían la resolución uno admitiendo a trámite la demanda de alimentos y en la misma resolución uno se fijaba la fecha de la audiencia única. Para ello exponían el argumento del principio de economía y celeridad procesal, lo que se puede corroborar con el Expediente n.º 06786-2013-0-0908-JP-FC-05⁷. La resolución uno es del 23 de septiembre de 2013. Esta forma de trabajo se aplicaba a todos los procesos de alimentos. A pesar de dicho avance jurisprudencial, el citado expediente fue sentenciado a los 85 días de presentada la demanda. Pero la novedad en este expediente es que ya se invoca el principio del interés superior del niño:

CUARTO: De otro lado, que sin perjuicio del plazo que tiene el demandado para contestar la demanda, por economía y celeridad procesal, así como a la naturaleza del proceso en atención al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la medida que no se vulnere el derecho de defensa del demandado, es pertinente fijar audiencia única con la presente resolución⁸.

7 La citada resolución es la número uno, de fecha 23 de septiembre de 2013: «asimismo, señálese fecha de AUDIENCIA ÚNICA para el día SIETE DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS DIEZ DE LA MAÑANA bajo apercibimiento de dar por concluido el proceso en caso de inasistencia de las partes». También es importante conocer que la demanda ingresa al Poder Judicial el 18 de septiembre de 2013.

8 Texto que pertenece a la resolución uno del Expediente n.º 06786-2013-0-0908-JP-FC-05.

Otro avance más reciente en la misma línea es el ocurrido en el Sexto Juzgado de Paz Letrado de Comas, en el año 2018, donde se aplica el mismo criterio de fijar fecha de la audiencia única en la resolución que admite a trámite la demanda, pero se le otorga el ISO 9001 por lograrse emitir la sentencia de alimentos a los 35 días de presentada la demanda. Este proceder, si bien logra reducir considerablemente los tiempos para emitir sentencias, constituye un avance conservador porque mantiene a la audiencia única como imprescindible; sin embargo, es un método selectivo porque comprende solo a procesos en los cuales el domicilio de los partícipes esté ubicado en el Distrito Judicial de Lima Norte, no se aplica a todos los expedientes de alimentos cuando las partes procesales tengan domicilios fuera del mencionado distrito judicial. No obstante, los jueces no podemos discriminar para dar una justicia rápida solo a personas de un distrito judicial, sino que debemos dar justicia pronta a todos porque son iguales ante la ley y ante la justicia.

Mediante esta forma de trabajo no se ha criticado ni cuestionado lo perjudicial del artículo 170 de la Ley n.º 27337, que ordena convocar a la audiencia única recién luego de la contestación a la demanda. Se mantiene el formalismo de las audiencias únicas; sin embargo, un fundamento sobre la necesidad de la audiencia única podría ser la idea fuerza de que todo justiciable tiene derecho de ser oído por el juez, como lo establece la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Los niños están en peligro porque a sus tempranas edades no reciben los alimentos necesarios para su desarrollo y están propensos a caer en la anemia y la desnutrición. Por ello es urgente atender su derecho alimentario. El derecho de ser oído por el juez en los procesos de alimentos no solo es el parlamentar de la parte demandante y del demandado ante el juez, porque por experiencia los jueces al resolver en nuestras sentencias no fundamentamos ni expresamos los fundamentos orales de los abogados del demandado o demandante, lo que sí hacemos es referirnos a la defensa de la parte demandante y del demandado detallada por escrito en su demanda o contestación de demanda. Es en el escrito de contestación donde está la postura de defensa del demandado, quien se está haciendo oír ante el juez cuando el juez lee y comprende los dichos del demandado presentados por escrito.

El derecho de ser oído también se tiene que entender y comprender de modo flexibilizado y no al pie de la letra, no significa mantener el proceso de alimentos por 7 años o 9 años sin desarrollar la audiencia única por el criterio errado de que el juez tiene que escuchar a la demandante y al demandado en la audiencia única. Los jueces conservadores piensan que la audiencia única es la oportunidad para escuchar a las partes procesales, hacer ello es convertir a los derechos humanos en un tema de aplicación de formas, de modo mecánico, sin realizar un balance de derechos, razón tiene un juez superior que expresaba: mejor pongamos a robots como jueces.

Esta forma de fijar la fecha de la audiencia única en la primera resolución es una demostración de inaplicación del texto de la ley que hacen los jueces de paz letrados, en razón de que el artículo 170 de la Ley n.º 27337 establece que la audiencia única se programa recién luego de la contestación a la demanda:

Artículo 170.- Audiencia.- Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijará una fecha inaplazable

para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del Fiscal. En los procesos de violencia familiar no hay audiencia de conciliación⁹.

La Ley n.º 27337 no autoriza textualmente que el juez fije la fecha de la audiencia en la primera resolución que admite a trámite la demanda, por ello hacer lo contrario es un acto de respuesta de los jueces de paz letrados contra el texto de la ley regulatoria del proceso de alimentos, que es excesivamente formalista y genera morosidad, pero con un propósito superior: es atender al niño de la forma más rápida posible. Sin embargo, se ha mantenido la presencia de la audiencia única, los jueces no han decidido dejar fuera del proceso de alimentos a la audiencia única.

Fue un primer avance tímido de los jueces de paz letrados contra la letra de la ley y una primera estocada al proceso extremadamente formalista por iniciativa de los jueces de paz letrados de Lima Norte, desafiando a los fiscales y el prevaricato «Artículo 418 del Código Penal.- Prevaricato.- El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años». Este delito de prevaricato es temido por los jueces y no les permite cuestionar normas jurídicas que perjudican al dictado de la justicia.

9 También se tiene que derogar la participación de la fiscalía en los procesos de alimentos, puesto que en la práctica judicial ante los juzgados de paz letrados no se le da participación por ser innecesario y porque trasladar los expedientes hasta la fiscalía y esperar su retorno genera retraso procesal.

3.4. Respuesta del Tribunal Constitucional contra el texto de la ley

Este avance de los jueces de Lima Norte contra el texto de la ley también recibe el apoyo del Tribunal Constitucional, institución de control constitucional que emite su pronunciamiento en la sentencia 04058-2012-PA/TC, donde fija como doctrina jurisprudencial el texto del artículo 170 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual ordena a todos los jueces convocar a la audiencia única:

10. Al respecto, se debe puntualizar que los procesos de alimentos se tramitan según lo establecido por el Código de los Niños y Adolescentes, mediante el proceso único, en el que está prevista la realización de la audiencia única (tachas excepciones, defensas previas, medios de pruebas, saneamiento procesal conciliación y sentencia) [...].

Si dicho fundamento 10 es doctrina jurisprudencial, significa que ¿no puede existir proceso de alimentos sin audiencia única? La primera y fácil lectura de dicha decisión del Tribunal Constitucional es entender que siempre y para todos los casos los jueces tienen que convocar a la audiencia única, este proceder es cierto y se hace en todas las Cortes de Justicia del país.

Pero quiero discrepar de dicha lectura fácil. Como se logra leer de la propia sentencia 04058-2012-PA/TC¹⁰, lo que hace el Tribunal Constitucional es copiar el texto de la ley, no hace un análisis de la realidad de la aplicación del artículo 170 de la Ley n.º 27337 en cada despacho judicial de un juez de paz letrado. El Tribunal Constitucional no ha investigado cómo está funcionando la audiencia única, esta

10 La sentencia que emite el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 04058-2012-PA/TC es de Lima, a los 30 días del mes de abril de 2014. Para una consulta más pormenorizada, se puede leer la sentencia en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.html>

significa la postergación de la declaración del derecho del niño a sus alimentos; las audiencias únicas se programan para dos o más meses de contestada la demanda; o 9 años, como ya ocurrió en el Expediente n.º 00499-2007-0-0905-JP-FC-02; y 7 años sin audiencia única en el Expediente n.º 01236-2013-0-0909-JP-FC-03, a pesar de que los medios probatorios de la parte demandante y de la parte demandada son documentales o por la rebeldía del demandado, no hay nada que actuar en la audiencia única, y a pesar de ello esta se sigue convocando. La audiencia única permite así la postergación de la declaración del derecho del niño a sus alimentos.

En el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Carabayllo, durante los años 2013, 2014 y 2015 solamente se ha logrado conciliar durante las audiencias únicas el 17 % de los procesos de familia. Si el propósito del legislador para mantener la audiencia única es lograr la conciliación, ello es un fracaso.

El Tribunal Constitucional demuestra su ligereza de análisis, porque no investiga que en los procesos civiles patrimoniales de lucro, como los que se tramitan en vías procesales de conocimiento, abreviado, donde no se ventilan derechos fundamentales, si los medios probatorios del demandante y de la parte demandada son documentales, entonces se prohíbe la audiencia de pruebas¹¹ y el juez tiene que dictar sentencia sin necesidad ni obligación de estar

11 Artículo 468.- Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio.- Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Solo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.

convocando a la audiencia de pruebas. Es más, si el demandado está rebelde, el juez se encuentra obligado a dictar la sentencia de manera inmediata¹².

Como se aprecia, si el proceso civil patrimonial diseñado para adultos es más ágil, rápido y flexible, ¿cómo es que el Tribunal Constitucional establece la obligatoriedad para atender un derecho fundamental como la pensión de alimentos para que los jueces de paz letrados convoquen a las audiencias únicas como requisito para dictar sentencia válida? El propio Tribunal Constitucional establece también una salvaguarda y es la de flexibilizar los procesos de niños y adolescentes, dando así la autorización y la libertad a los jueces de alimentos, tenencia, régimen de visitas, autorización de viaje, autorización para disponer bienes de menores, adopción, para adecuar la rigidez de las normas procesales y solucionar lo más rápido posible los procesos judiciales.

25. En dicho contexto, conviene subrayar que el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado.

Con esta postura, el Tribunal Constitucional es partidario para flexibilizar las normas procesales que regulan los procesos de alimentos y lograr un rápido y pronto proceso en beneficio del niño.

12 Artículo 460.- Proceso y rebeldía.- Declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el Artículo 461.

Esta flexibilización es doctrina jurisprudencial constitucional y por ello tiene naturaleza normativa y de aplicación inmediata por todos los jueces en todos los procesos judiciales de niños y adolescentes.

4. EL NUEVO PROCESO DE ALIMENTOS SIN AUDIENCIA ÚNICA

4.1. Respuesta del juez de Carabayllo contra el texto de la ley

Otra muestra del avance jurisprudencial de los jueces de Lima Norte es la del despacho del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Carabayllo, donde desde el 29 de abril de 2015 el señor juez ha prescindido de las audiencias únicas en los procesos de alimentos —véase el Expediente n.º 01446-2014-0-0905-JP-FC-02 (Poder Judicial, 2015)— y ha inaugurado un proceso de alimentos sin audiencia única para lograr emitir sentencias de alimentos en el más breve plazo. De ese modo ha civilizado el moroso proceso de alimentos teniendo de presupuesto la verificación de la existencia de medios probatorios puramente documentales y cuando exista la rebeldía de la parte demandada¹³. Esta forma de trabajo es una total novedad porque el juez, con una fuerte argumentación referida al carácter instrumental de la audiencia única y resaltando los alimentos como contenido principal del derecho fundamental a la vida y el alto interés superior del niño, logra prescindir de la audiencia única para resolver de forma inmediata la emisión de la sentencia, sin necesidad de aplicar la letra de la ley¹⁴.

Realizar un proceso de alimentos sin audiencia única fue un choque estructural en el quehacer diario del Poder Judicial, acostumbrado al dogma de la audiencia única, y generó los

13 Pueden buscarse los Expedientes n.ºs 04220-2015-0-0905-JP-FC-02, 04580-2015-0-0905-JP-FC-02, 03375-2015-0-0905-JP-FC-02 y 01822-2015-0-0905-JP-FC-02 en la página web <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>

14 Véase el artículo «Flexibilización del proceso como respuesta al dogma de la audiencia en el proceso de alimentos» (Huanca, 2016, p. 69).

reclamos de los abogados y fiscales habituados a la convocatoria de las audiencias únicas e incluso de los padres de familia demandados que no comprendían este nuevo proceder.

4.2. Reacción contra la flexibilización

El proceso de alimentos sin audiencia única fue resistido por el sector conservador del foro, entre estos, abogados que recibieron las resoluciones de flexibilización como un gran y enorme atentado contra el debido proceso y en sus escritos de apelaciones expusieron con grandes titulares los males que el juez flexibilizador cometía en contra de la Constitución y el Estado de derecho por ser arbitrario y vulnerar el debido proceso del demandado. Indicaban que se había recortado su derecho de defensa al impedirle presentar tachas, excepciones, y conciliar en la audiencia única.

A este grupo de abogados se sumaron los fiscales provinciales mixtos de Carabayllo, quienes al emitir sus dictámenes ante el juez de segunda instancia exponían que el juez había violado el derecho de defensa del demandado y por ello su sentencia tenía que ser nulificada. Se unió un tercer grupo del foro, la mayoría jueces de segunda instancia, varones y mujeres, quienes identificaron la sentencia de primera instancia donde se había aplicado la flexibilización del proceso como una sentencia de escaso valor al haberse vulnerado el derecho de defensa del demandado y el debido proceso al no permitírsele al adulto demandado ejercer su derecho de hacer su informe oral. Casi el 99 % de las sentencias eran devueltas con nulidad (Poder Judicial, 2017), véase el Expediente n.º 05967-2013-0-0905-JP-FC-02, donde la jueza superior argumenta la afectación al debido proceso:

Atendiendo a lo expuesto en el fundamento precedente, y lo señalado por el demandado en su recurso de apelación, en el caso concreto se evidencia que no se ha brindado a las partes

la posibilidad de tomar conocimiento en forma oportuna de la expedición de la resolución N° 08, y de ser el caso impugnarla, impidiéndoseles además informar oralmente ante el Juez de la causa antes de la emisión de la sentencia, con lo que se ha afectado el debido proceso.

En el Expediente n.º 01393-2013-0-0905-JP-FC-02 también la jueza superior, con argumentos puramente formalistas, declara nula la sentencia de alimentos sin audiencia:

en el caso concreto se evidencia que no se ha brindado a las partes la posibilidad de tomar conocimiento en forma oportuna de la expedición de la resolución N° 10, impidiéndosele al demandado ejercer su derecho de defensa, como ofrecer medios probatorios extemporáneos, de conformidad con lo previsto en el artículo 167° del Código de los Niños y los Adolescentes [...]; no habiéndose comunicado a las partes en forma oportuna que se había dispuesto que los autos pasen a despacho para dictar sentencia. [...] evidenciándose la restricción ante mencionada al derecho de defensa de las partes, se determina que se ha afectado el debido proceso; lo que implica que la sentencia emitida se encuentra viciada de nulidad (Poder Judicial, 2017)¹⁵.

15 «3.5. Que, bajo este contexto, de la revisión de los presentes autos, se aprecia que mediante resolución dos de folios 74, se dispuso por el A Quo *FLEXIBILIZAR los rigores y se declara contesta la demanda, saneado el proceso no habiendo necesidad de convocar a la Audiencia y el proceso está expedito para sentenciar*»; emitiéndose la sentencia venida en grado, sin haberse llevado a cabo la audiencia única, esta circunstancia efectivamente importa una seria afectación al debido proceso; ahora hay que tener en consideración que la flexibilización de las normas y la interpretación de las mismas se realicen a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de solucionar una controversia, siendo permitida a favor de los niños y adolescentes, en tanto que dicho principio no genere un estado de indefensión a una de las partes; siendo el caso que en la presente vista era necesaria y de carácter obligatorio la realización de la Audiencia Única, en tanto que el recurrente puede ejercer sus medios técnicos de defensa formulando

Con esta forma de resolver, los jueces de segunda instancia desconocen totalmente el contenido constitucional del derecho de defensa. No hay en esa decisión ningún argumento o razón referido al porqué el derecho de defensa de un adulto demandado estaba por encima del interés superior del niño. Se ha resuelto por el interés superior del adulto demandado que no paga la pensión de alimentos, se ha resuelto en perjuicio del sagrado derecho alimentario de niños y niñas. Es más, si uno estudia los plenos jurisdiccionales nacionales de familia de 1997, en ellos se acordó: «En tercer lugar en caso de conflicto debe prevalecer el interés superior del niño sobre las garantías del debido proceso, cuidando que no se afecte el derecho a la defensa». Ya existía el pronunciamiento de los jueces de familia de no preferir al debido proceso cuando se tenga que atender un derecho del niño, pero tampoco se ha estudiado dicho pleno jurisdiccional, se ha preferido los derechos del adulto sobre los derechos del niño y sobre el interés superior del niño (Centro de Investigaciones Judiciales, 1998).

4.3. El derecho de defensa material y abstracto

El derecho de defensa hay que entenderlo en dos facetas, por cuanto existe el derecho de defensa material y el derecho de defensa abstracto. El derecho de defensa material es la defensa que de verdad existe en la realidad de las cosas y por ello tiene que garantizarse su ocurrencia para darle al proceso judicial su validez mínima. La defensa material se verifica cuando se le ha dado la oportunidad al demandado de conocer el texto de la demanda y permitirle contestar la demanda para que el juez conozca sus argumentos y ofrecer los medios probatorios de defensa que serán valorados por el juez. La defensa material es objetiva, es verificable.

cuestionamientos probatorios; la oportunidad que las partes reconozcan sus obligaciones y la posibilidad de un acuerdo conciliatorio» (Expediente n.º 00684-2015-0-0905-JP-FC-02).

La defensa abstracta, por otro lado, es lo que está en el idealismo, está en la ideología, o mejor dicho, está en el subjetivismo, está en las nubes, no pisa tierra aún y se manifiesta como aquel argumento de los tres grupos del foro que reaccionaron ante la flexibilización. Aquellos, por pura retórica y acto obstruccionista, expusieron que se le impidió al demandado ejercer el derecho de tacha o el derecho a excepcionar o el derecho de conciliar en la audiencia única. Sin embargo, esto es una posibilidad abstracta, idealista. Es una probabilidad que se puede presentar o no se puede presentar realmente, está en el subjetivismo del abogado del demandado. La afectación a esta defensa abstracta no significa una vulneración al debido proceso constitucional, no se puede presentar tacha por las puras cuando no se tiene el presupuesto de la tacha, no se pueden presentar excepciones si no hay presupuesto para dicha defensa de forma, no se puede pretender conciliar con el ánimo unilateral del demandado, quien tuvo toda la posibilidad de hacerlo antes de ser demandado acudiendo ante los centros de conciliación:

37. Ahora bien, desde una perspectiva alterna, este Tribunal ha destacado también otra manera de abordar la formalidad o materialidad de la indefensión. Desde este otro enfoque, se entiende por indefensión formal a aquella irregularidad que queda en el llano incumplimiento, constitucionalmente intrascendente, de una regla formalmente vinculada con el derecho de defensa. Se entiende, en cambio, por indefensión material, aquella situación en la que de modo real, efectivo y concreto la persona ha quedado privada de las garantías necesarias que permiten afirmar que el derecho de defensa ha sido constitucionalmente respetado (STC 6712-2005-PHC, F. J. 32).

Esta línea argumentativa la ha planteado este Colegiado por compartir el criterio de su homólogo español que de modo reiterado ha considerado que para que las irregularidades relacionadas con el derecho de defensa resulten constitucionalmente relevantes «la indefensión [...] ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial

o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión “material” y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa» (STC español 181/1991, de 20 de junio; criterio reiterado en muy diversas oportunidades) (Tribunal Constitucional, 2015, f. j. 37).

Sin embargo, nada de esto se analiza por la segunda instancia, con esta muestra estamos demostrando que los procesos de alimentos no tienen un tratamiento por la segunda instancia como un derecho fundamental, como contenido principal del derecho a la vida. En el trabajo de revisión de la sentencia de primera instancia que hacen los jueces superiores de Carabayllo, estos son puramente formalistas y aplican la letra de la ley, no existe innovación, no se considera al proceso de alimentos como proceso de urgente solución, sino que se trata como el resto de procesos y por ello se nulifica irrazonablemente las sentencias. Se mantiene así la segunda instancia judicial como una instancia extremadamente conservadora del estado de las cosas, cuando, muy por el contrario, debería ser una instancia de ilustración desde donde emerjan las nuevas luces jurisprudenciales para mejorar los procesos de alimentos. Pero no es así, los jueces de paz letrados que desarrollan los procesos de alimentos como derechos fundamentales se estrellan ante la segunda instancia conservadora, donde se hace culto a la letra de la ley. Con las sentencias de nulidad de la segunda instancia estamos probando que hay una segunda instancia irreflexiva, con incapacidad de ser la vanguardia de los derechos fundamentales para los niños del Perú.

4.4. Comprobación del efecto dilatorio de la nulidad de sentencias

Ante la masiva nulidad de las sentencias, el juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado acata la orden superior y convoca a la audiencia única. El demandado, al asistir, no presenta tacha ni excepción, no concilia, y el juez emite la misma sentencia primigeniamente nulificada por el juez superior. Véase el Expediente n.º 00684-2015-0-0905-JP-FC-02. En conclusión, la apelación y el mandato de los jueces superiores para hacer la audiencia única solo se hizo para dilatar el derecho alimentario de un niño, y lo más grave es que los jueces superiores no tuvieron ninguna consideración con niños discapacitados, que son triplemente vulnerables por el abandono del padre demandado, por su minoría de edad y por su discapacidad. Pero, igual, por mandato de los jueces superiores teníamos que someterlos al forzoso trámite de la audiencia única, retrasando así la declaración del derecho de los niños a sus alimentos, con lo cual se incumplía la Convención sobre los Derechos del Niño, las 100 Reglas de Brasilia y la sentencia del Pleno Casatorio n.º 4664-2010-Puno.

4.5. Proceso de alimentos sin audiencia única ante la Corte Suprema

Como no había un juez superior que garantizara una pronta e inmediata sentencia de alimentos para los niños de Carabayllo, y ante la avalancha de nulidad de sus sentencias, el juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Carabayllo se vio obligado a acudir ante la Corte Suprema. Para ello utilizó el control difuso de constitucionalidad, declarando la inconstitucionalidad del artículo 170 de la Ley n.º 27337, por ser dicho artículo el que ordena desarrollar la audiencia única y el 99 % de jueces de paz letrados y jueces de segunda instancia en todo el Perú la aplican al pie de la letra como robots, sin cuestionarla, sin hacer prevalecer el sagrado derecho alimentario de los niños del Perú. Así, la Sala Constitucional

y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en la Consulta n.º 8740-2018 emite decisión y establece:

Décimo tercero.- En ese sentido, en el presente caso no resulta necesario en los términos que exige el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el ejercicio de la atribución de control difuso consagrado en el artículo 138 de la Constitución Política, pues, conforme a lo establecido en el artículo II del Título Preliminar y los artículos 557 y 468 del Código Procesal Civil, **el Juez tiene la posibilidad de prescindir de la Audiencia Única y optar por el Juzgamiento anticipado del proceso** [resaltado añadido], circunstancia que es justamente lo que originó la presente elevación en consulta (Poder Judicial, 2018b).

De modo similar ha resuelto en las Consultas n.ºs 7366-2018, 6966-2018 y 10953-2018, donde fija la posición de la Suprema Corte contra el formalismo:

Duodécimo: En consecuencia, atendiendo que en el presente caso el proceso involucra el derecho de alimentos de una menor de edad, debe primar una conducta sensible que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, con la finalidad de coadyuvar en la solución del conflicto, en efecto, la naturaleza del derecho de familia, le permite al Juez, evitar los formalismos innecesarios (Poder Judicial, 2018a, p. 6)¹⁶.

Con esta decisión por fin se ha cumplido con madurar e institucionalizar y constitucionalizar el proceso de alimentos sin audiencia única. Hacer ahora los procesos de alimentos sin audiencia

16 Pero también es necesario conocer que en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema se libra una batalla académica sobre la no necesidad de la audiencia única en los procesos de alimentos, porque hay tres decisiones en contra: las que están en las Consultas n.ºs 9311-2018, 11634-2018 y 4965-2018.

única es plenamente constitucional, por ser el mejor proceso que logra proteger a la familia como derecho constitucional:

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

Además, así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia del Perú porque para esta el hecho de que un juez de alimentos prescinda de la audiencia única es su facultad y le está permitido por el ordenamiento constitucional. Puesto que la atribución de hacer justicia en el Perú conforme al artículo 138 de la Constitución es de los jueces, y la decisión del juez de paz letrado para no realizar audiencia única es entonces de orden constitucional por estar vinculada a la atribución constitucional de todo juez y ser conforme al principio internacional del interés superior del niño y no hay vulneración constitucional al derecho de defensa del demandado cuando se toma la decisión de flexibilizar el proceso y prescindirse de la audiencia única.

El proceso de alimentos sin audiencia única permite una sentencia rápida, el logro que se ha obtenido es emitir sentencias de alimentos a los 16 y 19 días de presentada la demanda. Pueden verse los Expedientes n.ºs 06062-2018-0-0905-JP-FC-02, 05574-2018-0-0905-JP-FC-02 y 05738-2018-0-0905-JP-FC-02¹⁷.

4.6. Construcción del proceso de alimentos sin audiencia

Esta iniciativa jurisprudencial sobre los procesos de alimentos sin audiencias únicas es producto del trabajo jurisprudencial que se ha construido de modo paulatino. El primer pronunciamiento

17 Se puede consultar estos expedientes en la página web del Poder Judicial: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>

provino del Poder Judicial en sentencia del Tercer Pleno Casatorio que emite la Corte Suprema de Justicia del Perú, Expediente n.º 4664-2010-Puno, de fecha 18 de marzo de 2011, donde fija como precedente vinculante:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho (Poder Judicial, 2011, p. 83).

Notemos que esta sentencia es del 18 de marzo de 2011, pero los jueces de paz letrados han continuado convocando a las audiencias únicas a pesar de ser innecesarias¹⁸. No han flexibilizado los procesos de alimentos prescindiendo de las audiencias únicas pese a que ello ya estaba autorizado por la Corte Suprema con carácter obligatorio desde la fecha señalada.

El segundo pronunciamiento provino del Tribunal Constitucional al emitir la sentencia 4058-2012-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2014, donde establece como doctrina jurisprudencial constitucional la flexibilización de los procesos de niños, permitiendo la

18 Pero ya en el Juzgado Civil de Puente Piedra en el año 2013 se aplicaba la flexibilización de los procesos de violencia familiar, pues ya no se convocaba a la audiencia única. Véase el Expediente n.º 02911-2011-0-0909-JR-FC-01, en la página web <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>

flexibilización de los procesos de alimentos y también es de carácter obligatorio para todos los jueces. Sin embargo, los jueces de paz letrados siguen renuentes a aplicar dicha doctrina en los procesos de alimentos y continúan realizando el viejo y moroso proceso de alimentos con audiencia única sin importarles el sufrimiento y tortura procesal en su aplicación contra los niños del Perú. Hay jueces de alimentos tan formalistas, que trabajan en las provincias del Perú, que al calificar la demanda de alimentos exigen que el acta de nacimiento del niño tenga una antigüedad de solo tres meses; si no se adjunta tal requerimiento, rechazan la demanda de alimentos. Asimismo, si el acta de nacimiento se presenta en fotocopia, exigen la copia certificada por un funcionario del registro civil, cuando es presumible que las pobres madres de familia no tienen ni para el pan de sus hijos y el juez les exige formalismos innecesarios. Así está extendido el formalismo en todo el Perú, mientras tanto, nuestros niños siguen sufriendo hambre, frío y olvido.

El tercer y definitivo pronunciamiento provino de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en las consultas 8740-2018, del 7 de mayo de 2018; 7366-2018, del 25 de abril de 2018; 10953-2018, del 31 de mayo de 2018; y 6966-2018, del 25 de abril de 2018, en el cual de manera específica y precisa permite atender los procesos de alimentos sin audiencias únicas. Con estas decisiones jurisprudenciales, la iniciativa del juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Carabayllo ha sido reforzada y concluida. Esta es una gran novedad para todo el Perú y se constituye como un gran aporte del Poder Judicial para mejorar la justicia de los niños del Perú y lograr resolver los procesos con sentencias a los 16 y 19 días de presentada la demanda.

Hacer procesos de alimentos sin audiencias únicas es un logro jurisprudencial y está en la misma línea de la Convención sobre

los Derechos del Niño: «Artículo 27.- [...] 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero».

Una de las medidas más apropiadas para garantizar un pronto pago de las pensiones de alimentos es realizar un proceso de alimentos sin audiencias únicas; de ese modo se logra reducir los plazos procesales, para atender a los niños de manera rápida y oportuna. No olvidemos que la falta de alimentación oportuna de los niños en edad temprana, de 1 a 6 años, es perjudicial para su crecimiento, desarrollo mental y físico, como lo reconoce la Defensoría del Pueblo (2018): «Según el INEI, “La anemia por déficit de hierro es estimada a partir del nivel de hemoglobina en la sangre. Es una carencia que a nivel nacional afecta a cuatro de cada diez niñas y niños menores de tres años de edad (43,6 %), es más frecuente en el área rural (53,4 %) que en el área urbana (39,9 %) en el año 2016”» (p. 74). Por ello, es de urgente necesidad pública hacer procesos de alimentos sin audiencias únicas de forma masiva en todo el Perú. Además, ya tenemos la Ley n.º 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. En esta ley se permite dar trámite de manera accesoria a la pretensión de alimentos; y en caso de no existir oposición de la parte demandada, el juez tiene que emitir la sentencia de alimentos sin necesidad de estar convocando a la audiencia.

Como vemos, realizar un proceso de alimentos sin audiencia se justifica para el beneficio de los niños porque son atendidos de manera inmediata en el resguardo de sus sagrados derechos alimentarios. Otro beneficio es presupuestal, por cuanto ahora se está impulsando la oralidad en el proceso civil. Para ello se deben comprar equipos de audio y grabación, que son costosos, pero como la audiencia única será excepcional, entonces el uso

de estos equipos será también mínimo. Por este motivo, también es beneficioso para el Poder Judicial prescindir de las audiencias únicas en los procesos de alimentos como regla general, manteniendo la audiencia única solo como regla excepcional.

4.7. Modificación legislativa conservadora del orden

Actualmente existe ante el Congreso de la República un proyecto de ley que pretende mediante una ley seguir institucionalizando la vigencia de los procesos de alimentos con audiencia única, acogiendo así el tímido avance jurisprudencial de los jueces de paz letrados de Lima Norte¹⁹, con fijación de la audiencia única en la primera resolución que admite a trámite la demanda.

Sin embargo, conforme al texto de este trabajo, dicha postura es continuar con la postergación de la declaración de los derechos alimentarios de niños porque se está pretendiendo mantener la vigencia de la audiencia única, cuando el avance jurisprudencial de vanguardia en materia de procesos de alimentos es prescindir de las audiencias únicas y hacer de la audiencia única un tema excepcional aplicable solo cuando se requiera actuar testimoniales, declaraciones de partes, pericias, exhibiciones o cuando se tenga que resolver excepciones, según el texto del artículo 468 del Código Procesal Civil.

Por ello mostramos nuestra preocupación y críticas al Proyecto de Ley 02538/2017-CR, que pretende modificar el texto del artículo 168 de la Ley n.º 27337 y permitir que en la resolución donde se admite a trámite se fije la fecha de la audiencia única, por no ser un gran avance y tampoco una novedad. El texto modificador sería:

19 No tengo evidencias de que esta iniciativa haya ocurrido con anterioridad y en otros despachos judiciales distintos del distrito de Independencia. Es una tarea aún por descubrir dónde empezó esta forma de trabajo, pero estoy probando que ocurrió el 27 febrero de 2012 en Independencia.

Artículo 168.- Traslado de la Demanda.-

Admitida la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado la conteste. Tratándose de procesos de alimentos el Juez en la misma resolución admisorio, señalará fecha para la audiencia única la misma que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda; en las demás pretensiones se aplica el trámite establecido en el artículo 170 de la presente norma.

Además, no se necesita de una ley para publicitar lo que ya está haciendo el Poder Judicial desde el año 2012 mediante su novedosa jurisprudencia, demostrando así que es el Poder Judicial la institución baluarte de la justicia, más especializada y de mayor conocimiento sobre la justicia alimentaria que el Congreso de la República, donde no hay jueces como autores de la iniciativa legislativa que aquí estamos criticando por no tener un estudio de la realidad de las audiencias únicas en los despachos de los jueces de paz letrados de todo el país.

4.8. Nuevos avances jurisprudenciales

El avance jurisprudencial del Poder Judicial podría ser mayor, si en la sentencia de alimentos el juez procediera a realizar la liquidación de las pensiones devengadas de oficio. Así, el trámite de la aprobación de la liquidación de los devengados recibiría una reforma trascendental porque recortaría en años la ejecución de sentencias y los plazos para el inicio de los procesos penales de omisión de asistencia familiar.

Otro avance jurisprudencial es romper con la barrera de los exhortos a otros distritos judiciales y permitir que el mismo personal de notificaciones del despacho judicial donde está la demanda de alimentos se traslade hacia el otro distrito judicial para notificar

al demandado, con habilitación para dicho efecto. Se rompería así la regulación «formalista» de la competencia territorial que atenta contra un proceso rápido y sencillo.

Otro avance jurisprudencial que sí requiere de ley es el tema de simplificar la intervención de cinco autoridades para lograr cobrar una pensión de alimentos, pues interviene el juez de paz letrado, el juez civil o de familia como segunda instancia, el fiscal provincial para la denuncia de omisión de asistencia familiar, el juez de investigación preparatoria y el juez de juzgamiento. Y también darle facultades especiales al juez de paz letrado para que se encargue del no pago de las pensiones de alimentos por el demandado y se le conceda facultades de privación de la libertad como medida de presión judicial contra el padre renuente al pago de las pensiones de alimentos. De este modo recortamos años al trámite de la omisión de asistencia familiar, todo para hacer realidad la vigencia del interés superior del niño. Como se puede apreciar, hay mucha tarea aún por desarrollar en atención a los niños del Perú.

5. CONCLUSIONES

1. El texto del artículo 170 de la Ley n.º 27337 al ordenar el desarrollo de la audiencia única está permitiendo la postergación de la declaración del derecho alimentario de los niños del Perú.
2. Los jueces están autorizados para desarrollar los procesos de alimentos sin audiencia única, para atender de modo más urgente el sagrado derecho alimentario de los niños, por ser contenido principal del derecho a la vida. La audiencia única se tiene que mantener solo como regla excepcional.
3. Los procesos de alimentos sin audiencia única son una posibilidad moderna que se aplica invocando el artículo IX del título preliminar del Código Procesal Civil y los artículos 468 y 557 del Código Procesal Civil de modo supletorio a la Ley n.º 27337,

como instrumentos que pueden ser utilizados por los jueces de paz letrados y jueces de segunda instancia.

4. Con la sentencia del Pleno Casatorio, expediente 4664-2010-Puno, del 18 de marzo de 2011; la sentencia del Tribunal Constitucional 4058-2012-PA/TC, del 30 de abril de 2014; la decisión de la Corte Suprema en la Consulta n.º 8740-2018, del 7 de mayo de 2018; la Consulta n.º 7366-2018, del 25 de abril de 2018, la Consulta n.º 10953-2018, del 31 de mayo de 2018 y la Consulta n.º 6966-2018, del 25 de abril de 2018, se ha constitucionalizado el proceso de alimentos sin audiencia única. Ello convierte a esta jurisprudencia en el faro de la modernidad y sus decisiones se vuelven de vanguardia para el derecho alimentario en todo el país y tienen que ser aplicadas masivamente para lograr sentencias inmediatas en beneficio de nuestros niños y hacer realidad el artículo 1 de la Constitución atendiendo a la dignidad de la persona humana.

REFERENCIAS

- Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después* (6.ª ed.). Lima: Editora Moreno.
- Bossert, G. A. y Zannoni, E. A. (2004). *Manual de derecho de familia* (6.ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Calamandrei, P. (2006). *Los estudios de derecho procesal en Italia*. Lima: ARA Editores.
- Campana, M. M. (1997). *Derecho y obligación alimentaria*. Lima: Fecat.
- Cappelletti, M. (2006). *El proceso civil en el derecho comparado*. Traducción de Santiago Sentís Melendi. Lima: Ara Editores.
- Carrión, J. (2005). *Tratado de derecho procesal civil* (vol. 3). Lima: Grijley.

- Castillo, L. (2004). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Piura: Ara Editores.
- Centro de Investigaciones Judiciales (1998). Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 1997. Acuerdos de la Sesión Plenaria. Acuerdo n.º 1. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/733e520043eb77fe92e7d34684c6236a/Pleno_Jur_Nac_1997.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=733e520043eb77fe92e7d34684c6236a
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). Informe n.º 54/01. Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes. Brasil: 16 de abril de 2001.
- Congreso de la República (2018). Proyecto de Ley 02538/2017-CR. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0253820180309..PDF
- Cornejo, H. (1991). *Derecho familiar peruano* (8.ª ed.). Lima: Librería Studium.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.
- Couture, E. J. (2005). *Fundamentos del derecho procesal civil* (4.ª ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Defensoría del Pueblo (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos*. Serie Informe de Adjuntía. Informe n.º 001-2018-DP/AAC. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Devis, H. (2004). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Díez-Picazo, L. y Gullon, A. (1997). *Sistema de derecho civil* (7.ª ed., vol. 4). Madrid: Tecnos.

- García, V. (2013). *Los derechos fundamentales* (2.^a ed. corregida y aumentada). Lima: Adrus.
- Huanca, A. (2016). Flexibilización del proceso como respuesta del dogma de la audiencia en el proceso de alimentos. *Actualidad Jurídica*, t. 266, 69-83.
- Landa, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil* (t. 1). Gaceta Jurídica. Lima: El Búho.
- Monroy, J. (2007). *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra Editores.
- Parodi, C. (1996). *El derecho procesal del futuro*. Lima: San Marcos.
- Pérez, J. (2012). *Curso de derecho constitucional* (13.^a ed.). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Poder Judicial (2011). Casación n.º 4664-2010-Puno. Lima: 18 de marzo de 2011.
- _____ (2015). Expediente n.º 01446-2014-0-0905-JP-FC-02. Lima Norte: 29 de abril de 2015. Recuperado de <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>
- _____ (2017a). Expediente n.º 05967-2013-0-0905-JP-FC-02. Lima Norte: 14 de julio de 2017. Recuperado de <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>
- _____ (2017b). Expediente n.º 01393-2013-0-0905-JP-FC-02. Lima Norte: 19 de julio de 2017. Recuperado de <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>
- _____ (2018a). Consulta n.º 7366-2018. Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Lima: 25 de abril de 2018.
- _____ (2018b). Consulta n.º 8740-2018. Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Lima: 7 de mayo de 2018.

- Recaséns, L. (1961). *Tratado general de filosofía del derecho* (2.^a ed.). México: Porrúa.
- Silva, J. A. (2011). *Filosofía del derecho*. Lima: Ediciones Legales.
- Tribunal Constitucional (2014). Expediente n.º 04058- 2012-PA/TC. Lima: 30 de abril de 2014. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.html>
- _____ (2015). Expediente n.º 4968-2014-PHC/TC Lima. Luciano López Flores a favor de Alejandro Toledo Manrique y otra. Lima: 4 de noviembre de 2015.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 117-138

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.41>

El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes

Standards of the constitutional block to determine the Best Interests of the Child from a multidimensional and interdependent perspective favoring children's rights



MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad Privada San Juan Bautista

(Lima, Perú)

Contacto: mbermudezt@unmsm.edu.pe

manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

<http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

RESUMEN

En la evaluación de los conflictos sociofamiliares que registran un trámite en el Poder Judicial, se destaca una situación particular: la tutela de los derechos de personas dependientes, con una minoridad de edad, que están sometidas a la discrecionalidad de sus progenitores y que no logran ser atendidos en sus necesidades

más básicas y urgentes (alimentos), especialmente porque el trámite judicial no evalúa la verdadera dimensión de sus derechos, que en esencia se convierten en multidimensionales e interdependientes, y sobre la cual se requiere reconfigurar la naturaleza jurídica del interés superior del niño para así desarrollar una mejor definición que parta de la defensa del derecho alimentario y se extienda a otros derechos de niños y adolescentes.

Palabras clave: derechos de alcance multidimensional, derecho de alimentos, metaprincipio jurídico, interés superior del niño, tutela judicial efectiva y debido proceso, conflicto familiar, proceso de alimentos.

ABSTRACT

Statistics of the Judicial system reveal some social and familiar conflicts relevant to the study. One of them is child support. Child support needs to be construed according to the constitutional block standards. That interpretation includes the principle of Best Interests of the Child and the multidimensional and interdependence values to safeguard children's rights. Finally, there is a need to apply the same criteria to other legal regulations like juvenile's rights for example.

Key words: constitutional block standard, children's rights, multidimensional, independence.

Recibido: 25/05/2020 Aceptado: 10/06/2020

1. INTRODUCCIÓN

La evaluación de un conflicto familiar judicializado (Thomlison, 2010, p. 52) permite analizar una serie de elementos que registran un contexto en el cual se complementan:

- a) Una deficiente evaluación del derecho evaluado por parte de todos los involucrados (Fortin, 2005, p. 285).

- b) La ampliación de la violencia en el ámbito temporal.
- c) La interdependencia del derecho alimentario con otros derechos posibilita detallar su carácter flexible en complementación con otros derechos; por este motivo lo consideramos el elemento «articulador» que propicia su evaluación multidimensional.
- d) Las limitaciones del Sistema de Impartición de Justicia de no poder evaluar diligentemente un expediente en el cual se analizan los derechos de un niño o un adolescente.

En función de ello, el elemento que origina esta evaluación parte del análisis del derecho alimentario porque este es el que usualmente ayuda a visualizar el conflicto familiar en el ámbito judicial y sobre el cual se plantean otros procesos judiciales o acciones que involucran denuncias, por registro de alguna situación de violencia, ante la Policía Nacional o el Ministerio Público (Bermúdez-Tapia, 2011b, p. 39).

De acuerdo con estos alcances, el interés superior del niño (Aguilar, 2008) parecería un elemento impreciso que no faculta el análisis de un caso en forma diligente, de modo que se generan deficiencias en varios ámbitos y niveles, desde lo dogmático hasta lo judicial, desde lo sustantivo hasta lo procedimental, desde lo nacional hasta la práctica judicial convencional (Burgorgue-Larsen y Úbeda, 2011, p. 397), dado que el alimentista no podría defender su derecho porque no es «parte procesal».

2. EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE COMO SUJETOS DE DERECHOS EN EL CONFLICTO FAMILIAR JUDICIALIZADO DEL MENOR

Los niños y los adolescentes que participan en un conflicto familiar judicializado ven condicionados sus derechos en las siguientes situaciones:

- a) Cuando están en un contexto de ausencia de un progenitor o se hayan inmersos en una realidad familiar múltiple, porque

la atención de sus necesidades es limitada por una acción ajena a su realidad y comprensión (Hewitt-Taylor, 2008, p. 30).

En este sentido, las familias monoparentales, convivenciales impropias, concubinarias o paralelas provocan de modo automático una condición que afecta el desarrollo del niño o adolescente, quien asume una condición psicológica de «normalidad» de una experiencia que, en sí misma, es extraordinaria y negativa.

La evaluación de la condición de abandono material y moral resultaría, inclusive, una situación compleja de evaluar, especialmente cuando se confunden los niveles de pobreza con respecto de los niveles de atención de las necesidades básicas de los hijos; la mejor evidencia para acreditar este punto está expuesto en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

- b) Cuando el conflicto familiar entre los progenitores ha superado el contexto privado puede producir la desatención de los derechos de los niños y los adolescentes, lo que no necesariamente genera una acción en el ámbito judicial, debido a la procrastinación del progenitor que asume la tenencia, generalmente ficta.

En este punto, los progenitores asumen comportamientos negligentes y negativos en detrimento del cuidado de su propio hijo; dicho comportamiento es percibido en varios niveles: desde la negligencia hasta el acto de sometimiento psicológico hacia un progenitor que ejerce una posición de dominio y provoca el síndrome de Estocolmo en el otro progenitor (Bermúdez-Tapia, 2019a, p. 196).

En esta primera etapa, el niño o adolescente es afectado por la acción directa de sus propios progenitores, quienes

actúan tanto en forma activa como pasiva en la ejecución, de modo contrario a la obligación moral y civil de velar por su integridad y desarrollo.

- c) Cuando el conflicto familiar se ha judicializado, los progenitores, los magistrados y todos aquellos que participan en el proceso judicial (peritos, asistentes sociales, policías, etc.) no logran comprender la situación de violencia que afronta el niño o el adolescente al estar sumido en un conflicto que supera sus expectativas y nivel de comprensión.

En este ámbito, se manifiesta una condición que afecta su desarrollo psicológico en mérito de considerarse «parte del problema» o «causante» de este, lo cual puede provocar una reacción suicida (Polaino-Lorente, 1988, p. 124).

Daniel Krauss y Bruce Sales (2001) exponen una estadística que registra al 40 % de niños y adolescentes afectados por estar incluidos en un conflicto familiar (en cualquier nivel e instancia), hecho que revela el elevado nivel de invisibilidad que se genera contra este grupo vulnerable y en situación de riesgo por parte de los adultos que deciden y evalúan sus derechos (p. 411).

- d) Cuando el proceso judicial ha finalizado y los progenitores continúan efectuando actos de violencia entre sí, el niño o el adolescente inmerso en un conflicto temporalmente extendido asume una posición extrema respecto de sus progenitores, y puede desarrollar un patrón de alienación parental o de manipulación a sus progenitores (síndrome del niño emperador).

En este ámbito, factores exógenos al niño o al adolescente pueden provocar una condición negativa si el entorno familiar sigue en una situación de crisis, limitada o sometida a cuestiones legales que afectan a los progenitores (International

Human Rights Law Clinic, Chief Justice Earl Warren Institute on Race, Ethnicity and Diversity & Immigration Law Clinic, 2010, p. 12).

Y en cada una de estas etapas, su condición de «sujeto de derechos» se ve condicionada a factores ajenos a su voluntad y margen de acción, especialmente porque no posee la capacidad ni las condiciones para ejercer una tutela de sus propios derechos o no puede atenuar el nivel de conflicto entre sus progenitores. Por tanto, surgen condiciones que se amplían, en términos negativos, cuando:

- a) El conflicto se extiende en el ámbito temporal: el daño psicológico que pudiera asumir un niño o un adolescente es un factor que no suele evaluarse por los progenitores cuando se separan, se divorcian o desarrollan actos de violencia entre sí y puede condicionar su comportamiento adulto (Sheehan, 2018, p. 88).
- b) El nivel de la violencia física se incrementa: en este contexto, la omisión de la obligación alimentaria se convierte en un factor secundario frente a la necesidad de tutelar la integridad del progenitor que desarrolla la tenencia (generalmente ficta) y, por ello, las acciones de exigencia, reclamo o petición de alimentos no son prioritarias.
- c) El conflicto se agudiza por la acción de los progenitores al desarrollar nuevos contextos familiares, luego de la separación o el divorcio o, eventualmente, un progenitor ha desarrollado dos contextos familiares en forma paralela (Bermúdez-Tapia, 2017), un detalle que implica una relación directa con la prestación alimentaria, en especial porque los obligados a proporcionarla suelen exponer como argumento para justificar su acción el hecho de que la contraparte no

ejecuta diligentemente la atención alimentaria a los hijos. Las referencias más comunes de ello son las siguientes:

- El hecho de que la crianza de los hijos esté a cargo de los abuelos.
- El registro de condiciones negativas que limitan la prestación alimentaria porque el obligado asume nuevas cargas familiares.
- El registro de una convivencia del otro progenitor con una tercera persona a la cual identifican como un «beneficiario» de la cuota alimentaria que debería ser destinada a favor de sus hijos, con lo cual surge la denominación de «polizante económico» (Bermúdez-Tapia, 2011a, p. 347).

De acuerdo con estas situaciones, en forma general, afirmamos que la condición de «sujeto de derechos» es un elemento nominal pero no práctico en el registro y estudio de conflictos familiares, inclusive judicializados.

3. ¿LA DELIMITACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ES UNA REGLA, UN PRINCIPIO O UN METAPRINCIPIO?

En términos prácticos, las «reglas» evolucionan a valores de carácter objetivo, convirtiéndose en «principios jurídicos», que en algunas ocasiones provocan una deliberación respecto de su alcance, por lo cual se debe ejecutar un acto «racional de ponderación».

Al respecto, Alexander Peczenik (1983) establece dos condiciones:

- a) Las reglas se aplican en la evaluación de los casos rutinarios («fáciles») porque no existe necesidad de sopesar o ponderar.
- b) Sobre la base de la interpretación de los postulados de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, los principios se aplican de una «manera abierta», según el caso en evaluación, porque al estar

enunciados en términos generales pueden expresar los «valores superiores de un ordenamiento jurídico»; por ello, la libertad y la igualdad se desarrollan en función de un formato expansivo.

Por su parte, Robert Alexy (1993) refiere que los principios son normas que ordenan que algo sea factible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo que son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados.

Sin embargo, pese a lo indicado, existen elementos que aún no son suficientemente objetivos en su alcance en cuanto a su optimización (Lopera, 2004, p. 213), específicamente, para analizar el interés superior del niño, ya que, desde nuestra perspectiva, este principio no logra plantear un óptimo nivel de tutela de los derechos de los niños y los adolescentes en un proceso judicial. Para analizar de manera apropiada el interés superior del niño, proponemos lo siguiente:

- a) Desde él «nacen» el derecho y una obligación, como complementarios e interdependientes elementos de evaluación; debemos tener presente que el derecho alimentario —el cual, materialmente, se evalúa en primer término— se desnaturaliza por el tiempo que demora su determinación, exigibilidad y prestación en el tiempo.
- b) Desde la exigibilidad y el requerimiento para el cumplimiento de derechos surgen los comportamientos evasivos, de mala fe, maliciosos y temerarios de los progenitores, que se relacionan con los actos procesales y judiciales que inician en forma paralela, complementaria, derivada o secundaria al proceso de alimentos.
- c) El derecho de los niños y los adolescentes puede supeditarse a la discrecionalidad de un progenitor; esto se observa cuando no se exige su cumplimiento o se ejecuta un comportamiento negligente.

Tomando en cuenta estos elementos, consideramos que el interés superior del niño tiene una naturaleza jurídica superior a la de una regla o un principio jurídico, pues, en esencia, su contenido debe delimitarse en un ámbito práctico y específico que, a la misma vez, es individual y excluyente de otras referencias. Basándonos en ello, preferimos identificar su naturaleza jurídica como un «metaprincipio», conforme anota José Suárez (2006), porque estos conceptos filosóficos «orientan una búsqueda creativa que genera un resultado práctico» (p. 83).

En un intento por presentar un desarrollo aplicativo de esta definición sobre la naturaleza jurídica del interés superior del niño como metaprincipio, suscribimos dos referencias equivalentes:

- a) El metaprincipio de dignidad posibilita que se evalúe un caso en particular y se identifique una referencia inaplicable a otro contexto.

Esta definición y criterio de aplicabilidad proviene de la práctica jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dos casos específicos:

- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999).
- Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (2001).

De este modo, la dignidad se evaluó en función de la gravedad de los hechos, con lo cual se acuñó una referencia «guía» del derecho convencional al determinarse que este metaprincipio se desarrolla en cuatro ámbitos específicos:

- El derecho al nombre.
- El derecho a tener una nacionalidad.
- El derecho a tener libertad de pensamiento.
- La prohibición de cualquier práctica que involucre una acción de tortura, bajo cualquier criterio.

Estas referencias desarrollan un parámetro que se manifiesta únicamente a partir de la evaluación de la dignidad desde una perspectiva de las personas afectadas en sus derechos que no puede extenderse a otros individuos. No obstante, podrían constituir modelos en la actividad de la evaluación, conforme sostiene Humberto Nogueira Alcalá (2003): «los derechos personalísimos protegen a la persona en sí misma, con independencia de su relación con los demás» (p. 62), sobre la base de la teoría de Gregorio Peces-Barba (1994), respecto de la clasificación de los derechos según el criterio del bien jurídico protegido y su finalidad, que fundamenta la universalidad, progresividad e interdependencia de los derechos humanos (p. 613).

- b) El metaprincipio de la primacía de la realidad, en la esfera laboral, exige que el caso evaluado sea determinado por el juez, quien examinará los hechos, las referencias sociales y laborales y analizará el contexto normativo.

Nótese que estas referencias resultan diferentes a la aplicabilidad de principios como la igualdad, el debido proceso, el acceso a la tutela judicial efectiva, que son los correlacionales para efectos de los objetivos del presente texto, porque estos admiten un patrón referencial aplicable a cualquier ámbito y referencia que, por ejemplo, no logra ser asumido en tal dimensión cuando participa un niño o un adolescente, dado que este no es sujeto procesal.

Por ello, es importante detallar que el interés superior del niño requiere de un punto de referencia para que pueda ser integrado a la evaluación de una situación, que no se da en cualquier etapa ni puede ejecutarse de modo discrecional, porque ocasionaría un daño o un error en su determinación, como actualmente sucede, y este es el principal elemento que permite identificarlo como un metaprincipio.

4. LA APLICABILIDAD DEL METAPRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CON RESPECTO DE OTROS DERECHOS INTERDEPENDIENTES EN MÉRITO DEL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD

Tomando en cuenta el elevado contexto de atomización del conflicto familiar por acción de la legislación sustantiva y procesal nacional (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 163), en la cual se amplía el margen discrecional de los progenitores para actuar en forma negligente, desidiosa, maliciosa y temerariamente, los jueces deben considerar el carácter de interdependencia de los derechos del niño o el adolescente que participa en el trámite de un expediente judicial y, por tanto, cuando revisen un expediente judicial, deberán ejecutar una evaluación a partir del bloque de convencionalidad.

En este sentido, superamos el patrón de referencia del bloque de constitucionalidad, pues la tutela de los derechos de un niño o un adolescente en el trámite de un proceso judicial no es garantizada ni evaluada en función del conflicto humano en el cual se encuentra. Por tal motivo, planteamos un modelo basado en una estructura secuencial de acuerdo con el bloque de convencionalidad:

- a) Se deben evaluar los elementos de hecho y de derecho expuestos en los petitorios de las partes procesales, de modo que el juez evalúe su impacto para evitar la ampliación del contexto negativo que asume el niño o el adolescente en el proceso judicial.

En este contexto, esta acción posibilita tutelar derechos en un ámbito individual, tales como los siguientes:

- Al desarrollo de la dignidad.
- A la igualdad ante la ley.
- A la identidad personal.

- A comunicarse y solicitar información a la administración pública, aun siendo menor de edad.
 - A la paz, a la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
 - A no sufrir ningún tipo de violencia.
 - A la libertad y seguridad personal.
 - A una asesoría legal, aun siendo menor de edad, considerando que, en los conflictos familiares, los mismos progenitores pueden atentar contra sus derechos anulando la representación legal que puedan ejercer.
 - Al acceso a un servicio de impartición de justicia en forma gratuita.
 - A analizar y criticar las decisiones judiciales, porque, sin ser parte procesal, pueden verse afectados por la decisión judicial.
- b) Complementariamente, esta acción permite tutelar derechos que tienen, en sí mismos, una condición multidimensional (Carpizo, 2011), por la interdependencia de estos (Fernández Ruiz-Gálvez, 1997), para que pueda evaluarse un contexto basado en el análisis de derechos colectivos e intereses difusos, por ejemplo:
- A ser protegido como integrante de un grupo en situación de vulnerabilidad o estar en condición de riesgo.
 - A vivir en un ambiente familiar, que es extensivo a todos los integrantes de una familia en crisis o en situación de división.
 - A gozar de sus derechos, que involucran el acceso a servicios públicos como el de educación, salud o seguridad que puedan optimizarlos.

- A tener la garantía de que se le brinde un debido proceso y una tutela judicial efectiva, pese a no ser parte procesal.
- A ser parte de una decisión que esté motivada, por cuanto su vida y desarrollo dependerá de dicha acción judicial.
- A estar bajo el alcance de la pluralidad de instancia judicial, en caso de que sus derechos puedan verse afectados por el conflicto que sostienen sus progenitores.
- A no ser **privado del derecho de defensa** en ningún estado del proceso, a estar informado del trámite judicial y tener una asesoría legal que, si bien está redactado para evaluarse solo a favor de las partes procesales, **debe** entenderse como extensivo a toda situación judicial sin importar la condición personal o procesal.

Mediante este esquema argumentativo, se supera la normatividad nacional, tanto por la aplicabilidad del Código del Niño y del Adolescente, el Código Procesal Civil, la Ley n.º 30466 y la Ley Orgánica del Poder Judicial, para ejecutar:

- a) La acumulación de condiciones tuitivas a favor de los niños y los adolescentes respecto de otros derechos interdependientes derivados del ejercicio de la parentalidad de los progenitores, como la determinación de la tenencia y el régimen de visitas.
- b) La admisión de la actuación discrecional del juez en la toma de decisiones extraordinarias para garantizar derechos de orden interdependiente y, sobre todo, para evitar situaciones que generen la omisión en la prestación de la obligación alimentaria o la sustracción de menores, en caso de que exista una situación de violencia elevada entre los progenitores.

Como se observa, el bloque de convencionalidad expuesto permite superar los parámetros que impone la legislación y la práctica judicial nacional (Rey, 2006), debido a que faculta la tutela

inmediata, directa y proporcional de los derechos interdependientes de los niños y adolescentes, conforme con los tratados internacionales aplicables en estos casos sin que se ejecuten procesos judiciales paralelos, complementarios, derivados, secundarios, porque la atomización de pretensiones en procesos autónomos es perjudicial al elevar el conflicto familiar.

Sustentamos nuestro argumento, que amplía el margen deliberativo filosófico del alcance del interés superior del niño, en que el acto de ponderación, al implicar un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas o un subterfugio retórico —como anota Bernal Pulido (2006)—, sería perjudicial para la acción de tutela a favor de sujetos que no son parte procesal en un trámite judicial. Con ello la labor del juez adquiere una connotación superlativa, ya que deberá desarrollar su labor en función de la necesidad de velar no solo por la justicia, sino también porque un alimentista dependerá de su decisión y puede aplicar directamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Martínez, 2017).

5. EL DERECHO ALIMENTARIO COMO DERECHO MULTIDIMENSIONAL

Los alimentos, como elementos de referencia sustantivos y procesales, no deben limitarse a un contexto vinculado al judicial en la especialidad de familia, dado que su valor es superior, pues poseen fundamentos constitucionales, procesales, civiles, penales y del derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, desde esta perspectiva, advertimos que el derecho alimentario es, a la vez:

- a) Un derecho fundamental, ya que garantiza la supervivencia de un niño o adolescente, al ser una persona (o grupo) en situación de riesgo o vulnerabilidad.

- b) Un derecho humano, conforme se desprende de los tratados internacionales aplicables al ámbito del presente texto, de acuerdo con el bloque de convencionalidad desarrollado previamente.
- c) Un derecho constitucional, conforme se infiere de la interpretación literal de la Constitución peruana de 1993.
- d) Un derecho programático, porque involucra también la intervención del Estado, especialmente en la provisión de servicios públicos que garanticen el acceso a un sistema de impartición de justicia, y de provisión de alimentos.
- e) Un derecho interdependiente, toda vez que no puede evaluarse en forma excluyente a otros derechos, conforme se indica en el tercer punto del presente texto (Rubio, 1989).

En esa línea, determinamos que el derecho alimentario es un derecho natural que se sustenta en la evolución de un criterio sociobiológico a un patrón referencial político que se traduce en una obligación y un derecho, todo ello sobre la base del análisis de la libertad (Caballero, 2006) y, por ello, es un derecho multidimensional e interdependiente con otros derechos. De este modo, resulta incongruente la continuidad de la práctica judicial que refiere el carácter excluyente de evaluar la obligación de prestar alimentos sin estimar la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas y la condición que determina las obligaciones y los derechos de los progenitores, de conformidad con la evaluación del bloque de convencionalidad.

6. LA NECESARIA EVALUACIÓN DEL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En el trámite de un proceso judicial, los derechos de los niños y los adolescentes son relativizados frecuentemente; demostramos esta afirmación con los siguientes ejemplos:

- a) El período temporal entre el inicio del conflicto familiar y la sentencia judicial suele acreditar la afectación sistemática de sus derechos, e inclusive los derechos del progenitor que tiene a cargo su cuidado, por acción del otro progenitor.
- b) La evaluación del derecho, tanto en un recurso cautelar como en una medida de tutela inmediata —según sea el caso—, no condiciona el nivel de violencia y desatención generado por el progenitor que provoca el daño o la omisión a prestar alimentos.
- c) La complementación de dos procesos judiciales seguidos (alimentos y delito de omisión de asistencia familiar) refleja que dos magistrados, en dos momentos temporales, no logran ser eficientes en la atención de un derecho natural.
- d) Los atentados contra otros derechos no son evaluados por los progenitores ni por el sistema de impartición de justicia, al nivel de que en el Tribunal Constitucional se ha generado jurisprudencia sumamente importante sobre la base de la progresividad de derechos (Bermúdez-Tapia, 2019c, pp. 219-270).
- e) La legislación no puede atender de forma eficiente la tutela de derechos de niños y adolescentes, especialmente porque asigna parámetros ajenos a la realidad familiar, por ejemplo, la conciliación, que, tanto en su procedimiento como en sus efectos, resulta estéril (Bermúdez-Tapia, 2019b, pp. 187-201).
- f) El análisis del proceso judicial exige la evaluación formal de las acciones de las partes procesales, por lo que los niños y los adolescentes se encuentran condicionados a una participación pasiva, secundaria e incluso invisible.

A partir de esta situación, conviene tener en cuenta la potencial evaluación del bloque de convencionalidad en la práctica judicial,

para que así se puedan inaplicar algunos parámetros normativos que limitan la acumulación procesal de pretensiones, cuando se trata del mismo conflicto familiar, porque solo de este modo se ejecutaría una acción diligente, temporalmente eficiente y tuitiva.

Fundamentamos nuestra posición sobre la base del argumento que desarrolla David Andrés Murillo Cruz (2016), quien sostiene el desarrollo de un método dialéctico entre el bloque de convencionalidad en su relación con el bloque de constitucionalidad en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, porque, en esencia, la «fundamentación por aproximación conceptual» y teleológica del primero se sustenta en el segundo. Este criterio es ampliado por Constanza Núñez (2015), quien señala que los conceptos de «bloque de constitucionalidad», «control de constitucionalidad» y «control de convencionalidad» están ligados (p. 158), pero, por su naturaleza jurídica, intervienen en diferentes niveles.

En este orden de las cosas, la diferenciación parte del análisis de la naturaleza jurídica y el origen de la legislación en cada ámbito, por cuanto:

- a) El bloque de constitucionalidad posibilita desarrollar normas no contenidas en la Constitución de un Estado, pero con ella guarda relación material, filosófica y política, en mérito principalmente del traslado de «cuotas de libertad» de parte de los ciudadanos a favor del Estado, respecto del poder constituyente que permite construir un marco normativo sobre el cual se detalla la legitimidad y la legalidad de la administración pública para realizar sus funciones en mérito del poder que se le ha conferido (*ius imperium*).
- b) El bloque de convencionalidad equivale, en lo procedimental, al bloque de constitucionalidad; sin embargo, se efectúa en una referencia del ámbito internacional sobre la cual los Estados

actúan como entes que ceden una cuota de su soberanía para la materialización de un orden normativo internacional, mediante el cual se ejercen los derechos humanos, los derechos fundamentales, los derechos constitucionales y la legislación, en general, tanto a nivel internacional como nacional, con lo cual adquiere un papel superior al bloque de constitucionalidad.

De este modo, los magistrados —especialmente los que se ocupan de la justicia de paz y justicia especializada— podrían aplicar un criterio teleológico superior que reduzca el margen de violencia que asume un niño o un adolescente en el trámite de un proceso judicial provocado y desarrollado por sus progenitores, en el cual no puede intervenir ni posee un margen de decisión sobre sus propios derechos, tomando en cuenta que estos son autónomos de los derechos e intereses de los progenitores.

Consideramos que este planteamiento mejoraría la calidad en la gestión de un conflicto familiar en el contexto judicial y garantizaría un nivel de tutela idóneo para los derechos de sujetos ajenos a las partes procesales, en función de valores superiores, con lo cual el metaprincipio del interés superior del niño se despojaría de su condición abstracta e indefinida para convertirse en un instrumento eficiente no solo frente al trámite del proceso, sino también frente a la ley que continúa deshumanizando el contexto familiar por establecer un parámetro equivalente a la evaluación de un conflicto civil puro.

REFERENCIAS

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 223-247.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bermúdez-Tapia, M. (2011a). *Derecho procesal de familia*. Lima: San Marcos.
- _____ (2011b). *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
- _____ (2012). *Derecho procesal de familia*. Lima: San Marcos.
- _____ (2017). El amparo y la tutela de derechos en conflictos familiares judicializados. En Carpio, E. y Sáenz, L. (coords.), *El amparo en la actualidad. Posibilidades y límites* (pp. 203-221). Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Colegio de Abogados de Lima.
- _____ (2019a). *Elementos procesales y probatorios en el derecho de familia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- _____ (2019b). La aplicabilidad del control difuso en la evaluación del acta de conciliación sometida a proceso de ejecución, en caso se atente contra los derechos de niños y adolescentes involucrados. En Pontificia Universidad Católica del Perú, *II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables* (pp. 187-201). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- _____ (2019c). *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bernal, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75.

- Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda, A. (2011). *The Inter American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. New York: Oxford University Press.
- Caballero, J. (2006). La teoría de la justicia de John Rawls. *Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 1(2), 1-22.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales*, (25), 3-29.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- ____ (2001). Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_84_esp.pdf
- ____ (2018). Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf
- Fernández Ruiz-Gálvez, M. (1997). Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? *Anuario de Filosofía del Derecho*, (14), 679-702.
- Fortin, J. (2005). *Children's rights and the Developing Law*. London: Cambridge University Press.
- Hewitt-Taylor, J. (2008). *Providing support at home for children and young people who have complex health needs*. Chichester: John Wiley & Sons.
- International Human Rights Law Clinic, Chief Justice Earl Warren Institute on Race, Ethnicity and Diversity & Immigration Law Clinic (2010). *In the child's best interest? The consequences of losing a lawful immigrant parent to deportation*. Berkeley: Berkeley Law University of California.

- Krauss, D. y Sales, B. (2001). *The child custody standard. What do twenty years of research teach us?* En White, S. (ed.), *Handbook of youth and justice* (pp. 411-435). New York: Kluwer Academic Plenum Publishers.
- Lopera, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 211-244.
- Martínez, A. (2017). ¿Derecho supranacional o derecho convencional? Importancia de su determinación. *Revista Jurídica Valenciana*, (33), 31-47.
- Murillo, D. (2016). La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*, (36), 1-35. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub569.pdf
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: UNAM.
- Núñez, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 157-169.
- Peces-Barba, G. (1994). La universalidad de los derechos humanos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (15-16), 613-633.
- Peczenik, A. (1983). *Grundlagen der juristischen Argumentation*. Viena/Nueva York: Springer.
- Polaino-Lorente, A. (1988). *Las depresiones infantiles*. Madrid: Morata.
- Rey, E. (2006). El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 299-334.

- Rubio, F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (17), 9-37.
- Sheehan, J. (2018). *Family conflict after separation and divorce*. London: Palgrave.
- Suárez, J. (2006). *Crítica a la razón en la filosofía del siglo XX*. Antioquía: Universidad de Antioquía.
- Thomlison, B. (2010). *Family assessment handbook: an introduction and practical guide to family assessment*. Belmont: Thomson Higher Education.

Cuando la identidad de la infancia se encuentra sujeta al pago de la prueba genética. El valor de los apercibimientos previos, claros y sencillos en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial

The prior DNA paternity testing to determinate the identity of the child. The importance of the order of filiation in the Judicial Determination of Out-of-Wedlock Paternity: prior, clear and simple



HUGO RIMACHI HUARIPAUCAR

Segundo Juzgado Especializado de Familia de Tarapoto
(Tarapoto, Perú)

Contacto: hrimachi@pj.gob.pe

<http://orcid.org/0000-0002-4962-336X>

RESUMEN

Con las sucesivas reformas legislativas que regulan el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, lo que se ha generado es que ante la interposición de la demanda, la única defensa

del supuesto padre demandado es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN en el plazo de diez días siguientes de notificado válidamente y pagando su costo ante un laboratorio. De lo contrario, sin más trámite, se declarará su paternidad respecto al niño, niña o adolescente de quien se alega su paternidad. Esta fórmula legislativa, en el caso de aquellos padres que a sabiendas de su paternidad no han reconocido a sus hijos en forma voluntaria y dejan pasar los plazos, operará perfectamente. Sin embargo, en esta investigación se analiza en los supuestos en donde los demandados habiéndose opuesto a la declaración de paternidad no efectivizan las gestiones necesarias para la obtención de la prueba biológica, como por ejemplo la falta de pago de la prueba en el plazo previsto, o habiendo pagado la inicial no pagan el saldo de esta cuando se trata de un pago fraccionado; o, no obstante al inicial compromiso de pago, solicitan contrariamente que se les otorgue el auxilio judicial; entre otros supuestos que muchas veces la norma antes referida no regula expresamente. En muchos de los casos simplemente ha generado que los operadores de justicia opten por soluciones rápidas en desmedro de algunos de los justiciables, como en el caso de que se opte por una solución rápida para declararse inmediatamente la paternidad del demandado sin agotarse en lo posible la realización de la prueba biológica. O también que se opte por un tratamiento lento que priorice los intereses económicos del demandado en desmedro de la tutela urgente, cuando se trata del derecho a la identidad de la infancia que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Por todo lo anterior, y sobre la base de esta problemática, considero que es necesario implementar criterios jurisprudenciales para agotar en lo posible los apercibimientos previos, claros, precisos y sencillos para que se haga efectiva la prueba biológica; o, de lo contrario, ante lo reiterado en la conducta omisiva de los

demandados, hacer efectivo el apercibimiento de declararse su paternidad, lo que sin duda nos otorgará la seguridad jurídica en función de un derecho tan trascendente como la identidad mediante los resultados de la prueba o en su defecto en función de la conducta procesal reiterada del supuesto padre.

Palabras clave: derecho a la identidad, infancia, sector vulnerable, paternidad responsable, prueba biológica de ADN, oposición, apercibimientos, principio del interés superior del niño, seguridad jurídica.

ABSTRACT

This study analyzes some cases when the defendant is obligated to realize the DNA paternity testing into the context to determinate the identity of the child into judicial process.

The different legal reforms in the Extramarital Paternity Judicial Filiation Process have created changes in compliance with the law: now, once again, the plaintiff filed the lawsuit and notified him, ten days later, the DNA test will be paid and performed by the accused. Only this test serves to determine his innocence: if he did not take the test, the court will declare paternity.

However, despite the legal reforms mentioned the problem respect to determinate the paternity persists: opposing the declaration of paternity is insufficient. Cases in which the accused does not take the necessary steps to obtain the biological evidence are analyzed. For example, the failure to pay for the test within the expected period: partial payment when it is a fractional payment or when the defendant reclaims legal aid, and another cases. In other cases, Legal Practices use quick fixes or delay Legal Instruments. In both cases, they created injustice for the accused and did not protect the Child's right to Identity.

Consequently, I believe that it is necessary to create Jurisprudential Precedents that limit this new Legal Design and its Legal Practices. Additionally, it is important to redesign this legal performance to obtain the Biological Test.

Key words: right of identity, biological test, DNA paternity testing, legal certainty.

Recibido: **09/03/2020** Aceptado: **03/05/2020**

1. INTRODUCCIÓN

Buscando favorecer el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, fundamentalmente a que el progenitor les reconozca su relación filial y asuma sus obligaciones paterno-filiales dentro de una unión en la cual no existe un vínculo matrimonial entre los progenitores, el legislador peruano ha creído conveniente formular el proceso especial de filiación de paternidad extramatrimonial y sus sucesivas modificatorias, entre ellas la Ley n.º 30628, Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Así, entre los cambios hechos, encontramos el redactado en el punto al artículo 2 de la Ley n.º 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, y que establece en adelante: «Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad».

Si se efectiviza la prueba biológica mediante el pago de la prueba, se podrá establecer la verdadera identidad del niño con el supuesto padre demandado, con el nivel de eficacia científica que nos ofrece este tipo de pruebas. En caso contrario, se tendrá que activar la sanción procesal y se establecerá legal y judicialmente la identidad del infante, aun contra la actitud renuente del emplazado, con su inacción ante la falta de pago de la prueba, ya sea por falta de dinero

para el pago al laboratorio o por su mera voluntad o desinterés. Se dejará en el aire, así, el fin principal que persigue un proceso de filiación: determinar biológicamente la paternidad, convirtiéndose en una afectación no solo respecto al derecho a la verdadera identidad biológica del niño, niña o adolescente, sino también a la cobertura de sus necesidades básicas durante su crecimiento, y sobre todo el desarrollo de su personalidad como ser humano y su proyecto de vida. Estos últimos se desprenden de su verdadera identidad biológica, con la consecuente inseguridad jurídica para los justiciables y para la administración de justicia ante un derecho fundamental de enorme trascendencia para la vida humana.

Ante esta situación, tan delicada, referida al incumplimiento en el pago de la prueba biológica, los operadores de justicia optan por soluciones rápidas en desmedro de algunos de los justiciables, como declarar inmediatamente la paternidad del demandado sin agotarse en lo posible la realización de la prueba biológica o también optar por un tratamiento lento que priorice los intereses económicos del demandado en desmedro de la tutela urgente, tratándose del derecho a la identidad muchas veces de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, conforme se ha evidenciado desde la práctica judicial, los jueces han hecho uso de los apercibimientos previos y expresos, dentro de su rol de dirección del proceso, para hacer operativa esta norma en función de los fines de este tipo de procesos. Con ello se busca en lo posible la verdad biológica; o resolver con la evidente actitud obstruccionista de los demandados; o, contrariamente, ante la inicial negativa para el pago, se está declarando la paternidad de plano, sin haberse agotado por lo menos algún tipo de advertencia previa al demandado. De este modo se le priva de la oportunidad de llegar a la verdad biológica de dicha paternidad, situación que en determinados casos puede ser contraproducente para los verdaderos fines del proceso y la

seguridad jurídica en los justiciables. Este es el motivo principal por el que presento esta investigación en materia de derecho de familia el cual, su vez, me permite reflexionar sobre esta problemática y buscar algunas alternativas de solución dentro de lo razonable y prudente. Desde nuestra experiencia, se ha evidenciado la existencia de numerosos recursos impugnatorios presentados por los demandados en contra de la sentencia que declara su paternidad, en los que reclaman el hecho de que no se les haya permitido buscar la verdad biológica en primera instancia pese a sus dificultades económicas o que simplemente desconocían o no estaban informados de las reales consecuencias de su actuar omisivo. Ello motivaba, además, que muchos demandados acudieran a la impugnación de paternidad en un proceso de conocimiento o que acudieran a la vía constitucional mediante el proceso de amparo, denunciando supuestamente la violación al debido proceso y al derecho a la identidad biológica.

2. ALCANCES SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

El proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial encuentra su fundamento en la vulneración al derecho a la identidad, a causa de la falta de voluntad de un padre para reconocer legalmente a su hijo, ya sea por dudar del parentesco con el menor o por motivaciones morales o sociales. Esta indisposición del padre se presenta como un obstáculo para que el niño o adolescente ejercite el contenido de su derecho a la identidad.

El derecho a la identidad está consagrado en instrumentos jurídicos supranacionales, a los cuales nos encontramos adheridos, como la Convención Americana de los Derechos Humanos (1989), que en su artículo 18 señala: «Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario»; y dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú, menciona: «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad, moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar».

Puesto que el derecho a la identidad es un derecho fundamental que presupone el desarrollo de la personalidad del individuo, que además es un derecho humano inherente a la persona y que hace posible que el ser humano sea reconocido en su existencia individual, familiar y social, ha de exigirse al Estado hacer uso de instrumentos legales, materiales y cuantos sean necesarios, para hacer posible su ejercicio y el disfrute de los atributos y beneficios que se coligen de él.

Antes, cabe definir a qué nos referimos con el derecho a la identidad dentro de un proceso judicial de filiación extramatrimonial y de qué manera las leyes peruanas configuran su ejercicio a favor de los niños y las niñas, sin excepción alguna, dentro de los límites del poder que detenta el aparato estatal a través de sus organismos e instituciones.

Fernández Sessarego (1992), sobre el derecho a la identidad, nos indica que constituye «el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad»; se presenta bajo dos aspectos:

uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explyea en el mundo de la intersubjetividad (pp. 113-114).

Así, en el sentido material del derecho a la identidad, encontramos el derecho al nombre y apellidos, la herencia genética y la nacionalidad como una manera de identificarnos frente al resto de la sociedad desde el nacimiento hasta la muerte, que incluso ha llegado a establecerse expresamente en el artículo 19 del Código Civil Peruano¹.

Así, a lo fijado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7, inciso 1: «El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», el Código de los Niños y los Adolescentes en el Perú regula en su artículo 6: «El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos».

La partida o acta de nacimiento es el primer documento de identificación con el que contará la persona humana y donde se asentará el «nombre», el cual comprende el nombre de pila y el nombre patronímico. Este último se obtiene de la unión de los primeros apellidos de cada uno de nuestros padres. De manera que se llega a concebir a este documento como el medio por el cual se manifiesta el derecho al nombre, el mismo que forma parte del derecho a la identidad de un menor, y por el que se establece la relación filial.

Esta situación nos lleva a inferir que el contenido del derecho a una identidad, en su aspecto material, se verá satisfecho cuando los apellidos que acompañan al nombre del menor asentado en el acta o partida de nacimiento, correspondan a sus verdaderos progenitores, es decir, el apellido acuñado al menor está compuesto por quienes mediante una unión sexual le dieron vida.

1 Artículo 19.- Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

En ese sentido, el compromiso asumido por nuestro país para su reconocimiento ahonda cuando del derecho a la identidad de un menor de edad tratamos, cuando es un infante que a los pocos meses de haber empezado a vivir no cuenta con el reconocimiento explícito de quien figura como su progenitor en el acta de nacimiento suscrita por la madre ante el registrador público; pues es deber del Estado peruano proteger especialmente al menor, como se anota en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

Ante estas circunstancias desfavorables para el niño o la niña, ha sido instaurado el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial. En este, la madre demandante, como representante legal y con legítimo interés, solicita al juzgador que se declare la relación filial existente entre el padre demandado y el menor, porque si bien el menor lleva el apellido de quien figura como su progenitor en el acta o partida de nacimiento, no se registra la firma del padre como señal de reconocimiento del menor como su hijo.

Dado el estado de vulnerabilidad del niño o la niña, quien se encuentra aún en etapa de crecimiento, y la necesidad de este para alcanzar los beneficios y atribuciones que surgen de la declaración de paternidad, el legislador, con el pasar del tiempo, ha dotado al proceso judicial de ciertas características particulares para su trámite a fin de favorecer al infante.

Entre lo más resaltante, sustantivamente hablando, tenemos que con la modificación hecha con la Ley n.º 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, publicada el 8 de enero de 2005, se reguló un nuevo supuesto para determinar la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial: la falta de contestación de la demanda filiatoria (oposición) o la negativa a realizarse la prueba de ADN pese a ser presentada en su escrito de oposición; el pago de la prueba científica estaba a cargo del demandante. Más adelante, con la modificatoria hecha por la Ley n.º 29715 —Ley que modifica el artículo 2 de la Ley n.º 28457—,

con fecha 21 de julio de 2011, se invierte la carga de la prueba a costa del demandado, pues ahora será el demandado quien asuma el pago de la prueba biológica del ADN, y ante la falta de pago a los diez siguientes días de presentada la oposición, se declarará improcedente y se convierte el mandato en declaración judicial de paternidad. Finalmente, con la última modificación publicada con fecha 3 de agosto de 2017, mediante la Ley n.º 30628, Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, se otorga al demandado una prórroga de diez días más a la fecha de la audiencia para efectuar el pago de la prueba biológica de ADN y para que se realice la toma de muestras por el laboratorio, pues vencido dicho plazo se declara la paternidad.

En tal sentido, no solo la ausencia de oposición luego de una notificación válida, sino que, además, la falta del pago de la prueba de biológica del ADN por el demandado, traerá como consecuencia que el juzgador declare la paternidad del demandado respecto del menor. Esto quiere decir que por falta del pago de la prueba genética a pesar de la prórroga otorgada por ley, el demandado será declarado como padre del menor, sin mediar prueba objetiva o con la imposibilidad de introducir alguna otra.

3. LA PROBLEMÁTICA EN ESTE TIPO DE PROCESOS ANTE LA FALTA DE PAGO Y DECISIONES DISPARES

Es así que, sobre la base de nuestra experiencia judicial en los procesos de declaración judicial de filiación extramatrimonial, en segunda instancia, en el Segundo Juzgado Especializado de Familia de la ciudad de Tarapoto, bajo una pequeña muestra de dos expedientes, se ha de demostrar que las intenciones legislativas de buscar la verdadera identidad biológica no han sido fructíferas. Por ello, ante el incumplimiento del pago de la prueba de ADN, el órgano revisor opta por soluciones distintas en función de los apercibimientos efectuados al demandado o su ausencia; así tenemos:

- Expediente n.º 00987-2017-0-2208-JP-FC-02. Juzgado de origen: Segundo Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto. Sentencia del JPL: declarar fundada la demanda de filiación judicial extramatrimonial, declarándose la paternidad del demandado y fundada en parte la demanda de alimentos materia de la apelación. No se puede vulnerar su derecho a la defensa por el simple hecho de que no tuvo el dinero suficiente para costear la prueba de ADN, pese a haberse opuesto (por el demandado). Sentencia de vista: confirmar la sentencia de fecha 30 de abril de 2018, declarándose la paternidad del demandado. Fundamento: revisados los autos, se observa que el *a quo* ha requerido en dos oportunidades que se cumpla con el pago del costo de la prueba de ADN, habiéndose realizado el pago del ADN posterior a la emisión de la sentencia.
- Expediente n.º 00547-2017-0-2208-JP-FC-02. Juzgado de origen: Primer Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto. Sentencia del JPL: declarar fundada la demanda de filiación judicial extramatrimonial, declarándose la paternidad del demandado y fundada en parte la demanda de alimentos materia de la apelación. Una interpretación equivocada de la norma y afectación al debido proceso, pues no resulta suficiente interponer una demanda para declarar la paternidad sin que intervenga medio probatorio alguno que lo acredite, pues contrariamente la declaración de paternidad sería producto de la negativa del emplazado o la no contradicción por falta de recursos económicos (por el demandado). Sentencia de vista: nula la sentencia de fecha 17 de agosto de 2018, disponiéndose expedir nueva resolución. Fundamento: revisados los autos, se advierte que no existe apercebimiento alguno para el demandado en caso de incumplimiento en el pago del costo de la prueba de ADN, no resulta razonable hacerse efectivo, pues no se agotaron los instrumentos legales pertinentes.

Como se anota, en el primer expediente encontramos que el juzgador utilizó el apercibimiento en más de una ocasión. Es conveniente aplicar la presunción, pues se hizo de su conocimiento a través de una notificación válida las consecuencias que acarrearía el impago de la prueba biológica. En el segundo expediente, el *ad quem* verifica que no se agotó el apercibimiento para que el demandado realice el pago de la prueba biológica. Esto no es coherente con el uso de la sanción procesal de la presunción para declarar la relación filial.

Procesos de filiación judicial de paternidad en el Segundo Juzgado Especializado de Familia de Tarapoto			
N.º de expediente	Juzgado de origen	Causa de la apelación	
		Falta de apercibimiento	Con apercibimiento
00987-2017-0-220-JP-FC.02	Segundo Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto		X
00547-2017-0-2208-JP-FC-02	Primer Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto	X	

Si bien la interposición del recurso de apelación por las partes tiene que ver con la sanción procesal de la presunción de la relación filial a causa del impago de la prueba biológica del ADN por el demandado, como se muestra en el cuadro de resumen; con estos ejemplos, podemos inferir también que la ausencia de la prueba biológica del ADN como única prueba de la relación filial, no es una solución eficaz si el juzgador no agota el apercibimiento para procurar en el demandado el pago de la prueba biológica.

Más aun, los efectos de no tener una decisión uniforme sobre el uso del apercibimiento en un proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial, traerán consigo una serie de dilemas y

contradicciones, como una sobrecarga procesal con la interposición de las apelaciones, la afectación al interés superior del niño, al derecho a la identidad del menor, y más específicamente el derecho a la verdad biológica. Escenarios que el órgano jurisdiccional puede evitar aplicando las atribuciones que la ley le otorga.

Teniendo en consideración que el derecho a la verdad biológica es un componente del derecho a la identidad, por el cual se nos permite conocer nuestro origen e identidad filiatoria, es decir, por un extremo, la verdad biológica permite que todo individuo conozca quiénes lo procrearon; por el otro extremo, se crea una relación que vincula a los padres y los hijos ante la sociedad y de la cual derivan consecuencias jurídicas entre ambos. Por ello, la afectación al derecho a la verdad biológica creará en el menor una identidad estática que no es la correspondiente con los autores del hecho biológico que le dio vida, y que traspasa a recrear una identidad dinámica falsa, que será alterada si llega a conocer más adelante la verdad biológica.

Por otro lado, bajo la premisa del interés superior del niño, recogida en el párrafo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el artículo IX del título preliminar del vigente Código de los Niños y Adolescentes, ha de entenderse, en palabras de Robert Alexy, que como todo principio resulta ser un mandato de optimización de la protección de los derechos del niño. Bajo este razonamiento, es inaceptable que el Estado, buscando hacer efectivo el derecho a la identidad del menor y pretendiendo asegurarle bienestar durante su desarrollo a través de las obligaciones que surgen de declararse la relación filial, menoscabe el derecho a la verdad biológica con la imposición de una sanción procesal al no interponerse oposición por parte del demandado y, particularmente, al aplicar la presunción de la paternidad del demandado por no haber realizado el pago de la prueba científica del ADN; lo

acorde al rol tuitivo del Estado es procurar en el demandado una actitud proactiva para la búsqueda de la verdad, que solo se verá reflejada con el pago de la prueba científica del ADN.

Dentro de algunas opiniones, podrá verse como una situación diferenciada entre hombres y mujeres, lo cual no resulta del todo cierta, si tenemos en cuenta que es la mujer quien en la mayoría de casos es la única que responde por el cuidado del menor por su condición biológica de llevar en sí el embarazo. En vista de esta situación, se ha regulado también la devolución del importe por el pago de la prueba científica por parte de la demandante en caso de ser negativo el resultado. Es más, con la última modificatoria, se abre la posibilidad de que la parte demandante (la madre) asuma anticipadamente el pago de la prueba científica del ADN, con cargo a ser devuelta por el demandado de ser positivo el resultado.

Y con relación a la sobrecarga procesal, esta se verá originada por no tener un criterio uniforme por el uso de los apercibimientos, ya que las partes harán uso de los recursos impugnatorios para dejar sin efecto la sentencia, y elevarla al superior jerárquico con el objetivo de conseguir un criterio distinto a su favor, recreando una circunstancia donde el derecho a la identidad del niño y las consecuencias jurídicas que resultan de declarar la relación filial, se encuentran afectadas por quien busca protegerlo (el Estado).

Esto lleva al órgano jurisdiccional a formular una nueva práctica judicial a fin de dar una verdadera solución a este escenario de incertidumbre, por lo que a través de la práctica judicial se puede reunir en «un apercibimiento claro, sencillo y reiterado conteniendo las consecuencias de no hacer efectivo el pago junto a la mención de asumir las obligaciones jurídicas de ser declarado como padre».

Es así que para el órgano jurisdiccional, al formular una nueva práctica con el fin de dar una verdadera solución a este escenario de incertidumbre, ha de ser conveniente el uso de «un apercibimiento

claro, sencillo y reiterado conteniendo las consecuencias de no hacer efectivo el pago junto a la mención de asumir las obligaciones jurídicas de ser declarado como padre», como una herramienta que permita al juez procurar en el demandado una actitud colaboradora con el pago de la prueba genética del ADN para encontrar la verdad y de acuerdo con los resultados, declarar la filiación entre el demandado y el menor.

En el derecho procesal, según Cabanellas (2013), el apercibimiento es un requerimiento hecho por el juez para que uno ejecute lo que le manda o tiene mandado, o para que proceda como debe conminándole con multa, pena o castigo si no lo hiciera. En esos términos, la comunicación emitida por el juzgador además advierte de las consecuencias ante el incumplimiento de lo ordenado.

Traído este concepto al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial con la Ley n.º 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, y sus respectivas modificatorias, si bien no hacen referencia expresa a la forma en que se debe aplicar el apercibimiento al demandado al no presentar oposición al mandato judicial o al no realizar el pago de la prueba genética del ADN, incluso ante una prórroga de diez días a la fecha de la audiencia para la extracción de las muestras biológicas; la redacción del apercibimiento debe ser: a) clara, al señalar con simples palabras lo que debe obligarse a hacer y qué sucedería de no llegar a hacerlo; b) sencilla, con un texto no más extenso del necesario para comprender tanto la orden del juez y las consecuencias inmediatas y mediatas que generarían no cumplirla; y c) reiterada, no solo con la resolución que da a conocer la admisión de la demanda, sino que además, ante el vencimiento del plazo, se deberá realizar un segundo apercibimiento.

4. LA NECESIDAD DEL USO DE LOS APERCIBIMIENTOS PREVIOS Y CLAROS

El apercibimiento:

es una intimación judicial por la que se hace saber al destinatario las consecuencias que se derivarían de su negativa a cumplir, por lo que también comporta un incentivo para hacerlo; por otro lado, ese conocimiento de las eventuales consecuencias jurídicas garantiza que, posteriormente, se puedan aplicar directamente los apremios correspondientes sin que el requerido pueda alegar desconocimiento de las mismas. La regla general es que las intimaciones judiciales contengan un apercibimiento concreto de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse del incumplimiento del destinatario, como un requisito de eficacia de la intimación; dichos efectos deben ser concretos y específicos, no basta una cláusula general que anuncie los apremios de ley, lo cual sería insuficiente e ineficaz, sino que es necesario que se enuncien taxativamente (Ruiz, 2011, p. 327).

La Ley n.º 28457 y sus sucesivas modificatorias no hacen referencia expresamente a la aplicación judicial y práctica de los apercibimientos previos a los supuestos padres hasta antes de declararse su paternidad. Sin embargo, de manera implícita hace referencia a las consecuencias que generaría el hecho, por ejemplo, de no oponerse al mandato de paternidad extramatrimonial en el plazo de diez días de notificado válidamente. Así, nos indica que el juez, sin más trámite, dictará sentencia pronunciándose por la paternidad del demandado y de ser el caso pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos; que la oposición presentada oportunamente no generará declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica de ADN; o que si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprogramará la toma de muestras dentro de los diez días siguientes, y si vencido dicho plazo no cumple con pagar el costo de la prueba, se declarará su paternidad.

En la práctica estas consecuencias legales en caso de no efectuarse la oposición en el plazo de ley, la falta de sometimiento a la prueba de ADN o la falta de pago del costo de la prueba, han sido asumidas por los órganos jurisdiccionales en la primera resolución que admite la demanda y dicta en simultáneo el mandato de paternidad. Se advierte al demandado, por ejemplo, en el Expediente n.º 566-2018, sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial y alimentos, tramitado ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Tarapoto:

CÓRRASE TRASLADO al demandado don [...], por el plazo de DIEZ DÍAS, bajo apercibimiento de convertirse el presente mandato en Declaración Judicial de Paternidad, a quien se le previene, que en caso de oposición, se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, así como el pago de la misma. Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad.

O también como en el Expediente n.º 235-2017, sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial y alimentos, tramitado ante el Juzgado de Paz Letrado de Lamas con el tenor:

DECLÁRESE la paternidad del demandado [...] respecto del menor [...], emplazándose al referido demandado con la declaración que antecede por el plazo de DIEZ DÍAS, desde la notificación de la presente resolución, término durante el cual podrá ejercer su derecho de OPOSICIÓN, conforme a lo previsto por el artículo 2 de la Ley número 28457, modificada por la Ley 30628, en cuyo caso debe obligarse a realizarse la prueba biológica del ADN, indicar el laboratorio que practicará la pericia y asumir el costo de la misma; tomándose muestras del padre, la madre y el presunto hijo, asimismo, se advierte al demandado, que si no formula oposición dentro de los diez días de notificado válidamente con la presente

demanda, en estricta aplicación de lo dispuesto en la glosada ley, el presente mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad a favor del menor [...].

Ahora bien, así redactadas las consecuencias legales en la misma primera resolución que se notifica personalmente al demandado, no logra ser del todo entendible para un demandado ciudadano de a pie; tanto más que muchas veces sus respectivos abogados, quienes reciben las posteriores notificaciones, no cumplen su delicada labor de informarles con la simplicidad que el caso amerita y la previsión prudente de las consecuencias que tiene el obrar u omitir en uno u otro sentido. Incluso en la práctica judicial se han evidenciado casos en donde en lugar de presentar una oposición al mandato de paternidad, se han presentado contestaciones a la demanda sobre la base únicamente de fundamentos de hecho sin el compromiso de someterse a la prueba de ADN; o al poder efectuar una propuesta de pago del costo de la prueba de ADN, han presentado solicitudes de auxilio judicial que al fin y al cabo han resultado infructuosas, habiendo efectuado los pagos del costo de la prueba fuera del plazo legal, inclusive ya una vez declarada su paternidad mediante sentencia, sin que el demandado haya tomado conocimiento oportuno de que si obraba o no obraba en determinado sentido podía ser declarado padre sin que se haya agotado la prueba biológica.

En ese sentido, considero de vital importancia la aplicación previa, simple y clara de los apercibimientos en función de cada supuesto de incumplimiento del presunto padre respecto a lo que tiene que hacer en el proceso. No solo deben limitarse a la expedición mecánica de una resolución, con las advertencias técnicas que en ella se indican, y en forma automática declararse la paternidad sin haberse agotado algún apercibimiento adicional para que se haga posible la actuación de la prueba biológica; o, en su defecto, declararse su paternidad sabiéndose que sí hizo las

advertencias necesarias al demandado; más aún tratándose de un asunto de enorme trascendencia para sus vidas. De lo contrario, las decisiones adoptadas estarán revestidas de una injusticia terrible que los marcará por el resto de sus vidas.

Al respecto, en atención a esta situación que muchas veces se presenta en segunda instancia, se ha tenido la oportunidad de revisar sentencias de declaración de paternidad extramatrimonial, en donde aquellas que no han merecido algún tipo de apercibimiento previo y claro al demandado o que simplemente no se ha podido agotar la actuación de la prueba biológica por falta de pago, han motivado la mayor cantidad de apelaciones por parte de los demandados. Estos han denunciado la poca claridad en las consecuencias de la falta de pago e inclusive demuestran su compromiso de someterse a la prueba de ADN acreditando el pago correspondiente en segunda instancia. Situación que se hubiera podido evitar con un adecuado tratamiento tuitivo y a la vez razonable del conflicto desde la primera instancia, en aras de buscar la solución efectiva al conflicto. Este tratamiento también facilita en gran medida la resolución de estos casos en segunda instancia, en donde se podrá verificar en mayor medida la conducta procesal en este caso del demandado.

5. URGE UN TRATAMIENTO TUITIVO Y A LA VEZ PRUDENTE Y RAZONABLE EN ESTE TIPO DE CASOS

Dentro de mi experiencia judicial, he tenido la oportunidad de revisar un caso de filiación extramatrimonial en el cual con la sola advertencia en el mandato de paternidad de que el demandado se someta a la prueba de ADN y pague el costo de dicha prueba, y no obstante a la oposición de este refiriendo no haber tenido relaciones sexuales con la demandante, se declaró su paternidad con el único sustento de que al oponerse no se había obligado a someterse a la prueba de ADN. En su recurso de apelación, el demandado, a la par de alegar los vicios de motivación, ha

referido que se le declaró padre sin haberle siquiera indicado las alternativas para la realización, fecha y lugar o monto que debería abonar, situación que le ha generado una incertidumbre jurídica. Al resolverse la apelación la jueza de segunda instancia declaró nula la sentencia no solamente en atención a sus defectos de motivación; sino en atención a la finalidad tuitiva de la norma, los derechos en juego, la flexibilización de las normas procesales, el derecho a la identidad y el interés superior del niño. Se ordenó que el juez de primera instancia adopte las medidas pertinentes para que la diligencia de toma de muestras no se vea frustrada. Le hizo saber al demandado, además, que en caso no cumpla con someterse a la prueba indicada u obstruya de alguna manera su realización, esta deberá hacerse bajo su costo, e inmediatamente se procederá a la declaración judicial de paternidad. Luego de lo cual se obtuvo el resultado negativo de la paternidad biológica del demandado respecto al niño de quien se le atribuía la paternidad, y se declaró fundada la oposición e infundada la demanda de alimentos.

Como podrá apreciarse, la fórmula adoptada en un inicio ante el juzgado de primera instancia no fue la más conveniente, pues se realizó mediante una aplicación mecánica y al pie de la letra de la norma procesal, por el simple hecho de que el demandado no indicó en la oposición su compromiso de someterse a la prueba de ADN y pagar su costo. El juez pudo ejercitar las facultades que le asisten en su condición de director del proceso, en función de los fines de este tipo de procesos y facilitar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva en juego. Imaginemos qué gran injusticia hubiese sido para el demandado y el niño objeto de tutela asumir una paternidad que no les corresponde e incluso una pensión alimenticia.

En ese sentido, considero oportuno citar la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la

República del Perú, Cas. n.º 4664-2010-Puno, en donde se estableció en el precedente judicial vinculante que:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, **el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar** [negritas añadidas], derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y Social de Derecho (Poder Judicial, 2010, p. 29).

Asimismo, al abarcar la función tuitiva del juez en este tipo de procesos se nos indica en el decimoprimer fundamento de dicha casación:

11. El derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, **que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas** [negritas añadidas], reservando la confrontación como última ratio (Poder Judicial, 2010, pp. 189-190).

Concluye en su decimosegundo fundamento, párrafo segundo:

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a

aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, **el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos** [negritas añadidas] (Poder Judicial, 2010, p. 190).

Finalmente, esta adecuación de la actuación tuitiva del juez en función de la naturaleza de los derechos en juego, mediante apercibimientos previos, a fin de procurarse la actuación de la prueba biológica de ADN. O, en su defecto, mediante la decisión basada en la claridad de la advertencia al demandado, y su negativa evidente a someterse a la prueba y su pago correspondiente, deberá también estar revestida de la suficiente claridad y precisión en la comunicación al supuesto padre, para que sean entendidos por cualquier persona de la manera más sencilla y directa posible; la misma que también está relacionada con el entendimiento de su contraparte, vale decir, de la parte demandante, que muchas veces se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Para ello debe tenerse en cuenta la regla n.º 58 de las 100 Reglas de Brasilia, referida al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, para quienes ni siquiera les es exigible la participación de un abogado defensor. En dicha regla, referida a la comprensión de actuaciones judiciales, se dice que: «Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado». En tanto que en la regla n.º 59, referida a las notificaciones y requerimientos, se recuerda que:

[...] se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas.

Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

Por lo que considero que el camino a la aplicación práctica de los apercibimientos previos, claros, simples y precisos, en función de la adecuación de cada conducta procesal exigible a los justiciables, en este tipo de procesos, se encuentra expedita no solamente de acuerdo con la naturaleza y fines de este tipo de procesos, sino también con criterios de razonabilidad y prudencia, a efectos de lograr decisiones justas que nos otorguen seguridad jurídica. Decirle, por ejemplo, al demandado, ya sea en forma verbal o escrita: «Sr. demandado, se le advierte por última vez que debe pagar el costo de la prueba que asciende a la suma de S/ 1750.00 soles hasta el día tal, de lo contrario nuestro juzgado expedirá sentencia estableciendo su paternidad respecto al niño tal», ayudará significativamente en la comprensión del mandato judicial y de las consecuencias de obrar o no obrar en determinado sentido. Una simple comunicación como esta, desprovista de tantos tecnicismos, nos ayudará a resolver con más seguridad este tipo de procesos que van de la mano también con el ejercicio responsable de una paternidad responsable, tan venida a menos en estos tiempos.

6. CONCLUSIONES

1. Las normas referidas a la determinación de la identidad de las personas, especialmente aquellas relacionadas con los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentran en situación de vulnerabilidad, en donde no media una relación matrimonial entre sus progenitores, son recogidas en el denominado proceso especial de filiación de paternidad extramatrimonial. Mediante este se da una trascendental importancia a la efectivización de la prueba biológica de ADN, para lo cual está previsto que el

demandado, supuesto padre, asuma su pago, y se tiene como consecuencia de la falta de pago, su declaración de paternidad.

2. En el caso de la falta de pago por motivos diversos, urge que la administración de justicia asuma un rol tuitivo, prudente y razonable, mediante el uso de apercibimientos previos, claros, precisos, sencillos. Y, de ser el caso, en forma reiterada en un plazo razonable dirigido a los demandados para el cumplimiento del pago, a fin de que agote en lo posible la realización de la prueba biológica y en su defecto se pueda resolver en función de una conducta omisiva manifiesta e informada del demandado, declarándose su paternidad. Ello nos otorgará mayores garantías de seguridad jurídica tanto para los justiciables y también la solución justa a este tipo de conflictos por parte de la administración de justicia, apelándose, claro está, a esta clase de mecanismos que no son recogidos en el texto expreso de las normas, pero que por el principio de flexibilización del proceso y la adecuación de los procesos a los fines del derecho material son perfectamente válidos.
3. Estos mecanismos de flexibilización, si son aplicados en primera instancia para determinar la paternidad de los demandados, nos permitirán resolver con mayor seguridad en segunda instancia, si se trata de apelaciones derivadas del incumplimiento en el pago de la prueba biológica. Se podrá verificar la conducta procesal asumida por los demandados, ya que se ha advertido, en muchos de ellos, iniciales compromisos de pago para luego alegar su imposibilidad maliciosa; o pedidos también maliciosos del auxilio judicial para no pagar la prueba, e inclusive compromisos de pago fraccionado que es necesario evaluar.

REFERENCIAS

- Cabanellas, G. (2013). *Diccionario jurídico elemental* (15.^a ed.). Lima: Heliasta.
- De la Fuente, R. (2017). Las nuevas modificaciones a la Ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. ¿Un retroceso en la investigación de la paternidad y en la protección al principio del interés superior del niño? *Gaceta Civil & Procesal Civil Registral/Notarial*, 51, 29-36. Recuperado de <https://hdl.handle.net/11042/3125>
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Ninahumán, N. (2017). *Aplicación de los derechos constitucionales y su incidencia en el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial en la provincia de Ica*. Recuperado de https://upica.edu.pe/wp-content/uploads/2018/01/4.-03.-Investigaci%C3%B3n-Aplicaci_n_de_los_Derechos_Constitucionales-24-3.pdf
- Poder Judicial del Perú (2010). *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Lima: Poder Judicial del Perú.
- Ramírez, B. (2018). ¿Yo soy tu padre?: reflexiones sobre la regulación actual de la paternidad extramatrimonial. *Persona y Familia. Revista del Instituto de Familia*, 1(7), 107-133. Recuperado de <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1254/1201>
- Ruiz, M. C. (2011). *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*. Barcelona: Atelier.
- Wong, J. J. (2018). El derecho a la verdad biológica de los niños, comentario a la sentencia recaída en la Casación n.º 2245-2014-San Martín. En VV. AA. *Los procesos judiciales en el derecho de familia* (pp. 191-217). Lima: Instituto Pacífico.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 165-196

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.43>

La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario

The Legal Certainty principle in the Real State Regulation



RENÉ SANTOS CERVANTES LÓPEZ
Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)

Contacto: rcervantes@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-2786-4330>

RESUMEN

La seguridad jurídica en el derecho civil es una constante lucha ética y normativa del derecho, que si bien teóricamente es difícil de definir o conceptualizar, se convierte en una necesidad humana que debiera ser satisfecha porque otorga paz y tranquilidad y, en consecuencia, goce y disfrute de los derechos. Nada más angustiante para el ciudadano que no poder saber o sentirse seguro de sus derechos. He allí el papel fundamental de la seguridad jurídica como valor: dar seguridad jurídica a través del derecho, que comprenda lo personal y social, vivir con tranquilidad y gozar de los derechos.

Palabras clave: seguridad jurídica, derecho civil patrimonial, seguridad jurídica formal, seguridad jurídica material, tráfico inmobiliario, buena fe.

ABSTRACT

This article analyzes the importance of Legal Certainty in the context of transferring Real State and how it affects basic entitlements or covenants of living in peace, and quiet enjoyment. The text explains the difficulty to conceptualize these rights and their necessary protection. Furthermore, Civil Law regulations provide the legal framework to examine Real State institute.

Key words: Civil Law, Real State, legal certainty.

Recibido: 09/03/2020 Aceptado: 28/04/2020

1. INTRODUCCIÓN

La seguridad jurídica en el campo del derecho civil representa un reto sobre cómo resolver los conflictos de intereses. Un sector preferirá atender la rigurosidad de la norma legal dictada y otro sector buscará la moralidad de la norma que se va a aplicar. La experiencia jurídica que conlleva la ponderación de hechos, normas y valores debe ser objeto de debate a través del análisis de las decisiones judiciales del máximo rango. Especialmente en este trabajo nos vamos a referir a los problemas que se presentan en el campo del derecho civil patrimonial, sea por la rigidez de la constitución de derechos reales que regula nuestro ordenamiento jurídico o por el dinamismo que provoca la asunción de obligaciones debido a la «promoción» del tráfico jurídico con la seguridad jurídica y la moralidad del derecho. Pretendemos un acercamiento de toma de conciencia de la postura que la judicatura (que es administrar justicia) asume respecto de este problema que incide en la resolución de los conflictos jurídicos que atiende, y así proponer luego un punto de equilibrio sobre cómo discernir esta dicotomía entre seguridad jurídica y justicia.

Señala Pérez Luño (1994) que:

La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el «saber a qué atenerse» es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico (p. 11).

La seguridad es un estado de necesidad humana, de convivencia pacífica, de tranquilidad, de sosiego y hasta de retozo. Quien vive seguro, vive tranquilo y goza de esa felicidad que le brinda la seguridad de su entorno. El derecho se convierte por tanto en uno de esos instrumentos del que se vale la seguridad para brindar esa tranquilidad y ese sosiego que se busca. Y, entonces, la seguridad se transmuta en seguridad jurídica puesto que el derecho brinda conceptos, categorías e instituciones jurídicas; se pretende a través de estos brindar protección a los derechos y al patrimonio que uno va adquiriendo. En sentido negativo, eliminar la incertidumbre, el caos, es una necesidad humana porque este genera un estado de inquietud e inestabilidad. Esta concepción sigue nuestra carta política del 93, al indicar en el artículo 2, numeral 22, que toda persona tiene derecho: «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».

Sin embargo, he allí el problema que encontramos en nuestro derecho civil patrimonial, ¿es nuestro sistema jurídico de constitución de derechos reales y obligacionales, seguro?, ¿es predecible una decisión judicial donde se pretende cuestionar el derecho adquirido?, ¿cuál es la postura que asumirá el intérprete oficial sobre el sistema legal de aseguramiento de derechos y el valor probatorio que determinará su decisión final?

Este trabajo pretende discernir un concepto de seguridad jurídica que sea compatible con el valor justicia, para ello nos

vamos a valer del análisis de pronunciamientos de última instancia para determinar qué postura se viene asumiendo al resolver casos referidos al conflicto seguridad y justicia. Es entonces necesario analizar previamente los mecanismos de aseguramiento de derechos y su oponibilidad frente a terceros; posteriormente, la depuración de derechos en sede judicial y, por último, la propuesta de valorar la conducta de las partes contratantes como filtro necesario para la determinación de los derechos.

El papel de la labor jurisdiccional es crucial en este sentido, la predictibilidad de las decisiones judiciales, la exigencia de la comprensión de una seguridad jurídica material, la aversión a la valoración solo de una seguridad jurídica formal, meramente positivista o normativa, nos lleva a presentar este trabajo con el deseo de contribuir al debate de estas ideas.

2. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN TORNO AL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Partimos por delimitar el concepto de seguridad jurídica como categoría jurídica dado que se trata de un «concepto jurídico inseguro» (Pérez, 1994, p. 28); es por ello necesario delimitarlo a efectos de comprender la línea de nuestro trabajo.

La idea de seguridad jurídica se desarrolla en términos de orden, certeza, confianza, estabilidad, predictibilidad, legalidad, entre otros; y es a través del derecho que se pretende lograr ello. Una postura filosófica propone que es la ley (norma legal) a partir de la cual se puede hablar de seguridad jurídica. Gustav Radbruch señala que «la condición básica que compendia el entero alcance de la seguridad jurídica es la positividad del Derecho» (como se citó en Pérez, 1994, p. 30).

No obstante, también se entiende a la seguridad jurídica como la seguridad del derecho, del propio derecho. Arcos Ramírez (2000) indica:

Superados los momentos en que no era más que la expresión de un orden impuesto, convertido en un medio para hacer más fluidas las relaciones sociales y en una garantía para los individuos, irán aumentando las expectativas que los ciudadanos depositan en el Derecho y, por tanto, la necesidad de posibilitarlas y protegerlas. De ahí, la trascendencia que encierra controlar el modo en que el Derecho incide en la vida de sus destinatarios, normando determinados aspectos básicos de su creación, expresión normativa, aplicación, etc. (p. 32).

Entonces, la certeza y confianza están orientadas no solamente al orden establecido, sino también a la forma cómo se genera y se aplica frente a las expectativas de los ciudadanos¹. En una apretada síntesis, este autor manifiesta que «El funcionamiento del orden establecido por el Derecho (seguridad como motivo primario de lo jurídico) exige la seguridad de ese Derecho (seguridad del Derecho)» (Arcos, 2000, p. 33).

Vemos, así, que la definición de seguridad jurídica tiene íntima relación con la de derecho, y podemos hablar de seguridad jurídica

1 Comenta García Manrique (2007) lo siguiente: «Seguiré en este punto a Radbruch, que la define de manera simple como “la seguridad del derecho mismo”, por contraposición con otras seguridades realizadas a través del derecho mismo. Vale insistir en que la seguridad jurídica no se entenderá como la seguridad que el derecho garantiza respecto de determinados bienes o intereses de los individuos (la vida, la libertad, la propiedad...), sino que el objeto de la seguridad es el propio derecho, con independencia de cuáles sean los bienes o intereses que el derecho garantice. Se trata, pues, de un tipo particular de seguridad (entendida esta como “conocimiento cierto” o “certeza”), caracterizado por su objeto, que es el contenido y aplicación de las normas jurídicas válidas, de manera que la definición puede ponerse también en estos términos: la seguridad jurídica es la certeza respecto de: 1) el contenido de las normas jurídicas vigentes; y 2) el hecho de que son aplicadas de acuerdo con su contenido. Esta doble dimensión de la seguridad jurídica es reconocida habitualmente, mediante el uso de expresiones diversas que, en todo caso, remiten siempre al contenido y al modo de aplicación de las normas jurídicas» (p. 153).

por o a través del derecho, o de seguridad jurídica del propio derecho, o del derecho mismo. Esta relación comprende saber qué debo esperar del derecho en caso de incumplimiento (saber a qué atenerse) y que el derecho sea seguro en sí mismo («saber a qué atenerse» respecto al mismo derecho). Es conocida la postura de Fuller sobre la idea de la «moral interna del derecho» (como se citó en García, 2007, p. 166), quien plantea ocho exigencias, o elementos, que integran la moral interna del derecho: generalidad, publicidad, irretroactividad, claridad, coherencia, posibilidad de cumplimiento y estabilidad de las normas, y congruencia entre las normas y su modo de aplicación. La seguridad jurídica se presenta entonces como un mecanismo de confianza sobre qué puede suceder respecto del derecho (como norma) en la vida de las personas (tanto en su aspecto patrimonial o extrapatrimonial) y también como garantía de que lo que sucederá será consecuencia de un orden jurídico válidamente establecido (seguridad del individuo frente al derecho, logrado a través del mismo derecho).

Ahora bien, si la función de la seguridad jurídica es lograr la tranquilidad y el bienestar en la vida de los hombres, en este punto se encuentra con la función del derecho, que tiene también un efecto práctico que es vivir en armonía y certeza sin causar daños a terceros. La seguridad que brinda el derecho en la constitución de derechos sobre bienes y en la depuración de intereses se fundamenta en la esencia del deseo de poder vivir tranquilamente, en ese anhelo de desarrollarse en la vida cotidiana sin contratiempos o incertidumbres; he allí entonces la coincidencia entre ambos conceptos, aunque es evidente que primero debe existir ese estado de necesidad que significa el pacto social y luego la constitución del Estado y del derecho que garantice la vida y los bienes frente a terceros.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado afirmando que la seguridad jurídica constituye un valor supremo del ordenamiento

jurídico conjuntamente con la justicia (Poder Judicial, 2014, fundamento 229). Nuestra Alta Magistratura ha señalado que la interpretación de la disposición normativa no se agota con los métodos de interpretación jurídica que trae el positivismo, sino que para adoptar la decisión más adecuada al caso concreto, se deben tener en cuenta «consideraciones externas al ordenamiento jurídico» (Poder Judicial, 2014, fundamento 224), es decir, «establecer los valores que priman en un sistema jurídico determinado» (Poder Judicial, 2014, fundamento 224), que son la justicia y la seguridad jurídica, porque posibilitará «establecer una interpretación que nos permita la coherencia sistémica de nuestro ordenamiento jurídico» (Poder Judicial, 2014, fundamento 227).

Asimismo, que la seguridad jurídica, como valor supremo del ordenamiento jurídico, presenta dos contenidos (Poder Judicial, 2014, fundamento 236), el primero referido a:

la información que todo sujeto de derecho debe tener en la emisión de la normativa vigente, lo cual se produce por la publicación de esta a efectos de que la misma no solo entre en vigencia, como regla general, sino que a la vez constituye el fundamento de conocimiento de todos los sujetos de derecho de dicha normativa y por tanto es de aplicación obligatoria.

Y el segundo referido a «la predictibilidad de los fallos judiciales sobre la base de la correcta aplicación de las disposiciones normativas».

Se denota así el carácter fuerte que le imprime a la idea de la seguridad jurídica como seguridad del propio derecho o del derecho mismo, haciendo pensar que el derecho en sí mismo tiene que ser seguro para ser cierto, previsible e inviolable, y que la judicatura debe brindar al ciudadano la tranquilidad respecto del mismo derecho, en la forma en que es producida, lograda y finalmente opuesta a terceros.

De otro lado, nuestro Tribunal Constitucional (2003) ha señalado, en relación con la seguridad jurídica como principio constitucional, que:

El principio de la seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (fundamento 3).

Sin embargo, advirtiendo que nuestra norma fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio fundamental, ha precisado que:

la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la norma fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales (Tribunal Constitucional, 2003, fundamento 4).

Ahora bien, el problema de la seguridad jurídica en torno al derecho civil patrimonial está orientado al intercambio de bienes y servicios en una economía de mercado (en el presente trabajo, dada su importancia económica, solo nos vamos a referir al tráfico jurídico sobre bienes inmuebles). Así, en relación con el intercambio económico de este tipo de bienes (inmuebles), se nos presenta en el derecho civil como normas «rígidas» la constitución de derechos reales (*numerus clausus*); y, de otro lado, como incentivo al tráfico jurídico de estos bienes, la «agilidad» o «celeridad» que se pretende dar a la contratación privada onerosa o al tráfico económico de este tipo de bienes (libertad contractual y de modo excepcional para actos gratuitos, la rigidez).

Así, vemos que se halla regulado un procedimiento previo (notarial y registral) para dar seguridad jurídica a la constitución de derechos reales y a la contratación privada inmobiliaria, que podemos calificar como *seguridad jurídica preventiva*, en vista de que el Estado promueve dos instituciones jurídicas (notariado y registros públicos) para el aseguramiento de derechos y la prevención de litigios. No obstante, el sistema de transferencia de derechos reales sobre inmuebles que regula nuestro Código Civil, es **consensual** (el art. 949 del CC establece que «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario») y nuestro sistema registral que genera oponibilidad a terceros es **facultativo** y **declarativo** (así, el primer párrafo del artículo I del título preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos² establece: «I. Publicidad Material. El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos»; es decir, que no se trata de un registro constitutivo de derechos). Por este motivo, ambas características si no son bien entendidas (seguridad jurídica en sentido estricto) y aplicadas teniendo en cuenta el derecho a la tranquilidad y disfrute de los bienes (seguridad jurídica en sentido amplio), contrarrestan la seguridad jurídica como valor supremo del ordenamiento jurídico³.

Barchi Velaochaga (2016) afirma que la seguridad jurídica se presenta bajo dos manifestaciones: una objetiva y otra subjetiva. Asimismo, sostiene este autor que la **seguridad jurídica objetiva** «es el producto de la claridad y estabilidad de las normas de determinado ordenamiento jurídico y de su eficiente

2 Texto Único Ordenado aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 126-2012-SUNARP-SN, pub. el 22 de mayo de 2012.

3 Los problemas que «normalmente» generan este tipo de sistemas de transferencia consensual y un sistema registral facultativo, pueden ser, entre otros, la «doble venta», «suplantaciones», «cadena de transmisiones», etc.

administración de justicia» (p. 236), que, según lo señalado hasta aquí, constituye la seguridad jurídica a la que en sentido estricto nos hemos estado refiriendo (seguridad del derecho)⁴. En cuanto a la **seguridad jurídica subjetiva**, anota que «es la que busca garantizar el disfrute de los bienes [...] Esto significa que habrá seguridad jurídica subjetiva en la medida que exista confianza en que el disfrute de un bien no está amenazado por conductas ajenas que los perturben» (Barchi, 2016, p. 236), con ello nos referimos al hablar de la seguridad jurídica en sentido amplio.

Finalmente, en doctrina suele distinguirse entre seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica. Díez-Picazo (1983) refiere que:

la **estática** de los derechos subjetivos impone que ningún titular pueda ser privado de ellos sin su consentimiento y que la **dinámica** de esos mismos derechos impone que el adquirente de un derecho subjetivo no pueda ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo (p. 237).

Barchi (2016) indica que nos encontramos frente a la seguridad jurídica subjetiva, porque debemos optar entre quién debe disfrutar el bien (a quién vamos a preferir), si el titular del derecho «evitando que la pérdida o la perturbación del bien ocurra sin su consentimiento» (seguridad individual) o el adquirente «de tal manera que la transferencia no se frustre por causas que le son desconocidas» (seguridad económica-social o del intercambio de bienes) (p. 236). Nuestro ordenamiento sustantivo civil admite las

4 Pérez Luño (1994) nos habla de la corrección estructural: garantía de disposiciones y formulación regular de las normas e instrumentos integrados de un sistema jurídico, y de la corrección funcional del derecho: garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los otros encargados de su aplicación (p. 31).

dos posibilidades; así, por ejemplo, el artículo 1135 del CC establece que se puede preferir «al acreedor (propietario) cuyo título sea de fecha anterior» o al «acreedor (adquiriente) de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito». Aquí el Tribunal Constitucional (2003) ha señalado que la seguridad jurídica en relación con el derecho de propiedad:

no solo debe garantizar el mantenimiento del *statu quo* (seguridad jurídica estática), de forma tal que al individuo se le asegure el mantenimiento de su situación jurídica en la medida en que no se presenten las condiciones que la ley haya previsto para su mutación, sino que el principio se convierte en requisito indispensable para el desarrollo de los pueblos (seguridad jurídica dinámica), en tanto permite crear la certidumbre institucional que dota a los individuos de la iniciativa suficiente para, a partir de la titularidad del derecho de propiedad, dar lugar a la generación de riqueza (fundamento 5).

Por tanto, dicha valoración no solo tiene reconocimiento legal, sino constitucional.

3. LA SEGURIDAD JURÍDICA FORMAL (RESTRINGIDO)

Tal como ya hemos advertido, la seguridad jurídica preventiva en la constitución y contratación de derechos en nuestro ordenamiento jurídico se basa en una seguridad jurídica formal, constituida por dos instituciones jurídicas: el notariado y el registro público, cuya regulación especial en cuanto a las funciones, características y efectos jurídicos forma parte del derecho notarial y el derecho registral, respectivamente.

Tal como observamos, al primero de ellos (el notario) se le encarga la función de la construcción de la prueba para el aseguramiento del derecho; y al segundo (el registrador), la publicidad de los derechos constituidos. Sin embargo, en ambas funciones rige el principio de

legalidad, es decir, el control de validez o de eficacia de los actos jurídicos que se celebran y luego se publicitan.

Empero, tratándose de una *seguridad jurídica preventiva*, se verifica que el control de legalidad de los actos jurídicos es meramente documental salvo que se trate de actos manifiestamente nulos o ineficaces. Así, por ejemplo, la determinación de la existencia de fin ilícito o de la existencia de intimidación, no puede ser determinada en sede notarial o registral por las limitaciones de la función. Es por ello que el control de legalidad que se realiza otorga solo una legitimación en calidad de presunción *iuris tantum*, es decir, sujeta a prueba en contrario (art. 2013 CC). Ello explica también que nuestro Sistema Registral Peruano sea considerado como un registro no convalidante de vicios estructurales del acto jurídico⁵.

En síntesis, entonces, vemos que esta seguridad jurídica preventiva (formal) se halla regida por los principios de forma o formalidad, de publicidad y el de legalidad, desde un punto de vista meramente instrumental.

Por el **principio de forma o formalidad**⁶, se debe entender que la seguridad jurídica se basa en la forma, en la documentación del

5 El texto actual del artículo 2013 del Código Civil, modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 30313, pub. el 26 de marzo de 2015, en el tercer párrafo ha señalado de modo explícito que: «La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes». En este mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 46 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 126-2012-SUNARP-SN, pub. el 22 de mayo de 2012, señala que: «La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes».

6 Así, podemos hablar del derecho de forma: como conjunto de normas jurídicas que tienen que ver con el fenómeno jurídico de la forma y su incidencia en la esfera jurídica patrimonial (libertad de forma, forma *ad probationem*, forma *ad solemnitatem*); bajo esta teoría el instrumento público notarial constituye el cenit

contrato o acto jurídico; entendiendo por documentación de un contrato la operación o conjunto de operaciones necesarias para plasmar y recoger documentalmente las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato⁷. Aquí, la documentación cumple tres funciones:

- a) Como presupuesto de validez del contrato o acto jurídico (formalidad *ad solemnitatem*).
- b) Como presupuesto de eficacia del contrato (efecto *inter partes*), en este caso el contrato o acto jurídico ya existe y se puede exigir entre las partes celebrantes la documentación (formalidad *ad probationem*).
- c) Como presupuesto de oponibilidad del contrato respecto de terceros (efecto *erga omnes*), en todos aquellos casos en que la documentación sea necesaria para la eficacia del contrato respecto de terceros.

de la forma (forma de forma). Asimismo, podemos llegar a afirmar que a pesar de la existencia del principio de libertad de forma, nuestro Código Civil vigente es formalista, porque para la mayoría de actos o contratos, el legislador ha señalado una forma determinada *ad probationem* o *ad solemnitatem*. Existe una tendencia marcada a darle a la forma una autonomía pese a ser un derecho adjetivo o instrumental, ello se puede advertir claramente en algunas interpretaciones del derecho procesal civil, donde se pretende hacer primar la forma sobre el fondo del asunto.

- 7 La forma de la «escritura pública» está enraizada en nuestro Código Civil, es el procedimiento que el legislador del Código Civil utiliza normalmente para establecer un modo probatorio o solemne del derecho adquirido. Históricamente, el debilitamiento de este instrumento formal se produjo de modo progresivo a partir de 1950 hacia adelante, con la migración del pueblo a la ciudad, determinando que se desbordara la prestación de este servicio por la masificación de su demanda y su encarecimiento, y así mucha gente prefirió vivir en la informalidad y mantenerse en ella, tal como se evidenció en la década de los ochenta. El otro momento de debilitamiento se produjo a fines de la década de los noventa, con la dación del Decreto Legislativo n.º 495, que creó el formulario registral sin intervención notarial pero con la intervención de abogados certificadores o fedatarios.

El **principio de publicidad** se basa en el conocimiento y la oponibilidad a terceros, es decir, creando una ficción jurídica mediante la apariencia, haciendo ver a la apariencia como lo real a través del mecanismo jurídico denominado publicidad legal. En tal sentido, se establece que nadie puede desconocer los asientos de inscripción (presunción *iure et de iure*, artículo 2012 CC); luego, ante la asimetría informativa, se establece como verdad oficial que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (artículo 2013 CC) y que se produzca la protección del adquirente frente a terceros, a través de dos mecanismos: el principio de fe pública registral (artículo 2014 CC) y el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (artículo 2022 CC). Entonces, si el adquirente inscribe su derecho, se presume que es el titular oficial del derecho y resulta oponible contra todos (legitimación y efecto *erga omnes*) porque todos conocen o tienen la posibilidad de conocer dicha titularidad en cualquier momento (publicidad registral); y si el título del transferente se deja sin efecto por razones de nulidad, rescisión o resolución, pero por causas que no consten en el Registro, el derecho del tercero registral se mantiene inalterable siempre que haya actuado de buena fe (fe pública registral); o si existen transferencias, gravámenes o cargas ocultas, estas tampoco no le van a afectar siempre que actúe de buena fe (inoponibilidad de lo no inscrito).

Finalmente, el **principio de legalidad** nos indica la legitimación del título mientras no se demuestre lo contrario; sin embargo, dicho control de legalidad tiene tan solo un carácter provisorio o cautelar, que no genera «cosa juzgada» porque es producto solo de un examen extrínseco, documental, que se da a través de la calificación notarial y registral, pero limitada al aspecto formal y externo, y que, debido a la masificación de la formalización de títulos e inscripciones, resultó ser meramente ritual.

En este modelo de seguridad jurídica, la depuración de los derechos está a cargo del juez, por ello la importancia de que este comprenda el sistema de seguridad jurídica preventivo y sus limitaciones; además, según este modelo de organización preventiva, para lograr la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, le corresponde al juez aplicar el principio de buena fe, pero entendido en función de esta seguridad jurídica formal o documental.

Sobre la buena fe como concepto ético, filosófico y jurídico, está referida al comportamiento humano, «al cómo actuar y al cómo se actúa, a la intención de hacer y a lo que se hace». Se relaciona entonces con las ideas de honestidad, confianza, honradez, etc. Si el sistema de seguridad jurídica exige que tengamos en cuenta la buena fe para la depuración de derechos, entonces hay un aspecto valorativo más allá del formal que se debiera considerar; no obstante, este aspecto valorativo a cargo del juez está cuestionado por la forma en cómo se entiende y aplica el concepto de buena fe, lo que impide cerrar con criterio de justicia este modelo de seguridad jurídica.

En doctrina se suele distinguir entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. Fernández Cruz (1987) suscribe, citando a De los Mozos (y en general para toda la doctrina italiana y española), que:

[la] llamada **buena fe objetiva** consiste —en el sentido lato del término— en el comportamiento de «fidelidad», que se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, adquiriendo una función de norma dispositiva. De allí su «naturaleza objetiva» que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial (p. 174).

En cambio:

la **buena fe subjetiva** —para el citado autor— se refiere «a la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la relación misma. [...] se refiere a la consciencia del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho, según los casos»⁸ (p. 174).

Pues bien, en el mundo de las obligaciones y los contratos, se exige una buena fe objetiva (buena fe moralidad o probidad); mientras que para el de los derechos reales, una buena fe subjetiva (buena fe creencia)⁹.

Desde la óptica de la seguridad jurídica formal que venimos analizando, la constitución de derechos reales y obligacionales requiere la aplicación de la **buena fe subjetiva o creencia**, pues lo que se pretende con esta seguridad es la depuración de derechos (determinar la titularidad del derecho). Este tipo de buena fe se basa en el conocimiento o desconocimiento de hechos en relación con el propio derecho o con el derecho ajeno; sin embargo, debido a la limitación o dificultad probatoria (probar lo subjetivo), en línea con la seguridad jurídica formal, el tipo de conocimiento

8 También indica este autor que se suele distinguir entre la buena fe moralidad y la buena fe creencia: la primera de ellas es entendida como «el buen proceder en las relaciones jurídicas que se celebran» o el «modo sincero y justo con que en los contratos procede uno, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra» (Fernández, 1987, p. 174). En contraste, la segunda se comprende como la creencia o la convicción —a través de hechos— de que se actúa conforme a derecho. Finalmente, se cita la calificación que realiza Alsina, quien distingue la buena fe probidad —basada en el estado ético o voluntad de obrar honestamente— de la buena fe creencia —basada en el estado psicológico o creencia en el propio derecho—.

9 Para Gastón Fernández (1987): «El concepto jurídico de buena fe es uno solo, e implica el creer en la legitimidad de un derecho, sea a través del conocimiento o desconocimiento de hechos, como la certeza de haber obrado —o creído obrar— conforme a Derecho» (p. 168).

(o desconocimiento) que se va a exigir será también formal, es decir, meramente documental, sustentado en la imposibilidad de probanza.

Una evidencia de ello es lo previsto en el artículo 2014, primer párrafo, del CC, que regula el principio de la buena fe pública registral, según el cual:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que *no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan*.

La buena fe que aquí se requiere para que el adquirente sea protegido es la buena fe creencia (conocimiento o desconocimiento de la situación real sobre la base de documentos), lo cual se corrobora en el segundo párrafo del citado numeral: «La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que **conocía** la inexactitud del Registro».

En esta línea, Gunther Gonzales (2002) señala que:

La buena fe implica confiar en la exactitud de los pronunciamientos del registro y, principalmente, desconocer la inexactitud del mismo. Por tanto, la buena fe es un estado psicológico o un hecho intelectual, consistente en el desconocimiento o ignorancia de una determinada situación jurídica [...]. En tal sentido, la doctrina mayoritaria sostiene que el concepto de buena fe es, principalmente, negativo, entendido como un simple desconocimiento de la inexactitud del registro, lo cual encuentra un evidente sustento legal en la literalidad del artículo 2014, 2 CC., pues esta norma establece que la buena fe se mantiene mientras no se pruebe que el tercero «conocía de la inexactitud del registro». Si la mala fe implica «conocimiento», entonces la buena fe es el «desconocimiento de la inexactitud». No

importan las creencias, sentimientos o pensamientos del tercero, sino su efectivo conocimiento. Por tanto, no se puede exigir una «buena fe creencia» o una «buena fe diligencia», basta con el simple desconocimiento (p. 1013).

4. LA SEGURIDAD JURÍDICA MATERIAL

La seguridad jurídica material no se conforma con lo formal, con la seguridad del propio derecho. García Manrique (2007) suscribe que se ha entendido que la seguridad «material» comprende la «seguridad respecto de determinados bienes o intereses identificables al margen del derecho» (seguridad jurídica a través del derecho) (p. 155).

Si bien un sector filosófico le niega valor moral a la seguridad jurídica, por concebir que la seguridad jurídica es un dato en sí mismo cierto y confiable (García, 2007, p. 29) —y no es que el derecho cree seguridad para ciertos bienes, necesidades o intereses—, este criterio filosófico no ha sido recogido por la Corte Suprema cuando invoca que, según la teoría tridimensional del derecho: «[...] en la estructura del derecho se hallen presentes, ineludiblemente y al lado de la vida coexistencial, los valores y las normas jurídicas [...]» (Poder Judicial, 2014, fundamento 230). En esa línea, se anota que:

La virtud de este planteamiento es, en primer lugar, reconocer que los valores no pueden ser ajenos a la norma jurídica y, en segundo lugar, precisar que «[...] los valores resultan ser, dentro del planteamiento kelseniano, elementos de naturaleza metajurídica [...] toda vez que no forman parte del entramado normativo y constituyen injerencias externas al mismo» (Poder Judicial, 2014, fundamento 230).

De esta manera, la seguridad jurídica contiene un valor moral que encuentra conexión con la justicia material. No basta la garantía de la positividad de la norma, sino la «moral externa del derecho», es

decir, los valores. Y los valores suponen analizar el comportamiento de los sujetos en toda su amplitud. Por ello, si la justicia es un «valor ajeno al ordenamiento jurídico pero que, sin embargo, ejerce una influencia externa», entonces un valor moral, al contener la seguridad jurídica material, se une a la justicia, porque lo que se pretende no es la aplicación de normas frías o «sin alma», sino con justicia material de las normas jurídicas.

Cossio (1954) explica que la experiencia jurídica se integra con tres elementos: «la estructura lógica de la norma, los contenidos dogmáticos por ella mentados que se dan a la intuición y la valoración jurídica existente que se da a la intuición emocional» (p. 131). En consecuencia, no podemos quedarnos solo en el análisis formal del derecho, la «valoración jurídica resulta un elemento material pero necesario» (p. 131). El derecho es relación intersubjetiva, por ende, conductas o comportamientos que merecen valoración. Entonces, al hablar de seguridad debe referirse a «la necesaria concomitancia entre los hechos sociales, las normas y los valores que integran la experiencia jurídica» (p. 37).

En este sentido, la buena fe constituye un valor importante para el derecho y la seguridad jurídica, porque posibilita evaluar la conducta de las partes en conflicto («cómo actuar», «cómo se actúa», «la intención de hacer» y «lo que se hace»). Permite valorar moralmente la conducta que es derecho. Gastón Fernández (1987) anota:

Para nosotros, pues, la buena fe representará un principio jurídico: principio en cuanto vale en sí mismo como un modelo, patrón o guía, y jurídico porque cuando es recogido por el derecho, suministra criterios de valoración y/o cambios de situaciones preexistentes (p. 168).

Tal como hemos señalado líneas arriba, la buena fe puede entenderse desde un aspecto moral de comportamiento o de la creencia errónea

o ignorancia de determinada situación; esta visión se concreta en valorar la buena fe «tanto en un sentido relativo al modo sincero y leal con que se procede en los negocios y convenciones, como la convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho» (Fernández, 1987, p. 173). De allí que el comportamiento de «fidelidad» en el vínculo negocial o la consciencia del sujeto de su propia situación comprende un marco probatorio amplio de valoración de los hechos que facilite determinar la conducta o el comportamiento asumido por las partes; no existe limitación probatoria porque se trata de una seguridad jurídica material.

5. LA SEGURIDAD JURÍDICA ESTÁTICA Y DINÁMICA EN EL TRÁFICO INMOBILIARIO

Nuestro sistema de transferencia de derechos reales en materia inmobiliaria es, por regla general, consensual, y el sistema registral que rige en nuestro ordenamiento jurídico es declarativo. Ambas circunstancias para la contratación y constitución de derechos reales sobre inmuebles generan problemas de seguridad jurídica.

El artículo 949 CC declara que «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario» y el artículo 2010 CC señala que «La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria».

Entonces, conforme a los numerales antes citados, podemos deducir que para que se produzca la transferencia inmobiliaria se necesita solo el consentimiento de las partes (que constituye el título) y para oponer el derecho adquirido a terceros, que se inscriba dicho título en el sistema formal (sistema registral declarativo). De este manera, si cuento con un título y logro inscribirlo, tendré seguridad jurídica respecto del derecho de propiedad adquirido;

empero, si aun contando con el título e inscribiéndolo, por diversas circunstancias «extrañas» a mi adquisición, pierdo el derecho adquirido, quiere decir que no tenía seguridad jurídica sobre tal derecho. En otras palabras, si pierdo el derecho adquirido, significa que nunca tuve un derecho real sobre el bien; solo obtuve un derecho obligacional derivado del contrato, pero no un derecho sobre el bien de modo exclusivo y excluyente (derecho real); ello demostraría que el derecho adquirido no era seguro jurídicamente. ¿Qué hacer entonces para tener seguridad jurídica sobre el derecho adquirido, en vista de que no cabe la posibilidad de que el sistema jurídico peruano de transferencia inmobiliaria nos brinde dicha seguridad jurídica de modo absoluto?

Conforme a la teoría jurídica sobre la transferencia de bienes inmuebles, el hecho o el acto que origina la adquisición —que no es otra cosa que la causa de la adquisición— está representado en el título (debiendo distinguirse entonces «título» en sus acepciones de causa y de prueba o documento); no obstante, es indudable que el título como documento va a contener la causa o —en este caso— el consentimiento entre las partes. Entonces podemos aseverar que el título será el contrato, y para la transferencia de derechos inmobiliarios se requiere un título.

La discusión doctrinaria se presenta cuando se pretende dar seguridad jurídica de lo celebrado a través de una señal o una forma que avise a terceros que se ha producido la transferencia del derecho real para que también respeten el derecho adquirido y tenga un derecho seguro (es decir, «contratar» no solo con el vendedor, sino con los terceros para que respeten el derecho adquirido). En doctrina se conoce a este aspecto como el *modo*, y normalmente se manifiesta a través de la tradición o la entrega de la posesión del bien. Nótese la finalidad de estos requisitos (título y modo): dar seguridad jurídica a los derechos adquiridos. Pues bien, en

nuestro ordenamiento jurídico se discute si en nuestro sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria existe previsto el modo.

Gastón Fernández (1992) comenta al respecto:

Si coetáneamente se dan título y modo, estaremos probablemente ante un contrato manual, de efectos reales, pero entendiendo siempre que el título estará representado a través del contrato y el modo en la cesión o tradición, según se trate de un contrato que verse sobre la transferencia de propiedad inmueble o mueble (p. 30).

¿El artículo 949 del CC recoge esta teoría del título y modo? El citado autor señala que:

[...] en rigor, no estamos afirmando que el contrato por sí solo transmite la propiedad, no es que el consenso baste para transmitir derechos reales sobre inmuebles. Lo que sucede es que la propia ley hace coincidir en un mismo instante perfeccionamiento del título (contrato) y cumplimiento del modo (cesión), salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (Fernández, 1992, p. 30).

De esta manera, descarta la valoración de la tradición o la entrega de posesión como requisito de la transferencia de la propiedad inmobiliaria.

Frente a esta situación, ¿cómo se asegura la protección jurídica del derecho adquirido en relación con los terceros («contrato con terceros»)? Para ello, el sistema de transferencia de propiedad consensual nos remite a la publicidad a fin de vincular a los terceros (derecho real); la mejor forma de publicidad lograda para la oponibilidad de derechos a terceros («contrato con terceros») es el Registro Público, porque este mecanismo legal permite avisar a los terceros (no contratantes e interesados) que deben reconocer el derecho adquirido y respetarlo en la celebración de

transacciones. Este mecanismo de otorgar seguridad jurídica a los derechos adquiridos se basa en el conocimiento o desconocimiento del derecho adquirido; es decir, **si conoce**, tiene que respetar el derecho adquirido y cuando esté inscrito se va a presumir, *iuris et de iure*, que sí conoce (principio de publicidad, art. 2010 CC), no existe la posibilidad —una vez inscrito— de que diga que no conocía el derecho inscrito (ficción legal). Pero este conocimiento (o desconocimiento) tiene tres problemas: primero, puedo decir que no sabía debido a que en el registro no figuraba tal hecho (ignora la inexactitud registral), pero la objeción será que podía saberlo por otros medios (hechos o noticias fuera del registro); segundo, que los derechos nacen fuera del registro (sistema registral declarativo y no convalidante); y, tercero, que muchos bienes inmuebles no se hallan inscritos.

Para intentar resolver el primer problema, el sistema de seguridad jurídica del tráfico inmobiliario utiliza el principio de la buena fe, materializado a través de dos figuras del derecho registral: la fe pública registral y la inoponibilidad de los derechos no inscritos. En ambas situaciones, para que se proteja el derecho adquirido se dice que debo actuar de **buena fe**, es decir, desconocer que el derecho adquirido no haya sido obtenido del verdadero titular (**buena fe conocimiento-desconocimiento**), aunque para determinar ello solo me valgo de la seguridad jurídica formal del sistema, esto es, de los títulos presentados e inscritos en el registro (títulos archivados) y de la partida registral (asientos registrales). Sin embargo, también se pregona la exigencia de otra buena fe para la protección del derecho, la que se determina no solo basándose en la información registral, sino también en la información que pudo haber obtenido el tercero razonablemente por otros medios (posesión, autoavalúo, contratos de servicios públicos, entre otros); esta buena fe que se exige es conocida como **buena fe diligencia**.

El segundo problema es que los derechos surgen fuera del registro y el registro de estos derechos no convalida los vicios que el acto jurídico o contrato pudiera tener; es decir, que, a pesar de tener un título e inscribirlo, podría «perder» el derecho adquirido (sistema registral declarativo y no convalidante de vicios). Pues bien, en este sentido, la justificación de la seguridad jurídica es la facilidad en la circulación del tráfico jurídico y ese riesgo no cubre causales de vicios estructurales, sino únicamente la falta de legitimación (falta de facultad de disposición del bien o consentimiento). En esta situación, la seguridad jurídica del derecho adquirido se encuentra cubierta con la valoración de los hechos que efectuará el juez, valoración que debe versar no solo sobre la seguridad jurídica formal del derecho adquirido, sino especialmente sobre una seguridad jurídica material que comprenda todo el espectro fáctico de la transacción, en concreto: el comportamiento o conducta asumida por las partes.

Finalmente, frente al problema de la propiedad inmobiliaria no inscrita, la seguridad jurídica en la transferencia de este tipo de inmuebles será la seguridad jurídica formal de los títulos y la seguridad jurídica material en cuanto al análisis del comportamiento o conducta asumida por las partes que deberá valorar el juez.

6. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE CASACIONES SOBRE SEGURIDAD JURÍDICA FORMAL Y MATERIAL

Con los conceptos vertidos hasta este momento, vamos a revisar la línea jurisprudencial que se ha dado en relación con los problemas de seguridad jurídica formal constituida por problemas de prueba o de validez formal y sobre la seguridad jurídica material respecto a bienes inmuebles inscritos y no inscritos, todos ellos derivados del sistema consensual de transmisión de propiedad y del sistema registral declarativo y no convalidante que rige nuestro ordenamiento jurídico, tales como casos de doble venta o conductas ilícitas.

a) Problemas de seguridad jurídica formal: por constitución de prueba

En la Casación n.º 2917-2016 Lima, se verifica el caso de la venta de un departamento (departamento n.º 602, calle Jorge Vanderghen n.ºs 171-175, distrito de Miraflores, inscrito en la Partida n.º 07046521) mediante documento privado de fecha 21 de mayo de 2007. En este documento solo interviene la copropietaria Fiorella Pereira Ch., pero no la otra copropietaria Judith Núñez Valdez; no obstante, se afirma que se realizó con «pleno conocimiento, consentimiento y sin oposición alguna de su madre copropietaria».

Tal como vemos, existe un problema de prueba del acto traslativo (la escritura pública), pero que no debiera existir impedimento para valorar que la copropietaria Judith Núñez Valdez dio su consentimiento pese a no haber firmado el documento, porque el consentimiento puede ser tácito (art. 142 CC). Aquí lo que se busca es una seguridad jurídica formal («solo firmó una copropietaria y no intervino la otra») y una seguridad jurídica material, la cual consiste en entender que la pretensión de otorgamiento de escritura pública no es del documento, sino del acto jurídico celebrado. Es darle forma no al documento, sino al contrato; no quedarnos en la forma (documento), sino otorgarle seguridad al derecho adquirido valorando la conducta del transferente, así también se ha establecido en el Noveno Pleno Casatorio Civil, Casación n.º 4442-2015 Moquegua, del 9 de agosto de 2016.

b) Problemas de seguridad jurídica formal: la validez del acto jurídico

Podemos revisar aquí la Casación n.º 11795-2016 Huaura, la cual trata de la adquisición realizada por Soledad Josefina Barbachán Suárez, mediante documento privado de compraventa, de fecha

20 de noviembre de 2006, efectuada por la Comunidad Campesina de Aucallama respecto del predio ubicado en la parcela n.º 18, San Graciano Alto, del distrito de Aucallama, Huaral. En este caso, se pretende que la comunidad otorgue la Escritura Pública (seguridad jurídica formal) del contrato privado celebrado; empero, ya que las comunidades campesinas tienen un régimen especial que determina la falta de «viabilidad de transferir la propiedad» que conforma el terreno comunal, se advierte que no basta que se determine una seguridad documental o meramente formal (posición que compartía un sector de la jurisprudencia cuyo criterio era que el proceso de otorgamiento de escritura pública es meramente formal), sino también material. Por ello, es imprescindible revisar la validez del acto jurídico al cual se pretende dar forma (control de validez), porque no se puede dar forma a actos jurídicos contrarios al orden público o con contenido ilícito (seguridad jurídica material).

c) Problemas de seguridad jurídica material: el consentimiento

En la Casación n.º 1375-2015 Puno, encontramos el problema todavía común de la transferencia de un bien social por parte de un solo cónyuge, es decir, sin la intervención del otro (también se puede presentar en el caso de convivientes —véase la Casación n.º 1643-2016 Cusco—). En este caso, la Partida Registral n.º 11000392 informaba que el predio pertenecía únicamente a Rosa Elena Aquino Quispe en calidad de soltera (seguridad jurídica formal), pero en realidad era un bien social porque la titular registral estaba casada con Dionicio Larico Apaza antes de la adquisición. Sin embargo, aprovechando esta situación registral, la cónyuge (ella sola, sin la intervención del otro) transfiere el bien en compraventa a terceros (los esposos Fortunato Huahuaccapa Apaza y Estefanía Ccama Nina), quienes alegan haber actuado de buena fe al figurar solo ella en el registro público.

El problema que aquí se presenta es solo de «falta de consentimiento del verdadero propietario», de modo que no es un problema de nulidad, sino de ineficacia del acto celebrado, porque el cónyuge interviniente no tenía facultad de disposición y el cónyuge no interviniente no manifestó su voluntad de transferir el predio. Para dilucidar este caso, debemos verificar la buena fe con que actuaron los adquirentes, por cuanto, conforme al artículo 2022 del CC, si el oponente (cónyuge no interviniente) no inscribió su derecho (derivado del matrimonio, registrándolo como bien social), no prevalecerá frente al que sí inscribió su derecho, siempre que se actúe de buena fe, es decir, que los adquirentes titulares inscritos no conozcan la verdadera situación de la titularidad del predio (en otras palabras, que no solo le pertenecía a la vendedora porque era casada). Nótese que el artículo 2014 CC exige que el tercero haya actuado de buena fe (criterio aplicable al artículo 2022 CC); por tanto, lo que se debe verificar es la actuación de buena fe en sentido positivo o la falta de buena fe en sentido negativo (esto último conocido como «ausencia de buena fe»). Cabe recalcar que la «ausencia de buena fe» o «falta de buena fe» no necesariamente es «mala fe», ya que esta última implica dolo o intención de dañar y lo que se exige para resolver este tipo de problemas no es verificar la «mala fe», sino la «falta de buena fe», que se valora como la falta de diligencia, la negligencia inexcusable, la pasividad, la actitud cándida, entre otros aspectos. Es un error de la jurisprudencia resolver este tipo de casos como uno de «nulidad» cuando el defecto advertido (y que se denuncia en la demanda) solo es la falta de legitimación (falta de facultad de disposición); así, la existencia de un vicio estructural no es un tema que se debe verificar, mientras que sí lo es la existencia de una causa de ineficacia funcional, salvo (sí y solo sí) que además se alegue (como es común en este tipo de demandas) la existencia de un fin ilícito que sí constituye causal

de nulidad, pero, en este caso, el acto jurídico podrá ser declarado nulo, no por falta de legitimidad sustantiva o para contratar, sino por la existencia de una finalidad ilícita al contratar.

d) Problemas de seguridad jurídica material: por vicio de invalidez

Aquí encontramos problemas de invalidez que no se pueden resolver con la invocación de que se valore una actuación de buena fe (yerro que se comete en la mayoría de las casaciones revisadas en este trabajo), como si la «actuación de buena fe» (registral o no) pudiera «convalidar» un acto jurídico. Según la teoría del acto jurídico, los actos jurídicos nulos son inconválidables, es decir, nacen muertos, no se pueden convalidar, son nulos de pleno derecho; y ello es así porque de por medio se encuentra el interés público que vela esta sanción nulificante. En este punto, nos vamos a referir especialmente a la conducta de «mala fe», que equivale a una conducta dolosa caracterizada por la intención de causar daño, y que comprende la causa de finalidad ilícita como colusión o confabulación para perjudicar el derecho de un tercero.

Los casos de suplantación o falsificación de documentos son los más clamorosos que atentan contra la seguridad jurídica formal; por este motivo, la resolución de dichos casos no debe agotarse en el análisis de una seguridad jurídica formal, sino propender a una seguridad jurídica material para obtener una decisión justa y coherente con el sistema jurídico.

Por ejemplo, en la Casación n.º 413-2016 Lima se falsifican las firmas de las partes y del notario; luego, se realiza una cadena de transmisiones (cinco sucesivas compraventas) para invocar la protección registral prevista en el artículo 2014 del CC. En este caso, la condena penal no alcanzó a la última adquirente, Guiselle Castro Arquíñigo, quien alegó haber actuado de buena fe. El análisis para resolver este caso no debe alcanzar solo a

una seguridad jurídica formal, sino —sobre todo en este tipo de situaciones— a una seguridad jurídica material. Por tanto, no solo debe valorarse la seguridad documental, sino el comportamiento o la conducta desplegada por las partes para la celebración de los contratos; la prueba indiciaria es el mejor instrumento de razonamiento que puede acercarnos a resolver con justicia el caso (así se valora: la existencia de transferencias consecutivas o simultáneas, con valores irreales o simulados, extrañas obligaciones contractuales asumidas entre las partes, la no entrega de la posesión, la falta de diligencia para no afectar derechos de terceros, información registral anotada como bloqueo registral, cláusulas falsas en la minuta derivadas del pago en distinta fecha y por tercero, etc.), pudiendo establecerse con ello la existencia de una finalidad ilícita (colusión o fraude entre las partes para perjudicar el derecho del verdadero propietario) como causal de nulidad del acto jurídico aun cuando en la vía penal se condene únicamente al primer transferente por delito de estelionato (véase la Casación n.º 3525-2015 Huaura) o por falsificación de firma (véase la Casación n.º 1438-2017 Lima Norte).

Es sintomático entonces que cuando en la demanda se alegue la existencia de una causal de nulidad, se pretenda decir que «no hay nulidad» porque se actuó de «buena fe», como si la actuación de buena fe pudiera convalidar un acto nulo. El problema de este razonamiento es la limitación probatoria para determinar la «falta de buena fe», referida en el artículo 2014 del CC.

Los temas de doble venta no son problemas de «nulidad», sino de ineficacia, y en los casos de ineficacia, sí cabe valorar la actuación de buena fe de las partes, tales como la confrontación de documento privado vs. documento público, el ejercicio de posesión, la existencia de construcciones, la diligencia debida (véase la Casación n.º 4596-2015 Lima Sur). Pero el pedido de nulidad en una cadena de transmisiones —venta producto

de la colusión entre las partes para perjudicar el derecho del verdadero propietario y luego ventas sucesivas para ampararse en la buena fe registral (véase la Casación n.º 842-2015 Lima)—no puede ser caso de ineficacia, sino de nulidad, y en cada venta efectuada debe valorarse si se presenta un supuesto de nulidad, por ejemplo, por finalidad ilícita y sin limitación probatoria que expone el artículo 2014 del CC (seguridad jurídica material).

7. CONCLUSIONES

- a) La seguridad jurídica es un concepto abstracto e impreciso, pero debe ser internalizado en su verdadero sentido y extensión para que el Poder Judicial entienda y resuelva los casos. Debemos distinguir entre una seguridad jurídica restringida (seguridad del propio derecho) y una seguridad jurídica amplia (seguridad por o a través del derecho).
- b) Tenemos un sistema de seguridad jurídico preventivo formal, instrumental y de carácter cautelar, constituido por las instituciones jurídicas referidas al notariado y a los Registros Públicos, con sus normas de carácter especial. Su valoración probatoria es limitada.
- c) La seguridad jurídica material comprende no solo resolver en función del aspecto formal, sino valorar la conducta o el comportamiento asumido por las partes al contratar, labor que corresponde al juez; dicha valoración implica que no exista una limitación probatoria solo de carácter documental, sino indiciaria en la búsqueda de una decisión justa.
- d) La seguridad jurídica en la transferencia de derechos reales y en la contratación, por ser consensual y tener un sistema registral declarativo, genera problemas de constitución de prueba, consentimiento, oponibilidad y existencia de ocultas causas de nulidad, tanto de bienes inmuebles inscritos como no inscritos.

Para superar este tipo de problemas (que, por otro lado, facilitan el tráfico jurídico), el sistema de aseguramiento de derechos no debe entenderse por los jueces exclusivamente desde un punto de vista formal, sino sobre todo material, valorando —en cada caso concreto— la existencia de buena fe, la ausencia de buena fe y la existencia de mala fe como categorías jurídicas distintas.

- e) El concepto de seguridad jurídica puede definirse como una aspiración humana y, por ende, social; jurídicamente no solo significa la garantía de su producción, sino la eficacia del goce y el disfrute de los derechos, dado que a través de la valoración de la buena fe que comprende la conducta o el comportamiento de las partes se puede compatibilizar con el valor supremo de justicia.

REFERENCIAS

- Arcos, F. (2000). *La seguridad jurídica: una teoría formal*. Madrid: Dykinson.
- Barchi, L. (2016). Derecho civil patrimonial vs. derecho de familia. La disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, t. 31, 236.
- Cossio, C. (1954). *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Artes Gráficas.
- Díez-Picazo, L. (1983). *El derecho civil patrimonial* (t. 1). Madrid: Tecnos.
- Fernández, G. (1987). La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. *Derecho PUCP*, (41), 159-226.
- ____ (1992). La publicidad en la transferencia del dominio inmobiliario. *Advocatus*, (4), 29-40.
- García, R. (2007). *El valor de la seguridad jurídica*. México D. F.: Distribuciones Fontamara.

- Gonzales, G. (2002). *Tratado de derecho registral inmobiliario*. Lima: Jurista Editores.
- Pérez, A. E. (1994). *La seguridad jurídica* (2.^a ed.). Barcelona: Ariel.
- Poder Judicial (2014). Quinto Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación n.º 3189-2012 Lima Norte. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8a4f0480451669b2b8a5b9279eb5db9a/V+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8a4f0480451669b2b8a5b9279eb5db9a>
- _____ (2016). Noveno Pleno Casatorio Civil, Casación n.º 4442-2015 Moquegua. Lima: 9 de agosto de 2016.
- _____ (2017a). Casación n.º 1375-2015 Puno. Lima: 17 de enero de 2017.
- _____ (2017b) Casación n.º 1438-2017 Lima Norte. Lima: 7 de septiembre de 2017.
- _____ (2017c). Casación n.º 3525-2015 Huaura. Lima: 2 de octubre de 2017.
- _____ (2018a). Casación n.º 2917-2016 Lima. Lima: 3 de junio de 2018.
- _____ (2018b). Casación n.º 11795-2016 Huaura. Lima: 30 de junio de 2018.
- _____ (2018c). Casación n.º 1643-2016 Cusco. Lima: 3 de julio de 2018.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) (2012). Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del superintendente nacional de los Registros Públicos n.º 126-2012-SUNARP-SN. Lima: 22 de mayo de 2012.
- Tribunal Constitucional (2003). Expediente n.º 0016-2002-AI/TC. Lima: 30 de abril de 2003.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 197-239

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.44>

Repensar la justicia en tiempos de emergencia y de oportunidades

Rethinking the justice system in times of emergency and its opportunities



HELDER DOMÍNGUEZ HARO

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: hdominguez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4617-8341>

RESUMEN

La crisis y la declaratoria de emergencia institucional y funcional dentro del sistema de justicia ha originado modificaciones constitucionales y legales, y la creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia como una nueva oportunidad de cambio para repensar la función de la magistratura. Dentro de ese marco, el contexto actual, y desde una reflexión crítica, el autor repasa algunas acciones y propuestas reformistas que debe tener en cuenta el referido Consejo. Para ello, identifica los antecedentes históricos y documentales desde la creación de una comisión de reforma judicial ocurrida en 1958; y si bien el fenómeno cíclico de reordenar

la justicia se ha expresado haciendo y deshaciendo comisiones, como analiza el autor, hay razones para pensar que el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia es una alternativa para la transformación posible de «lo judicial» y de las demás instituciones tutelares dentro de los parámetros de una justicia democrática y del constitucionalismo democrático, hacia el rescate de la confianza ciudadana y de la calidad del servicio de justicia.

Palabras clave: sistema de justicia, Poder Judicial, reforma judicial, justicia democrática, emergencia institucional.

ABSTRACT

The institutional and functional crisis and the declaration of state of emergency have created a new legal framework to reform the old justice system. The new context serves to rethink the justice system and it is the opportunity to change the legal practices and institutions. For example, it was created the «Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia».

This essay reviews the previous proposals to reform the «Consejo». It analyzes the judicial reform of 1958. One conclusion is that, probably, the different reform to the justice system does not benefit anything; but there is a reason to think that the «Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia» will be a real change of the judicial system. It is for his legal design. The legal framework of the «Consejo» uses some democratic and constitutional norms. These serve to reassess the trust of citizens and the quality of the justice system.

Key words: justice system, Judicial Power, judicial reform, emergency.

Recibido: **25/05/2020** Aceptado: **10/06/2020**

1. INTROITO

Sobre la reforma judicial se ha escrito en demasía y de toda envergadura, como es el caso de la experiencia en América Latina y en el Perú (frondosa bibliografía)¹, al punto de haberse tratado de reemplazar o asociar la voz «reforma judicial» con otras palabras de acuerdo con cada momento histórico, llámese modernización, reestructuración, refundación, reorganización, transformación o cambio. Pese a ello, creemos que es posible recuperar el sentido de una auténtica renovación judicial estructural y multidimensional, aunque muchas veces se considere como una expresión trillada o deslegitimada por la existencia en la historia peruana de reformas inconclusas, insuficientes, torcidas, imposibles o, peor aún, de pseudorreformas. En la hora contemporánea, sea cual sea su denominación, su encuadramiento corresponde —absolutamente— desde un formato de democracia constitucional o dentro de los parámetros del constitucionalismo democrático para el replanteamiento y fortalecimiento judicial, como poder estatal-jurisdiccional; y, claro está, el rescate de la confianza ciudadana².

La creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia —hace un poco más de un año mediante la Ley n.º 30942— como consecuencia de la grave crisis del sistema de justicia —ocurrida hace aproximadamente dos años—, que originó su declaración de emergencia (institucional y funcional)³, y replanteada naturalmente por la emergencia sanitaria y las secuelas lamentables del coronavirus (sobre todo la pérdida de vida de muchos peruanos), exige desafíos y hechos concretos por parte de cada una de las instituciones tutelares;

1 Leáse Domínguez (2019, pp. 374-438).

2 Para mayor información sobre el sustento democrático «con» Constitución, véase Domínguez (2018).

3 En el 2018, el Congreso de la República declaró en emergencia al Consejo Nacional de la Magistratura y el mismo Poder Judicial se declaró en emergencia, como se verá más adelante.

por cuanto la indiferencia ante los problemas de las personas, al activar el sistema de justicia, es también un virus que toca y trastoca la vida humana.

La reforma judicial iniciada por el referido órgano colegiado e interinstitucional debe andar por el camino de la «ideología de la justicia democrática». No es casual, solo como muestra, que la Cumbre Judicial Iberoamericana, como espacio de cooperación e intercambio de experiencias entre los poderes judiciales de los veintitrés países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, tenga como principal objetivo la «adopción de proyectos y acciones concertadas, desde la convicción de que la existencia de un acervo cultural común constituye un instrumento privilegiado que, sin menoscabo del necesario respeto a la diferencia, contribuye al fortalecimiento del poder judicial y, por extensión, del *sistema democrático* [cursivas añadidas]» (Cumbre Judicial Iberoamericana, s. f., párr. 2). Objetivo que debe ir de la mano con el compromiso para la adopción y el cumplimiento en las respectivas esferas de acción de los poderes judiciales iberoamericanos, de lo que se conoce como la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en torno a facilitar el acceso a la justicia en clave inclusiva planteado por las Naciones Unidas⁴.

En ese sentido, permítasenos repensar algunas líneas bases a la luz de las circunstancias particulares hoy en día; y para una mejor comprensión de nuestro optimismo por la transformación posible de «lo judicial», debemos conocer de dónde venimos y cómo estamos en este crucial tema desde —seguimos insistiendo— la perspectiva democrática constitucional y la función política-social del juez⁵.

4 Consultar Consejo Nacional de Justicia (2019).

5 Debe precisarse que los puntos de vista expresados, los errores u omisiones, son de responsabilidad de mi persona y no representan ni comprometen necesariamente los puntos de vista del Poder Judicial.

2. LA REFORMA DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA REFORMA JUDICIAL

2.1. Historia mínima de marchas y contramarchas: un fenómeno cíclico

En el Perú, no cabe duda y como veremos en los apartados siguientes, han existido diversas formas de organizar y reorganizar el Poder Judicial desde el siglo XIX; sin embargo, nos focalizaremos a partir de la década de los sesenta del siglo XX hasta la fecha. Precisamente, siguiendo la lógica de la especialista estadounidense en estos temas, Linn Hammergren (2004), quien ha indicado que «Hasta los años sesenta, el poder judicial peruano funcionó en forma más o menos acorde con las demandas de la sociedad» (p. 293); en consecuencia, a partir de estos tiempos hasta nuestros días el debate ha ido creciendo entre los entendidos en la materia, expertos y especialistas⁶. De hecho, la reforma judicial peruana fue una de las primeras en América Latina. Utilizando prestada la metáfora marina de las llamadas olas democratizadoras de Huntington, se habla de diferentes «olas de reformas» democráticas y no democráticas en los últimos sesenta años de vida republicana⁷.

a) En el siglo XX, la década de los sesenta arrastra consigo el trabajo de una Comisión para la Reforma del Poder Judicial creada por la Ley n.º 13036, de noviembre de 1958, pues en

6 En suelo nacional, a diferencia de otras especialidades, como constitucionalistas, civilistas, penalistas, laboristas o de derecho corporativo, hay pocos expertos en reforma judicial y en metodología para la reforma judicial. El lenguaje de los procesos de reestructuración en el ámbito de la judicatura requiere una gran dosis de experiencia. El de los profesionales de la reforma es un campo que merece un capítulo adicional y que será desarrollado en otra ocasión.

7 Dos especialistas peruanos, Luis Pásara y Javier de Belaunde, no dan crédito a la reforma de los sesenta. De hecho, consideran que en la segunda mitad del siglo XX han habido solo dos reformas, en 1976 y en 1996; y ambos profesionales han sido protagonistas de la reforma de los setenta en el ámbito de la capacitación judicial.

noviembre de 1960 alcanzó al Poder Ejecutivo el proyecto de reforma sobre la creación del Consejo Nacional de la Magistratura y modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el marco de un gobierno democrático. Posteriormente, entrará en vigencia una avanzada Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Ley n.º 14605, de julio de 1963, dada por la Junta de Gobierno (constituida en julio de 1962), que sustituye a la antigua Ley n.º 1510 de 1911, después de cincuenta y dos años de existencia.

- b) La reforma militar de la década de los setenta es producto del golpe de Estado del 3 de octubre de 1968. Y después de más de un año de aparente normalidad con la judicatura, a través del Decreto Ley n.º 18060, del 23 de diciembre de 1969, se declara en reorganización el Poder Judicial y se crea el Consejo Nacional de Justicia (miembros designados por la Junta de Gobierno) para la selección y permanencia de los magistrados y cuya consagración a escala constitucional como Consejo Nacional de la Magistratura se da —diez años después— con la carta fundamental de 1979, un cambio radical dentro del modelo de organización judicial. En esta primera fase se publica el Plan Inca, que trata del Poder Judicial reformado. Proceso de «reforma» que será continuado con la Comisión de Reforma Judicial a cargo del presidente de la Corte Suprema de Justicia, creada por el Decreto Ley n.º 21307, del 11 de noviembre de 1975, y luego —a propuesta de la Corte Suprema de Justicia— por el Centro de Investigaciones Judiciales, dirigido por un Consejo de Gobierno presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, según el Decreto Ley n.º 22422, del 16 de enero de 1979. Ambos esquemas corresponden a la segunda fase del Gobierno dictatorial, dentro del contexto del Plan Túpac Amaru del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, en su parte pertinente sobre administración de justicia. Decisiones *manu militari* en todo su esplendor.

c) Los años ochenta se inician con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1979, que introduce un nuevo modelo y proceso de reinstitucionalización y de reconstrucción del sistema de justicia en su máxima expresión normativa. El Poder Judicial, por un lado, ve disminuido una vez más su campo de acción, por cuanto la selección, designación, ratificación y destitución de magistrados las asume el denominado Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Aparece de un modo autónomo el Ministerio Público, entra en acción nada menos que el Tribunal de Garantías Constitucionales y se resalta constitucionalmente la «jurisdicción» paralela e independiente con los tribunales especializados en materia militar y arbitral.

Por otro lado, se eliminan los fueros privativos de la década pasada (laboral y agrario). El Poder Judicial mantiene el gobierno judicial, el régimen disciplinario y asume la tarea reformista a través de la Presidencia del Poder Judicial y la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, con la participación del Consejo de Gobierno del Centro de Investigaciones Judiciales, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, y con el apoyo de las diferentes comisiones de trabajo por especialidad. Y conjuntamente con el Ministerio de Justicia y el Ministerio Público se formula un proyecto de modernización y fortalecimiento del sistema judicial peruano. No obstante, lo prescrito por la undécima disposición transitoria de la Constitución de 1979 habilitando una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, no se materializó en esta década.

d) La llamada reforma y modernización de la justicia de los noventa se inicia normativamente con una nueva y moderna Ley Orgánica del Poder Judicial sancionada por el Decreto Legislativo n.º 767, del 29 de noviembre de 1991 (en reemplazo del Decreto Legislativo n.º 612, del 26 de julio de 1990, que nunca entró en vigencia). Y tras el quiebre del régimen constitucional ocurrido el 5 de abril de 1992, al día siguiente por Decreto Ley n.º 25418,

Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, se declara en reorganización integral el Poder Judicial, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. El Decreto Legislativo n.º 767 es sustantivamente modificado por el Decreto Ley n.º 25869, del 18 de noviembre de 1992, en cuanto a las funciones y atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Ejecutivo (en sustitución del Consejo de Gobierno) y la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) —en reemplazo de la Oficina General de Control Interno—; ambos cuerpos legales fueron compilados por un Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, y luego modificado por la Ley n.º 26373 de 1994.

A fines de 1992 el Ministerio de Justicia convoca a una Comisión de Reestructuración del Sistema de Justicia integrada por académicos, exjueces, representantes de los poderes estatales, Colegio de Abogados e instituciones de investigación. Surge transitoriamente el Jurado de Honor de la Magistratura, un órgano *ad hoc* conformado por profesionales «honorables», creado por la Ley Constitucional del 12 de marzo de 1993, con el objeto de pronunciarse sobre la rehabilitación o no de los magistrados separados de su cargos por el autogolpe, evaluación de los jueces y fiscales supremos provisionales, y convocar a concurso público de jueces y fiscales. Este cesó automáticamente con la instalación y funcionamiento del nuevo Consejo Nacional de la Magistratura regulado orgánicamente con la Ley n.º 26397 de 1994, acorde con la reciente Constitución de 1993, la misma que mantiene la separación del Poder Judicial y del Ministerio Público, como sucedió con el texto constitucional de 1979.

Con la Ley n.º 26546, del 20 de noviembre de 1995, la reforma judicial cambia de timón, aparece la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial (CEPJ), que contaba con un secretario ejecutivo

(titular del pliego). Esta se consolidó mediante la Ley n.º 26623, y realizaba las funciones de gobierno y de dirección judicial y la «reestructuración y reorganización integral del Poder Judicial»; asimismo, se suspendieron las labores del Centro de Investigaciones Judiciales (hasta el 2000 aproximadamente). En efecto, seis meses después, mediante la Ley n.º 26623, de 1996, además de crearse el Consejo de Coordinación Judicial (CCI) por encima del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional, y de declararse en reorganización el Ministerio Público con la partida de nacimiento de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público (CEMP); dicho CCI quedó en manos finalmente de una suerte de «Consejo Transitorio» encabezado por el presidente de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial mientras durase el período de reorganización judicial y fiscal⁸.

En consecuencia, el sistema de justicia quedó bajo la fórmula: CEPJ-CEMP-CCJ, con el predominio del CEPJ, máxime si mediante la Ley n.º 27009, del 5 de diciembre de 1998, se dispuso prorrogar el llamado en ese momento «proceso de reorganización y modernización del Poder Judicial y del Ministerio Público» hasta el 31 de diciembre de 2000. En este período se continuaron promulgando diversas leyes que modificaban y sustituían

8 Consejo Transitorio conformado además por el presidente de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público y el presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, que ejerció sus funciones hasta el 1 de diciembre de 1998, pudiendo ser prorrogado por acuerdo del Consejo, según la primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley n.º 26623. Sin embargo, meses después del mismo año, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra las Disposiciones Transitorias, Complementarias y Finales de la Ley n.º 26623, derogando el extremo en cuanto a la prórroga a criterio solo del organismo encargado de la reorganización, entre otros excesos de atribuciones igual de importantes (sentencia emitida el 29 de octubre y publicada el 6 de noviembre de 1996).

facultades de los diferentes órdenes del sistema de justicia, razón por la cual en 1998 se produce la renuncia de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura a causa de la Ley n.º 26933 del mismo año, al recortarse las facultades disciplinarias de dicho órgano para sancionar a los magistrados supremos del Poder Judicial y del Ministerio Público. Es una década de la presencia de la cooperación internacional y de una inversión aproximada de 100 millones de dólares solamente entre 1996 y el 2000 (Hammergren, 2004, p. 290).

- e) Finalmente, un expectante proceso de restructuración y refundación judicial se ve nacer a inicios del siglo actual. La nueva fase de reforma de la justicia toma cuerpo desde el 2003 y nuevamente en el 2018, como a renglón seguido damos cuenta. Un dato relevante y atípico en este período es la no «purga» de magistrados, a diferencia de los demás procesos reformistas —una variable ineludible y dolorosa a lo largo de la historia del Poder Judicial (Basadre, 1983, pp. 320-321; Ramos, 2019, p. 203)⁹—.

Previo al inicio del milenio actual, ante el inminente colapso del Gobierno por los vladivideos de la corrupción publicitados en septiembre de 2000 (se anunció la convocatoria a nuevas elecciones presidenciales y congresales), debe precisarse que mediante la Ley n.º 27367, del 4 noviembre de 2000, se desactivan las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público, y asumió la conducción del aparato judicial el llamado Consejo Transitorio del Poder Judicial, y en la fiscalía el Consejo Transitorio del Ministerio Público, a pocos días del inicio del Gobierno de Transición de la República del Perú (22 de noviembre de 2000 al 28 de julio de 2001).

9 En los últimos cincuenta años se produjeron purgas en 1969, 1976, 1980 y 1992.

Por su corta duración, los Consejos Transitorios solo realizaron medidas de urgencias y diagnósticos específicos que pudieran servir a los nuevos órganos de gobierno judicial y fiscal que iniciarían en el 2001. Con la dación de la Ley n.º 27368, del 6 de noviembre de 2000, se restablecieron las facultades del Consejo Nacional de la Magistratura y en sus disposiciones transitorias se dispuso la convocatoria a concurso nacional para magistrados; y con la Ley n.º 27465, de 2001, se estableció la conformación legal y actual del Consejo Ejecutivo, órgano de gobierno judicial que originariamente fue creado con ese nombre en la reforma de 1992.

2.2. Siglo XXI: un nuevo ciclo de reformas democráticas

Ante la marea alta son dos los ciclos «estelares» que marcan el destino de la reforma democrática del sistema de justicia y judicial en el vigente siglo. El primer ciclo reformista a cargo, básicamente, de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) y del Poder Judicial iniciado en el 2003; y el otro gran momento «estelar» con el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia y el Poder Judicial, ante los graves hechos de corrupción en el ámbito de la justicia desbordada en la mitad de 2018.

Estos períodos de reformas en el 2003 y el 2018, tienen importantes antecedentes y sucesivas acciones desde el 2001 al 2016, y mostraron en su conjunto una «euforia reformista» impostergable. De modo comprimido, damos cuenta de ello de la siguiente manera: el informe final de la Comisión de Planificación de Políticas de Moralización, Eficacia y Anticorrupción del Consejo Transitorio del Poder Judicial (creada en el 2001); el Informe de la Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA) promovido por el Ministerio de Justicia (2001); los informes y planes estratégicos y priorizados del Grupo de Trabajo de Alto Nivel para la Modernización del

Sistema Nacional de la Administración de Justicia (GTAN) (2001); el Plan Justicia del Ministerio de Justicia (2001); los Lineamientos para la Reforma Constitucional, parte pertinente, de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional (2001); la parte pertinente del Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (2001); veintiocho políticas de Estado del Acuerdo Nacional (2002); el Informe de la Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia del Congreso de la República (2004); el Grupo de Trabajo Iniciativa por la Justicia de la Defensoría del Pueblo-IJU (2004); las propuestas del Consorcio Justicia Viva (2004-2005), de la Asociación de Jueces para la Justicia y la Democracia (JUSDEM) (2004); cuarenta y un medidas para la reestructuración de la administración de justicia acordadas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (2005); los informes de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) (2010); ochenta propuestas para retomar la «reforma» de la justicia del Instituto de Defensa Legal (IDL) (2013); y la declaración conjunta e informe del Acuerdo Nacional por la Justicia promovido por el Ministerio de Justicia (2016).

La participación de las entidades cooperantes ha sido —y es también— un viga indispensable para la modernización de la justicia a través de los distintos programas y proyectos durante el período antes aludido: Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia del Banco Mundial-PMSJ (BM); Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú (Jusper) de la Comunidad Europea (CE); proyectos de modernización a cargo del Iris Center Perú y Programa Umbral Anticorrupción de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID); Proyecto de Apoyo al Fortalecimiento del Poder Judicial (PAJPJ) del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Programa de Mejoramiento de Acceso a la Justicia y Programa de Modernización del Sistema de Administración de Justicia para la Mejora de los

Servicios brindados a la población peruana-Accede del Banco Interamericano de Desarrollo (BID); proyectos de la cooperación alemana y canadiense, entre otros¹⁰.

2.2.1. Primer ciclo de reestructuración del sistema de justicia

Corresponde a la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), creada por la Ley n.º 28083 del 4 de octubre de 2003, su activa participación dentro de este nuevo escenario histórico, que gestó el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia en el 2004, incluyendo proyectos específicos de reformas constitucionales y modificaciones legales¹¹. A tan importante insumo y referencia inocultable debemos remitirnos por su enfoque integral.

Existen, en efecto, diversos comentarios originados a la luz de dicha ambiciosa receta institucional colectiva de corta duración como resultado de un proceso inédito en determinado sentido. Por ello, para los fines de este trabajo, bastaría señalar como una virtud del plan, el asociar al sistema de justicia y a la reforma judicial indiscutiblemente con la democracia en el ítem A, que a la letra decía: «Democracia es justicia independiente y eficiente: hacia la refundación de la justicia» y también dentro de la misión del sistema

10 En este espacio de tiempo de frenesí reformista, incluso algunas firmas legales se hicieron presentes en determinados proyectos. El Estudio Garrigues de España obtuvo la buena pro para realizar el Proyecto de Modernización de la Justicia en el Perú, financiado por el Banco Interamericano de Justicia (BID) y el *staff* peruano elegido para apoyar el referido proyecto fue el Estudio Echeopar, cuyo equipo estuvo liderado por el jurista Javier de Belaunde. Situación que nos conduce a una pregunta válida: ¿los estudios de abogados deben encargarse de los proyectos de reforma de justicia?, ¿estamos ante conflictos de intereses?

11 La experiencia sobre este tipo de contribuciones del siglo XXI proviene también de México, para citar un ejemplo, con una especial metodología iniciada con una amplia consulta nacional y que concluyó con el *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México* (2006).

de justicia formulada. Ni en el título ni en el contenido tilda a la democracia de constitucional; sin embargo, se manejaba una lista de ingredientes propios de su fisonomía desarrollados de modo demasiado escueto: «sistema democrático», «Estado constitucional de derecho», «modelo democrático contemporáneo de justicia», «control constitucional», «derechos fundamentales», y sobre el juez un «enfoque político de su rol en la sociedad».

Sin duda, emplear dichas categorías en un mismo texto con un breve repaso de las experiencias de iniciativas de reformas bajo el epígrafe «Antecedentes» a continuación del ítem mencionado, fue un desacierto, al no darle un tratamiento independiente a la ideología democrática como sustento para «volver a fundar» la justicia. Se perdió la ocasión de explayarse sobre la filosofía de la democracia y del derecho como sustento de la reforma del siglo XXI, que probablemente podría haber servido para una mejor comprensión de los actores del sistema y de la ciudadanía.

Igualmente, desde la judicatura se plasmaron documentos y acciones de autorreforma, al haberse declarado en reestructuración el Poder Judicial por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 22 de enero de 2003. Se concibieron documentos de trabajo de envergadura por parte de la Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial, formalizada mediante la Resolución n.º 035-2003-P-PJ, del 13 de febrero de 2003, y creada por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (seis meses antes de la CERIAJUS). Se consensuó el documento-base «Políticas de Estado para el cambio estructural en el Poder Judicial», aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 12 de abril de 2004, como producto final del Programa Acuerdo Nacional por la Justicia, instituido por la Resolución n.º 191-2003-P-PJ del 22 de octubre de 2003 con el respaldo de la Corte Suprema de Justicia e instalado en la ciudad de Ayacucho. Ello generó diversos proyectos de leyes y dentro de esta experiencia se

tuvo la participación democrática y la opinión de autoridades y de la sociedad en audiencias públicas y reuniones técnicas regionales, un hecho inédito en la historia judicial.

El documento-base asumió como principio rector la convicción de que solo la democracia y el Estado de derecho garantizan la plena vigencia de los derechos fundamentales; dentro de la política de «Gobierno y organización descentralizada del Poder Judicial» la promoción de una nueva cultura judicial, con un perfil de juez sensible a su entorno social, socialmente responsable de sus decisiones y con marcos de pensamiento flexible y creativo; y como recomendación para el cumplimiento del ANJ la formación de una red de organismos de la sociedad para una justicia democrática (Grupo Impulsor del Acuerdo Nacional por la Justicia, 2004, pp. 3, 11 y 20).

Este programa se encargó también de colaborar con la CERIAJUS y difundir las propuestas de la Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial, y mediante la Resolución n.º 109-2003-CE-PJ, del 16 de septiembre de 2003, se constituyó con carácter permanente la Comisión de Implementación y Seguimiento de la Reestructuración Judicial del Poder Judicial (CISJ). Empero con el tiempo desapareció en los hechos o en todo caso le concernían a los órganos de gobierno judicial las tareas propias de modernización y reactualización judicial, con la asistencia de comisiones institucionales por especialidad —transitorias o por producto terminado— integradas por jueces, en materia de carrera judicial, civil, penal, casación, entre otras; con una participación modesta del Centro de Investigaciones Judiciales en estos años, pues entró en proceso de recuperación institucional tras su suspensión en la década de los noventa, corrían los años 2004 al 2006.

Desde el 2007, las tareas de reforma y modernización al interior de la rama judicial, de acuerdo con el marco legal vigente, continuarán a cargo de una estructura triple de organización y toma de decisiones:

la Presidencia del Poder Judicial, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial¹², además de contar con el apoyo de las comisiones institucionales de jueces de carácter temporal para determinados temas en concreto, en estas convergerán las diferentes comisiones, equipos, unidades y órganos permanentes por especialidad de la organización administrativa directamente relacionadas con la renovación de la judicatura. Aquí entra a tallar el Centro de Investigaciones Judiciales reasumiendo dos temas fundamentales dentro de todo proceso de reforma de la impartición de justicia: la capacitación judicial y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales. En el primer caso, el tratamiento orgánico y permanente en la organización de actividades de capacitación y certámenes institucionales de jueces de todos los niveles y a escala nacional; y en cuanto al segundo punto, a través de la realización de los plenos jurisdiccionales y la sistematización electrónica de la jurisprudencia; además de avocarse a determinados proyectos e integrando comisiones dedicadas a temas específicos de la problemática judicial y las publicaciones editoriales.

Es notorio el cambio morfológico sustantivo del Centro de Investigaciones Judiciales desde su creación hasta nuestros días. Antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en 1992 (Decreto Legislativo n.º 767 de 1991, Ley n.º 25869 y luego su Texto Único Ordenado de 1993), era un órgano dependiente de la Corte Suprema de Justicia bajo la conducción de un Consejo de Gobierno presidido por el presidente de dicho poder estatal, con un vicepresidente ejecutivo a cargo del vocal en lo administrativo de la Corte Suprema, e integrado por magistrados en actividad y cesantes y representantes de la Federación Nacional de Colegios de Abogados

12 En algún momento se barajaba una propuesta —no concretada— de creación de un órgano denominado Dirección General de la Reestructuración Judicial, con una unidad responsable en cada distrito judicial. Ver Poder Judicial del Perú (2007, p. 9).

y del sistema de la universidad peruana. A partir del actual siglo de vigencia formal y material del Centro de Investigaciones Judiciales, este se configura como un órgano de apoyo dependiente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, órgano de gobierno y decisorio, a cargo de un director no magistrado, con un Consejo Consultivo integrado por jueces de todos los niveles y presidido por un juez supremo consejero.

Entretando, dentro de esta atmósfera de reformulación de la justicia, fuera del Poder Judicial, en junio de 2003 se constituyeron los grupos de trabajo del programa de acciones inmediatas del Plan de Modernización y Reorganización del Ministerio Público mediante la Resolución n.º 847-2003-MP, y en diciembre el Congreso de la República expidió la Ley n.º 28149, que regula la participación de la sociedad en los órganos de control del Poder Judicial y del Ministerio Público. En octubre de 2004 se instaló la Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia del Congreso de la República, cuyo propósito fue el estudio, sistematización y difusión del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia de la CERIAJUS, así como coordinar y apoyar su implementación. Por su parte, el Ministerio de Justicia creó dos comisiones especiales para impulsar también la implementación del citado plan, una en septiembre de 2004 y la otra en agosto de 2005.

2.2.2. Segundo momento estelar

Ahora bien, entrando a la hora presente o «segundo escenario estelar», la reforma política y judicial es una respuesta natural de la prolongada crisis política, desde septiembre de 2017, y la crisis del sistema de justicia, desde julio de 2018, lo que obligó al Estado peruano en su conjunto a plantearse la necesidad de hacer cambios estructurales y transformaciones institucionales. Algo tenía que hacerse. En efecto, se respiraba una crisis política inusitada cuyo

punto fulminante fue la disolución del pleno del Congreso de la República el 30 de septiembre de 2019, como resultado del triángulo de la fatalidad: cuestión de confianza, disolución parlamentaria y vacancia presidencial. Se descubrió también una enorme crisis que sacudió los cimientos del sistema de justicia y del aparato judicial, con los CNM audios de la corrupción. Nueva época de tratamiento y solución a la crisis del sistema de justicia que vislumbra dos subetapas (Domínguez, 2019, pp. 369-370):

a) La iniciada en la segunda mitad del 2018, por la Comisión Consultiva denominada Comisión de Reforma del Sistema de Justicia, dependiente de la Presidencia de la República y sin participación del Poder Judicial (Resolución Suprema n.º 142-2018-PCM del 12 de julio), que elaboró el informe «Hacia un sistema de justicia honesto y eficiente», acompañado de anexos con siete proyectos normativos: proyecto de ley de reforma constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, proyectos de leyes de creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, la Fiscalía Suprema Anticorrupción, de modificación del TUO del proceso contencioso administrativo, la incorporación del título VI «Transparencia en el Sistema de Justicia» al TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y el proyecto para incentivar la probidad en el ejercicio de la abogacía.

Igualmente, este espacio de tiempo comprende la iniciativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a través del Plan de Cambios Urgentes del Poder Judicial, del 26 de julio, y los aportes de sus seis comisiones temáticas, como son las Comisiones de Integridad y Control Institucional, para la Reformulación de las Prácticas y Competencias Casatorias de la Corte Suprema, para la Reforma Estructural, Orgánica y Operativa del Consejo Nacional

de la Magistratura y la Academia de la Magistratura, para la Adaptación Estratégica de los Procedimientos y Competencias en lo Contencioso Administrativo, para la Democratización y Transparencia de la Elección para Nuevas Autoridades Judiciales, y Comisión para la Modernización Tecnológica y de los Procesos de Optimización del Servicio Judicial (Acuerdo n.º 32-2018 de la Décimo Segunda Sesión Extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia), que contó con el concurso de la Gerencia General, el Gabinete Técnico de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, el Centro de Investigaciones Judiciales y demás dependencias al interior de la judicatura. Previamente, el Poder Judicial había sido declarado en emergencia por noventa días, prorrogados posteriormente (Resolución Administrativa n.º 203-2018-CE-PJ del 16 de julio), como también la declaración de emergencia funcional del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (Resolución Administrativa n.º 12-2018-SP-CS-PJ del 20 de agosto).

Esta fase comprende, además —a nivel legislativo—, la dación de la Ley n.º 30833, Ley que declara en situación de emergencia el Consejo Nacional de la Magistratura y suspende su Ley Orgánica (*Diario Oficial El Peruano* del 28 de julio de 2018). Se cierra este breve espacio con la aprobación de tres de las cuatro reformas constitucionales propuestas por el Gobierno a la ciudadanía vía referéndum del 9 de diciembre, una de ellas sobre la nueva conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (el 86 % de los votantes dijo «sí» a esta reforma). Vale decir, se opta por una solución conocida, un órgano externo con sus propios matices ante un problema también conocido, la corrupción manifiesta imperante; haciéndonos recordar el proyecto sobre la creación de un Consejo Nacional de Justicia en 1931, que también tuvo su origen en los actos de corrupción de esa época.

b) Su continuación en el 2019, en tanto el proceso de reforma será a través de una especie de comité de crisis al más alto nivel, un gran centro de política pública en justicia, un ente de coordinación y seguimiento de las políticas públicas en materia de justicia denominado Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, creado por la Ley n.º 30942 (*Diario Oficial El Peruano* del 8 de mayo) y conformado por los titulares de los poderes representativos: presidente de la República, presidente del Congreso de la República, presidente del Poder Judicial, presidente del Tribunal Constitucional, fiscal de la Nación, presidente de la Junta Nacional de Justicia, contralor general de la República y defensor del pueblo. Esfuerzo que deberá plasmarse en un documento de trabajo sobre políticas públicas y medidas en materia de justicia, y se espera con bastante atención. Este espacio interinstitucional tiene en su Consejo Técnico para la Reforma del Sistema de Justicia y su Secretaría Técnica, los órganos de apoyo y asesoría para tan ambiciosa labor.

En ese tono reformista descrito, a la pregunta quién nombra y quién controla, la respuesta ha sido la aprobación de la ley de reforma constitucional sobre un tema peliagudo y sensible como es la elección de los jueces y fiscales, y dos leyes que modifican de manera radical el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público y la Ley de la Carrera Judicial sobre los órganos del control del aparato judicial y fiscal. Con ello se tiene la siguiente plataforma normativa vigente: Ley n.º 30904, Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (*Diario Oficial El Peruano* del 10 de enero de 2019)¹³, Ley n.º 30916, Ley Orgánica

13 Sobre la Junta Nacional de Justicia podemos anotar provisoriamente que la opción constitucional aprobada ratifica, con sus propios rasgos funcionales, un modelo que tiene algunos matices o instituciones de la fórmula europea y del estilo norteamericano sobre sistema de gobierno y de organización judicial, como suele

de la Junta Nacional de Justicia (*Diario Oficial El Peruano* del 19 de febrero de 2019), Ley n.º 30943, Ley de Creación de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial¹⁴, y Ley n.º 30944, Ley de Creación de la Autoridad Nacional de Control del Ministerio Público (*Diario Oficial El Peruano* del 8 de mayo de 2019 para ambas), que ciertamente han generado comentarios y pareceres de distinto calado. Especial tesitura que da inicio a la formulación conjunta de los criterios para la elaboración de la política pública nacional en materia de justicia a cargo de los poderes estatales integrantes del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.

Este complicado quehacer ha sido puesto en marcha también por el propio Poder Judicial, al disponer la elaboración de las líneas rectoras y propuestas de políticas públicas en materia de justicia divididas en siete ejes temáticos: independencia e imparcialidad judicial, selección y nombramiento de jueces, formación y capacitación del magistrado, sistema disciplinario, interoperabilidad en el sistema de justicia, sostenibilidad económica y presupuestaria, y acceso a la justicia y carga procesal (Resolución n.º 328-2019-P-PJ del 13 de junio); que han sido recogidos en el documento titulado «Políticas públicas del Poder Judicial para la Reforma del Sistema de Justicia (en el contexto de la Ley n.º 30942)», presentado en el mes de agosto de 2019 al Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.

A fines del año pasado el Poder Judicial ha concluido la elaboración de su Plan Estratégico Institucional para el período 2020-2030, y de aprobarse se constituirá en el primer instrumento

sucedan en América Latina ante las numerosas variantes de los denominados habitualmente Consejos de la Magistratura o de la Judicatura, acaso un «modelo» latinoamericano.

14 Al erigirse un órgano de control desde «afuera» de la judicatura se tiene un peculiar modelo en reemplazo del modelo cuasicerrado y luego mixto de participación de la sociedad civil en el Órgano de Control de la Magistratura.

de gestión pública que reúna el pensamiento estratégico judicial para una década desde un enfoque democrático (un segundo intento —coincidentalmente— después de diez años también), una especie de hoja de ruta con líneas estratégicas, acciones y metas de política pública claramente identificadas y medibles, en armonía con los proyectos que presentará el Consejo para la Reforma de la Justicia. El plan referido pretende «contribuir a la construcción de una sociedad más pacífica, donde prime el respeto a la libertad, a la *democracia* [cursivas añadidas], a la Constitución y al Estado de derecho [...]»¹⁵. Para las acciones antes descritas, los órganos de gobierno judicial cuentan con los siguientes enlaces del Poder Judicial: Gabinete Técnico de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial para los temas vinculados a la Junta Nacional de Justicia, Gerencia General para el Plan Estratégico Institucional 2020-2030 y el Centro de Investigaciones Judiciales como enlace técnico ante el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.

En cuanto al órgano fiscal, mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación se declaró en emergencia el Ministerio Público por un plazo de sesenta días (n.º 401-2019-MPFN del 26 de febrero), se conformaron equipos de trabajo al interior del Ministerio Público para la elaboración de las líneas rectoras y propuestas de políticas públicas en temas de justicia sobre la base de seis ejes: autonomía e independencia fiscal, selección y nombramiento de fiscales, formación y capacitación, sostenibilidad económica y presupuesto, interoperabilidad y acceso a la justicia y descarga procesal (Resolución n.º 1772-2019-MP-FN del 15 de julio).

15 Así lo ha señalado el presidente del Poder Judicial Dr. José Luis Lecaros Cornejo en una corta entrevista sobre el plan y que contó en su formulación con la Universidad Esan como facilitadora. Ver *Diario Oficial El Peruano*. Lima, 4 de enero de 2020, p. 7. Como antecedente se tiene el proyecto «Bases para el Plan Decenal de Modernización del Poder Judicial 2008-2017», a iniciativa del presidente del Poder Judicial de ese entonces, Dr. Francisco Artemio Távora Córdova (2007-2008).

2.3. De tiempo en tiempo: haciendo y deshaciendo comisiones

Si se toma como punto de partida la segunda mitad del siglo XX, más concretamente, el año 1958 antes referido, han transcurrido un poco más de sesenta años desde la creación de una primera comisión con el objeto de liderar y procurar reordenar el sistema de justicia o judicial. La historia de su reforma a través de las comisiones para tal fin se condensa en el cuadro siguiente:

Organismos y comisiones creados especialmente para el proceso de reforma				
N.º	Ley	Nombre	Conformación	Características
1	1958 Ley n.º 13036	Comisión encargada de estudiar la reforma del Poder Judicial	<ul style="list-style-type: none"> • Delegado del Poder Ejecutivo, designado por el presidente de la República • Un senador • Un diputado • Un magistrado de la Corte Suprema • Decanos de cada una de las Facultades de Derecho de universidades públicas • Decano del Colegio de Abogados de Lima • Presidente de la Federación de Colegios de Abogados del Perú 	Comisión interinstitucional temporal, integrada por representantes de cada institución y encargada de formular el anteproyecto normativo correspondiente
2	1975 Decreto Ley n.º 21307	Comisión de Reforma Judicial	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien lo preside • Tres vocales de la misma Corte • Un vocal de Corte Superior • Un magistrado de primera instancia 	Comisión institucional (interna) y designados por el Poder Ejecutivo, salvo el presidente de la Corte Suprema

3	1979 D. L. n.º 22422	Centro de Investigaciones Judiciales (CDIJ) Luego con un nuevo formato orgánico-funcional el Centro de Investigaciones Judiciales (CIJ), de acuerdo con el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, iniciará sus funciones en la práctica en el siglo XXI	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la Corte Suprema, quien lo preside • Un vocal en lo administrativo de la Corte Suprema • Dos vocales de la Corte Suprema • Un magistrado de Corte Superior • Un magistrado de primera instancia • Dos magistrados cesantes o jubilados del Poder Judicial • Un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados • Un representante del Sistema de la Universidad Peruana 	<p>Órgano institucional permanente con cierta participación de la sociedad civil. El CDIJ estuvo vigente toda la década de los ochenta.</p> <p>El reformulado CIJ sigue en la actualidad</p>
4	1992	Comisión de Reestructuración de la Administración de Justicia	<ul style="list-style-type: none"> • Ministro de Justicia, quien lo preside • Académicos del derecho • Exjueces <p>Posteriormente se integran:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Representantes de los demás poderes del Estado • Representante del Colegio de Abogados de Lima • Magistrados • Juristas • Representantes de instituciones de investigación 	Comisión temporal inicialmente del Poder Ejecutivo y luego interinstitucional y con el concurso de otras dependencias no estatales
5	1995 Ley n.º 26546	Comisión Ejecutiva del Poder Judicial	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la Corte Suprema, quien lo preside • Vocal supremo presidente de la Sala Penal Permanente • Vocal supremo presidente de la Sala Constitucional y Social Permanente 	Órgano de gobierno judicial transitorio y asumió las labores de reforma judicial, contaba con un secretario técnico (titular de pliego)

6	1996 Ley n.º 26623	Consejo de Coordinación Judicial	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien lo preside • Presidente del Tribunal Constitucional • Ministro de Justicia • Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura • Fiscal de la Nación • Presidente del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura • Decano del Colegio de Abogados de Lima • Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú • Un representante de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales • Un representante de las Facultades de Derecho de las universidades particulares 	Comisión interinstitucional conformada por representantes de cada institución, en la práctica no funcionó. El protagonismo estuvo a cargo de las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público (primera disposición transitoria de la ley de creación)
7	2001 Convenio de Cooperación Interinstitucional y Adenda	Grupo de Trabajo de Alto Nivel (GTAN) para la Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia (SNAJ)	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Poder Judicial, quien lo preside • Presidente del Tribunal Constitucional • Fiscal de la Nación • Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura • Presidente del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura • Ministro de Justicia 	Grupo interinstitucional integrado por los representantes de cada institución
8	2003 Ley n.º 28083	Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS)	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Poder Judicial, quien lo preside • Fiscal de la Nación • Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura • Un representante del Tribunal Constitucional 	Comisión interinstitucional temporal, conformada por los titulares y representantes de las instituciones involucradas

			<ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura • Ministro de Justicia • Defensor del pueblo • Dos representantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República • Cinco miembros elegidos por las instituciones de la sociedad civil participantes en el Foro del Acuerdo Nacional 	
9	2003 Resolución n.º 191- 2003-P-PJ	Acuerdo Nacional por la Justicia Para la elaboración de las propuestas de políticas de Estado del Poder Judicial contó con el informe de la Comisión de Reestructuración del Poder Judicial conformado por jueces de todos los niveles (Resolución n.º 035-2003-P-PJ)	Conducido por un Grupo Impulsor conformado por cinco personalidades convocadas por el Poder Judicial	Programa temporal auspiciado por la Presidencia del Poder Judicial e integrado por personalidades externas a este poder del Estado
10	2016 Declaración conjunta, acta de creación	Acuerdo Nacional por la Justicia	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Poder Judicial • Fiscal de la Nación • Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura • Presidente de la Academia de la Magistratura • Ministro de Justicia 	Mecanismo de coordinación interinstitucional integrado por los titulares de cada institución. El Tribunal Constitucional decidió no participar desde la creación del Acuerdo

11	2018 Reso- lución Suprema n.º 142- 2018- PCM	Comisión de Reforma del Sistema de Justicia (Comisión Consultiva)	Presidido por un diplomático e integrado por seis abogados convocados por el presidente de la República (siete profesionales en total)	Comisión dependiente del presidente de la República integrada por profesionales externos al Ejecutivo. Comisión <i>express</i> , de corta duración, reemplazada por el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia
12	2019 Ley n.º 30942	Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la República, quien lo preside por un año • Presidente del Congreso de la República • Presidente del Poder Judicial • Presidente del Tribunal Constitucional • Fiscal de la Nación • Presidente de la Junta Nacional de Justicia • Contralor general de la República • Defensor del pueblo 	Espacio interinstitucional de naturaleza permanente, integrado por los titulares de cada institución. La presidencia es rotativa. Actualmente vigente

Al analizar este cuadro en concordancia con el carácter cíclico de la reforma de justicia anteriormente revisado, el lector podrá darse cuenta de la existencia de una variedad de comisiones —con distintos nombres— a escala institucional e interinstitucional. Vale decir, comisiones al interior de cada uno de los órganos o poderes públicos en terreno de la justicia, con su particular visión, y aquellas con la participación plural y conjunta de diferentes estamentos del sistema de justicia, la comunidad jurídica y de la sociedad según corresponda.

El fenómeno de la «comisionitis» no solo se ha dado dentro de cada institución, como afirma Javier de Belaunde (2006, p. 181), también la historia nos revela otra suerte de comisionitis sectorial o fuera de las cuatro paredes del Palacio de Justicia, iniciada con la comisión de fines de los cincuenta. En seis décadas se ha tenido aproximadamente doce comisiones, consejos, centros, acuerdos o grupos —como se quiera llamar— considerados dentro del cuadro sugerido por el papel relevante en el desarrollo de la reforma. Siete de vocación interinstitucional y cinco institucionales (1975, 1979, 1995, 2003 —Acuerdo Nacional por la Justicia— y 2018).

Este paisaje, evidentemente, demuestra los altibajos, vaivenes y embates de nuestro devenir republicano, ante la complejidad de la problemática de la justicia y las relaciones políticas en cada proceso gubernativo; situación que genera en más de un especialista preguntas como las siguientes: ¿es posible reformar la justicia?, ¿la reforma es imposible?, ¿reforma siempre pendiente?, ¿hay esperanza?¹⁶, o ¿debemos confiar en este nuevo Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia?

De lo vertido anteriormente, complementan la labor de cambios, la presencia de otros organismos o espacios de coordinación de grado nacional. Un viejo conocido, otro en desarrollo y uno nuevo por conocer deben concurrir para el éxito del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, y son, por orden cronológico, el Acuerdo Nacional, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción¹⁷

16 Linn Hambergren (2007), Luis Pásara (2008, 2014, 2019) y la participación de Raúl Ferrero Costa (2003) en la mesa redonda sobre la reforma del Poder Judicial, al señalar que la reforma judicial es siempre un tema pendiente en la agenda por problemas endémicos.

17 Antes de esta comisión, han pasado otras experiencias ya sea desde el Ministerio de Justicia o desde el Consejo de Ministros: Programa Nacional de Anticorrupción, Comisión Nacional de Lucha contra la Corrupción y la Promoción de la Ética y Transparencia en la Gestión Pública y en la Sociedad, Consejo Nacional Anticorrupción y la Oficina Nacional Anticorrupción.

y la Junta Nacional de Justicia (órgano constitucional). Si bien coincidentemente no han sido nada fáciles y cómodos sus procesos de formación, han pasado por diferentes vallas de todo tipo y situaciones coyunturales, como ha ocurrido en la elección de los integrantes de la Junta Nacional de Justicia. Se espera superar las tensiones por lo que se viene: una ardua y complicada labor para la Junta Nacional de Justicia en temas pendientes sobre reexamen de los procesos de selección profesional y ratificación de años anteriores, pedidos de destitución de magistrados (84 casos a diciembre de 2019) y aproximadamente 2871 magistrados para los procesos de ratificación¹⁸.

Órganos y organismos relacionados con el proceso de reforma				
N.º	Ley	Nombre	Conformación	Características
1	2002 Acta de creación Noviembre	Acuerdo Nacional	Presidente de la República Representantes de partidos políticos	Mecanismo de coordinación y articulación permanente. Actualmente vigente
2	2013 Ley n.º 29976	Comisión de Alto Nivel Anticorrupción	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Congreso de la República • Presidente del Poder Judicial • Presidente del Consejo de Ministros • Presidente del Tribunal Constitucional • Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura • Fiscal de la Nación • Ministro de Justicia y Derechos Humanos 	Órgano coordinador interinstitucional permanente cuya presidencia es rotativa. Vigente actualmente

18 Datos extraídos del *Diario Oficial El Peruano*. Lima, 31 de diciembre de 2019, p. 5.

			<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales • Presidente de la Asociación de Municipalidades del Perú • Secretario ejecutivo del Foro del Acuerdo Nacional • Coordinador general de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción 	
3	2019 Ley n.º 30904, Ley de Reforma Constitucional	Junta Nacional de Justicia	<ul style="list-style-type: none"> • Siete integrantes elegidos mediante concurso público de méritos <p>La Comisión Especial encargada del concurso está conformada por:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Defensor del pueblo, quien la preside • Presidente del Poder Judicial • Fiscal de la Nación • Presidente del Tribunal Constitucional • Contralor general de la República • Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades públicas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad • Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades privadas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad. 	Órgano constitucional permanente, sus integrantes son elegidos por cinco años sin reelección

3. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PROCESO DE REFORMA DE LA JUSTICIA

Ante las válidas preocupaciones sobre si es posible reformar el sistema de justicia o en cuestiones de cambios hay algún indicio de esperanza, desde un análisis comparado de los intentos reformistas y las diversas comisiones aludidas, tratando de alinear una proceso viable y optimista de refundación de la justicia se puede identificar ciertas notas características del actual Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia. Además de la participación directa del presidente de la República, la vocación de permanencia en el tiempo de un ente corporativo central para la cooperación, articulación (o rearticulación si cabe el término) y seguimiento de la implementación y ejecución de las políticas públicas consensuadas y los respectivos procesos de reforma de los estamentos integrantes del citado Consejo (donde la interoperabilidad y transversalidad caen de maduras); no es otra cosa que evidenciar y asegurar que las políticas públicas y las acciones planteadas deban tener el efecto deseado dentro del sistema y en la sociedad. «En esa línea, se busca contar con un mecanismo de alto nivel para la coordinación de los esfuerzos de la reforma judicial. Con ello, se busca asegurar el impulso y la ejecución de las decisiones adoptadas con miras a la mejora de la administración de justicia en nuestro país» (Asociación Civil Transparencia, 2018, p. 27; Grandez, 2019, pp. 695-717).

Ciertamente, la apuesta de este modelo no temporal es promover la planificación institucional e interinstitucional, la sinergia de los órganos que forman parte del sistema de justicia, sobre la base del principio de separación y colaboración de los poderes del Estado, y poner en primera una metodología de monitoreo para la sostenibilidad del proceso de mejora continua. Han pasado dieciséis años para cristalizar un espacio de tal naturaleza con sus propias características, más o menos como se pensó en la CERIAJUS y otras propuestas similares. En efecto, se debe anotar que la Comisión

Consultiva de Reforma del Sistema de Justicia del Poder Ejecutivo tiene en las propuestas de la CERIAJUS (2004), la Defensoría del Pueblo (2006) y el Acuerdo Nacional de Justicia/Poder Ejecutivo (2016-2017), los antecedentes de un órgano de coordinación y conformación interinstitucional de alto nivel¹⁹. Con anterioridad, desde la visión del Poder Judicial se propuso la implementación de un Centro para la Modernización y Coordinación de la Justicia (2003), como una instancia técnica que tendría un directorio conformado por los máximos representantes de las entidades del sistema de justicia e instituciones de la llamada sociedad civil²⁰.

Ahora bien, si la reforma planteada se concibe como una mejora continua y no un fin en sí misma, como una gestión del cambio y medición de su impacto o como un proceso de transformación, para obtener un producto de calidad de las decisiones públicas, en el servicio a las personas/ciudadanos y encaminado a la máxima funcionalidad del sistema de justicia desterrando cualquier resistencia y enquistamiento corporativo/individual, se está formando un valor público enfocado en la persona dentro de un escenario participativo marcado por nuevas perspectivas; y en cuyo caso, el Consejo está obligado a dar resultados y por sus frutos habrá que juzgarlo, por cuanto la idea es dejar de estar de experimento

19 El proyecto de reforma parcial de la Constitución elaborado por la CERIAJUS establecía en su artículo 160 que el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura mantendrían relaciones de coordinación a efectos de asegurar el cumplimiento adecuado y oportuno de la función estatal de impartir justicia, sin perjuicio de la autonomía constitucionalmente reconocida a cada uno de ellos; y delegaba a una ley orgánica el desarrollo de dicho único articulado. Por parte de la Defensoría del Pueblo léase el Informe Defensorial n.º 109 (primera recomendación) y del Acuerdo Nacional de Justicia y el Poder Ejecutivo véase el Proyecto Ley n.º 1626/2016-PE.

20 Ponencia del presidente del Poder Judicial Dr. Hugo Sivina Hurtado en el Conversatorio Internacional sobre Experiencias de Reforma de la Administración de Justicia, realizado en Lima el 21 de agosto de 2003, hotel Country Club.

en experimento, de comisión en comisión, haciendo y deshaciendo comisiones o caer en lo mismo²¹.

Si bien el Consejo nació por mandato legal, no por reforma constitucional y sin consenso inicial entre las instituciones del sistema de justicia de hoy en día, el tiempo confirmará su legitimidad de ejercicio; que pasa por superar la salida y ausencia del Tribunal Constitucional²² o disminuir cualquier relación tóxica a nivel interórganos constitucionales si existiera. Como fuere, probablemente una reforma constitucional podría reforzar la continuidad y estabilidad del Consejo ante cualquier panorama o intento de debilitar, derogar o extinguir su ley de creación.

Es particularmente gravitante que el Consejo de Reforma del Sistema de Justicia, en su desarrollo haya tenido en cuenta los antecedentes históricos y documentales esbozados en párrafos anteriores, desde una óptica de reforma pluridimensional e integradora, o por lo menos tenga presente como mínimo cuatro grandes dimensiones: normativa, organizativa, implementación-seguimiento y capacitación-cultura. También sería oportuno que se echara mano de un modo significativo a las propuestas presentadas por el Poder Judicial, perfectible como todo producto humano.

Dentro del marco expuesto y para no exceder el límite de este trabajo, se ponen en mesa algunos aspectos para la marcha reformista del presente siglo:

- a) Para no hablar de una reforma de papel o de la «inutilidad» de la reforma, esta debe ser no solo desde sus bases (construida desde abajo hacia arriba), como la creación de una moderna Escuela

21 Nos recuerda la sabia y conocida expresión de Manuel Vicente Villarán en relación con el número de Constituciones: el Perú ha vivido haciendo y deshaciendo Constituciones.

22 Ocurrida durante la presidencia del Dr. Ernesto Blume Fortini y confirmada actualmente en la presidencia de la Dra. Marianella Ledesma Narváez.

de Magistrados para el acceso a la carrera, también debe tocar la cima del Poder Judicial (desde arriba hacia abajo).

- b) Asumir la ideología de la justicia democrática, lo que significa el paso del juez normativista solamente encerrado y enterrado entre sus expedientes y textos legales a aquel juez que no debe ignorar el medio político, social, económico y cultural de la sociedad²³. Una organización judicial sólida vislumbra tanto la plena función jurisdiccional como la función política y social del juez. Ello implica la necesaria concordancia y conocimiento de la vida política, social y local (e incluso internacional). Ya no estamos en épocas propias de un modelo de juez «aséptico», «legalista», «pasivo», «apolítico» o «no vinculado» (Rico y Salas, 1990, pp. 38-39), el Estado constitucional que se precie de serlo propicia un juez «constitucional», «político», «democrático» y «próximo» a las partes, que es un juez compenetrado con la sociedad, con el sistema político y su intervención autónoma en el proceso político, diferente a un juez partidario o politizado (que es su negación). Es una evolución nada sencilla porque toca la forma de pensar y razonar de los magistrados.
- c) Si la capacitación de los magistrados apunta al fortalecimiento de la independencia e imparcialidad judicial (realización de los valores constitucionales y garantía de los derechos ciudadanos) y por efecto la manutención y consolidación del sistema democrático constitucional, por un juez hacia la interacción con su medio sociopolítico —como habláramos líneas arriba—, se requiere mejorar significativamente los procedimientos de entrenamiento, esto es, la formación y capacitación de los cuerpos

23 En sede nacional, sobre la ideología judicial pueden repasarse los artículos de Sergio Salas Villalobos «¿Qué es la justicia democrática?» (2 de marzo de 2007), «La ideología judicial y la reforma» (2 de febrero de 2007) y «Hacia una justicia democrática» (2001); y el libro de Iván Sequeiros *Análisis y comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial* (1996, pp. 25-26).

judiciales, tanto en la planificación y evaluación como en el contenido curricular. En tanto y en cuanto la formación inicial y continua (en ejercicio) deben estar bajo un modelo de formación profesional para el desarrollo de competencias laborales, un modelo de formación contextual/laboral, desprovistos de teoricismo y academicismo que pueden desviarnos a una formación universitaria, que no corresponde en estricto (Sagués, 1998, p. 122).

- d) Corresponde al mismo Poder Judicial priorizar sin demora sus aportes sustantivos sobre el modelo jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia a través del *certiorari*, un modelo que debe implementarse en el caso peruano a través de determinados filtros: la naturaleza de la pretensión, la materia, la relevancia del caso, la cuantía, y con incidencia en los efectos de la concesión del recurso de casación. Así la Corte Suprema estaría avocada básicamente a su función nomofiláctica, fijar precedentes jurisprudenciales y unificar la jurisprudencia tan necesaria en estos tiempos de litigiosidad.

Igualmente, la necesidad de replantear el «gobierno de los jueces» o «gobierno de la justicia», porque pueden gestarse propuestas externas, así como ha sucedido en el siglo XX en cuestiones de selección, nombramiento y ratificación judicial; y en el siglo XXI la pérdida de las funciones disciplinarias sobre los integrantes de la judicatura. Una reingeniería en la estructura orgánica y funcional de los órganos administrativos del Poder Judicial pertenecientes a la esfera de la Presidencia del Poder Judicial, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Ejecutivo y de la Gerencia General de este poder público. Un moderno organigrama con un marco ideológico democrático y la *performance* de sus integrantes acorde con los nuevos tiempos.

- e) En estrecha conexión con el párrafo precedente, una mejor técnica legislativa del principio del *stare decisis* («estese a lo decidido») ayudaría a superar la diversidad de normas legales regulatorias del precedente judicial. Correspondería dejar también la diversidad de nombres en su empleo, que llama a la confusión: pleno casatorio, acuerdo plenario, sentencia vinculante, sentencia plenaria, precedente obligatorio, doctrina jurisprudencial o pleno jurisdiccional. Pese a ello, cabe destacar que los plenos judiciales han sido considerados como una manifestación de buenas prácticas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁴.
- f) Poner en primer plano las propuestas legislativas presentadas a fines del año pasado al interior del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, sobre: i) modificación del Código Procesal Civil, de la Ley n.º 26979 y la Ley n.º 27584 sobre el trámite del recurso de casación y limitar el acceso de causas a la Corte Suprema de Justicia, ii) modificación del Código Procesal Civil para la implementación y fortalecimiento de la oralidad en el proceso civil, iii) regulación del uso del expediente judicial electrónico, iv) reforma del recurso de casación en la nueva Ley Procesal del Trabajo, y v) aplicación en sede judicial de los convenios de sustracción internacional de menores.
- g) El hecho de que desde hace un decenio el Poder Judicial viene impulsando —y superando gradualmente baches de todo tipo— el uso de la tecnología y la modernidad en el estudio, diseño y construcción del futuro expediente electrónico,

24 Ocurre por ejemplo con el Acuerdo Plenario n.º 001-2016/CJ-116 sobre los alcances atípicos del delito de feminicidio, Acuerdo Plenario n.º 002-2016/CJ-116 sobre lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica, y Acuerdo Plenario n.º 005-2016/CJ-116, sobre delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar (ámbito procesal, Ley n.º 30364). Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).

como muestra de transparencia, rapidez y eficiencia, por cuanto se está hablando del acceso directo en tiempo real a la información de las decisiones judiciales (Lama, 2010, p. A4), hoy es una realidad sin retorno en algunos órganos jurisdiccionales. Su continuidad y expansión dependerá del presupuesto institucional y es especialmente significativa la firma del contrato de préstamo el 27 de noviembre de 2019, entre el Estado peruano y el Banco Mundial para financiar el escalamiento del EJE a nivel nacional, cuyo efecto en su aplicación deberá permitir repotenciar la plataforma de jurisprudencia y los reportes estadísticos. Con bastante razón ante los estragos de la COVID-19, deberá seguirse ampliando el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el aparato judicial.

- h) Una reforma judicial estructural de calidad y confiable, lamentablemente no es barata —guste o no—. Entre el monto del presupuesto solicitado por el Poder Judicial vs. el presupuesto asignado para cada ejercicio fiscal existe una brecha importante, solo en los tres últimos años, para tomar como ejemplo, se ha registrado una tendencia decreciente en cuanto al valor porcentual asignado para los ejercicios fiscales 2017 (66.16 %), 2018 (64.92 %) y 2019 (50.85 %). Panorama nocivo para la judicatura, que evidencia lo poco eficiente que ha resultado la aplicación de la Ley n.º 28821, denominada «Ley de coordinación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para la programación y formulación del presupuesto institucional del Poder Judicial», expedida hace más de dos quinquenios y en la práctica desprovista de los principios constitucionales presupuestarios básicos: competencia y de justicia presupuestaria²⁵. Una reestructuración

25 La Ley n.º 28821 de 2006, es el resultado de la STC n.º 004-2004-CC-TC del 31 de diciembre de 2004, proceso de conflicto de competencia iniciado por el Poder Judicial ante el Poder Ejecutivo, por pretender modificar el proyecto de

en «rojo» es hueca si no hay una asignación presupuestal suficiente (Hernández, 2007, pp. 543-544). Al respecto, los trabajos preparatorios para la edición XX de la Cumbre Judicial Iberoamericana consideran que uno de los pilares esenciales para el fortalecimiento de la independencia en el ejercicio de la labor jurisdiccional y de los Poderes Judiciales de la región, es la asignación presupuestaria constitucionalmente garantizada y suficiente; y es en esa dirección la puesta en marcha de un protocolo iberoamericano sobre independencia y responsabilidad judicial. Instituciones multilaterales como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos abogan no solo por un marco normativo en cada país que consagre un porcentaje mínimo de presupuesto para la judicatura, sino también debe darse un alto grado de prioridad a la asignación de dichos recursos (Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 25), como también debe ocurrir en temas claves como salud y educación (trilogía: salud, educación y justicia)²⁶.

- i) En pleno proceso reformista, no se pueden dejar de mencionar los escandalosos actos de corrupción sistemática que le sobrevinieron, dejando prácticamente ninguna zona «exenta» o inmune al galopante y extendido avance de la corrupción supranacional, nacional y subnacional con el tremendo caso de la constructora brasileña Odebrecht (recuérdese también la red Orellana), lo que confirma la lamentable conclusión: «[...] la historia del Perú ha sido en parte la historia de sucesivos ciclos

presupuesto presentando por el Poder Judicial en los términos previstos en el artículo 145 de la Constitución de 1993.

- 26 Sobre todo ante la cruda realidad del sistema sanitario público, la problemática hospitalaria y las deficiencias educativas puestas en evidencia por el nuevo coronavirus. Situación que originará también una mayor presencia del derecho de la salud y el derecho a la educación en todo enfoque relacionado con la democracia constitucional.

de corrupción» (Quiroz, 2013, p. 438). Situación extrema que obliga también a una relectura minuciosa sobre cuáles han sido los resultados en cada una de las entidades del sistema de justicia y de la justicia alternativa y el papel de los abogados que viene de tiempo atrás; por cuanto se está demostrando gruesas debilidades y taras del procedimiento arbitral y de los árbitros²⁷. A su turno, ha quedado totalmente confirmado, despejándose cualquier duda, si la hubo, el deficiente y nulo control de los colegios de abogados sobre la conducta e integridad de sus agremiados en el ejercicio profesional. Al revés, para atacar conductas indebidas, maliciosas, dilatorias, temerarias y corruptas se requiere apropiados y mayores mecanismos expeditivos de control, identificando las respectivas responsabilidades de los abogados, de las firmas legales —sean estudios chicos o grandes— y de las mismas asociaciones de abogados. Ayudarían los códigos de conducta profesional según los estándares internacionales²⁸.

- j) Se debe enfatizar las reformas también en otras instituciones no menos importantes integrantes del universo de la justicia, como es el caso del Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, por cuanto no han estado fuera del ruido de la crisis del sistema, como ha sucedido con la famosa «repartija» del año 2013 en la elección de los magistrados constitucionales

27 Por ejemplo, ha sido sintomático escuchar en el Primer Encuentro de Centros de Arbitraje e Instituciones Arbitrales 2020, organizado por el Instituto Peruano de Arbitraje (IPA) el 25 y 26 de febrero, la problemática arbitral tan parecida a lo que sucede en ámbitos judiciales, al punto de traernos a la memoria la figura histórica del árbitro con la expresión «jueces árbitros» utilizada expresamente por el antiguo Reglamento de Tribunales y Juzgados de la República de 1845.

28 Recuérdese los «Principios básicos sobre la función de los abogados», aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, rubros «obligaciones y responsabilidades» y «actuaciones disciplinarias». Es interesante lo que al respecto señala Vigo (1979).

y la casi consumada en el 2019 (al punto de originarse nuevas formas democráticas de protestas con el uso de las redes sociales, materializadas en movilizaciones masivas en las calles bajo el *hashtag* #TomaLaCalle)²⁹; y la remoción de un contralor general de la República.

REFERENCIAS

- Asociación Civil Transparencia (2018). *Hacia un sistema de justicia honesto y eficiente. Versión resumida de los proyectos elaborados por la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia R. S. n.º 142-2018-PCM*. Lima: Asociación Civil Transparencia y Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Basadre, J. (1983). *Historia de la República del Perú. 1822-1933* (t. 2). Lima: Editorial Universitaria.
- Belaunde López de Romaña, J. de (2006). *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*. Lima: Fundación Konrad Adenauer/Instituto Peruano de Economía Social de Mercado.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*. Informe aprobado el 14 de noviembre de 2019.
- Consejo Nacional de Justicia (2019). *Reunión Iberoamericana de la Agenda 2030 en el Poder Judicial. Agosto 2019, Curitiba, Brasil*. Brasilia: Consejo Nacional de Justicia-PNUD.
- Cumbre Judicial Iberoamericana (s. f.). Quiénes somos. Recuperado de <http://www.cumbrejudicial.org/institucional/quienes-somos>

29 Para mayor detalle puede verse Domínguez (2020, pp. 306-323).

- Domínguez, H. (2018). *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica*. Lima: Grijley.
- _____ (2019). ¿Ser o no ser del Poder Judicial? Aproximación bibliográfica sobre el proceso de reforma, modernización, reestructuración y refundación de la judicatura nacional. *Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 9(11), 374-438.
- _____ (2020). El sentido de una reforma. Competencias del Tribunal Constitucional y reglas de juego en la renovación de magistrados constitucionales. *Gaceta Constitucional*, t. 146, 306-323.
- Ferrero Costa, R. (2003). Mesa redonda sobre la reforma del Poder Judicial. *Revista Jurídica del Perú*, (43), p. XIX.
- Grandez, P. (2019). La nueva Junta Nacional de Justicia y los desafíos pendientes. En *Noveno seminario internacional Proceso y Constitución* (pp. 695-717). Lima: Palestra Editores.
- Grupo Impulsor del Acuerdo Nacional por la Justicia (ANJ) (2004). *Informe final «Políticas de Estado para el cambio estructural en el Poder Judicial»*. Lima: Poder Judicial del Perú.
- Hammergren, L. (2004). La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras. En Pásara, L. (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina* (pp. 289-333). Lima: Consorcio Justicia Viva.
- _____ (2007). *Envisioning Reform. Improving Judicial Performance in Latin America*. University Park, PA: The Pennsylvania State University Press.
- Hernández, W. (2007). La reestructuración en «rojo». En Malpartida, V. (comp.), *Magistratura: «un poder sin poder», encrucijada y disidencia* (pp. 543-544). Lima: Editorial San Marcos.

Lama, H. E. (18 de noviembre de 2010). ¿Un Poder Judicial virtual? *El Comercio*, p. A4.

Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas*. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 5 de diciembre de 2013.

Pásara, L. (31 de julio de 2008). ¿Es posible reformar la justicia? *Perú21*, p. 9.

_____. (2014). *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

_____. (2019). *De Montesinos a los Cuellos Blancos. La persistente crisis de la justicia peruana*. Lima: Planeta.

Quiroz, A. W. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Ramos, C. (2019). *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Rico, J. M. y Salas, L. (1990). *Independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*. San José/ Miami: Centro para la Administración de Justicia/Universidad Internacional de la Florida.

Sagués, N. P. (1998). *Las Escuelas Judiciales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Salas, S. (2001). Hacia una justicia democrática. *Lumen. Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFE*, (2), 101-109.

_____. (2 de febrero de 2007). La ideología judicial y la reforma. *La República*, p. 18.

_____. (2 de marzo de 2007). ¿Qué es la justicia democrática? *La República*, p. 18.

- Sequeiros, I. (1996). *Análisis y comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Lima: Grijley.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2006). *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*. México D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Távora, F. (2007). *Mensaje del señor presidente del Poder Judicial, doctor Francisco Távora Córdova, en la ceremonia de apertura del Año Judicial 2007*. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6d9fb1004b56dcd5b5d2b7a05f0807b2/DIS_FRANCISCO_TAVARA_2007_020107.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6d9fb1004b56dcd5b5d2b7a05f0807b2
- Vigo, R. L. (1979). *Ética del abogado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Experiencias de mutación constitucional en España

The experience of constitutional mutation
in Spain



GERARDO RUIZ-RICO RUIZ

Universidad de Jaén

(España)

Contacto: gruiz@ujaen.es

<https://orcid.org/0000-0002-5505-2591>

RESUMEN

El presente trabajo analiza el concepto y el alcance de los procesos de mutación que afectan a los textos constitucionales. La mutación adquiere unas características especiales que la diferencian de la adaptación, con la cual normalmente se interpretan las normas constitucionales en función de una realidad cambiante. En el caso de la Constitución española de 1978, esta se ha visto sometida a una recreación significativa por parte del Tribunal Constitucional, frente a un texto demasiado indeterminado o inacabado a veces; especialmente se ha visto

afectada en este sentido la llamada «Constitución territorial» y su aplicación en la implantación del Estado autonómico español. Una de las últimas manifestaciones de mutación constitucional se ha producido con la implantación, como nuevo principio de rango constitucional, de la estabilidad presupuestaria, en la medida en que ha supuesto la constitucionalización interna de la crisis económica como verdadero parámetro normativo por el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Constitución, mutación, Constitución española, estabilidad presupuestaria.

ABSTRACT

This essay examines the concept and limits of the constitutional mutation and how they affect constitutional texts. The mutation has some special characteristics, different to the adaptation. It is used to study the interpretive process of constitutional norms. It is because the mutation responds to the context.

The Spanish Constitution of 1978 is a limited text, but the Court's constitutional interpretation has recreated its significance. It happened for example in its decision on the «territorial constitution» regarding to the Spanish autonomous government. Another example, its decision on the fiscal stability: it is a new constitutional standard created through the interpretive work of the «Tribunal Constitucional». Now, fiscal stability is a new assumption of the economic crisis and it is a new constitutional component of the constitutional interpretation.

Key words: juridical mutation, constitutional interpretation, constitutional standards.

Recibido: 25/05/2020 Aceptado: 10/06/2020

1. LA MUTACIÓN Y LA ADAPTACIÓN COMO EXPERIENCIAS ORDINARIAS Y POLIÉDRICAS EN LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

La premisa inicial de la que se ha de partir permite reconocer en la mutación constitucional un fenómeno «bipolar»: de un lado, se asume la posibilidad de una reforma «informal» (implícita) de la norma fundamental, como resultado inevitable de una excesiva rigidez constitucional, y, al mismo tiempo, se considera aquella como una auténtica excepción, potencialmente contradictoria con el principio de constitucionalidad.

En todo caso, la mutación representa un mecanismo que facilita conciliar la vocación de permanencia, consustancial a cualquier texto constitucional, con la necesidad de adaptar este último a una realidad siempre dinámica, que cambia a un ritmo superior a la frecuencia de las alternativas interpretativas de un marco normativo esencialmente flexible¹.

Pero la mutación puede presentarse igualmente como la expresión de una sintomatología patológica del orden constitucional cuando este interpone demasiadas dificultades procesales en las fórmulas que autorizan su reforma. Representaría, pues, el fracaso de la adaptación de la realidad normativa constitucional a la realidad sociopolítica en la que esta debe aplicarse o, lo que es lo mismo, la imposición de esta última realidad dinámica a una normatividad constitucional mucho más estática. En tal caso, hay que establecer entonces una frontera a aquel tipo de hermeneusis con la que se pretenda sustituir la acepción lógica de los enunciados

1 La bibliografía en castellano sobre mutaciones constitucionales es extraordinariamente amplia. Podríamos subrayar algunos títulos que complementan a los de autores clásicos de referencia: Vega (1985), García Belaunde (2017), Fisher (2012), Clavero (1997), Balaguer (1997), Sánchez Urrutia (2000), Sánchez González (2007), Canosa (2008), Cruz (2006), López Aguilar (2012), Sant'Ana (2012).

constitucionales. Esta prevención parece en especial indicada cuando surgen transformaciones en la realidad sociopolítica, desde las cuales se intenta validar socialmente comportamientos, principios, valores o acciones políticas aceptados y reconocidos de forma mayoritaria (Hesse, 1987, p. 97). Del mismo modo, tampoco serían admisibles ese tipo de «convenciones» que, pese a ser utilizadas en la praxis institucional, son incompatibles con las formulaciones jurídicas que conforman la norma fundamental.

La mutación con la que se pretende cambiar el significado de los enunciados positivizados en el texto de la Constitución —es decir, la reforma del contenido sin reforma formal o expresa de aquella— se observa, por lo general, como una operación habitual, y casi necesaria, para la conservación de cualquier sistema constitucional. Por esa razón, quizá el problema radica no tanto en aceptar o rechazar *a priori* y sin matices esa transformación «informal» de la norma fundamental, sino en determinar, más bien, qué niveles de «mutabilidad» serían asumibles para otorgar validez a este tipo de manipulaciones interpretativas, porque ya es, en sí mismo, tendencialmente contradictorio con la norma suprema del Estado adoptar una variable interpretativa que resulte excesivamente alejada de su significación original². De esta forma, la apertura o la «elasticidad» consustancial a la Constitución no pueden legitimar operaciones interpretativas o «reconstructivas» que cuestionen su valor normativo o pongan en peligro el principio básico de su supremacía dentro del ordenamiento (Sant’Ana, 2012, p. 39). La intrínseca adaptabilidad de cualquier texto constitucional —inevitable si se parte de un derecho positivo construido, en buena medida, sobre cláusulas «principiales» o axiológicas, así como sobre conceptos jurídicos de enorme indeterminación sustantiva— no

2 Como apunta Balaguer (1997), no hay un número ilimitado de posibles significaciones de los preceptos constitucionales (p. 108). Véase Aparicio (2010).

puede justificar versiones contradictorias de sus enunciados hasta conseguir hacerles decir lo que en ningún caso dicen³.

No obstante, la mutación no tiene por qué ser, *a priori*, sinónimo de una ruptura radical de una regla basilar en un Estado de derecho, como es el principio de la normatividad constitucional. Caben, en efecto, cambios de significado de los preceptos de esta última sin que ello suponga forzosamente una infracción de la norma fundamental; esa compatibilidad es en particular significativa en aquellas interpretaciones que no resultan antitéticas con el significado «normal» de los preceptos constitucionales. Existen, ciertamente, cambios que no pueden ser calificados como «anticonstitucionales»; modificaciones que, en realidad, solo complementan los silencios o las lagunas que se observan con frecuencia en su articulado. En este sentido, las llamadas «resoluciones jurisprudenciales interpretativas», al igual que las denominadas «sentencias aditivas» (Italia), representan claros indicadores o exponentes de este método indirecto de revisión y adaptación del texto constitucional, en la medida en que «amplifican» los posibles significados legítimos, admisibles y, finalmente, vinculantes para los operadores jurídicos y políticos, desde el punto de vista de su legitimidad constitucional⁴.

Pero la necesidad de «adaptar» las normas constitucionales a una realidad dinámica nunca debería hacerse en detrimento de la «normatividad» de aquella, al menos si se quiere ajustar

3 García (2017) ha advertido el riesgo de utilizar la consustancial «elasticidad» del texto constitucional para llevar a cabo una interpretación irresponsable que la subvierta «desde adentro» (p. 83).

4 Por otro lado, entre las tradicionales fórmulas interpretativas de las reglas constitucionales —*secundum, praeter y contra legem*— la noción de «adaptación» podría encajar mejor dentro de la segunda, en tanto que la *mutación* supondría una modificación en sentido linealmente distinto al que se establece en la norma constitucional. En todo caso, creemos que habría que normalizar ambos conceptos, aceptando que forman parte de lo que podríamos denominar como «Constitución viva».

la interpretación constitucional a la definición primaria y las características esenciales de un Estado constitucional de derecho. No cabe duda de que la acomodación de unas normas en sí mismas flexibles y «abiertas», abre un camino de largo recorrido a la mutación y la adaptación constitucionales. La «contextualización» es una operación imprescindible para mantener la vigencia del texto escrito más allá del espacio temporal sobre el que inicialmente se proyecta, adaptándola a una «realidad» y a una «cultura» constitucionales en permanente estado de variabilidad, pero sin que por ello cambie los fundamentos jurídicos en los que se sustenta⁵.

La diversidad de contextos diferenciales en los cuales se tienen que aplicar las normas constitucionales justifica una pluralidad de fórmulas interpretativas, tanto en la esfera legislativa como en la jurisprudencial. Como modelo representativo de la ineludible exigencia de asimilación al cambio y las circunstancias sociojurídicas, se puede traer a colación la teoría del margen de apreciación con la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se esfuerza en «adaptar» —y llega a admitir como válidas interpretaciones a menudo contradictorias— el significado de los derechos consagrados por el Convenio de Roma a modelos políticos y culturales —en ocasiones, muy heterogéneos— que conviven en el Consejo de Europa.

Pero también esa contextualización fundamentaría la llamada «modulación constitucional», una noción con la que se aspira a integrar los modernos principios y derechos del Estado constitucional en circuitos y ambientes socioculturales, previos a la implantación de esta fórmula de organización política y, muchas

5 Para Clavero (1997), un caso paradigmático de mutación por suspensión sería el de la Constitución americana; en algunas de sus cláusulas todavía teóricamente en vigor se podría observar una contradicción con una cultura jurídica que ha superado hoy la esclavitud y la exclusión de los derechos de los pueblos indígenas (p. 163).

veces, antitéticos con los que perviven aún en comunidades indígenas de América Latina⁶. El fenómeno tiene diversas intensidades, todas ellas relacionadas con el desarrollo de un «constitucionalismo multicultural», donde el reconocimiento de un nuevo derecho a la «identidad cultural» obliga —con frecuencia— a una inevitable acomodación y —no pocas veces— a la relativización de los principios y derechos «clásicos» del constitucionalismo occidental en los sistemas sociales, donde se constata la existencia de esa diversidad y pluralismo culturales.

Sin embargo, no es fácil trazar una frontera diáfana entre la mutación (reforma informal) y una interpretación «evolutiva» —y legítima— del intérprete de la norma constitucional⁷. Lo que en ningún caso podría hacer el juez constitucional (ordinario y constitucional *stricto sensu*) es cambiar el sentido de los preceptos que conforman el ordenamiento fundamental del Estado. Aunque disponga de una legitimidad para confeccionar la lectura auténtica de aquel, esa potestad no puede ser tan absoluta ni ilimitada que trascienda el significado lógico y común de los términos y el lenguaje constitucionalizados. La hegemonía jurisdiccional que ostentan, en esa línea, los Tribunales Constitucionales en los modelos concentrados de justicia constitucional, en cuanto garantes supremos —y sin posibilidad de recurso alguno en la esfera nacional— de la interpretación suprema de la norma fundamental⁸,

6 Sin tratarse de un concepto que se identifique con la mutación constitucional, contiene elementos que nos parecen similares al que conlleva esta como proceso de adaptación de la norma escrita a *escenarios fácticos* socioculturales dinámica y diversa. Véase Sagües (2002, 2014). Desde una óptica europea, véase Rolla (2012).

7 Para Fisher (2012) —y desde este modelo teórico—, la Constitución se concibe siempre como un «proceso social», un espacio evolutivo donde interactúan procesos de cambio que conformarían de manera permanente el significado del texto normativo.

8 Como exponente de ese carácter «inexpugnable» de las resoluciones de la justicia constitucional, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español,

puede convertir sus decisiones en una suerte de mecanismos indirectos a través de los cuales se ejerce un verdadero poder constituyente, una potestad en permanente activación y sin más límites que los que puntual y parcialmente se puedan aplicar desde alguna jurisdicción supranacional o convencional. Precisamente por esta última razón conviene examinar con profundidad la intensa experiencia de «recreación constitucional» que en este sentido demuestra la jurisprudencia constitucional, cuando el poder político estatal no ha sabido plasmar en la esfera legislativa los desarrollos que necesitaba la norma fundamental.

2. LAS DIFERENTES FÓRMULAS DE MUTACIÓN EXPERIMENTADAS POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

De acuerdo con la tipología clásica doctrinal⁹, la Constitución Española (CE) de 1978 ha experimentado dos métodos de mutación que han operado, a su vez, en distintos planos objetivos. En primer lugar, los procesos de transformación y adaptación indirecta o informal se impulsan a través de una serie de convenciones políticas que, seguidamente articuladas en intervenciones normativas, complementan un conjunto de lagunas jurídicas que afectan de modo especial en la denominada «Constitución Territorial».

aprobada en el 2007 (art. 4) tras un conflicto de notable intensidad con el Tribunal Supremo, prohibiría de manera radical la posibilidad de promover cualquier «cuestión de jurisdicción o competencia» contra sus decisiones, otorgándole al mismo tiempo la potestad para delimitar su propio ámbito de jurisdicción, el cual podrá ser garantizado en todo momento, con la capacidad adicional de adoptar las «medidas» que fuesen necesarias, entre las que se cuentan la facultad para declarar la nulidad de todos los «actos o resoluciones» que pudieran ir dirigidos a restringirla o menoscabarla. La posición hegemónica se refuerza con la proscripción ineludible: «Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado».

- 9 Véase De Vega (1985, pp. 185-ss.). Sobre definición, origen y supuestos de mutación constitucional, se puede consultar igualmente el trabajo de Sánchez Urrutia (2000).

Efectivamente, es en este ámbito o sector de la parte orgánica de la norma fundamental donde se detecta una elaboración imperfecta e inacabada, con renvíos demasiados amplios y genéricos al legislador (orgánico, estatuyente y ordinario). En no pocos casos, la posterior «recreación» político-legislativa introduce incluso elementos esenciales del modelo territorial, imprevistos e imprevisibles en el texto aprobado en 1978. No obstante, los resultados de aquellos acuerdos políticos —y sus consecutivas regulaciones normativas— nunca se someterían a la fiscalización del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, serían incorporados pacíficamente al «bloque de constitucionalidad».

El segundo plano en los procesos de mutación tiene una proyección especial en dos ámbitos materiales (derechos y, de nuevo, organización territorial) y dos tipos de operaciones metodológicas (interpretación jurisprudencial y legislativa), a partir de las cuales se reinventa el significado de elementos relevantes de la parte dogmática del texto constitucional, o bien se reconstruye la obra inconclusa del constituyente sobre una categoría de forma de Estado hasta entonces inédita: Estado autonómico.

Justamente esa configuración indefinida y fragmentada, en términos de técnica normativa, del nuevo modelo territorial, ha permitido un «hiperactivismo jurisprudencial» del Tribunal Constitucional (TC), el cual realiza una labor auténticamente «constructiva» —todavía sin solución de continuidad— de una fórmula de ordenación político-institucional que había sido, en buena medida, «desconstitucionalizada» (Cruz, 2006), y cuyas líneas potencialmente evolutivas no estaban marcadas ni siquiera implícitamente en el título VIII de la CE.

En la jurisprudencia constitucional, el silencio constitucional y la inconcreción «pendular» del legislador han generado la autopercepción como auténtico «poder constituyente indirecto»,

una función que poco tiene que ver con la configuración del TC como exclusivo legislador negativo, sometido —además— a la necesidad lógica de utilizar un criterio restrictivo (*self restraint*) a un extraordinario potencial funcional que le suministra el modelo concentrado de justicia constitucional implantado en España desde 1978.

Pero, hasta cierto punto, las mutaciones y adaptaciones «recreativas» de la jurisprudencia constitucional han sido el recurso lógico frente a la imposibilidad (voluntaria) —durante muchos años— de activar alguna de las modalidades de reforma constitucional expresa o directa contempladas en la CE (título X). La preocupación generalizada en el seno de la clase política por transformar los parámetros constitucionales que habían servido para consolidar el nuevo sistema democrático ha forzado la utilización de técnicas de interpretación (legislativa y jurisprudencial) que, con relativa frecuencia, han subvertido el significado natural de algunos preceptos de la norma fundamental (Sánchez González, 2007)¹⁰. La primera ocasión en que se acuerda esa revisión formal del texto de 1978 apenas tendría relevancia y alcance, al quedar circunscrita a la modificación del artículo 13.2, con objeto de reconocer —por imperativo del derecho internacional— el sufragio pasivo de los ciudadanos europeos en elecciones municipales. Más tarde, en el 2005 se lleva a cabo un nuevo intento a través de una iniciativa política que no pasaría en su tramitación del informe y la revisión efectuados por la más alta instancia consultiva estatal (Consejo

10 El autor describe y analiza en este trabajo los supuestos concretos que, a su juicio, entrarían en la categoría o concepto de mutación, derivados de la jurisprudencia constitucional española. Sería el caso de creación de nuevos valores constitucionales, como la dignidad (STC 337/94) y la vida (STC 53/85), y de nuevos derechos, como la objeción médica al aborto (STC 53/85), la libertad de mantener relaciones sexuales (STC 89/87), la libertad de procreación (STC 215/94), el derecho a rechazar la asistencia médica (STC 48/96) o el derecho de autodeterminación informativa (SSTC 290 y 292/2000).

de Estado)¹¹. En esa propuesta, finalmente frustrada, figuraba ya la necesidad de acomodar la norma constitucional al proceso de integración europea: sin duda, uno de los actuales y más intensos factores de mutación constitucional que están teniendo lugar en la Europa continental.

En efecto, el proceso de integración europea afecta significativamente a uno de los elementos primarios que definen la organización política estatal. La transferencia de amplias «cuotas de soberanía» en favor de la Unión Europea ha provocado un efecto de desapoderamiento en esferas decisionales de naturaleza constitucional, modificando cualitativamente el significado de este principio fundacional del Estado. De este modo, la «europeización» de los textos constitucionales permite validar ese cambio sustancial que se produce de la noción de soberanía nacional/estatal, sin renunciar a su conservación como uno de los componentes —ya más teórico que real— todavía formalmente positivizados en las Constituciones de los Estados miembros de esa organización supranacional. Estas mutaciones que se producen desde sistemas normativos y estructuras jurisprudenciales de carácter internacional han servido para ampliar el contenido y las dimensiones tradicionales de algunos derechos emblemáticos del Estado constitucional (el concepto de igualdad o identidad

11 En ese año, el Gobierno del Partido Socialista encargaría al Consejo de Estado un informe sobre las diversas opciones necesarias de una revisión de la CE de 1978, el cual no se vería después confirmado ni desarrollado en un proyecto formal de reforma constitucional ante las Cortes Generales. Entre las propuestas que se hacían figuraba la «europeización» definitiva de la norma constitucional de 1978, que no había podido lógicamente prever las consecuencias sobre una parte importante de los principios fundacionales de la democracia española, y especialmente la cesión de significativas «cuotas de soberanía» a las instituciones supranacionales europeas. De igual modo, se contemplaba el posible «cierre» del mapa autonómico, al menos en lo referido a la delimitación —mediante enunciado expreso— de las entidades territoriales que componen, desde principios de los años ochenta, el Estado autonómico español.

de género, el ejercicio de libertades de expresión y comunicación o la intimidad y la protección de datos personales); aunque con frecuencia no encuentran una fácil receptividad en los circuitos institucionales estatales encargados de aplicar y garantizar la efectividad jurídica de las leyes fundamentales nacionales¹².

3. LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES COMO MÉTODO DE ADAPTACIÓN Y SOLUCIÓN A LA «DESCONSTITUCIONALIZACIÓN» DEL MODELO TERRITORIAL EN LA CE DE 1978: LA «RECREACIÓN» JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO AUTONÓMICO

Las posibilidades de innovar la CE de 1978 quedaron abiertas desde muy temprano ante la decisión del Constituyente español de desconstitucionalizar buena parte de los componentes sustanciales de la forma de Estado. Quizá no podía ser de otro modo en ese momento y circunstancias, pero el caso es que esa indefinición e inconcreción jurídicas no solo se convertirían en las características emblemáticas de la Constitución territorial, sino que también iban a proporcionar unos márgenes enormemente amplios a los agentes institucionales —político (legislador) y jurisdiccional (Tribunal Constitucional, TC)— para «recrear» y completar un diseño organizativo y competencial incompleto y vagamente predeterminado en la norma fundamental¹³.

12 Como señala Cruz Villalón (2006): «el contenido y el sentido de los institutos constitucionales nacionales se ven modificados o modulados como resultado de esta pertenencia a la UE, aun en ausencia de un reflejo textual, expreso» (p. 40). Ciertamente, estas mutaciones han dado lugar a una constante necesidad de «europeizar» los textos constitucionales, a través ya de la impulsión de procedimientos formales de reforma constitucionales, mediante los cuales se puede conseguir una legitimación adecuada de esos cambios y transformaciones en el significado de las normas fundamentales nacionales sin socavar el principio de normatividad.

13 No obstante, Solozábal (1991) diferencia las decisiones de naturaleza política y las que tienen un carácter exclusivamente jurídico; concluye que las primeras pueden

Esta tarea se va a llevar a cabo, en primer término, a través de dos operaciones de naturaleza política (Pactos Autonómicos de 1981 y 1992) con las que se consolida una de las posibles interpretaciones que autorizaba el parco desarrollo constitucional de la forma autonómica de Estado. La línea evolutiva que marcaron se inclinaba netamente hacia la homogeneización institucional y competencial para el conjunto de entidades subestatales (Comunidades Autónomas), conforme a un modelo identificable, además, por su elevada dosis de descentralización política y administrativa.

A través de estos acuerdos políticos se elimina claramente el que aparecía como diseño más lógico, en principio, de la futura forma territorial de Estado, al menos desde el punto de vista de la regulación positiva contenida en los preceptos de la CE (artículo 2, conjunto del título VIII, disposición adicional primera). Efectivamente, en su versión fundacional, el modelo territorial reconocible en esas cláusulas constitucionales estaba contemplando —desde un principio— entre dos niveles de autogobierno, sustancialmente diferenciados tanto en su dimensión institucional u organizativa como desde una perspectiva competencial o funcional.

En lo que respecta al método de acceso a la autonomía, la CE distinguía igualmente dos clases de Comunidades Autónomas. De un lado, aquellas que, mencionadas en la disposición transitoria segunda (Cataluña, País Vasco y Galicia) alcanzarían el máximo techo de autogobierno de forma automática y sin período de transitoriedad; el motivo que privilegiaba a estas Comunidades tenía como base un factor o connotación histórica y preconstitucional: haber plebiscitado en el pasado (Segunda República, 1931-1939)

llegar incluso a la mutación constitucional, en tanto que las segundas —a cuya esfera pertenecerían las resoluciones adoptadas por el Tribunal Constitucional— tendrían vedadas las «intervenciones innovativas» del ordenamiento constitucional. Véase Solozábal (1991).

un estatuto de autonomía. La segunda categoría, esto es, el resto de futuras CC. AA. (todavía sin identificar su número y entidad), tendría que esperar un período fijado constitucionalmente (cinco años, art. 148.2) para poder igualarse a las primeras en cuanto a techo competencial. Esta división original no se circunscribía, pues, a los mecanismos de creación de los entes subestatales, sino que también se iba a proyectar sobre el grado y la calidad de autogobierno que se podría alcanzar por medio de cada una de estas fórmulas procesales (Ruiz-Rico, 2018).

Por consiguiente, la interpretación que emanaba de la Constitución territorial normativizada parecía inclinarse claramente hacia una forma de Estado asimétrica, donde coexistirían dos niveles de descentralización; uno ineludiblemente de naturaleza política, para el que sí se había previsto en su estructura esencial un sistema político institucional propio: Asamblea Legislativa de carácter representativo y un gobierno de carácter parlamentario (art. 152). Junto a este modelo, definible y derivado directamente de la norma fundamental, no se hacían mayores ni complementarias especificaciones sobre las demás Comunidades Autónomas (CC. AA.), tanto en lo referido a la naturaleza de su autonomía —cabía meramente una de carácter administrativo— como en relación con su posible organización institucional. La opción asimétrica o diferencial del Estado autonómico parecía, desde luego, la más cercana a la concepción primaria y fundacional que tenía el constituyente de esa forma tan original de Estado diseñada en la CE de 1978, una orientación que todavía se infiere de la evolución que está experimentando en los últimos años (Aparicio, 2010)¹⁴.

14 Para el autor, el Estado autonómico continuará transformándose con una orientación que se inclina desde un principio hacia un federalismo asimétrico, si bien para consolidarse en esta categoría sería necesario —en todo caso— llevar a cabo una reforma constitucional.

Sin embargo, esas pautas constitucionales van a sufrir una transformación cualitativa y sustancial mediante aquella *praxis política paccional*, ratificada luego en la esfera positiva del bloque de constitucionalidad (primeros Estatutos de Autonomía y sus posteriores reformas de los años noventa), desde donde se impulsará una comprensión esencialmente federalista del modelo territorial prediseñado en la norma fundamental.

En esa etapa «creacional» o «recreativa» de la forma de Estado va a resultar paradigmática, como experiencia o ejemplo de mutación, la solución que se daría al problema político y constitucional que desencadenó el proceso político-institucional de creación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (CAA). El punto de partida —y seguramente la causa misma de esa reforma encubierta de la Constitución— se encontraba en las dificultades que imponía esta última para permitir una equiparación de los niveles de autogobierno territorial entre las Comunidades «históricas» y el resto de nuevas entidades autónomas.

La impulsión de la iniciativa autonómica por la vía constitucional señalada en el artículo 151, y destinada a conseguir de partida el mayor nivel de autonomía, parecía inicialmente reservada en exclusiva —o al menos fue así en la mente del constituyente— a las primeras (Cataluña, País Vasco, Galicia). No obstante, Andalucía representó una única excepción al promover la celebración de un referéndum para alcanzar ese mismo y superior «techo competencial». La principal dificultad procesal radicaba en que, para lograrlo, era necesario superar —de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 151.1, CE— un límite excesivamente elevado de apoyo popular: la mayoría absoluta del «censo electoral» en cada una de las provincias que querían constituirse en Comunidad Autónoma por esta vía. El resultado de la consulta celebrada el 28 de febrero de 1980 fue extraordinariamente claro, reflejando —en el cómputo global de la Comunidad— una voluntad mayoritaria y nítida de los

andaluces a favor de la constitución de una Comunidad de superior nivel de autonomía. El problema se planteó cuando en una de esas provincias (Almería) no se consiguió el elevado «mínimo» de apoyo en el electorado por un estrecho margen de votos¹⁵.

Ante esta circunstancia, una interpretación «literal» del marco normativo constitucional (art. 151) suponía la inevitable paralización del proceso y su reconversión por la llamada «vía ordinaria» (o «vía lenta»), con la obligatoria ralentización durante cinco años de las expectativas políticas que se habían generado. La solución «jurídica» —aunque escasamente ajustada a las prescripciones constitucionales— que desbloquearía esa parálisis en la institucionalización de la CAA se produjo a través de una reforma legislativa del marco normativo donde se contienen las reglas de funcionamiento para la convocatoria de las consultas populares. La modificación de la Ley Orgánica sobre las Distintas Modalidades de Referéndum (1980) permitiría así sustituir la fallida iniciativa autonómica en esa única provincia (Almería), por el acuerdo mayoritario y consensuado de las Cortes Generales¹⁶. Evidentemente, con esta operación se reactivaría el proceso autonómico andaluz, encauzándolo por la «vía rápida» que ya había encontrado un respaldo mayoritario en las demás provincias de esa futura Comunidad Autónoma, si bien al precio de incumplir abiertamente las previsiones jurídico-constitucionales que fueron obviadas e inaplicadas de manera explícita para alcanzar una solución al grave problema de orden político que se había generado.

15 Sobre las consecuencias que tuvo la modificación del diseño constitucional de la «doble velocidad» y de la implícita «doble naturaleza» de la autonomía que estaba proponiendo el constituyente en el título VIII de la CE, véase Ruiz-Rico (2003).

16 Véase el artículo 8.4 de la Ley Orgánica 2/1980, del 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum; modificada por la Ley Orgánica 12/1980, del 16 de diciembre.

El marco diseñado por la CE de la forma territorial de Estado dejó muchos espacios abiertos a la modelación jurisdiccional, hasta el punto de que el TC no solo culminó la obra inacabada de la norma fundamental, afectada en esta materia por un importante grado de desregulación; del mismo modo y simultáneamente, ha ejercido un auténtico poder constituyente «alternativo», cuya doctrina jurisprudencial se erige en norma positiva de hecho a la hora de delimitar los contornos definitivos del modelo territorial. Junto a esos límites extraordinariamente difusos y «dúctiles» del texto constitucional, el alto nivel de conflictividad que padece el sistema autonómico desde sus comienzos ha favorecido, además, una extraordinaria autonomía interpretativa y de adaptación del texto constitucional, plegado este último a las exigencias que marcaba en cada momento la «realidad autonómica».

Pero, sin duda, el Alto Tribunal fue el principal responsable de llevar a cabo el intento de «cierre» del modelo territorial incompleto constitucionalmente. Esta operación no ha sido perfecta en su implementación, como tampoco puede afirmarse que haya concluido después de varias décadas de doctrina jurisprudencial. La denominación acuñada «Estado jurisdiccional autonómico» (Aragón, 1986) evidencia el protagonismo de aquella en lo que ha llegado a ser una auténtica «transformación cualitativa»¹⁷ (Solozábal, 1991), a partir de los ambiguos parámetros normativos de referencia que establece el título VIII. Esa «reconstrucción» de la Constitución Territorial normativa no ha dejado de presentar secuencias pendulares en su evolución, cuando no interpretaciones contextualizadas por la realidad política de cada momento.

17 Esa auténtica mutación constitucional del Estado autonómico supondría una decisión política que siempre debe plantearse como tal a través de una reforma constitucional (Solozábal, 1991, p. 46).

El fenómeno de mutación se identifica —como hemos indicado— con el proceso de homogeneización competencial e institucional en el que se consolida la versión más federal del Estado autonómico. Realmente no era esta la opción evolutiva prevista ni planeada en la norma fundamental, si bien tampoco había sido vetada expresamente por esta a la vista del nivel considerable de apertura y transitoriedad reconocibles en su articulado en esta materia.

La jurisprudencia constitucional tiene vedada la posibilidad de producir «innovaciones» normativas, reservadas exclusivamente a las instituciones que puedan actuar en cualquier momento en calidad de poder constituyente y a través de los procedimientos tasados para la reforma constitucional. Pero lo cierto es que el TC ha sobrepasado con frecuencia su función de intérprete supremo que concreta y aclara el sentido de las cláusulas de la ley fundamental, colocándose, por tanto, en un plano neto de legislador positivo y, en consecuencia también, de actor «político» que asume una función reservada en exclusiva al Parlamento.

Por otro lado, la «creatividad jurisprudencial» se ha ampliado gracias a la utilización, como parámetro habitual en el ejercicio de sus facultades de fiscalización, de la noción de «bloque de constitucionalidad» (Constitución más Estatutos de Autonomía). Este «conjunto» normativo se ha utilizado como un instrumento habitual para redefinir la voluntad del constituyente, adaptándola a las diferentes realidades político-territoriales que, preexistentes al momento fundacional, carecían de un reconocimiento jurídico expreso; en otros casos, esas variables de lo que entraría en el ámbito de la Constitución material se han conformado paulatinamente durante el mismo proceso de implantación del denominado Estado autonómico.

Como paradigma de mutación validado por el TC, se podría añadir la superación del contenido previsto inicialmente para los

EE. AA. en la CE (art. 147). Se ha generalizado en la actualidad —un dato patente en las recientes normas estatutarias— la inclusión de materias que no contaban con una previsión constitucional. El caso más emblemático de este subgénero de mutación constitucional, practicada vía estatutaria, sería la confección e implantación de verdaderas declaraciones de derechos estatutarios, especialmente destacables en los Estatutos de Cataluña (2006) y Andalucía (2007). Esta expansión material puede ser catalogada como una especie de «conversión constitucional» de las normas institucionales básicas de las CC. AA. La operación sería validada más tarde por el TC de forma explícita en varias resoluciones que resuelven las impugnaciones presentadas contra algunos de aquellos Estatutos de última generación¹⁸.

Sin embargo, más allá de la ordenación institucional básica donde se plasma y condensa la idea constitucional de la autonomía, se ha generado un contexto inédito que supera ampliamente el marco normativo estatutario. Nos referimos a la problemática que desde alguna Comunidad autónoma (Cataluña) reivindica el reconocimiento «extra» y «contra» *constitutionem* de una realidad «diferencial» cuya asimilación sería imposible dentro del vigente modelo territorial de Estado. El proyecto proindependentista que se está intentado impulsar desde las estructuras institucionales de aquella Comunidad (Gobierno y Parlamento autonómicos) no tiene, en ningún caso, posibilidad de obtener una solución interpretativa o «adaptativa». No cabría admitir, por consiguiente, un intento de «redefinición» jurisprudencial de elementos capilares de la forma de Estado (principio de unidad, soberanía

18 Aunque habría que matizar que lo hace mitigando el valor y eficacia normativa de aquellas cláusulas estatutarias donde se reconocen derechos de naturaleza social, enunciados formalmente como derechos individuales y con potencial «accionabilidad» jurisdiccional. Véanse SSTC 247 y 249/2007 (Valencia) y SSTC 31/2010 (Cataluña).

popular) para alcanzar un resultado que se demuestra claramente incompatible con la Constitución normativa¹⁹.

Lo paradójico y no solo paradigmático es que la interpretación que ha defendido el TC ante el «proceso independentista» no se puede calificar de unilineal ni homogénea. El federalismo asimétrico sintetiza la categoría hacia la que ha caminado naturalmente siempre el Estado autonómico español, con tendencias centrífugas y centrípetas auspiciadas alternativamente por la jurisprudencia constitucional. Pese a ello, esta última ha aceptado la existencia de unas «cláusulas de bloqueo», deducibles de algunas prescripciones constitucionales, a través de las cuales no sería posible validar una relectura en clave soberanista (o «cosoberanista») del modelo territorial sin que se haya activado previamente la intervención del poder constituyente. Estas limitaciones se conforman a partir del reconocimiento, en el título preliminar del texto constitucional de 1978, de unos principios fundamentales (unidad, autonomía, solidaridad) que operarían como límites de determinadas mutaciones jurisprudenciales o político-legislativas de la Organización Territorial diseñada en los títulos preliminar y VIII de la CE²⁰.

19 No obstante, el TC español ha validado en varias ocasiones la constitucionalidad de las reivindicaciones nacionalistas de signo independentista o secesionista, poniendo de manifiesto claramente que el marco constitucional y estatutario no prohíbe «la defensa y expresión de proyectos políticos no coincidentes con la Constitución», al no tener cabida en esta ninguna forma de «democracia militante», tesis que ya había confirmado en varias resoluciones anteriores (SSTC 48/2003, 5/2004, 235/2007 y 31/2009). Así pues, el Tribunal reconoce la falta de contradicción con la CE del «derecho a decidir», si bien para que este obtenga una evaluación positiva de su validez constitucional, debe ser ejercido dentro de los límites marcados por la doctrina (interpretación conforme a) y las salvedades impuestas por la STC 42/2014, luego validada por la STC 259/2015.

20 Hemos tenido ocasión de defender esta misma posición en *Los límites constitucionales del Estado autonómico* (2001), así como en «La reinención constitucional del modelo territorial español y la propuesta soberanista en Cataluña» (2016).

Justamente hacia esa dirección se estaría orientando la más reciente doctrina jurisprudencial, a la hora de fijar unas «líneas rojas» frente a las potenciales interpretaciones que se plantean desde posiciones políticas anteriormente solo nacionalistas y hoy impulsoras de la autodeterminación. Seguramente el exponente más claro de esas líneas de interpretación se localiza en la STC 31/2010. Sin embargo, al mismo tiempo esta resolución tiene la paradójica virtualidad de representar un *case law* de «reconstrucción» jurisdiccional, en este caso no tanto del texto constitucional, sino más bien de uno de los componentes del bloque constitucional (el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006).

La operación venía precedida por una resolución anterior (STC 247/2007), relativa a los recursos presentados contra uno de los nuevos Estatutos de autonomía de «última generación» (Valencia). En este caso, el Tribunal se debía pronunciar sobre un motivo de impugnación —el «derecho al agua» de la Comunidad autónoma valenciana— que no parecía pronosticar un pronunciamiento con la trascendencia que aquella tendría para la definición de los límites constitucionales del modelo territorial autonómico.

El resultado de esta sentencia se calificaría, en efecto, de una «mutación constitucional en toda regla» (Canosa, 2008). El TC se coloca de nuevo en el papel de legislador positivo a través de una resolución manifiestamente «manipulativa» con la que, para salvar la constitucionalidad de la norma (Estatuto), recrea la norma objeto de evaluación, al hacerle decir a esta lo que en realidad no dice, una técnica interpretativa que se repetirá después —con mayor expresividad si cabe— en la sentencia sobre el Estatuto Catalán.

En esa «recreación» de las disposiciones estatutarias, el Tribunal (STC 247/2007) va a cambiar no tanto el significado de la distribución material de competencias entre Estado y CC. AA., sino la dimensión «funcional» de esta última, al aceptar la definición

que establece el Estatuto —y, con ello, de cualquier otra norma que entre en esta categoría— sobre el alcance de las funciones que otorga este a la Comunidad autónoma. La consecuencia de esta «desconstitucionalización indirecta» no sería otra que una intensificación de la asimetría jurídico-territorial, mayor que la que permite la letra de la norma fundamental²¹.

Pero la resolución del TC donde culmina esta jurisprudencia sobre los límites constitucionales del Estado autonómico (STC 31/2010) continúa en esa línea reconstructiva y en buena medida «constituyente» de anteriores pronunciamientos. Entre los razonamientos que contiene la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC, 2006) se descubren pruebas suficientes de la capacidad «creativa» de la jurisprudencia constitucional. Una de las más sobresalientes sería la validación que defiende el TC de un concepto («nación catalana») presuntamente antitético al que se reconoce en el artículo 2. En una maniobra de interpretación visiblemente manipulativa, la sentencia acepta su constitucionalidad, si bien entendida y reconducible al concepto de «nacionalidad», único que encuentra acomodo en la CE (art. 2). También se podría poner que afecta al «bloque de constitucionalidad» la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de la noción de «derechos históricos» del pueblo de Cataluña, un concepto que el TC reconduce a una versión puramente «competencial», con la que intenta y consigue finalmente validar desde una perspectiva constitucional.

21 Nos parecen acertadas la apreciaciones de Canosa (2008, p. 582) sobre esta sentencia del TC, si bien —a nuestro juicio— la resolución posterior que resuelve el recurso contra el Estatuto catalán resulta bastante contradictoria en este punto con esa implícita y potencial «desconstitucionalización» en favor de los Estatutos de autonomía, a la hora de establecer el significado de las distintas categorías funcionales mediante las cuales las CC. AA. ejercen sus respectivas competencias.

4. LA CONSTITUCIÓN MUTANTE: PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y CRISIS ECONÓMICA COMO NUEVOS PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD

La crisis económica ha tenido efectos colaterales, aunque de alcance muy significativo, tanto en el sistema de fuentes como, especialmente, en los derechos constitucionales. Su impacto mayor se ha notado en la órbita de la noción de Estado social y los derechos prestacionales sobre los que este se despliega en el marco constitucional. Pero, igualmente, fueron intensas las consecuencias en algunos de los derechos civiles fundamentales que derivan de la definición constitucional del Estado democrático de derecho. En todo caso, la remodelación sustancial y sustantiva del contenido de todos estos derechos ha sido resultado de una operación en la que parecen haber actuado de forma conjunta y armónica el legislador estatal y la jurisprudencia constitucional.

Podríamos anticipar ya —como una más que probable conclusión— la constatación de un proceso de «banalización» o, si se quiere denominar en otros términos más académicos, de «desconstitucionalización» de buena parte de la Declaración de Derechos de la CE. El fenómeno presenta, en buena medida, los rasgos y elementos característicos de un evidente paradigma de mutación constitucional, cuyo objetivo principal no es otro que proporcionar una cobertura de legitimidad a las restricciones (normativas y jurisprudenciales) en el contenido y el alcance de los derechos constitucionales, limitaciones que se están marcando como imperativo ineludible para el Estado desde instancias financieras internacionales completamente ajenas a la repercusión que aquellas puedan tener en los principios y valores constitucionales.

Empero, en el ordenamiento constitucional español, esa evidente alteración del principio de constitucionalidad debería haber tenido un límite infranqueable en una noción, expresamente reconocible en el artículo 53.3 («contenido esencial»), a partir del cual se

marca un parámetro de referencia insoslayable para cualquier interpretación «adaptativa» que pretenda erosionar el estándar mínimo constitucionalizado de los derechos fundamentales (López Cadena, 2009). Efectivamente, ese contenido mínimo o esencial no fue definido *a priori* en ninguna de las cláusulas que conforman la Declaración de Derechos de la norma fundamental. Su configuración será siempre el resultado o combinación entre los enunciados jurídicos y lo que podría denominarse «realidad constitucional», esto es, los factores sociopolíticos que influyen o modulan la Constitución normativa y, por ende, condicionan su interpretación.

Ahora bien, el problema se presenta cuando esa mutación no es resultado del lógico equilibrio que debe presentar una dialéctica «natural» entre realidad y norma, sino la consecuencia de una neta imposición de esos condicionamientos o factores «reales» (económicos, sociales, culturales) sobre el texto constitucional. En este sentido, parece necesario diferenciar, de un lado, lo que sería el cambio de significado con el que la norma fundamental se adapta a una realidad social en permanente estado de «mutabilidad» y, de otro lado, la modificación tácita (o anulación) de la Constitución, desde el momento en que intenta atribuir a esta última un significado contrario o antagónico al que se enuncia en sus preceptos normativos, porque, en este caso, ya no estaríamos en presencia solo de un caso de interpretación «evolutiva» o «recreativa» de la regla positiva constitucionalizada, sino de una lectura que transforma radicalmente el sentido lógico de esta y neutraliza directamente su virtualidad jurídica (Hesse, 1987, p. 15).

Como se ha subrayado anteriormente, la afectación de la crisis no recae únicamente en la esfera del Estado social, sino que también se proyecta sobre algunos de los elementos que configuran el sistema de fuentes normativo implantado por la CE. En este punto, el diagnóstico se puede centrar, como caso

más paradigmático, en la instrumentalización de la legislación de urgencia para aprobar restricciones de elevada intensidad a los derechos constitucionales, y dar así cumplimiento inmediato a los objetivos de la estabilidad presupuestaria. La estrategia ha recibido un rechazo de gran parte de las CC. AA. y, al mismo tiempo, un respaldo sólido, por el momento, de la jurisprudencia constitucional.

En lo que respecta a esta última, realmente no era una novedad esa amplia permisividad en la concepción y uso de la figura del decreto ley; encontraba apoyo en una ya antigua doctrina (sentencia del 4 de febrero de 1983) sobre su alcance objetivo y límites funcionales. Se produce entonces una modificación profunda del significado de los presupuestos materiales y las condiciones previas que deben aplicarse para legitimar la adopción de esta fórmula normativa, y en especial del denominado «presupuesto de hecho habilitante»: «la extraordinaria y urgente necesidad». La extraordinaria ductilidad o elasticidad con que va a ser interpretada esta exigencia constitucional implicaba una verdadera mutación del significado lógico de aquella condición previa establecida formalmente por el artículo 86 (CE). El efecto directo de esta posición interpretativa del TC neutralizaría totalmente ese presupuesto condicional, eliminando su potencial como canon jurídico-constitucional y, en consecuencia, también la capacidad que podría tener para controlar la oportunidad —a partir de entonces siempre «política»— de la legislación de urgencia impulsada por el Poder Ejecutivo.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional redefinió en aquella resolución —haciéndola completamente inoperativa para el futuro— la noción del término «afectar», donde estaba contenida la clave para delimitar las restricciones materiales del decreto ley (derechos y deberes constitucionales, instituciones básicas estatales, derecho electoral y régimen de las CC. AA.) (Rubio y Álvarez, 2006).

No obstante, por fortuna, han aparecido algunos indicios de un cambio doctrinal en esta materia, localizables en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (19 de abril de 2016): el razonamiento principal del fallo se apoya en la falta de justificación, por el Gobierno central, del denominado presupuesto de hecho habilitante del decreto ley (art. 86, CE), esto es, la «extraordinaria y urgente necesidad». A juicio del Tribunal, las medidas que se establecían en aquel debían haberse tramitado a través de un procedimiento legislativo ordinario. La importancia de este pronunciamiento radica en la inversión radical sobre las posibilidades de una efectiva fiscalización de la llamada legislación de urgencia en España, porque, para la jurisprudencia constitucional, es ineludible la obligación para el Ejecutivo de justificar, expresa y razonadamente, la «adecuada conexión de sentido» entre las medidas del decreto ley y la situación extraordinaria y de urgencia que ha motivado su aprobación²².

Cabe anotar que, con seguridad, el centro de gravedad del problema se puede reconducir al planteamiento de las eventuales

22 La sentencia estimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Canarias contra el Decreto Ley 7/2013, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y fomento de la investigación, que reformaba la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003). La aplicación de estas condiciones no permite superar el test de validez en el caso concreto que se estaba enjuiciando, ya que, para el TC, el Gobierno se había limitado a afirmar la necesidad y la conveniencia de la reforma contenida en el decreto ley, pero no había explicitado «de modo suficiente, ni en la exposición de motivos, ni tampoco en el trámite de convalidación parlamentaria del Real Decreto ley, una argumentación sobre la necesaria urgencia de la medida»; además, y como fundamento estimatorio de la impugnación, defiende el argumento de que esas medidas (traslado de responsabilidades a las Administraciones incumplidoras del déficit) ya se habían previsto en una ley anterior (LO 2/2012). En la conclusión del fallo, el Tribunal recupera su potestad de control sobre el uso indiscriminado de esta categoría de normas, cuando no acrediten de manera suficiente su carácter de urgencia ni justifiquen su carácter excepcional para hacer frente a una verdadera situación extraordinaria.

limitaciones constitucionales a ese tipo de operaciones de mutación, implementadas a través de una interpretación legislativa, primero, y, más tarde, jurisprudencial, con las que se llega a resultados diametralmente opuestos a los contenidos señalizados en el título primero de la carta magna. Esa señalización resulta bastante clara desde una noción («contenido esencial»), aplicable al menos a los calificados como «derechos fundamentales». Es necesario puntualizar que, aun cuando el principio democrático exige siempre y en todo caso dejar ciertos márgenes de discrecionalidad al legislador para la adaptación o «acomodo razonable» del enunciado jurídico a la «realidad constitucional», el concepto actúa y se presenta como un núcleo mínimo que queda fuera de la disponibilidad de la ley y sus aplicadores jurisprudenciales.

Pese a ello, la crisis económica ha dado lugar a unas políticas legislativas secundadas, luego, por una doctrina del TC bastante «regresiva», que implantan una lectura excesivamente «infra-dimensionada» —cabría adjetivarla de verdadera «miniaturización»— del contenido esencial de un número importante de derechos constitucionales, en especial aquellos para cuyo ejercicio se requiere una acción positiva o prestacional del Estado. El resultado más relevante de este tipo de interpretaciones «involutivas» no es otro que la validación o legitimación de un derecho regulativo y una jurisprudencia netamente antagónicas e incompatibles con lo que en realidad se ha positivizado en la norma fundamental.

De este modo, y de manera opuesta a una tendencia casi «natural» en la evolución del constitucionalismo contemporáneo y las sucesivas generaciones de derechos con la que ha ido ampliando su ámbito material, se estaría produciendo una mutación, en forma ahora de verdadera «desconstitucionalización» de una parte considerable de la declaración de derechos, hasta el punto de que —podríamos afirmar— la Constitución, anteriormente «normativa», se convierte en una mera apariencia sobre la cual se impone progresivamente

una especie de «constitución mutante», gracias a la cual regresa una nueva edición de la semántica constitucional y, a partir de ahí, a la pérdida de su carácter jurídico y justiciable en cuanto ley suprema y parámetro de evaluación de todas las decisiones políticas con relieve normativo del Estado. Esta mutación —o «transmutación normativa»— es bastante evidente e impactante cuando se examina la interpretación desnaturalizadora que se está haciendo por el legislador nacional desde el momento en que fue declarado el «estado de crisis» económico-financiera del Estado, lo que ha llevado a una auténtica transformación de la mayoría de los presupuestos dogmáticos, principios y derechos constitucionales, y no solo de aquellos con los que se identifica la noción social de Estado.

La estrategia inicial que se ha utilizado para proporcionar esa cobertura constitucional al retroceso evidente en los niveles de tutela y ejercicio de los derechos comenzó con la activación del mecanismo de la reforma constitucional²³ y la consagración, a partir de esta, de un nuevo y hegemónico principio de «estabilidad presupuestaria». Configurado como el instrumento imprescindible de «habilitación constitucional», autoriza *a priori* el despliegue de cualquier legislación orientada a dar cumplimiento a este criterio prioritario de la política económica, aunque sea al precio de reducir los niveles básicos o esenciales de la mayor parte de los derechos —sobre todo los de naturaleza social o prestacional— reconocidos por la Constitución. La estabilidad no es solo la «regla de oro»²⁴, sino que se ha convertido en el presupuesto de una verdadera

23 En el caso de Italia, la Ley Constitucional 1/2012, del 20 de abril, que reforma los artículos 53, 81 y 119. En Francia, la reforma constitucional afecta a los artículos 34, 39, 42, 46-1, 47-1, 47-2, 48, 49, 61, 70 y 88-8. Alemania ha sido un modelo de referencia en esta materia con la reforma constitucional aprobada en el 2009 (artículos 109 y 115).

24 Véase sobre el particular, García y Martínez (2013). Asimismo, desde una perspectiva comparada, Arroyo y Giménez (2013).

«contrarreforma constitucional» con la que unos irreconocibles «agentes externos» han conseguido erosionar los pilares tradicionales del modelo de Estado constitucional de derecho²⁵.

En este punto se debe partir de una hipótesis prácticamente anunciada: han sido los derechos sociales (y no exclusivamente los contenidos en el capítulo III del título I de la CE) los principales damnificados de esta «mutación» constitucional. Seguramente, la particularidad de esa transformación no expresa de la Constitución social y económica es que se auspicia por la propia norma fundamental. Se trata, pues, de un caso —en cierto modo paradójico— de mutación «desde dentro» de la Constitución, que cuenta, además, con el aval de uno de sus nuevos principios definitorios o estructurales (la estabilidad presupuestaria) con el cual se va a autorizar el vaciado de significado de los demás principios fundamentales que caracterizan el Estado constitucional, condensados en la fórmula originaria del Estado social y democrático de derecho.

La eficacia normativa de aquellos derechos ya había quedado relativizada o desvirtuada por otro precepto, que no puede calificarse sino de contradictorio con el principio de constitucionalidad. En efecto, el artículo 53.3 (CE) en nada favorece la garantía de un mínimo de vinculatoriedad jurídica de los derechos y fines sociales constitucionalizados cuando les otorga, de forma explícita —aunque en nuestra opinión solo aparentemente—, un simple valor «informativo»²⁶. Esa incoherencia va a suministrar indirectamente

25 López Aguilar (2012) advierte sobre la manera en que se ha desmontado esa idea consolidada sobre la «intangibilidad» del pacto constituyente, cuando afirma que «esto no se ha hecho porque, súbitamente, a la democracia española le haya dado un ataque de madurez; no, se ha hecho al albur de una retórica que raya en la cristalización de un “apócrifo poder constituyente de los mercados”» (p. 213).

26 Pese a ello, somos partidarios de la línea que han defendido autores como Cascajo (2012), cuando sostiene que «no parece de recibo que el principio de vinculación a la Constitución opere de forma distinta según se trate de los derechos y libertades

la habilitación constitucional para su propio incumplimiento y abre el camino a interpretaciones que «muten» el alcance jurídico de esa parte del catálogo constitucional de derechos. De hecho, creemos que todavía no se podría certificar con rotundidad la naturaleza y la eficacia normativas de los preceptos constitucionales donde fueron enunciados; no hay pruebas evidentes en la jurisprudencia constitucional que permitan constatar su utilidad como efectivo canon de constitucionalidad de las normas que desarrollan esos principios y derechos sociales. Únicamente en la solución de los conflictos de naturaleza competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CC. AA.) se ha podido comprobar una relativa virtualidad indirecta o «tangencial» como parámetros sustantivos de control frente a leyes o disposiciones que apuntan en una dirección contraria a la señalada por el texto fundamental.

Por otro lado, y como hemos sostenido anteriormente, una lectura «constitucional», favorable a proporcionar una vinculatoriedad mínima al catálogo de derechos y principios constitucionales del Estado social, va a quedar supeditada hoy a los objetivos de una política económico-financiera que exige el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Estos fines se presentan como un criterio, *a priori* irrefutable, con el que se ofrece cobertura constitucional a todas aquellas restricciones adoptadas por los poderes públicos competentes (Estado, principalmente, y CC. AA.), mediante las cuales se eliminan los estándares de protección social alcanzados con anterioridad a la reforma constitucional del 2011; el anterior diagnóstico se puede proyectar sin excepción al conjunto de derechos sociales del capítulo III de la CE.

reconocidos en el Capítulo II del Título I, o bien de los Principios Rectores del capítulo III, porque la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1, CE) se proclama respecto de toda ella y no solo en relación con algunas de sus partes o contenidos» (p. 25).

No cabe, por consiguiente, adoptar una posición optimista sobre la virtualidad jurídica de la Constitución social; es un hecho su devaluación en favor de una Constitución económica «unidimensional». En este diagnóstico, resulta evidente que se ha producido una metamorfosis del significado de buena parte de los derechos sociales constitucionalizados²⁷. Su grado de incumplimiento ha alcanzado un nivel demasiado elevado como para considerar que esta «relativización» puede legitimarse como una derivación normal y lógica del principio del pluralismo político, un principio-valor (art. 1, CE) que autorizaría, en efecto, lecturas o interpretaciones «regresivas» de los fines sociales de la acción política y la regulación legislativa en el marco de la CE. Con este horizonte de constantes restricciones y omisiones de aquellos compromisos y principios constitucionales en los cuales se fundamentan igualmente otros valores también transcendentales (la dignidad, la calidad de vida o el desarrollo de la persona), va a quedar abierto el camino para una nueva —y vieja, al mismo tiempo— concepción «semántica» de la Constitución.

En el caso del texto constitucional español, la contradicción resulta más grave, ya que de sus preceptos emana un rotundo y explícito compromiso por promover y garantizar la igualdad de oportunidades y el progreso del conjunto de la sociedad, fines que, pese a haberse enfatizado de manera frecuente en su articulado, vuelven a ser una asignatura pendiente de quienes son sus destinatarios principales. Lo paradójico es que esa indudable «desconstitucionalización» y transformación de las bases del Estado social fue inducida, en este caso concreto, desde la misma norma

27 Salazar Benítez (2012) llega aún más lejos, al considerar que vivimos en unos tiempos «líquidos», en los que «el derecho Público en general, y el Constitucional en particular, se ve obligado a revisar buena parte de sus paradigmas y redefinir conceptos que están adoptando otros perfiles o que, en el peor de los casos, pierden buena parte del contenido que los definió históricamente» (p. 409).

fundamental. El procedimiento encuentra cobertura constitucional a partir de la implantación —a través de una reforma expresa y formal de la norma fundamental (art. 135, CE)— de un nuevo parámetro normativo que está actuando como una especie de «megaprincipio» con el que habilita prácticamente cualquier restricción en el despliegue y desarrollo de los demás elementos fundacionales, y en particular del principio social.

Sobre la conclusión que se acaba de anticipar se constatan ya algunos paradigmas en la jurisprudencia del TC. Incluso cuando mutaciones y adaptaciones constitucionales fueron una constante en el monopolio ejercitado por el TC español como máximo intérprete de la norma fundamental, nos parece especialmente reveladora la que se está produciendo en los últimos años, a raíz de una reciente doctrina que legitima las reformas legales aprobadas en la última legislatura (2011-2015) como reacción a la crisis económica. El efecto más significativo y destacable de esta interpretación jurisprudencial ha sido la conversión de la crisis económica en un auténtico y efectivo parámetro de constitucionalidad con el cual es posible justificar la eliminación de los niveles mínimos de virtualidad normativa que encierra la noción del «contenido esencial» de los derechos fundamentales afectados.

El caso más representativo de esa interpretación «proto-mutativa» de la jurisprudencia constitucional a una realidad excepcional (socioeconómica y jurídica) se contiene en las sentencias que resuelven los recursos presentados contra la Ley 3/2012, del 6 de julio, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral (SSTC 119/2014 y SSTC 8/2015). En una primera evaluación de la norma impugnada, se observa un planteamiento ciertamente «involutivo» del alcance y contenido de algunos de los principales derechos fundamentales de los trabajadores consagrados en el capítulo segundo del título primero de la CE y, en consecuencia,

garantizados por un «contenido esencial» (art. 53.1), *a priori* un límite de indisponibilidad infranqueable para la discrecionalidad del legislador.

Empero, sin duda, uno de los derechos constitucionales fundamentales más afectados «en negativo» por la Ley 3/2012 era el referido a la negociación colectiva (art. 37) y, derivado de este, el principio del valor vinculante de los acuerdos que se obtienen mediante su ejercicio. El TC prepara su argumentación partiendo de una constatación obvia: la competencia y la facultad del legislador (estatal) para proporcionar una «configuración legal» del derecho fundamental a un derecho constitucional (negociación colectiva). La resolución otorga un plus a esa autonomía regulativa del legislador, al enfatizar la imposibilidad de un hipotético «desapoderamiento normativo del Estado» en la materia. En esta línea argumental, el TC subraya, primero, el «amplio margen de libertad» del que disfruta —en todo caso— el legislador y, en segundo lugar, la imposibilidad de extraer de la Constitución «un modelo cerrado de relaciones laborales».

La interpretación, extraordinariamente dúctil y abierta, que defiende la jurisprudencia conduce de modo invariable a un vaciamiento prácticamente total del potencial prescriptivo garantizado por el artículo 35.1 (eficacia jurídica de los convenios) y, con este, la insustancialidad de otro derecho fundamental como el consagrado en el 28 (libertad sindical)²⁸.

28 Conclusiones que se extraen sin dificultad del siguiente pronunciamiento del TC: «En la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar» (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4), «el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa. No hay que descuidar, de un lado, que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de

El Tribunal atribuye, además, al constituyente una voluntad implícita contraria a obstaculizar aquella autonomía legislativa, más allá de unos «límites explícitos» que no se llegan a identificar en la sentencia, ni la manera en que operarían como factores de condicionamiento. De este modo, varios de los componentes definitorios del modelo social constitucionalizado resultan vaciados de cualquier contenido jurídico, para quedar automáticamente subordinados a las prioridades que marque la política económica. Más aun, el TC renuncia expresamente a su potestad de controlar la adecuación constitucional de esas opciones técnico-legislativas²⁹ cuando reconoce su falta de autoridad para interferir «en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático» o, del mismo modo, para «examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles». Ese «margen» de autonomía regulativa de la ley al que se refiere la sentencia solo quedaría limitado a juicio del TC por unos parámetros —como lo «irrazonable» o la «ausencia total de justificación de las medidas que se adopten»— que resultan completamente inoperativos en su aplicación práctica y efectiva. En cierto modo, esta actitud del TC, más que como ejercicio legítimo de *self-restraint*, se

su ejercicio, y, de otro, que el principio de autonomía colectiva puede presentar excepciones siempre y cuando la limitación que suponga esté justificada» (STC 11/1981, de 8 de abril FJ 24). Por esta razón, la Ley «puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva» (STC 59/1985, de 30 de abril, FJ 3).

29 En efecto, el TC considera que «el constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales aplicable, ni tampoco restringir la acción del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto, dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado modelo y para articular cada institución que lo integre, no solo como un instrumento de su desarrollo, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone [en el mismo sentido, aunque con relación a la definición del modelo de sistema tributario aplicable, STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 c)]».

podría considerar como una abdicación de sus competencias constitucionales, que van a ser «mutadas» por un abstencionismo funcional evidente.

Entre los argumentos que apoyaban el recurso, se subrayaba la posible violación del derecho al trabajo (art. 35.1); en concreto, a través de unos aspectos específicos, como la estabilidad en el empleo y el principio de causalidad en la extinción de la relación laboral³⁰. En su contra, las razones que sostenían quienes avalaban la constitucionalidad de esa medida legal se apoyaban en aquellos principios hermenéuticos genéricos que actúan habitualmente de cánones de medición en la jurisprudencia constitucional: justificación, razonabilidad y proporcionalidad (en atención al fin perseguido).

Ahora bien, adecuadamente «contextualizados» por la «grave crisis económica» y subordinados a las condiciones legalmente establecidas para su aplicación (temporalidad y excepcionalidad), permiten concluir al Tribunal que se debía aceptar el «sacrificio» —en una expresión bastante gráfica utilizada en los fundamentos de la sentencia— de las garantías y derechos, individuales y colectivos, de los trabajadores. Si se analiza el texto de la sentencia, se puede advertir además un dato que resulta igualmente indicativo. Nos referimos al hecho de que el Tribunal no va a referirse nunca a estos derechos como «derechos fundamentales», abandonando de esta forma la propia concepción y nomenclatura con las que había

30 El caso es que sobre esta cuestión ya se había pronunciado el TC en la STC 119/2014, que resolvió el Recurso de Inconstitucionalidad 5603-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, del 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Fueron invocados también en este recurso varios derechos fundamentales con proyección en la esfera laboral: la igualdad, la tutela judicial efectiva, la libertad sindical, al trabajo y a la negociación colectiva.

certificado la singular división contenida en la Declaración de Derechos del título primero³¹.

En relación con la posible violación del derecho a la negociación colectiva, el TC adopta una posición nítidamente «parcial» en el dilema que enfrenta a la potestad del legislador con la «autonomía colectiva» que implica la negociación colectiva. El resultado de esta confrontación —señala— debe ser la afirmación de unos límites de esa autonomía, de manera que esta no pueda impedir que, mediante un acuerdo o una negociación, se eliminen o reduzcan los efectos de la norma legal.

Por otro lado, y en relación ahora con la posible conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE), el Tribunal considera —al contrario de los argumentos esgrimidos en el recurso— que las decisiones del empresario siempre podrán ser objeto de revisión judicial, si bien esta no podría alcanzar a la base misma de la eventual lesión de los derechos de los trabajadores. En otras palabras, la protección jurisdiccional no tiene por qué exigir la «justificación causal del desistimiento empresarial» ni la indemnización derivada de aquel; estas serían cuestiones que no suponen un componente de eventual inconstitucionalidad y, en consecuencia, escaparían al control judicial³².

31 Así lo constata también el Voto Particular a la Sentencia: «En este contexto, resulta no solo llamativo sino, adicionalmente, inquietante que la sentencia de mi discrepancia haya omitido la más ligera alusión al contenido esencial de dos de los derechos fundamentales aquí controvertidos: el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Al silenciarse por completo tan trascendental cuestión, la omisión detectada equivale a una negación implícita de la propia vigencia en los derechos cuestionados de un contenido esencial, entendido, como ya se ha señalado y ahora se repite, como límite constitucionalmente infranqueable por el legislador».

32 Sobre este extremo ya se había pronunciado el TC en la resolución que sirve de principal precedente (STC 119/2014), descartando la infracción del art. 24.1 CE, sobre la base de que «el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no garantiza

En opinión del TC, tampoco plantea un problema el test de constitucionalidad de la ley impugnada en lo referido a la potencial violación alegada del principio de igualdad (art. 14). La sentencia rechaza que pueda producirse una discriminación en el hecho de que no se haya previsto indemnización por el desistimiento empresarial durante ese período de prueba, debido —razona en este punto— a la diferencia de régimen jurídico de esa modalidad de contratación respecto de otras (trabajadores temporales) y, en definitiva, al no tener ningún fundamento constitucional un posible derecho fundamental a recibir del legislador un tratamiento diferenciado o desigual.

Otro de los motivos objeto de impugnación se centraba en la facultad que la reforma otorgaba a los empresarios para alterar unilateralmente las condiciones de trabajo previstas en acuerdos o pactos colectivos. Entre los argumentos que emplea aquí el TC para salvar la constitucionalidad de la ley, viene a recordar, en primer lugar, que esta facultad ya se encontraba recogida en anteriores modificaciones implantadas en el Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, Ley 35/2010), a través de las cuales se había eliminado la intervención de la autoridad laboral en casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo —de forma unilateral por el empresario— cuando no se alcanzaba un acuerdo con la representación de los trabajadores.

Igualmente de interés resulta la posición del Tribunal al admitir, sin ningún tipo de reserva, la teórica finalidad que dice inspirar la reforma y que, en atención principalmente a la coyuntura económica en la que esta se pone en práctica, comprende una serie de medidas con las que el legislador dice querer garantizar otros derechos

el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial o una indemnización [subrayado añadido] derivada del mismo, al ser exigencias que la norma sustantiva no contempla en la configuración del período de prueba [FJ 3 D]».

y principios constitucionales (derecho al trabajo, la libertad de empresa y la defensa de la productividad, art. 38). La jurisprudencia constitucional sintoniza plenamente con el motivo principal que justificaría la ley, al considerar también a aquella como un medio que facilitará «el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado». El TC adopta una posición contradictoria cuando admite, de un lado, la competencia del legislador para valorar la necesidad de esas medidas y, de otra parte, una posibilidad de fiscalización constitucional, si bien limitada, en este caso, a que se pueda producir «un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza».

La resolución acepta la razón clave que se implanta en la ley para permitir la variación sustancial de las condiciones de trabajo, esto es, la existencia de «razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» que, efectivamente, debe justificar y probar el empresario, pero cuya indeterminación y aplicación efectiva en la práctica coloca en una situación de clara inferioridad procesal al trabajador.

Creemos que, con esta interpretación, el TC avalaría indirectamente su propia renuncia —lo que, paradójicamente, sería el reflejo de una excesiva discrecionalidad jurisdiccional— a la hora de valorar la constitucionalidad de un parámetro normativo desde el cual se otorga una supremacía casi plena a la autonomía empresarial para modificar las condiciones de trabajo, sobre la base de que los criterios técnico-económicos no podrían ser enjuiciados con parámetros jurídicos ni desde instancias jurisdiccionales. Realmente —como señala el voto particular³³— la STC 8/2015 no

33 Véase el voto particular presentado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhieren, asimismo, los magistrados doña Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez. En este voto particular se mantienen razonamientos completamente opuestos a la interpretación sostenida por la mayoría del Tribunal, y se defiende una versión —en nuestra opinión también— mucho más cercana a

hace sino reproducir el inédito canon de constitucionalidad que ya se había utilizado en otra resolución anterior (STC 119/2014), con la que coincide parcialmente en el objeto material del recurso. En efecto, allí ya se había aceptado por el Tribunal el «escenario económico» de crisis como parámetro constitucional que permitía validar las medidas extraordinariamente restrictivas y regresivas aprobadas por el legislador.

Lo que verdaderamente lleva a cabo la jurisprudencia constitucional se puede calificar de auténtica «mutación» del significado de las cláusulas que el texto constitucional ha establecido para asegurar el correcto ejercicio de los derechos y libertades (contenido esencial) y ello porque —seguimos de nuevo en este punto al Voto Particular— el TC ha sometido a los derechos sociales a una especie de «doble juicio de constitucionalidad», absolutamente inédito y de imposible derivación tampoco del articulado del texto fundamental: «uno primero de carácter ordinario y uno segundo, de naturaleza extraordinaria, que se activa en situaciones de crisis económica».

En este sentido, podríamos estar de acuerdo con el hecho de que la realidad (social y económica) pueda configurarse en la interpretación del alcance de estos derechos como un factor de modulación que rebaje los estándares de protección social alcanzados hasta ese momento. Pero la eliminación real de una garantía como el «contenido esencial», impide la «recognoscibilidad» y, por tanto, una eficacia jurídica mínima del derecho fundamental,

los enunciados literales de la CE donde se reconocen y garantizan los derechos laborales: «En otras palabras, estas sentencias utilizan la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE —por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III— acordadas por el legislador [...] es este un canon bien preocupante, de consecuencias impredecibles para la vigencia en nuestro sistema jurídico de las cláusulas sociales».

tenga o no un carácter social-prestacional³⁴. Reducir ese contenido a lo que disponga en cada momento el legislador no solo cancela la normatividad de esta categoría de derechos, al convertirlos en derechos subordinados —por completo y sin paliativos— a su configuración legal, sino que sienta, además, un precedente jurisprudencial al que se podría acoger otra futura lectura regresiva de cualquier otro tipo de derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Aparicio, M. A. (2010). Reforma estatutaria y mutación constitucional. *Iura Vasconiae*, (7), 55-96.
- Aragón, M. (1986). ¿Estado jurisdiccional autonómico? *Revista Vasca de Administración Pública*, (16), 7-12.
- Arroyo, A. y Giménez, I. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (98), 149-188.
- Balaguer, M. L. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos.

34 Esta posición interpretativa es la que sostiene igualmente el voto particular: «Sin entrar a fondo ni en la crítica a esta premisa-base ni en el análisis de sus consecuencias negativas, no puedo dejar de afirmar que su implantación entre nosotros tiene una devastadora potencialidad sobre el desarrollo y consolidación del Estado social, al que puede instalar entre paréntesis, poniendo a disposición del legislador ordinario unas facultades que, no es aventurado entender, podrían terminar hermanándose con las atribuidas al legislador constituyente. Desde luego, la crisis económica puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales constitucionales. Pero tales limitaciones no pueden alterar el contenido esencial de esos derechos; aquel contenido que, como dijera tempranamente la STC 11/1981, FJ 8, define “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito” (...), quedando comprendido en otro y, en razón de ello, desnaturalizado».

- Canosa, R. (2008). Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre. *Teoría y Realidad Constitucionales*, (22), 569-583.
- Cascajo, J. L. (2012). Derechos sociales. En Cascajo, J. L., Terol, M. J., Domínguez, A. M. y Navarro, V. J. (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 17-44). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Clavero, B. (1997). *Happy Constitution. Cultura y lenguas constitucionales*. Madrid: Trotta.
- Cruz, P. (coord.) (2006). *Hacia la europeización de la Constitución española: la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Fisher, E. (2012). La Constitución evolutiva: perspectivas evolutivas desde la sociología política y la práctica constitucional. *Revista Colombiana de Sociología*, 35(2), 93-110.
- García, D. (2017). El precedente constitucional: extensión y límites. *Pensamiento Constitucional*, 22(22), 83-103.
- García, F. J. y Martínez, M. Á. (2013). *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*. Madrid: Civitas.
- Hesse, K. (1987). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Aguilar, J. F. (2012). De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «expres». *Teoría y Realidad Constitucional*, (29), 199-218.
- López Cadena, C. A. (enero-junio, 2009). Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos. *Revista del Derecho del Estado*, (22), 129-158.

- Rolla, G. (2012). La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 329-351.
- Rubio, F. y Álvarez, J. (eds.) (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto de informe y debates académicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Consejo de Estado.
- Ruiz-Rico, G. (2001). *Los límites constitucionales del Estado autonómico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- _____ (2003). Andalucía. En Espín, E. (coord.). *La Constitución española de 1978 y las Comunidades Autónomas* (pp. 23-49). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____ (2016). La reinención constitucional del modelo territorial español y la propuesta soberanista en Cataluña. *Teoría y Realidad Constitucional*, (37), 309-346.
- _____ (2018). Artículo 151. En Montesinos, C. (coord.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra* (vol. 2, t. 2) (pp. 2061-2071). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sagües, N. (2002). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En Palomino, J. y Remotti, J. (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica* (pp. 35-36). Lima: Grijley.
- _____ (enero-junio, 2014). La modulación constitucional. Manifestaciones en el reciente constitucionalismo latinoamericano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (21), 277-291.
- Salazar, O. (2012). La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE. *Teoría y Realidad Constitucional*, (29), 409-432.

- Sánchez González, S. (2007). Reforma, mutación y... quiebra constitucionales. *Teoría y Realidad Constitucionales*, (19), 295-310.
- Sánchez Urrutia, A. V. (enero-abril, 2000). Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (58), 105-135.
- Sant'Ana, A. (junio, 2012). La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales. *Estudios Avanzados*, (17), 39-61.
- Solozábal, J. J. (julio-septiembre, 1991). Estado Autonómico y Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, (73), 35-56.
- Vega, P. de (1985). *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 285-324

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.46>

Educación judicial: una revisión documental desde la socioformación

Judicial Education: A documentary review from the Socioformation



SERGIO JAVIER MEDINA-PEÑALOZA

Tribunal Superior de Justicia del Estado de México
(Toluca de Lerdo, México)

Contacto: sergio.medina@pjedomex.gob.mx
<https://orcid.org/0000-0002-8779-8558>

JOSEMANUEL LUNA-NEMECIO

Centro Universitario CIFE
(Cuernavaca, México)

Contacto: josemanuelluna@cife.edu.mx
<https://orcid.org/0000-0002-6850-3443>

RESUMEN

El propósito de este artículo es exponer la necesidad de lograr una justicia profesional que impartan los jueces, mediante la socioformación en la educación judicial. Se realizó un análisis documental general desde un enfoque socioformativo, basándose

en la educación judicial, que arrojó como resultado la escasez de vocación en el servicio judicial, manifestada en la demanda social de justicia cada vez más intensa. El logro de una justicia que impacte profunda y positivamente la vida social y la percepción de la realidad de los ciudadanos, implica: que se le dé su lugar a la enseñanza judicial como eje rector fundamental de la política judicial, columna vertebral del desarrollo del Poder Judicial; y que la educación se desarrolle en el margen de la socioformación como base de diseño de parámetros de medición vocacional.

Palabras clave: educación judicial, impacto social, política judicial, proceso judicial, profesionalización, socioformación, vocación.

ABSTRACT

The purpose of this article is to expose the need for professional justice to be delivered by judges, through socioformation in judicial education. A general documentary analysis was carried out from a socio-formative approach, based on judicial education that resulted in the shortage of vocation in the judicial service, manifested in the increasingly intense social demand for justice. The achievement of a justice that profoundly and positively impacts the social life and the perception of the reality of the citizens implies: that judicial education be given its place as the fundamental guiding axis of judicial policy, the backbone of the development of Power. Judicial; and that education is developed in the margin of socioformation as a basis for the design of vocational measurement parameters.

Key words: judicial education, judicial process, political judiciary, professionalization, social impact, socioformation, vocation.

Recibido: **12/03/2020** Aceptado: **16/04/2020**

1. INTRODUCCIÓN

La educación en México es un tema de interés social que promueve variadas discusiones en torno al decoro en el ejercicio de la profesión, a la forma en que se transmiten los conocimientos, a la estructura de la enseñanza y a la vocación en el servicio. Los individuos que se dedican al servicio público y que buscan generar cambios para superar las exigencias de nuestros tiempos, deberán empeñarse, sobre todo, en encontrar un equilibrio entre las demandas sociales y sus necesidades personales, relacionando ineludiblemente su función y la calidad en el ejercicio de esta como servidores públicos judiciales. Todo ello, a través de una preparación constante e integral, basada en el modelo pedagógico socioformativo, de la que obtendrán como resultado su satisfacción propia y de la sociedad a la que sirven, y de la que son parte.

El enfoque amplio de la socioformación abarca a todo componente de un modelo educativo, trasciende la figura habitual de la entrega recepción del conocimiento, en la que el docente fungía como dador, en ocasiones, impositivo, y los alumnos hacían de depositarios de un conocimiento incuestionable. El enfoque socioformativo no solamente permite, sino que considera necesaria la participación activa de toda la sociedad, de todos y cada uno de los agentes del conocimiento, para transformar y mejorar sus estructuras y sus resultados: «este acercamiento al enfoque de la socioformación es un referente no solo para los docentes, sino para quienes busquen generar condiciones de cambio en la educación y en la sociedad misma» (Ambrosio, 2018, p. 77).

Cuando aquí hablamos de educación, nos referimos a aquella educación de la que los servidores públicos judiciales deben estar provistos a efectos de ser candidatos para desarrollar las actividades que a su función correspondan. «Indiscutiblemente se amerita del compromiso y la responsabilidad académica para proponer una

direccionabilidad que logre superar el estado de atraso y obsolescencia, como de su acentuada debilidad como acción formativa de la colectividad» (Santiago, 2017, p. 262).

Las prácticas pedagógicas resultan indispensables en la educación. Es por ello que un método en el sistema educativo permite conseguir mejores condiciones sociales basadas en la educación. La forma tradicional de la enseñanza aprendizaje observa límites para el desarrollo integral y potenciado del ser humano, se nos muestra un mundo para memorizar y reproducir formatos sociales. Las estructuras de la mente cohiben el desarrollo integral del ser humano, pero también motivan al cambio, al desafío de las barreras, generando curiosidad para buscar nuevos caminos. Las estructuras mentales son inspiración y cada límite superado reafirma la libertad. «Las prácticas pedagógicas se refieren a uno de los principales instrumentos para que la humanidad alcance los ideales de paz, libertad, equidad y justicia social en educación» (Pari, 2019, p. 2).

«Hoy día, con las exigencias del proceso de globalización, la educación es un elemento clave para el desarrollo y se plantea la calidad de la educación como aspecto directivo del proceso; no obstante, el concepto de calidad parece diluirse o resulta ambiguo al intentar representar a muchos elementos que están presentes en el proceso educativo» (Duarte, 2019, p. 2).

La posibilidad de contar con un completo y genuino servicio profesional existe, para ello resulta necesario construir confianzas interpersonales que proporcionen tranquilidad, seguridad y paz. Cuando se habla de los servicios que presta el poder público judicial a través de los jueces, tratamos con circunstancias relacionadas directamente con la vida, el patrimonio o la libertad de las personas; debido a esto, es necesario y urgente determinar las bases sobre las que la educación judicial, aquella propia del servicio de impartición

de justicia, debe desarrollarse en cada proceso litigioso a fin de ofrecer a la ciudadanía calidad en el servicio y por ende satisfacción a sus peticiones de justicia. Por ello se subraya la importancia de diseñar un método socioformativo en la enseñanza para la formación de los servidores públicos de los poderes judiciales como filtro que vincule la vocación en el servicio como requisito previo para detentar un cargo público judicial. «Las prácticas pedagógicas tradicionales no contribuyen al desarrollo de las competencias en los estudiantes haciendo del estudiante un mero receptor de contenidos no dando el espacio de análisis ni mucho menos de reflexión» (Pari, 2019, p. 12). Se enseña a seguir sin pensar, a través del miedo y no mediante la confianza. Partiendo de la experiencia, de la prueba y el error podemos mirarnos y conectar con nosotros mismos, para conocer el mundo, para comprenderlo, entendernos y entender a los demás. Las prácticas pedagógicas que acepten que la verdadera libertad sobrepasa los horizontes humanos participará en el reconocimiento del potencial humano para la auto y cocreación.

Por tradición social educativa, durante mucho tiempo de generación en generación se han seguido prácticas pedagógicas carentes de método que impiden el desarrollo de las capacidades de la comunidad estudiantil en general, provocando en los individuos el desconocimiento de sí mismos como de sus virtudes y alcances, limitando de este modo la posibilidad de brindar confianza y seguridad a los ciudadanos cuando ellos necesitan un servicio de sus poderes judiciales, lo que se traduce en un lamentable derroche de recursos humanos y económicos, así como el desgaste del engranaje estatal y emocional de la población.

«[...] lineamientos que debería seguir la educación: la de contribuir a formar el pensamiento crítico y reflexivo y la de ser pluralista y formarnos en una ciudadanía múltiple o compleja. Es decir, los modelos pedagógicos deberán favorecer el desarrollo de competencias [...]» (Garzón y Romero, 2018, p. 314).

«[...] colocar en el primer plano el rescate de la formación en valores [...] implica fortalecer habitualmente en el aula de clase, comportamientos como el respeto al otro, la solidaridad, la responsabilidad y el compromiso social [...]» (Santiago, 2017, p. 265). El mirar la enseñanza judicial desde la perspectiva del método socioformativo permite que sean únicamente aquellos individuos que verdaderamente cuenten con la vocación necesaria quienes puedan aspirar a fungir como servidores públicos judiciales. «En el concepto actual de recurso humano, no solamente queda comprendida la actividad humana, sino también los factores que la modelan: conocimientos, habilidades, experiencias, motivaciones, intereses, vocación valores, actitudes, potencialidades y su estado de salud, entre otros» (Ronquillo et al., 2019, p. 5).

«La socioformación consiste según Tobón (2010) en un enfoque con énfasis en innovar todos los procesos educativos para que estén a la altura de los retos que impone hoy en día la humanidad, buscando que la formación integral y el desarrollo de competencias se lleve a cabo desde un proyecto ético de vida» (León, 2019, p. 3).

La educación judicial es el proceso pedagógico que en el ámbito jurisdiccional involucra todos los aspectos de un ser humano, como son el físico, el psicológico y el espiritual, factores que contribuyen al desarrollo de la personalidad con fines que desde la ética y la moral colaboren en el crecimiento del individuo y de la sociedad como unidades completas e independientes pero necesarias entre sí para realizar a partir de la administración de la justicia la satisfacción ciudadana y el bien común. «Ello llevará a la mejora en la impartición de justicia: una justicia profesional, razonada, argumentada, y, por lo tanto, efectiva» (Palacio, 2017, p. 195).

«[...] en la Escuela Judicial del Estado de México [...] se consideró la aplicabilidad del nuevo modelo educativo judicial...

para así tener servidores públicos [...] con mejor capacidad para entender y resolver los problemas del contexto» (Mendoza, 2018, p. 62).

Es importante intercambiar experiencias con organismos académicos nacionales e internacionales para impulsar la transformación de los procesos de formación profesional en el ámbito judicial, crear alternativas dentro de los procesos pedagógicos, orientar la toma de decisiones, construir nuevas formas de gestión de la enseñanza, procurar la renovación de las generaciones en el ámbito jurídico y en el servicio público, permitiendo revalorizar la legitimación e independencia de los Poderes Judiciales a través de la satisfacción ciudadana.

Lo que la sociedad necesita es saberse protegida, por ello se busca, a través del modelo socioformativo en la educación judicial, diseñar un filtro que permita que los servidores públicos judiciales sean personas con las competencias que garanticen un óptimo servicio y aseguren pulcritud moral y ética en el desarrollo de su labor.

La integración de la seguridad y la paz permite un acercamiento más sincero entre humanos, generando relaciones interpersonales más transparentes y productivas.

«[...] un conjunto de condiciones que permiten a los miembros de una comunidad alcanzar unos objetivos razonables por sí mismos, o comprender razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por lo que tienen una razón para colaborar entre unos y otros (positiva y/o negativamente) en una comunidad [...]» (Murphy, 2018, p. 194).

«Barrascout, por ejemplo, identifica la vocación de servicio como elemento del “espíritu de servicio” que debe guiar a la persona; el trabajador con vocación es definido como alguien solícito y de buen ánimo para hacer las cosas y ayudar a quien lo necesite» (López, 2019).

El presente análisis documental se enfocó en las metas siguientes:

1. Analizar los desarrollos en el área educativa dentro del ámbito judicial.
2. Identificar el concepto de educación judicial socioformativa.
3. Identificar los beneficios del diseño de un modelo educativo judicial socioformativo como política pública en el desarrollo profesional de los servidores públicos judiciales.
4. Identificar mediante el análisis y la argumentación, la relación entre la educación judicial socioformativa y su impacto positivo en el servicio público judicial.
5. Reconocer la importancia del diseño de un modelo socioformativo para incorporarlo en los programas educativos para servidores públicos.
6. Reconocer la importancia del diseño de un modelo educativo socioformativo para la satisfacción ciudadana.

2. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de estudio

El presente análisis es de tipo documental. El análisis documental utiliza textos como fuentes para obtener datos, enfocándose en la reflexión innovadora y crítica de conceptos a través de un conjunto de operaciones de orden intelectual y mecánico, contemplando el análisis interno y externo para extraer la información necesaria que permita comprender el contenido, aplicando estrategias especializadas en la búsqueda, selección, organización y análisis de un conjunto de producciones escritas, que den respuesta a una o varias preguntas sobre un tema (Salazar y Tobón, 2018).

2.2. Categorías de análisis

Diseñar un modelo pedagógico para implementar en los programas de educación en el ámbito judicial basado en la socioformación, que impacte de manera positiva en el debido proceso judicial y en la sociedad, para lograr la satisfacción de la ciudadanía.

Tabla 1
Análisis de categorías empleadas en el estudio

Categorías	Preguntas o componentes
Modelo pedagógico	¿Qué es la socioformación?
Educación judicial	¿Qué es el modelo pedagógico socioformativo?
Socioformación	¿De qué manera contribuye la socioformación a la satisfacción ciudadana?
Impacto en el debido proceso judicial e impacto social	¿Cómo beneficia el modelo pedagógico socioformativo a la educación judicial?
Satisfacción de la ciudadanía	¿Cómo impacta la educación judicial socioformativa en el debido proceso judicial y en la sociedad?

Fuente: Elaborada por los autores.

2.3. Criterios de selección de los documentos

Se realizó una búsqueda de artículos y libros mediante bases de datos como Google Académico, Science Direct, SciELO y Latindex, así como algunos libros de editoriales reconocidas, centros de investigación o universidades, todos ellos de manera general, dentro del período 2016-2019, y excepcionalmente de años anteriores, tomando en cuenta que los documentos seleccionados tuvieran información derivada de las palabras esenciales como

«educación judicial, impacto social, política judicial, proceso judicial, profesionalización, socioformación, vocación», y otras complementarias como «bien común», «enseñanza», «método» y «modelo». Se privilegió aquellos datos que convergen con el título, la línea de investigación, el problema general y las categorías de investigación elegidos para el desarrollo del artículo.

1. Se buscaron artículos y libros mediante las siguientes bases de datos: Google Académico, Science Direct, SciELO y Latindex.
2. Se emplearon las siguientes palabras esenciales: «educación judicial, impacto social, política judicial, proceso judicial, profesionalización, socioformación, vocación».
3. Junto con una o varias de las siguientes palabras complementarias: «bien común», «enseñanza», «método» y «modelo».
4. Se seleccionaron solamente artículos de revistas indexadas. En algunos casos se emplearon libros de editoriales reconocidas, centros de investigación o universidades, así como tesis y trabajos de investigación relativos al tema.
5. Los documentos están dentro del período 2016-2019, con excepciones de años pasados.
6. Los documentos abordan elementos de las categorías establecidas.

2.4. Documentos analizados

En la tabla 2 se encuentran los documentos que cumplieron los criterios de selección, además de otros documentos que contienen material de análisis complementario que será de apoyo y aporte para contextualizar el artículo.

Tabla 2

Documentos analizados en el estudio

Documentos	Sobre el tema	De contextualización o complementarios	Latinoamericanos	De otras regiones
Artículos teóricos	28	16	51	
Libros	4			
Tesis	3			

Fuente: Elaborada por los autores.

2.5. Resultados

2.5.1. Categoría 1. Modelo pedagógico

Un modelo pedagógico es una herramienta para lograr aprendizaje a través de un proceso de formación, que requiere la participación activa de todos los involucrados para una adecuada gestión del conocimiento. «[...] sirve para analizar, interpretar, comprender, orientar, dirigir y transformar la educación» (Ortiz, 2013, p. 46).

Un modelo pedagógico responde a la construcción del conocimiento, sus formas de acceso y transmisión, y genera una sinergia organizada y armónica que logra objetivos comunes, «no responde solo al cómo se enseñan los conocimientos disciplinares en los estudiantes, sino también a los conocimientos, saberes y aprendizajes para la convivencia y el respeto a todas las formas de vida» (Vives, 2016, p. 43).

El modelo pedagógico es un instrumento en el proceso de enseñanza aprendizaje, mediante el cual los seres humanos en la búsqueda del desarrollo de su intelecto, de su formación como ciudadanos íntegros y de conciencia crítica, pueden alcanzar paz, libertad y justicia social. De ese modo transforman políticas

institucionales y estrategias pedagógicas, así como sus aptitudes y actitudes a través de las competencias, creando nuevos paradigmas en la forma de impartir y compartir el conocimiento, para cubrir las demandas y exigencias sociales, ello eleva la calidad de nuestra vida.

«[...] el modelo de la educación jurídica limitado a clases magistrales ha entrado en crisis, pues cada vez resulta menos efectiva, ya que los egresados cuentan con habilidades limitadas y tienen desconfianza de lo que han aprendido» (Casanovas, 2017, p. 325). «Estos modelos parten del principio de que el fin básico de la educación/enseñanza es la adquisición de conocimientos por parte del alumno, donde el profesor es el que posee el saber y lo transmite a los estudiantes que solo actúan como receptores» (Agama y Crespo, 2016, p. 111).

Es necesario que tanto profesores como alumnos se den la oportunidad los unos a los otros de compartir desde sus respectivas posiciones, sus diferentes puntos de vista, «deben compartir y dialogar sus experiencias y propuestas [...] para transformar los procesos educativos» (Murueta, 2017, p. 13).

«[...] Desarrollando determinadas competencias que son necesarias [...] habilidad para trabajar de forma autónoma, diseño y gestión de proyectos, iniciativa y espíritu emprendedor, compromiso ético, preocupación por la calidad, motivación por el logro» (Antunez et al., 2017, pp. 14-15). «[...] la velocidad en la generación de conocimientos [...] nos llama a enseñar de un modo diferente al que en líneas generales nos enseñaron porque, además, nuestros alumnos actuales no son iguales a los que tuvimos hace dos décadas» (Cicero, 2017, p. 58).

Se necesita un modelo pedagógico interesado por el desarrollo del ser humano, que le enseñe a transformarse a sí mismo, a ser factor de cambio e influencia positiva para otros, a modificar el paradigma

de la enseñanza tradicional y vislumbrarla como una relación de confianza para compartir el conocimiento, «los estudiantes no son entes vacíos de información que requieren ser llenados de forma unilateral» (Tapia, 2017, p. 20).

Ha de observarse también el aspecto práctico del aprendizaje, para poder vislumbrar la necesidad de desenvolverse en el campo práctico social, partiendo de la base teórica para generar conocimiento, y con empeño cotidiano y ejemplo de vida ética, transformar positivamente el entorno social. «[...] la integración del saber ser, el saber hacer y el saber conocer para lograr el saber convivir, que implica la colaboración en el marco del desarrollo social y el cuidado del ambiente» (Tobón, 2017a, p. 52). «Los nuevos tiempos hacen necesario que los procesos de formación [...] propendan de manera decidida hacia una formación competencial enfocada en el futuro laboral de los jóvenes [...]» (Benfeld, 2017, p. 579).

«La socioformación [...] busca la formación integral, desarrollo de competencias, solución de problemas, proyecto ético de vida, idoneidad para afrontar los retos de la vida y sociales» (Ruiz, 2017, p. 6).

La actuación de los servidores judiciales, mediante la línea socioformativa, abarca su aspecto laboral y personal, se inicia por sus entornos más próximos. «En el enfoque socioformativo se trabaja bajo la metodología por proyectos buscando el desarrollo del pensamiento complejo entre los involucrados mediante la reflexión y el trabajo colaborativo» (Arreola et al., 2019, p. 81).

Actualmente el comportamiento moral se aleja de su intrínseco significado y da paso a una marejada de confusión. Es importante que la actuación cotidiana se apegue cada vez más a los valores, esa base fuerte que sostenga la vida. «[...] la comunicación se convierte en elemento importante de formación la cual debe generar la

pertinente articulación entre el decir y hacer [...]» (Illera, 2017). El modelo pedagógico con enfoque socioformativo engloba conceptos como responsabilidad y compromiso social, formación humana integral, ética y conciencia reflexiva, efectiva y afectiva. Se trata de un modelo que involucra al ser humano no solamente como un ser racional, lógico y cognitivo, sino que incluye aristas básicas para el desarrollo del ser.

«[...] para mejorar las condiciones de vida mediante la resolución de problemas a través de proyectos inter y transdisciplinarios, con base en el proyecto ético de vida, la colaboración, la cocreación de saberes, el pensamiento complejo, la metacognición y el emprendimiento» (Tobón et al., 2018, p. 2).

Las prácticas pedagógicas desde la socioformación son el camino para el desarrollo de las competencias en los estudiantes, pues persiguen la necesidad de modificar las estructuras educativas tradicionales adecuándolas a la realidad social.

Cuando un individuo, a través de su conciencia reflexiva, se autorreconoce como elemento activo de un sistema social, se percata de su oportunidad de generar cambios profundos, permanentes y positivos en su entorno. Es vital que a través de la educación se faciliten las herramientas que permitan el autorreconocimiento y la participación proactiva en la sociedad, forjando la visualización de metas y sus diversas posibilidades de logro, para que a través de una formación integral se construyan proyectos éticos de vida, que sean evidencia de la colaboración, la valoración metacognitiva, el compromiso social y la calidad humana.

2.5.2. Categoría 2. Educación judicial

Las reformas constitucionales que se han generado en el ámbito judicial, amalgamadas con otra serie de temas de primer orden como el medio ambiente, la cultura de la rendición de cuentas y

la transparencia, han marcado la pauta para que todo el personal de la judicatura se dé a la tarea de tomar parte activa en procesos permanentes de actualización, capacitación y de formación, a fin de integrar a su quehacer profesional cotidiano tanto las reformas constitucionales como los temas centrales que han emanado de acuerdos nacionales e internacionales en la materia. Aquello lleva a la necesidad de revisar, actualizar, reestructurar, y, en su caso, reorientar la oferta educativa que se imparte para atender las demandas de la ciudadanía a este poder del Estado. «La educación es una de las herramientas más importantes para el desarrollo humano» (Abarca y Márquez, 2019, p. 21).

La educación judicial se propone como aquella formación que atiende la habilidad intelectual, la integridad, la honestidad, el espíritu cívico y la vocación de servicio, como aspectos imperdibles en la formación de servidores públicos, que sean autocríticos del desarrollo de sus habilidades, modificando o mejorando los aspectos necesarios para seguir creciendo, construyendo conscientemente, desde su propia actividad laboral cotidiana, una sociedad más equilibrada y justa. «[...] el buen funcionamiento de las organizaciones públicas requiere de operadores que realicen sus labores con calidad profesional y calidez humana [...]» (Ibarra, 2019, p. 4). Debemos promover en los seres humanos cambios a nivel de conciencia, que les faciliten comprender la importancia de contar con ciertas características para realizar su función como servidores públicos de la mejor manera. «Todo este conjunto de retos y compromisos que demanda la apertura o vía democrática de las instituciones públicas empuja y exige la profesionalización de los servidores públicos» (Ibarra, 2019, p. 70).

La educación judicial mediante el modelo pedagógico socioformativo guía la conducta humana hacia la construcción de una sociedad más justa, atendiendo a la sociedad desde la formación personal de sus elementos como lo son los individuos.

Las competencias aportan una nueva perspectiva en el tema de la educación, desde cuatro enfoques del saber, saber conocer, saber hacer, saber convivir y saber ser, se intenta conjugar en el camino del saber la completa constitución de una persona como ser humano. La educación judicial pretende, a través del modelo pedagógico socioformativo, el desarrollo de las competencias de los servidores públicos en su área profesional, sin dejar de lado los aspectos personal, familiar y social, de modo que el conocimiento trastoque todos los aspectos de su vida en sentido positivo. «El reto es formar para ser mujeres y hombres plenamente auténticos, críticos, que actúen en coherencia con sus principios» (Paredes et al., 2018, p. 8).

La administración de justicia requiere mejorar su actuación haciéndola más expedita, eficiente, efectiva, oportuna y adecuada, observando que el juez haya sido capaz de dar solución a una demanda de justicia, e integrando en su proceso una alta sensibilidad frente a cada caso.

Fortalecer la educación que se brinda a los servidores públicos del Poder Judicial del Estado de México, requiere cimentar un camino de profesionalización judicial, orientado a los principios y bases de la socioformación como herramienta de vida, guiando la conciencia a la reflexión del porqué y el para qué del servicio, y del porqué y para qué de los servidores judiciales, buscando que dichas reflexiones alcancen profundidad y permanencia en el individuo y permeabilidad en la sociedad. «[...] es importante reconocer que la capacitación constituye una herramienta muy potente para producir cambios concretos en la actividad judicial [...]» (González y Cooper, 2017, p. 12).

Diseñar la oferta educativa de una institución que impacta fuertemente en el tejido social, en un contexto sociohistórico caracterizado por el fenómeno de globalización cuyas consecuencias

se observan en todos los procesos, plantea retos y demandas específicos. Una educación, en consideración de las características del entorno en el que se desenvuelve la persona y sus grupos de pertenencia, debe ofrecer propuestas formativas pertinentes desde un enfoque humanista, orientado a favorecer el desarrollo integral. «[...] se buscan las personas con una serie de características mínimas en función de unos determinados retos o problemas, se identifica cuáles cumplen con estas características y se les acompaña en su integración al trabajo colaborativo» (Tobón, 2017a, p. 83).

El doctor Tobón impulsa a pensar en la formación de un servidor judicial a través del enfoque socioformativo, con el rumbo de la reestructuración de paradigmas personales y sociales, siguiendo su crecimiento y desarrollo, estableciendo contactos claros, humanos y permanentes entre la institución y el servidor judicial. «La práctica cotidiana de la profesión permite ir generando la conciencia que se tiene respecto a sí mismo» (Rodríguez et al., 2019, p. 1321).

Construirse a sí mismo alrededor y en el centro de la necesidad de servir a otros, reconociendo esa necesidad como una meta que en su logro nos da posibilidades de un mejor yo, y un mejor nosotros, sabiendo que el intercambio cotidiano en nuestras experiencias humanas implica una elección de crecer y seguir descubriendo nuevas formas de contacto más humano y profundo con los demás. «Quien siente la vocación por su profesión tendrá sustento y el gozo que le proporciona solo dicha profesión» (Collaguazo y Santiago, 2019, p. 4).

«Comenzar a enfatizar en la formación de personas íntegras, integrales y competentes en escenarios cambiantes, y no quedarnos solo en completar formatos y tener los programas educativos por competencias [...]» (Tobón, 2013, p. 31).

La vocación en sus servidores judiciales es muy importante para el Poder Judicial del Estado de México, pues esto constituye la base

de la atención amable, del buen y completo servicio, de la eficaz ayuda y el gentil apoyo. La educación judicial observa en la vocación esa característica que asemeja la semilla plantada en buena tierra que, dotada de los recursos necesarios, se desarrolla sin mayor complicación que el más básico de los cuidados. Se debe realizar una labor, por necesidad intrínseca de conciencia, de relaciones sociales, morales y culturales, así como por compromiso personal y no por constricción. Solamente la vocación de servicio permitirá mantenerse firme ante sus embates, para ello bastará la certeza de hacer lo que se debe, en el momento y espacio correctos.

2.5.3. Categoría 3. Socioformación

Es necesario fortalecer las capacidades intelectuales del capital humano, favorecer su autonomía para el aprendizaje, y mejorar sus vínculos de responsabilidad individual, social y ambiental, potencializar la innovación constante, fomentar la creación de nuevos conocimientos, y desarrollar los sistemas y la tecnología que les permitan mejorar sus condiciones para hacer frente a los retos futuros.

«La socioformación es una propuesta de origen latinoamericano que se aplica en el ámbito organizacional, gubernamental, comunitario, científico y educativo, para desarrollar el talento a través de la identificación, interpretación, argumentación y resolución de problemas del entorno con una visión global y sistémica» (Tobón, 2017a, p. 29).

A esta perspectiva se han incorporado conceptos como innovación y gestión del conocimiento. Sin embargo, lo que subyace es la búsqueda constante de soluciones para la gestión de las organizaciones, orientada a la creación de valor y a la competitividad sostenida en un ambiente de constante cambio.

«La socioformación es un enfoque educativo creado en Latinoamérica que busca transformar la educación a partir de la formación de ciudadanos con un sólido proyecto ético de vida» (Tobón, 2017b, p. 11).

Sobre ese camino, y con miras a la adopción de nuevas prácticas de enseñanza que superen el modelo tradicional, el Poder Judicial, a través de la Escuela Judicial del Estado de México, se ha propuesto diseñar una plataforma académico-educativa que permita dar una mejor y más eficaz respuesta a los imperativos sociales y que, al mismo tiempo, brinde a sus alumnos posibilidades más amplias de formación. «El enfoque socioformativo ofrece los argumentos didácticos para encarar la enseñanza desde posiciones dialécticas» (Aguinaga et al., 2018, p. 5).

Se requiere cambiar formas de pensar del personal responsable de la toma de decisiones en las cúpulas del sistema de justicia hasta los operadores de la acción educativa en cada uno de los espacios donde se realiza el proceso. «El conocimiento es una construcción individual con un procedimiento, una intensidad y fijación variable en cada sujeto y requiere de un ambiente colaborativo para que las condiciones lo favorezcan, entrelacen y solidifiquen» (Rojas y García, 2018, p. 105).

«El trabajo colaborativo como valor en una persona al servicio público es importante, pues el trabajo colaborativo es el proceso por el cual las personas logran una meta en común mediante la complementación y articulación de sus competencias saberes (habilidades, conocimientos y actitudes), con el fin de tener mayor impacto al que podría lograr una sola persona» (Tobón, 2017a, p. 41).

El impacto social de la socioformación es una mejor preparación y emprendimiento de los trabajadores tanto en el campo laboral como en el tema de los valores para desarrollar ampliamente las

competencias y habilidades necesarias que requiere su área de desempeño. La evaluación que la socioformación propone se percata no solamente de la acumulación de conocimientos, sino de la forma en que se emplean para modificar positivamente sus vidas y aprender mejor en lo subsecuente. Los servidores públicos se transforman en seres humanos de acción en su actuar cotidiano, su actitud ante la vida se renueva, apreciándose más ampliamente a sí mismos, y expresando nuevas formas de concebir su entorno, en apoyo constante a su prójimo, sin mayor interés que las reciprocidades justas y la conciencia de ser útiles a la sociedad. «[...] la formación integral [...] es ante todo un proceso social que se lleva a cabo mediante la colaboración y la resolución de problemas cada vez más retadores, con base en la evaluación» (Tobón, 2017a, p. 84).

Un aspecto muy importante para la educación judicial que la socioformación prevé se trata de la satisfacción que proporciona hacer lo que uno hace de modo que se adquiriera a través de la socioformación en la educación judicial «un modo de vivir afrontando los retos de la vida y el desarrollo de al menos un área de talento, trabajando con laboriosidad y persistencia hasta lograr las metas, experimentando satisfacción con lo que se hace» (Tobón, 2017a, p. 33).

El reconocimiento del yo como ser humano permite llegar a la plenitud personal a través del logro de metas planteadas desde la reflexión profunda.

«En la evaluación desde la socioformación, se enfatiza en que las personas logren solucionar problemas del contexto, sistematizando información, argumentando y sustentando respuestas basadas en teorías, conceptos, logrando implementar acciones para transformar dicho contexto» (Carrillo y Rodríguez, 2018, pp. 6-7). «En la socioformación no se enfatiza en aprender contenidos sino

en desarrollar el talento necesario para resolver problemas retadores del contexto, aplicando la colaboración» (Aranda, 2019, p. 26).

La socioformación es el campo en el cual una persona se acerca mucho más a su parte humana, desarrolla sus cualidades personales y sus habilidades sociales, en favor de sí mismo y de otros individuos como componentes de su entorno, pues sabe que para desplegar al máximo actitudes y aptitudes, a nivel humano y profesional, es ineludible la interacción constante. Más aún, el contacto social resulta una excelente oportunidad de crecimiento, de superación de obstáculos emocionales y de relación, para generar mayor seguridad personal y mejor entendimiento interpersonal. Esto beneficia al individuo en su autoconcepción así como a la sociedad en el fortalecimiento de sus estructuras más valiosas, como son los valores.

En el ámbito del servicio judicial, cuando las personas aceptan su capacidad de crecimiento más allá de lo personal o profesional, y se centran en el campo de lo humano, se percatan de una homogeneidad que permite reconocerse en el otro, con una transparencia a través de la cual se genera un contacto más genuino.

2.5.4. Categoría 4. Impacto en el debido proceso judicial e impacto social

«El derecho fundamental al debido proceso ha sido una de las principales conquistas jurídicas en la protección de los individuos frente al abuso del poder y la injusticia» (Rodríguez, 2018, p. 121).

El primer paso para garantizar el derecho a un debido proceso es una educación renovada, completa y continua que permita la preparación adecuada a los servidores públicos que guían los procesos, pero también una selección de personal apropiada. Los programas educativos, aunque no en todas las escuelas judiciales mexicanas, son evaluados por órganos académicos internos,

regularmente conocidos por comisiones, consejos, comités académicos. Estas instancias tienen las atribuciones necesarias para diseñar proyectos de normatividad académica y resolver las controversias que de ella deriven; para diseñar o revisar los contenidos de los programas educativos y someterlos a la aprobación de la autoridad administrativa competente, así como para definir líneas y proyectos académicos de investigación. Los planes y programas de estudios se revisan y evalúan periódicamente para corregir deficiencias o reforzar los contenidos que han resultado positivos para la enseñanza-aprendizaje y esencialmente para mantenerlos actualizados.

«La función judicial, por intermedio de los jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes» (Santos, 2018, p. 39).

Una primera evaluación que deben acreditar los aspirantes, en la mayoría de las instituciones, consiste en un examen de ingreso o de oposición, mediante el cual se concursa para ganar un lugar en la Escuela Judicial. Este primer examen evalúa conocimientos teóricos y prácticos, de forma oral o escrita, de méritos o de aptitud. Los consejos, comités o comisiones seleccionan a los alumnos que formarán parte de la matrícula con base en los resultados de los exámenes. «Todos los actos y procedimientos de los funcionarios y de los órganos del poder público deben ceñirse a él» (Arcos, 2019, p. 29). «[...] que se administre justicia de una forma justa especialmente el debido proceso, es un principio importante para perseverar la paz social [...]» (Medina, 2017, p. 19).

Considerando que las escuelas judiciales mexicanas tienen como población meta prioritaria a los servidores públicos judiciales con funciones sustantivas en los juzgados y salas, los programas

académicos más ofertados son los que tienden a mejorar o incrementar las competencias que exigen sus distintos campos laborales. Tal priorización de la oferta educativa judicial no actúa en detrimento de la formación inicial y mucho menos de los programas de desarrollo. En cuanto a su temática y de acuerdo con algunos compromisos establecidos por los sistemas de justicia de las entidades federativas de la República mexicana con el Instituto de la Judicatura Federal, muchos de los programas educativos tienden a perfeccionar las habilidades técnicas en materia jurisdiccional para lograr objetivos tales como reforzar, actualizar y profundizar los conocimientos sobre el ordenamiento positivo, la jurisprudencia y el derecho comparado, todo ello en beneficio y reforzamiento del derecho de todo ciudadano a un debido proceso. «[...] muchos programas educativos cumplen con toda una serie de indicadores de calidad [...] pero no logran impacto en la formación integral de las personas ni en su proyección social» (Tobón, 2017a, p. 109).

Es precisamente dicho impacto integral el que se se pretende lograr siguiendo las líneas educativas que ofrece la socioformación, se trata de desintegrar el aprendizaje como lo conocemos y reconsiderarlo desde la profunda naturaleza humana, donde el conocimiento genuino se construye participando activamente en el proceso a partir de la curiosidad, la experiencia y el constante compartir, formando así un círculo creativo de multicolaboración, afrontando y resolviendo los retos de realidad social mediante un trabajo en equipo tan dirigido y estructurado como flexible. Los intereses comunes no son tan importantes como lo es la percepción mutua de esos intereses y de la comunión que su existencia genera entre dos o más personas, pero lo más importante es el significado que de manera compartida se le otorga al punto en que se converge, pues si se estima digno en una escala universal de valores, entonces abona directamente en la promoción del compromiso humano y social. La educación como punto de interés común social merece

ser entendida y atendida. «[...] sujetos conscientes en su actuación, como portadores de una convivencia social comprometida con el desarrollo y proyecto social de cada país» (Cabanés, 2018, p. 2).

«El garantismo orgánico de un sistema dispositivo donde el juez, en el fondo del proceso [...] formará su libre convencimiento para decir su sentencia basado en las pruebas o indicios probatorios aportados por la partes al proceso» (Broncano, 2018, pp. 27-28).

A través de la socioformación como modelo educativo judicial, se busca generar los suficientes cambios para impactar de manera positiva y palpable a la sociedad, involucrando a los servidores judiciales en las experiencias y la emoción de las personas que como ciudadanos buscan encontrar en las instituciones gubernamentales soluciones a sus demandas, y el entendimiento humano suficiente como para considerarse nuevamente parte de la sociedad de la que muchas veces se han sentido ajenos, cambiando el lente burocrático por la capacidad natural de la empatía, el autoconocimiento y el respeto mutuo.

Una vez recobrada la confianza ciudadana, el impacto positivo de los resultados de la socioformación como modelo educativo judicial, se reflejará en el debido proceso, puesto que los cambios estructurales del pensamiento que enseñan la contemplación del otro en el progreso social, permitirán, por parte de los servidores judiciales, estudios de caso con análisis, argumentaciones e interpretaciones más profundas, reflexivas y balanceadas, para atender y evaluar correctamente y con sentido humano las aportaciones que se alleguen en cada caso específico.

La ciudadanía busca la satisfacción de sus necesidades de justicia, y sus expectativas muchas veces se ven rebasadas por acotamientos que van desde las propias y arraigadas creencias hasta la deficiencia o estancamiento de la educación en general y de la educación judicial en particular. El proceso de enseñanza aprendizaje ha sido visto

desde lo estrictamente formal y académico, restando importancia a las bases humanas, morales y éticas que constituyen la esencia de una persona. Las distancias percibidas por los justiciables entre ellos y sus servidores públicos reducen la confianza que tienen en sus instituciones. Por ello, se considera importante y beneficioso involucrar en la educación judicial a la socioformación como modelo pedagógico, ya que dicho enfoque propicia la reestructuración integral del orden educativo judicial, reiniciando todos sus elementos, y generando en el ánimo social, un acercamiento cordial, seguro y efectivo con su Poder Judicial.

2.5.5. Categoría 5. Satisfacción de la ciudadanía

Vivimos en una sociedad que crece y se desarrolla todos los días, una sociedad en la que la población supera el territorio, y las instituciones encargadas de impartir justicia se ven sobrepasadas por la demanda social de justicia, que encuentra justificación en la necesidad común de vivir en un ambiente tranquilo y seguro. Las formas arcaicas de aprender la justicia son insuficientes en la época actual para hacer frente a estas exigencias, es por ello que mediante la educación judicial socioformativa se pretende emprender una nueva etapa de formación judicial, así como diseñar formas novedosas de administrar el conocimiento en el proceso enseñanza aprendizaje, para que las generaciones actuales tengan oportunidad de vanguardizarse y actualizarse continuamente, y las siguientes cuenten con más y mejores herramientas para el manejo cotidiano de sus labores como servidores judiciales con propósitos genuinos de servir, generando, adquiriendo y compartiendo conocimientos.

Es de suma importancia para el Poder Judicial promover el movimiento mental y de conciencia de los actores de la justicia en beneficio de la verdad, los principios del derecho y la confianza social. Movimiento que únicamente puede iniciar una revolución educativa, basada en pruebas en el desarrollo del conocimiento y el

aprendizaje aplicado, sostenida en el tiempo, por la certeza de que las habilidades, aptitudes, voluntades y esfuerzos de cada elemento del Poder Judicial están funcionando a través de su labor, en favor de su propia persona y de la paz social.

«En la mayoría de las sociedades Iberoamericanas, la actividad judicial se manifiesta como una enorme, anónima, despersonalizada, extraña, lejana, fría, burocratista y deshumanizada forma de actuación del Estado» (Mendoza Paipa, 2018, p. 169).

Además de atender las demandas ciudadanas de justicia con personal capacitado profesionalmente de manera integral, el Poder Judicial pretende recuperar, mantener y alimentar la humanidad en el personal que capacita y que labora en sus espacios prestando sus servicios a otras personas; para ello trabajará para generar un vínculo cooperativo y reparar el tejido social. Un personal capacitado, con vocación y en constante contacto con su lado humano, reaprende y refuerza valores, recrea en la interacción diaria, en cada palabra, en cada gesto y en cada acto, su naturaleza humana que al compartir acrecienta, dando parte de sí y recibéndose a sí mismo en el otro: «[...] la “Humanización de las formas de Justicia”, supone un proceso de maduración jurídico-social, que obliga la transformación y cambios de los procesos jurisdiccionales, en herramientas fundamentales para la consecución de la Justicia» (Mendoza Paipa, 2018, p. 174). «[...] muchas veces los procesos adolecían de vicios de origen» (Morales et al., 2019, p. 238).

A efectos de evitar los errores que la historia nos ha mostrado, el Poder Judicial pretende una renovación en su sistema educativo, desde la cual se podrá acceder a nuevos vislumbres y enfoques. Esto le permitirá ofrecer un mejor servicio y que los justiciables capten la idea transformativa y se sumen a ella, no solamente desde el aspecto peticionario del ciudadano, que atiende su necesidad y se retira del escenario del cambio, sino desde el análisis y la

crítica constructiva, desde la apreciación de las modificaciones que surgen de la nueva educación y que modela un futuro de reinicio y autovigilia constante, con una perspectiva de cuidado integral, que además de la preparación académica, el crecimiento personal y social, redunde en un automático ejemplo, esfuerzo y compromiso en el desarrollo de nuestro país, que no es posible estancar porque existe un deseo y buena voluntad emanada de la libertad consciente y creativa de cada individuo, sea quien fuere. «[...] las personas al actuar de manera libre aprovechan y se apropian de las oportunidades y las transforman en opciones para alcanzar el máximo de sus capacidades y talentos y así configurar su propio destino» (Mendoza Paipa, 2018, p. 181).

La más amplia de las libertades es la capacidad de decisión que cada hombre y mujer tiene sobre su propia vida; y para que esta autodeterminación sea genuina, es innegable la necesidad de conocimiento, entendido este como autoconocimiento de las cosas, de las causas, de los efectos y de las personas que a su vez están decidiendo a nuestro alrededor. El saber que nuestro comportamiento influye en otras decisiones y que nos influyen otras tomas de decisiones nos ayuda e invita a ser apoyo y aporte sobre otros. Así sabemos que en la medida en que se entrega a la causa, el efecto genera similitudes de mi entrega como respuesta a mi propia decisión.

«En este espectro de integralidad, se fomentan y afianzan los nuevos paradigmas educativos, centrados en la formación en competencias profesionales, lo que preparará al estudiantado para la satisfacción de las necesidades que hoy demanda la sociedad contemporánea» (Cabanés, 2018, p. 2).

Saber no es únicamente conocimiento sino que implica un conjunto de aristas y cada una conlleva ciertas particularidades para la autoconcepción; es decir, primero se sabe, luego se hace,

se aprende a ser uno mismo y se aprende a convivir, a vivir con otros, vivir acompañado aún en la individualidad nos acerca al concepto de sociedad, una sociedad en constante movimiento en la que soy parte fundamental para elegir la dirección de su paso, para caminar hacia adelante, para buscar sendas intocadas. Caminos siguen sin descubrirse, generalmente por motivos que la mente, en su intimidad, reconoce como miedos, negaciones o inseguridades, constituyéndose en barreras que impiden potencializar las propias posibilidades. Es a favor del derrumbe de dichas barreras y de la amplitud de las posibilidades, que la educación judicial socioformativa se erige como propuesta de educación normada y continua.

«Desde esa perspectiva de una sociedad mandante se comprende que el juez no solo debe preocuparse por “ser”, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por “parecer”, de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial» (Betanzos, 2018, p. 180).

«Para lograr justicia y confianza pública en ella, es necesario contar con poderes judiciales independientes, accesibles a todos los ciudadanos y eficientes en su organización, que aseguren la aplicación de la ley orientada por los principios constitucionales y cuya labor pueda ser conocida y valorada por la sociedad» (Flores, 2018, p. 107).

Desde la educación judicial socioformativa se busca el reencuentro de los servidores judiciales con la gama de valores y principios éticos que hacen del hombre un buen hombre, un ser humano honorable y capaz de ser ante sus propios ojos y de parecer ante los ojos de los demás la persona respetable, confiable y apropiada para atender y satisfacer las necesidades de justicia que naturalmente derivan de una vida en sociedad. Así, los servidores judiciales no se restringen a la comprensión conceptual del conocimiento, sino que adquieren

habilidades y desarrollan aquellas que ya poseen para el ejercicio íntegro de sus funciones y de su desarrollo humano, que es al mismo tiempo el desarrollo por acompañamiento de las personas a las que sirven, mostrándoles con su conducta un ejemplo a seguir, o al menos un ejemplo a respetar, pero sobre todo un ser humano en quien confiar sus bienes, su libertad, o incluso, su vida. «Así, es necesaria la prevalencia de virtudes judiciales como la prudencia, la templanza, la fortaleza y la firmeza de criterio en la actividad judicial, como aspectos intrínsecos dentro del ser del juzgador» (Arango, s. f., p. 346).

Es preciso reconocer que un servidor judicial no es únicamente un empleado común del gobierno o un burócrata automatizado; el servidor judicial es una persona en contacto directo con otras personas, atendiendo sus necesidades de justicia y reconocimiento como sujeto portador de derechos y obligaciones, a un servidor judicial le interesa su sociedad, le importan las personas que buscan su servicio, es un ser humano brindándose a otros seres humanos, ofreciendo sus conocimientos a la necesidad social y concientizando sus carencias para seguir aprendiendo de la experiencia y la vida. El servidor judicial es un ser humano movido por el ímpetu de la justicia, la autoobservación es característica permanente de su actuar, su búsqueda por mejorar la calidad de su ser es constante, continuamente desarrolla y aplica planes de acción para examinarse, evaluarse y crecer, él sabe bien que su progreso personal es en gran medida, directa o indirectamente, el progreso de su entorno, por lo que los egos y las actitudes prosaicas no encajan en su constitución humana ni en su personalidad. Existe en su espíritu una tendencia al bien común, a la contemplación de la verdad y a la preparación permanente para ir a su encuentro.

3. DISCUSIÓN

A partir del análisis documental llevado a cabo, podemos concluir en la importante necesidad de aceptar que la actualidad académica y social ha superado los sistemas educativos acostumbrados, en los que la enseñanza y el aprendizaje eran dos caras de una misma moneda, en los que el valor de ambas correspondía tan solo a un agente depositario de una potestad múltiple sobre todos los otros involucrados, en los que la información era conocimiento y este atendía única y exclusivamente el área científica y profesional de los individuos, sin reparar en su calidad o en sus alcances en el tiempo y el espacio, sin análisis de sus eficacias en las mentes y, más aún, sin entender la trascendencia que la información, su correcta o incorrecta aplicación y dirección pueden tener no solamente en el intelecto de los hombres, sino en sus aspectos más sensibles, profundos y duraderos.

Asimismo, se concluye lo imperante que es para el Poder Judicial del Estado de México la adopción y desarrollo de un nuevo modelo educativo socioformativo, que por lo demás está ya presente en las aulas de su Escuela Judicial, en la que los docentes cuentan en su mayoría con grado de maestría o incluso más. No obstante, evidentemente el paso de uno a otro sistema de enseñanza requiere de un proceso de transformación y de adaptación durante el cual habrá que seguir trabajando en el mantenimiento de las competencias, hasta llegar a la completa aceptación y, en su caso, momento evolutivo con tendencias hacia una creciente educación judicial socioformativa como modelo de formación integral de los servidores públicos del Poder Judicial del Estado de México.

Una tercera conclusión es la identificación de la correlación existente entre la carrera judicial, la educación judicial socioformativa, el impacto en el debido proceso judicial y en la sociedad, así como con la satisfacción de la ciudadanía, explicado de

la siguiente manera: se trata de una dependencia mutua e inteligente de los elementos descritos, en la que el servidor público requiere de formación judicial, la cual, para los propósitos del presente trabajo, ha de ser socioformativa y con enfoque de competencias. Así, el servidor judicial se convertirá en un ser íntegro que a los ojos de la sociedad es ejemplo y sujeto de confianza, satisfaciendo tanto sus expectativas morales o éticas más profundas como las demandas más comunes de la cotidianidad en el servicio público.

Como cuarta conclusión, hay que dejar muy clara la importancia que tienen los Poderes Judiciales, particularmente, el del Estado de México, para brindar seguridad a las personas que por motivos varios, solicitando o no los servicios que nos encomienda la soberanía nacional, dejan en manos de la personas que laboramos para el Poder Judicial sus bienes, su libertad y hasta su vida, cosa que no es para nada menor. Así, desde nuestro lugar, tenemos la oportunidad de colaborar con el país encontrándolo en cada persona que atendemos, en cada servicio que brindamos. Por ello, la importancia de una educación integral, óptima y de calidad, de una buena selección de acuerdo con los criterios del modelo socioformativo en la educación judicial, sin olvidar la importancia de la voluntad de cada uno de nosotros para interesarnos, continuar investigando y apoyar en lo que se requiera.

Como quinta y última conclusión, se menciona el arduo trabajo que requiere la transformación, seguimiento y mantenimiento en la historia de la educación en México, de un modelo formativo a otro. Sobre todo cuando el nuevo modelo, como sucede en este caso, cambia completamente la inercia que se había forjado en las mentes del profesorado y los alumnos, de un punto de vista tradicional y regente que mantenía bajo cierto control el pensamiento de las masas, a otra perspectiva desde la cual la resolución de los problemas de cada uno está en las manos y mentes del individuo de quien se trate, quien en el camino de su vida tiene la oportunidad de crearse

y recrearse como individuo, componente y agente de cambio social a partir de su propia experiencia y acción.

En el campo, quizá inabarcable del conocimiento, mucho falta por alcanzar, particularmente en lo relativo a la educación judicial. Su aplicación efectiva representa un reto de grandes escalas; el desarrollo y éxito de las pretensiones supone tiempo, requiere compromisos compartidos y entusiasmos persistentes. Sin duda, es una perfecta oportunidad para comprender y realizar en plenitud las capacidades humanas, logrando la transformación que permita construir nuevas y mejores circunstancias sociales.

REFERENCIAS

- Abarca, M. y Márquez, L. (2019). Análisis de la formación en creatividad en la Enseñanza Superior. Una reflexión desde el contexto educativo mexicano. *Revista de Investigación en Educación*, 17(1), 20-31. Recuperado de <http://reined.webs.uvigo.es/index.php/reined/article/view/376>
- Agama, A. y Crespo, S. (2016). Modelo constructivista y tradicional: influencia sobre el aprendizaje, estructuración del conocimiento y motivación en alumnos de Enfermería. *Index de Enfermería/ Primer-Segundo trimestre*, 25(1-2), 109-113. Recuperado de <http://scielo.isciii.es/pdf/index/v25n1-2/academia1.pdf>
- Aguinaga, S., Velázquez, M. y Rimari, M. (2018). Modelo contextualizado de inclusión educativa. *Revista Educación*, 42(2). doi: 10.15517/revedu.v42i2.23885
- Ambrosio, R. (2018). La socioformación: un enfoque de cambio educativo. *Revista Iberoamericana de Educación*, 76(1), 57-82. doi: 10.35362/rie7612955

- Antúnez, A., Antúnez, A. y Soler, Y. (2017). La enseñanza virtual del derecho. Una aproximación en la universidad cubana. *Revista de Educación y Derecho*, (16). doi: 10.1344/REYD2017.16.22303
- Aranda, A. (2019). La investigación formativa y el emprendimiento e innovación. *Universidad, Ciencia y Tecnología*, 23(91), 25-32. Recuperado de <https://www.uctunexpo.autanabooks.com/index.php/uct/article/view/114>
- Arango, J. (s. f.). La profesión de juzgador dentro de un Estado democrático y de derecho. En Consejo de la Judicatura Federal, *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, sobre buenas prácticas para la impartición de justicia* (pp. 337-348). Recuperado de <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/2019/1erEncuentro/28%20Jose%20Faustino%20Arango%20Escamez.pdf>
- Arcos, R. (2019). *Las resoluciones de la Administración pública en el ejercicio de la potestad administrativa, vulneran el derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso en el derecho de motivación* (Tesis de maestría). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador. Recuperado de <http://45.238.216.28/bitstream/123456789/10043/1/PIUAMCO002-2019.pdf>
- Arreola, A., Palmares, G. y Ávila, G. (2019). La práctica pedagógica desde la socioformación. *RAES*, 11(18), 74-87. Recuperado de http://www.revistaraes.net/revistas/raes18_art5.pdf
- Barbosa, M. (2018). Formación judicial por competencias: la evaluación de las evidencias del desempeño, experiencia judicial de Costa Rica. *Revista Ex Legibus*, (9). Recuperado de http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/exlegibus9/formacion_competencias_marisol.pdf
- Benfeld, J. (2017). El nuevo paradigma universitario de acceso universal: su origen, características y alcances en relación a la

enseñanza del derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 44(2). doi: 10.4067/S0718-34372017000200575

- Betanzos, E. (2018). Apuntes sobre el ejercicio simultáneo de la función judicial y el ministerio religioso. Una lectura desde el código modelo iberoamericano de ética judicial. *Revista Diorito*, 2(1), 169-187. Recuperado de <http://revistadiorito.com.br/ojs/index.php/diorito/article/view/48>
- Broncano, S. (2018). *Inconsistencia normativa respecto al pronunciamiento del juez de investigación preparatoria sobre la reparación civil en el auto de sobreseimiento en el proceso penal peruano* (Tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Recuperado de <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2501>
- Cabanes, I. (2018). Formación de competencias ciudadanas en estudiantes universitarios: aproximación teórica para implementar en la praxis pedagógica. *Espíritu Emprendedor*, 2(3), 63-82. doi: 10.33970/eetes.v2.n3.2018.102
- Carrillo, M. y Rodríguez, L. (2018). La evaluación socioformativa: modelo vanguardista. En Herrera-Meza, S. R. y Tobón, S. (coords.), *Memorias del III Congreso Internacional de Evaluación (Valora-2018)*. México: Centro Universitario CIFE. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/328108199_La_Evaluacion_Socioformativa_Modelo_Vanguardista_The_Socioformative_Evaluation_Vanguard_Model
- Casanovas, J. A. (2017). *Derecho comparado y cine: estudio sobre el cine como recurso pedagógico para la enseñanza del derecho comparado* (Tesis doctoral, Universidad Panamericana, Ciudad de México). Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12552/3682>
- Cicero, N. (2017). Explorando nuevas maneras de enseñar y aprender Derecho Administrativo. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, (29), 31-61. Recuperado de <https://>

revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-ensenanza-derecho/article/view/32368

- Collaguazo, J. y Santiago, J. (2019). La ética y la vocación profesional. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Recuperado de <https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/04/etica-vocacion-profesional.html>
- Duarte, J. Y. (2019). Calidad educativa. *Aibi. Revista de Investigación, Administración e Ingenierías*, 7(1), 32-35. doi: <https://doi.org/10.15649/2346030X.442>
- Flores, R. (2018). Retos y perspectivas de los tribunales electorales frente al paradigma de justicia abierta en México. *Ius Comitalis*, 1(1), 98-118. Recuperado de <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/view/10707>
- Garzón, A. y Romero, Z. (2018). Los modelos pedagógicos y su relación con las concepciones del derecho: puntos de encuentro con la educación en derecho. *Revista de Investigación, Desarrollo e Innovación*, 8(2), 311-320. doi: 10.19053/20278306.v8.n2.2018.7968
- González, L. y Cooper, J. (2017). *Capacitación judicial en América Latina: un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Recuperado de <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5552>
- Ibarra, J. (2019). *La profesionalización de la justicia alternativa en Jalisco. Una política pública ausente* (Tesis de maestría, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Tlaquepaque, Jalisco). Recuperado de <http://hdl.handle.net/11117/5898>
- Illera, M. (2017). Relación de la teoría y la práctica en la enseñanza del derecho. *Revista Espacios*, 38(45). Recuperado de <https://www.revistaespacios.com/a17v38n45/a17v38n45p20.pdf>

- León, A. (2019). La cartografía conceptual como práctica socioformativa para la resolución del pensamiento complejo en la formación inicial docente en el Instituto de Educación Superior Pedagógico Público «José Jiménez Borja» de Tacna. En Vásquez, J. M. (ed.), *Reflexiones sobre las prácticas pedagógicas desde la socioformación*. Lima: Centro Universitario CIFE. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/331305261>
- López, O. (2019). Vocación del servicio en Colombia y nuevas formas de colonialismo en la lógica managerial. *Cuadernos de Administración*, 32(58). doi: 10.11144/Javeriana.cao32-58.vscn
- Medina, T. (2017). *Vulneración del derecho a la defensa y el debido proceso* (Tesis para optar el título de abogado). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Ecuador. Recuperado de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7683/1/TUQEXCOMAB064-2017.pdf>
- Mendoza, J. (2018). Formación judicial por competencias: la experiencia de la Escuela Judicial del Estado de México. *Revista Ex Legibus*, (9). Recuperado de http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/cid/exlegibus9/formacion_competencias_joaquin.pdf
- Mendoza Paipa, M. (2018). El desarrollo humano a partir de las formas de justicia: los justiciables como factor clave. *Sapienza Organizacional*, (10), 166-183. Recuperado de <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/sapienza/article/view/13559>
- Morales, H., Ayala, J. y Curiel, R. (2019). Administración de justicia, derechos humanos y acceso a la información en México: breve historia y desafíos actuales. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, 13(43), 231-244. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v13n43/1870-2147-rius-13-43-231.pdf>

- Murphy, T. (2018). Bien común. *Eunomía*, (14), 191-205. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4163/2687>
- Murueta, M. (2017). *II Congreso Internacional de Transformación Educativa. Alternativas para nuevas prácticas educativas. Libro 8. Nuevos modelos educativos*. Recuperado de <https://www.transformacion-educativa.com/attachments/article/153/Libro%2008%20-%20Nuevos%20modelos%20educativos.pdf>
- Ortiz, A. (2013). *Modelos pedagógicos y teorías del aprendizaje. ¿Cómo elaborar el modelo pedagógico de la institución educativa?* Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/315835198>
- Palacio, S. (2017). Presente y futuro de la educación judicial. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (44), 195-217. Recuperado de <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/presente-futuro-educacion-judicial-707949873>
- Paredes Í., Naranjo, M. y Paredes, A. (2018). Formación integral, enfoque por competencias y transversalidad curricular. Un nuevo paradigma educativo. En Paredes, Í., Casanova, I. y Naranjo, M. (coords.), *Formación integral, enfoque por competencias y transversalidad curricular en la educación superior* (pp. 14-43). Ibarra, Ecuador: UTN. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/326398569>
- Pari, L. (2019). Las prácticas pedagógicas y la resolución de problemas desde la socioformación, en la institución educativa superior pedagógico público «José Jiménez Borja» 2019. Reflexiones sobre las prácticas pedagógicas desde la socioformación. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/331287626_Las_Practicas_pedagogicas_y_la_resolucion_de_problemas_desde_la_socioformacion_en_la_institucion_educativa_

superior_pedagogico_publico_Jose_Jimenez_Borja_2019/
link/5c70642c92851c6950390dee/download

- Pezzetta, S. (2017). La enseñanza del derecho y la disputa sobre el plan de estudios. Discursos sobre el currículo legítimo. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 4(1), 146-188. doi: 10.5354/0719-5885.2017.46253
- Rodríguez, M. (2018). El debido proceso con enfoque de género en Colombia. *REDUR*, (16), 121-142. doi: 10.18172/rehur.4232
- Rodríguez, M., González, A. y Gutiérrez, M. (2019). Experiencias de la profesión docente: la construcción de la identidad y vocación. *Revista Electrónica Científica de Investigación Educativa*, 4(2), 1317-1325. Recuperado de <https://www.rediech.org/ojs/2017/index.php/recie/article/view/462>
- Rojas, M. y García, J. (2018). La traslación del pensamiento educativo de Edgard Morin al ámbito educativo. El enfoque socioformativo de gestión del currículum en base a competencias. *FAIA*, 7(30), 101-121. Recuperado de <http://editorialabiertaia.com/pifilojs/index.php/FAIA/article/view/143>
- Ronquillo, L., Cabrera, C. y Barberán, J. (2019). Competencias profesionales: desafíos en el proceso de formación profesional. *Opuntia Brava*, 11(Especial 1), 1-12. doi: 10.35195/ob.v11iEspecial.653
- Ruiz, S. (2017). Análisis sobre la importancia de la socioformación en México. *Preparatoria Ciudad Azteca*, A. C. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/320698831>
- Salazar, E. y Tobón, S. (2018). Análisis documental del proceso de formación docente acorde con la sociedad del conocimiento. *Revista Espacios*, 39(53). Recuperado de <http://www.revistaespacios.com/cited2017/cited2017-17.pdf>

- Santiago, J. (2017). Las condiciones del mundo contemporáneo y los retos de la educación geográfica. *Revista de Pedagogía*, 38(103), 248-272. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=65954978012>
- Santos, R. (2018). *Proyecto de reforma al artículo 649.5 del Código Orgánico Integral Penal para garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva del querellado* (Tesis para optar el título de abogado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Ecuador). Recuperado de http://rraae.org.ec/Record/UNIANDES_92da79085339b60486ba7d94295f7dc2
- Tapia, S. (2017). La crítica jurídica en la enseñanza del Derecho. *III Número Extraordinario de Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 425-444. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/327560960_La_Critica_juridica_en_la_ensenanza_del_derecho
- Tobón, S. (2013). *Formación integral y competencias. Pensamiento complejo, currículo, didáctica y evaluación* (4.ª ed.). Bogotá: ECOE. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/319310793>
- ____ (2017a). *Ejes esenciales de la sociedad del conocimiento y la socioformación*. Mount Dora: Kresearch. doi: dx.doi.org/10.24944/isbn.978-1-945721-18-2
- ____ (2017b). *Evaluación socioformativa. Estrategias e instrumentos*. Mount Dora: Kresearch. doi: dx.doi.org/10.24944/isbn.978-1-945721-26-7
- ____ (2017c). *Guía metodológica de diseño y rediseño curricular desde la socioformación y el pensamiento complejo*. Mount Dora: Kresearch. doi: <https://dx.doi.org/10.24944/isbn.978-1-945721-22-9>
- Tobón, S., Martínez, J. E., Valdez, E. y Quiriz, T. (2018). Prácticas pedagógicas: análisis mediante la cartografía conceptual. *Revista*

Espacios, 39(53), 1-16. Recuperado de <http://www.revistaespacios.com/cited2017/cited2017-31.pdf>

Vives, M. (2016). Modelos pedagógicos y reflexiones para las pedagogías del sur. *Boletín Redipe*, 5(11), 40-55. Recuperado de <https://docplayer.es/84348843-Modelos-pedagogicos-y-reflexiones-para-las-pedagogias-del-sur-1.html>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 325-341

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.47>

La ejecución de sentencias en la Nueva Ley Procesal del Trabajo¹

The execution of court's decisions in the new Procedural Labor Act



CAROLINA AYVAR ROLDÁN
Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)

Contacto: cayuar@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7674-7034>

RESUMEN

En el presente trabajo académico pretendemos analizar la última etapa de los procesos judiciales tramitados bajo los alcances de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), es decir, la ejecución de las sentencias y actas de conciliación judicial, sin cuyo cumplimiento no se lograría una verdadera tutela judicial efectiva, pues solo con el cumplimiento de los mandatos judiciales contenidos en sentencias, es que puede considerarse como amparado el derecho del ciudadano que lo reclamó ante los órganos judiciales.

1 Tema desarrollado en el curso «Análisis de casos de juzgamiento anticipado y ejecución de sentencias-ETTI Laboral».

Palabras clave: proceso de ejecución, sentencia judicial, eficacia, tutela judicial efectiva, principios, procedimiento de ejecución.

ABSTRACT

In this essay we analyze the consequences of the new procedural labor Act and its application to the final stage of the judicial process specially. In other words, we analyzed the execution of court's decision and the settlement agreement of the judicial conciliation, because this legal instrument proves the importance of the effectiveness of the judicial process. Furthermore, this two elements serve to value the resonance of the citizen's claim and the recognition of their civil rights.

Key words: court's decision, execution, judicial process.

Recibido: **23/05/2020** Aceptado: **10/06/2020**

1. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES

Para analizar el tema que atendemos en este trabajo, debe tenerse presente lo que se entiende por ejecución de sentencias; por ello, tomamos en cuenta lo que nos mencionan Vinatea Recoba y Toyama Miyagusuku (2010): «los procesos de ejecución tienen por fin último la materialización de las decisiones judiciales o de los derechos reconocidos por las partes, o declarados por un tercero, satisfaciéndose así los intereses respecto de los cuales se solicita tutela jurisdiccional» (p. 250), es decir, en la ejecución de las sentencias no se busca la declaración de un derecho, sino satisfacer un derecho ya declarado precisamente por la sentencia que se pretende ejecutar; es allí donde queda establecida la eficacia de las decisiones judiciales, y el cumplimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

La Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) (2010) recoge una muy corta regulación sobre la ejecución de las sentencias judiciales:

Las resoluciones judiciales firmes y actas de conciliación judicial se ejecutan exclusivamente ante el juez que conoció la demanda y dentro del mismo expediente. Si la demanda se hubiera iniciado ante una sala laboral, es competente el juez especializado de trabajo de turno (art. 58).

Sin embargo, quizá es la etapa procesal más lata y, en muchos casos, de difícil cumplimiento por parte de los obligados, frente a los mandatos que disponen el cumplimiento de una obligación de dar (pago de sumas de dinero) u otras obligaciones de hacer o no hacer; es entonces que nos vemos obligados a utilizar normas contenidas en otros ordenamientos de carácter general, como el Código Procesal Civil.

Así, dentro de un proceso laboral, luego de resuelta la cuestión debatida, podrán ejecutarse:

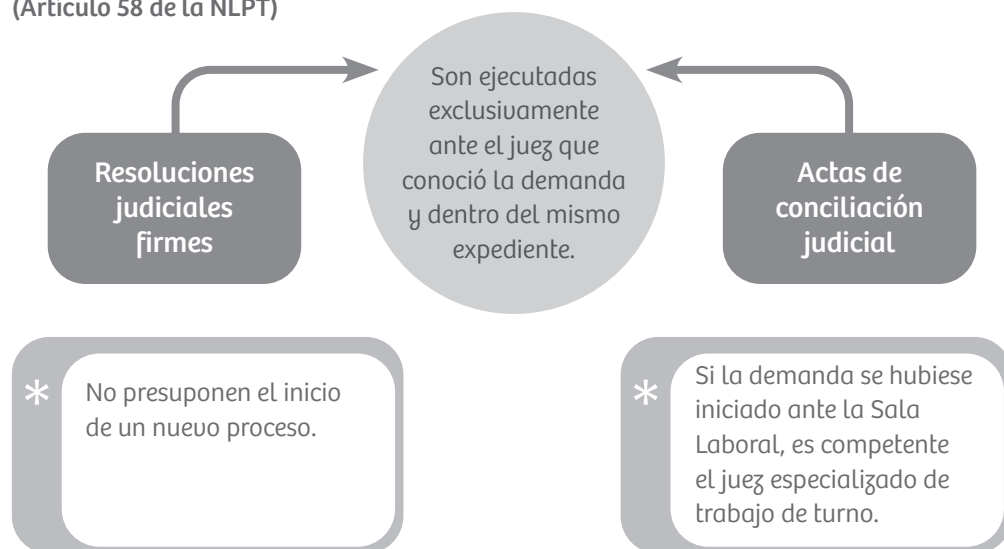
- a) Las sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ya sea porque han quedado consentidas o ejecutoriadas (art. 123 CPC).
- b) Las conciliaciones que dieron fin al proceso y tuvieron lugar usualmente en la audiencia de conciliación (art. 30 NLPT).

Podemos graficar ello para que puedan comprenderse de modo práctico los casos en los que el juez dispone el cumplimiento de los mandatos contenidos en sentencias judiciales firmes y actas de conciliación judicial, que pueden tratarse de obligaciones de dar, como el pago de beneficios económicos, u obligaciones de hacer o no hacer, como la reposición en el puesto laboral de un trabajador indebidamente despedido.

Gráfico n.º 1

Trámite de la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y actas de conciliación

(Artículo 58 de la NLPT)



Fuente: Guía de actuación de la NLPT-Ley 29497.

2. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Dentro de la etapa ejecutoria del proceso, también son de aplicación los principios que inspiran la NLPT; no obstante, algunos de ellos poseen un papel destacado y de trascendencia, así tenemos los siguientes:

2.1. El rol protagónico del juez

La NLPT reconoce en el juez laboral el rol protagónico de director del proceso, le otorga facultades suficientes que le permiten, en esta etapa, agilizar y efectivizar las obligaciones que se ha ordenado cumplir al empleador, en la sentencia que se pretende ejecutar. En esa línea, Toyama Miyagusuku (2019) señala:

El rol protagónico del juez se corresponde con el deber de impulso procesal que la NLPT le impone. Así, a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, es un deber del juez lograr un trámite rápido, sin trabas ni interrupciones (p. 49).

Quizá una de las actuaciones estelares más importantes del juzgador en un proceso judicial se trate, precisamente, de la ejecución, pues es claro que este no puede esperar a que sea la parte acreedora (el trabajador) quien esté solicitando las actuaciones procesales para el cumplimiento de las obligaciones establecidas ya en una sentencia firme, sino que el juez debe asumir su rol de director del proceso e impulsarlo para el logro de su finalidad; por ejemplo, una vez remitido el proceso por la Corte Suprema que desestimó la casación, o la estimó y que el fallo judicial ordena el pago de una obligación o el cumplimiento de una obligación de hacer, corresponde al juez **dictar de oficio** y sin mayor dilación el mandato de ejecución, lo que implicará celeridad en el trámite de ejecución.

2.2. Principio de celeridad

Montoya Melgar indica: «es el principio en virtud del cual el proceso laboral debe gozar de mayor agilidad de plazos y sencillez en su tramitación» (como se citó en Toyama, 2019, p. 35).

Este principio se encuentra a lo largo de las disposiciones de la NLPT y está presente en todas las etapas del proceso, también en la ejecución de sentencia, por ello es que este cuerpo normativo ha dotado al juez de facultades para lograr su cometido, por ejemplo, la imposición de multas sucesivas y compulsivas para garantizar el cumplimiento del mandato de ejecución, aunque —claro está— es necesario habilitar mecanismos que dan mayor agilidad a esa ejecución (como implementar en todo el país el uso de las liquidaciones a través del INTERLEG, tratándose de la liquidación de intereses que perfectamente puede manejar el juzgador sin necesidad de remitirlo a un perito judicial).

2.3. Principio de oralidad

La NLPT se inspira en el principio de oralidad que facilita alcanzar sus fines a través de la viva voz; Arévalo Vela (2018) manifiesta que: «Este principio, destaca la predominancia del uso de la palabra hablada sobre la escrita en el desarrollo de las diligencias judiciales...» (s. p.).

Para muchos, la etapa de ejecución se halla excluida de la oralidad por tratarse de una fase esencialmente escrita; tal posición no encuentra asidero, ya que, aun en esta etapa, el juez puede y está en aptitud —si lo advierte necesario— de convocar a las partes a una audiencia muy especial para concretar el cumplimiento del mandato dispuesto en sentencia; así lo afirma Omar Toledo:

El juez de trabajo, en virtud de las facultades conferidas por el art. 51 inciso 3 del CPC, tiene la atribución de convocar a las partes con el objeto de requerir el cumplimiento de sus sentencias y señalar los alcances de la normativa laboral, así como las consecuencias del no cumplimiento de los mandatos judiciales (como se citó en Núñez, 2016, s. p.).

2.4. Principio de economía procesal

«Este principio sostiene la proporción entre el fin y los medios que se utiliza, por ello, se busca concentrar la actividad procesal en el menor número de actos para evitar la dispersión» (Ledesma, 2015, p. 53).

En esta etapa, el juez debe realizar el menor número de actuaciones y, más bien, ordenar de modo concreto y sencillo el cumplimiento de la sentencia, con decisiones claras y precisas que, finalmente, culminen con el cumplimiento de la obligación requerida; no puede esperarse a que las partes hagan solicitudes innecesarias y, sobre todo, dilatorias tendientes a evitar el cumplimiento de la ejecución.

2.5. Derecho de tutela judicial efectiva

El derecho de tutela judicial efectiva no solo garantiza el derecho de toda persona de poder acceder a los órganos jurisdiccionales en reclamo de un derecho, sino también está referido al derecho de satisfacer ese derecho a través de la efectiva ejecución de los mandatos dictados en sentencia. Esto ha sido recogido en muchos fallos judiciales, así:

El Código Procesal Civil determina distintos cauces para otorgar tutela jurisdiccional, y así diferencia entre los procesos previstos para aquellos casos en que se requiere la declaración de un derecho o la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses (esto es, que responden a un derecho incierto), y los procesos de ejecución (previstos para aquellos casos en que hay un derecho cierto, establecido por las partes o declarado judicialmente, pero que permanece insatisfecho) (Casación n.º 1752-99 Cajamarca) (Torres, 2008, p. 778).

El derecho de acceso a la justicia forma parte del contenido esencial del derecho de tutela judicial efectiva reconocida por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, como principio y derecho de la función jurisdiccional y que no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con el mínimo empleo de la actividad procesal (Casación n.º 1366-2006 La Libertad).

3. DEL PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

3.1. Tratándose de obligaciones de dar

Usualmente, ello alude al caso del pago de sumas de dinero ordenadas pagar por la parte vencida, como remuneraciones insolutas y beneficios económicos (gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, escolaridad, convenios colectivos, etc.), que implican el pago de una suma dineraria calculada ya en la sentencia, son,

más bien, los intereses los que se manda calcular en la ejecución, a efectos de ordenarse su pago.

- a) El juez², una vez que advierte que la sentencia ha quedado consentida o ejecutoriada, procede a expedir un auto disponiendo el cumplimiento del mandato de la sentencia, bajo apercibimiento. El art. 690-C del CPC expone que el mandato ejecutivo dispondrá el cumplimiento de la obligación contenida en el título, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.
- b) El obligado puede formular contradicción al mandato dentro del tercer día de notificado si alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación y se acredita con prueba instrumental (art. 690-D última parte CPC).
- c) En caso de que el obligado no cumpla con el mandato, el juzgador procederá a hacer efectivo el apercibimiento al dar inicio a la ejecución forzada al ordenar el embargo sobre bienes del deudor.
- d) Trabado el embargo (o si este ya fue dictado con antelación), se ordena el remate de los bienes embargados (art. 725 CPC).
- e) La ejecución forzada concluye cuando se hace el pago completo al ejecutante con el producto del remate o con la adjudicación; o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses exigidos, costas y costos del proceso (art. 727 CPC).
- f) Las apelaciones de estas decisiones emitidas por el juez deben tener la formalidad de un auto y son apelables sin efecto suspensivo, salvo que una de ellas dé fin a la ejecución, en cuyo caso se concederá con efecto suspensivo (arts. 371 y 372 CPC).

2 Es competente el juez que conoció la demanda.

Gráfico n.º 2

Etapas de la ejecución



Fuente: Elaboración propia.

3.2. Contradicción al mandato de ejecución

Según lo determina el art. 690-D del CPC, cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, solo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, esta decisión es apelable sin efecto suspensivo.

Marianella Ledesma (2015) refiere que «cuando se concluye el proceso de cognición con una sentencia de condena, termina toda posibilidad de discusión en relación a la existencia del derecho subjetivo y de la obligación misma» (p. 373); es por ello que para el obligado, en caso de sentencias judiciales firmes y actas de conciliación judicial debidamente aprobadas por el juez, solo es permisible la contradicción por el cumplimiento de la obligación o su extinción.

El pago de la deuda por el principio de integridad debe ser total, lo que incluye la obligación principal, los intereses y los gastos del proceso (costas y costos). Sin embargo, este principio no es absoluto,

dado que el acreedor puede autorizar al deudor a realizar pagos parciales; usualmente ello ocurre en las conciliaciones judiciales, pero nada impide que se lleve a cabo dentro de la ejecución; allí es donde puede entrar a tallar la oralidad, pues si el juez advierte, a partir de lo expresado por el obligado, que le resulta impagable la totalidad y ofrece pagos parciales mensuales, puede convocar a una audiencia para arribar a acuerdos entre las partes sobre la forma de pago, de modo que garantice finalmente el pago de los derechos laborales del trabajador.

El art. 61 NLPT señala que en caso de contradicción temeraria (es decir, que no se sustente en ninguna de estas causales), el juez impone al obligado una multa no menor de media ni mayor de 50 unidades de referencia procesal (URP); ello se explica porque lo que se desea evitar son dilaciones innecesarias.

Gráfico n.º 3

Contradicción del mandato de ejecución

(Artículo 690-D del CPC)



Fuente: Guía de actuación de la NLPT-Ley 29497.

3.3. Ejecución de obligaciones de hacer o no hacer

Respecto a estas obligaciones de hacer o no hacer (como son la reposición del trabajador en el puesto laboral que venía desempeñando, la inclusión del trabajador en planillas, la entrega de uniforme, el cese de actos de hostilidad, etc.), es claro que el apercibimiento debe adecuarse a la obligación que debe cumplirse; al efecto, el art. 62 NLPT señala:

tratándose de obligaciones de hacer o no hacer, habiéndose resuelto seguir adelante con la ejecución, el obligado no cumple, sin que se haya ordenado la suspensión extraordinaria de la ejecución, el juez impone multas sucesivas, acumulativas y crecientes en treinta por ciento (30 %) hasta que el obligado cumpla el mandato; y si persistiera el incumplimiento, procede a denunciarlo penalmente por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad.

Esta norma le posibilita al juez la imposición de multas sucesivas y acumulativas hasta que el ejecutado cumpla el mandato y, en caso de que oponga resistencia, inclusive se le puede denunciar penalmente. Empero, hay procesos en los cuales, pese a los requerimientos, el obligado incumple, por lo que el juez debe dictar el apercibimiento idóneo para el logro del fin; por ejemplo, en caso de que el jefe de recursos humanos se niegue al cumplimiento de lo ordenado, se debe acudir ante el gerente para que este lo disponga.

3.4. Sentencias en las que el obligado es una institución del Estado

Cuando el demandado es una institución estatal, la ejecución de la sentencia —aun en procesos laborales— debe ajustarse al procedimiento establecido para cumplimientos de sentencias por parte del Estado, regulado por el Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso

Administrativo, en su art. 47. Debe notificarse al titular del pliego para que realice el pago de la obligación dispuesta en la sentencia, quien está en la obligación de disponer la programación del pago; no obstante, la realidad rebasa lo establecido en la ley: en muchos casos, los titulares incumplen sus obligaciones, de manera que el juez debe dictar el mandato de ejecución, ordenando el embargo de las cuentas de la entidad, pero debe tomar la previsión de establecer si esta es una cuenta embargable, ya que no puede afectarse las de naturaleza pública.

También es común que, en casos de obligaciones de hacer, los jueces notifiquen al titular del pliego. Si ello es legal, no es operativo, pues quien debe ser requerido es el funcionario encargado de dar cumplimiento (por ejemplo, en la reposición, será el jefe de Recursos Humanos), por lo que antes de disponer su cumplimiento, debe tomarse conocimiento del nombre del funcionario, conforme lo dispone el art. 46.2 del citado decreto supremo.

4. EJECUCIÓN ANTICIPADA DE LA SENTENCIA

Una de las novedades de la NLPT es la relativa a la ejecución anticipada de la sentencia, dado que, incluso interpuesto el recurso de casación, es posible que el trabajador ejecute el mandato contenido en la sentencia de vista; ello se explica por el principio de que los derechos laborales tienen un contenido alimentario y, por tanto, de urgente atención, no se puede esperar a que la sentencia quede ejecutoriada con la decisión de la Corte Suprema.

En el art. 38 NLPT se menciona que la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias y, excepcionalmente, cuando se trate de obligaciones de dar sumas de dinero (a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido), el juez de la demanda suspende la ejecución en

resolución fundamentada e inimpugnable; el importe total incluye el capital, los intereses, costas y costos.

Sobre el tema, Arévalo Vela (2016) afirma, en cuanto al recurso de casación, que este:

Carece de efecto suspensivo, pues su interposición no suspende la ejecución de las sentencias y considera que esta disposición es acertada, pues evita que el recurso de casación se convierta en un medio de dilación de los procesos con fines de incumplimiento de obligaciones laborales (p. 716).

Ahora bien, en este estado del proceso (con sentencia de segunda instancia y con recurso de casación) correspondería que las salas superiores —una vez declarada la fundabilidad de las pretensiones del demandante— remitan las copias certificadas de oficio al juez que conoció la demanda para que proceda a la ejecución de las sentencias.

5. PROYECTO USO DE PLANTILLAS TIPO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Puede advertirse que aún hay mucho que hacer para dar solución a uno de los cuellos de botella que detienen que un proceso judicial concluya con rapidez y eficiencia, por lo que, al haberse determinado tal circunstancia, en el Distrito Judicial de Arequipa se implementó un proyecto tendiente no solo a dar celeridad al trámite en ejecución de sentencia, sino también a uniformizar los mandatos y apercibimientos de parte de los jueces frente a una misma situación jurídica, ya que estos eran totalmente disímiles y variaban de acuerdo con el juez que tramitaba la causa. Este proyecto fue denominado «**Optimización de la ejecución de sentencias en el proceso laboral**», el cual ponemos en su consideración.

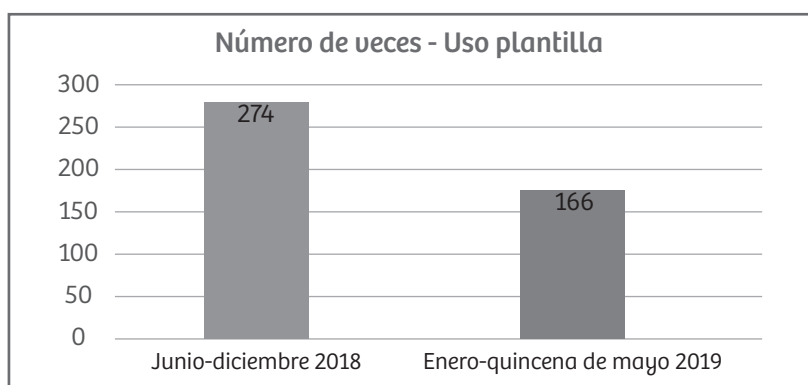
Se trata de la homogenización de plantillas a través del Sistema Integrado Judicial, que el sistema plantea cuando el usuario la activa frente a la circunstancia procesal, utilizando un código asignado a cada plantilla. Ello permite el ahorro de tiempo, horas hombre, celeridad en la ejecución y uniformidad de mandatos; lo que ha demostrado un resultado eficiente en las resoluciones que se dictan en la ejecución de sentencia.

Cuadro n.º 1
Códigos y resoluciones tipo

Leyenda	
Código	Denominación
AD1	Archivo definitivo
CO2	Aprueba liquidación costas y costos
CRO1	Desaprueba cronograma de pago
EA1	Ejecución anticipada
EF1	Dar inicio ejecución forzada
ERJ1	Dar inicio a la ejecución de resoluciones
FON1	Embargo en forma de retención - FONCOMUN
LI1	Aprueba liquidación de interés
REQ1	Requerimiento
RET1	Medida de ejecución de embargo - retención
SIN1	Concede apelación sin y sin

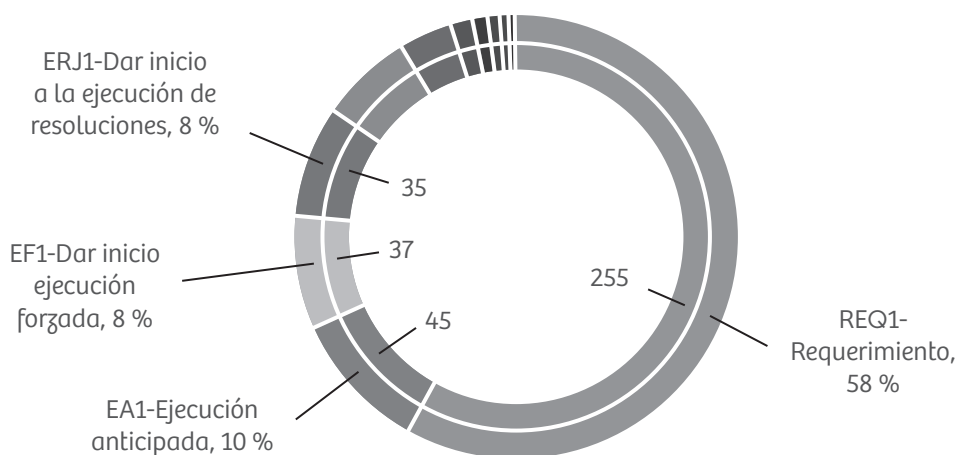
En este cuadro presentamos las resoluciones tipo que fueron aprobadas por los jueces y el código que le corresponde a cada una. Se logra, con ello, uniformidad de criterios y celeridad en el trámite de la ejecución de sentencias.

Gráfico n.º 4
Frecuencia del uso de plantillas



En este cuarto gráfico se muestra el comparativo de empleabilidad por plantilla respecto a los años 2018 y 2019.

Gráfico n.º 5
Mayor incidencia por uso de plantilla



En este último gráfico mostramos las plantillas que más se han utilizado; entre ellas, la de «requerimiento» es la que tiene mayor incidencia, con el 58 % sobre el total de empleabilidad de las plantillas.

6. CONCLUSIONES

Primera. La última etapa del proceso judicial es la ejecutoria y allí la parte acreedora ve satisfecho el derecho reclamado, por lo que el mandato judicial debe hacerse cumplir conforme se dispuso en la sentencia o el acta de conciliación.

Segunda. La ejecución de sentencias se inspira en varios principios procesales, pero el más importante es el de la tutela judicial efectiva, ya que de nada le valdrá al ciudadano una sentencia que no se cumpla.

Tercera. Es posible dar celeridad a la etapa de ejecución del proceso, puesto que el juez se halla premunido de muchas facultades para conseguir su cumplimiento, inclusive pueden implementarse diversos actos procesales que permitan una ágil ejecución del mandato judicial.

Cuarta. La Nueva Ley Procesal del Trabajo posibilita la ejecución anticipada de la sentencia, pues, incluso interpuesto el recurso de casación, puede ejecutarse la sentencia, lo que permite mayor celeridad al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la sentencia.

REFERENCIAS

Arévalo, J. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima: Pacífico Editores.

____ (2018). Los principios de organización del proceso laboral. Soluciones laborales. Curso sobre habilidades para la dirección de audiencias en los procesos laborales. Lima: s. e.

Congreso de la República (2010). Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497. Lima: 13 de enero de 2010.

Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil* (t. 1 y 3) (5.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica/Editorial El Búho.

- Ministerio de Justicia (1993). Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS. Lima: 23 de abril de 1993.
- _____ (2008). Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Lima: 28 de agosto de 2008.
- Núñez, S. (2016). Técnicas de Oralidad en el Nuevo Proceso Laboral. Taller realizado por la Academia de la Magistratura.
- Poder Judicial (2006). Casación n.º 1366-2006 La Libertad. Lima: 8 de septiembre de 2006.
- Torres, A. (2008). *Diccionario de jurisprudencia civil*. Lima: Grijley.
- Toyama, J. (2019). *Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis y Comentarios*. Lima: Gaceta Jurídica/Editorial El Búho.
- Vinatea, L. (2010). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica/Editorial El Búho.

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 343-361

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.48>

Reforma de la Academia de la Magistratura del Perú

Reform of the «Academia de la Magistratura»
in Peru



JORGELUIS ALAN ROMERO OSORIO

Ministerio Público

(Áncash, Perú)

Contacto: jromeroodj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1543-9297>

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto de estudio establecer la influencia que tiene el adecuado nivel académico de los magistrados tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público en relación con la disminución de los niveles de corrupción en el ejercicio de su función. Ello motivará que el actual sistema de formación y capacitación de los jueces y los fiscales, llevado a cabo por la Academia de la Magistratura en el Perú, sea reformado. Proponemos su fusión con la actual Junta Nacional de Justicia para la creación de una Escuela Judicial Peruana.

Palabras clave: educación, corrupción, justicia y derechos humanos.

ABSTRACT

The «Academia de la Magistratura» has been a transformative factor which has positively impacted the judicial and prosecutor systems. Lesser levels of corruption have been recorded since its creation. The «Academia de la Magistratura» is a judicial training academy dedicated to the advancement of judges of the Judicial system and public prosecutors only. It is proposed the fusion of this institution with the «Junta Nacional de Justicia» because it will provide the legal instruments to create a new institution: The «Escuela Judicial Peruana».

Key words: legal education, corruption, justice, human rights.

Recibido: **25/05/2020** Aceptado: **10/06/2020**

La ignorancia, abandono o desacato de los derechos del hombre son la única causa de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos.

Prefacio de la Declaración sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 26 de agosto de 1789)

1. INTRODUCCIÓN

La educación y la corrupción tienen una relación ambivalente: cuando exista mayor educación, menos corrupción habrá, y viceversa; sin embargo, esta relación no solo se reduce al ámbito antropológico (esto es, que cuando un ciudadano se encuentra mejor educado, es menor la posibilidad de que caiga en la corrupción), sino que la corrupción afecta la correcta prestación del propio servicio educativo, perjudicando, de esta forma, a los ciudadanos desde su niñez. Esto implica que la corrupción subsistirá cuando existan ciudadanos sin la debida educación que elegirán a candidatos demagogos carentes de toda preparación y moralidad.

Esta problemática se encuentra más acentuada en la actualidad peruana; esto conlleva una serie de interrogantes, como las planteadas en el editorial, en torno a corrupción y educación, del diario *El Comercio*, de fecha 30 de julio de 2018: «¿Para qué quemarse las pestañas en libros de leyes si la cultura del “hermanito” selecciona a los que serán jueces o fiscales?» (Portocarrero, 2018, p. A-1). Pero incluso la corrupción ingresa en varios niveles de los sistemas educativos, obstaculizando el acceso de los niños a la educación y el aprendizaje (Unesco, 2018).

Si bien la educación ha sido reconocida por nuestra carta magna, en su artículo 13, como derecho social y económico, ello no obsta que tenga directa incidencia en los derechos humanos y las libertades fundamentales. Así lo prescribe el artículo 26, numeral 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales». Esta prescripción también ha sido asimilada en el artículo 13, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966); mientras que «la corrupción es señalada como un factor que merma el goce de los derechos humanos de las personas» (Nash y Bascur, 2014, p. 11), lo cual denota una seria contradicción con el objetivo que tiene la educación: he ahí el fundamento de su relación ambivalente. En tal sentido, surge la necesidad de garantizar la plena eficacia del derecho a la educación a fin de prevenir la corrupción como una medida a largo plazo, pero, a corto plazo, se debe buscar mecanismos para evitar que el estado actual de la corrupción en el Perú afecte el correcto servicio educativo que se prestará a favor de los niños de nuestro país.

De este modo, un mecanismo vital para la lucha contra la corrupción en el sistema educativo es la labor que desempeñan los operadores del derecho. Pero ¿qué sucede cuando estos también

están involucrados en la corrupción, convirtiendo en ineficaz dicha labor? Por ello, para enfrentar a la corrupción, debemos partir de la premisa de que aquella se encuentra presente en todos los servicios públicos, incluyendo a la justicia.

Teniendo claro esto, debemos remitirnos a lo señalado en la parte inicial de la presente introducción: la educación y la corrupción mantienen una relación de ambivalencia; por tanto, la educación debe ser tomada en cuenta en cualquier propuesta de reforma del sistema de preparación y perfeccionamiento educativo de los magistrados, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público del Perú (rol que actualmente desempeña la Academia de la Magistratura), para erradicar la corrupción en el sistema judicial.

En esa línea, el propósito del presente trabajo es identificar cuáles serían las cualidades educativas que deben tener todos aquellos que aspiren a ser jueces y fiscales en el Perú y, sobre todo, para aquellos jueces y fiscales que pretendan ascender en el sistema de justicia, todo ello —claro está— bajo el enfoque de la lucha contra la corrupción y de acuerdo con el perfil que se requiere para ejercer tan nobles funciones en un Estado constitucional.

2. LA ESCUELA JUDICIAL EN LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PERUANO

Las Naciones Unidas afirman que «reforzar el goce de los derechos humanos en general, y de derechos civiles o políticos específicos y el principio de no discriminación en particular, es un valioso instrumento de lucha contra la corrupción» (Naciones Unidas, 2015). Uno de los derechos que plasma el principio antes descrito es la educación y, dentro del sistema de justicia, se evidencia con las denominadas escuelas judiciales existentes en países de Europa continental, tales como España y Francia.

En el caso español, la Escuela Judicial posee doble ámbito de actuación: por una parte, tiene a su cargo la selección y la formación de los jueces que ingresan a la carrera judicial; y, por otra parte, le compete la formación continua de todos los miembros de la carrera judicial para seguir garantizando el mejor nivel de formación posible (Poder Judicial de España, 2018).

De este modo, a comparación de lo que sucede en el Perú con la Academia de la Magistratura (AMAG), que solamente capacita a los aspirantes a jueces y fiscales y aquellos que se encuentran en carrera, la Escuela Judicial española prepara y selecciona a los futuros jueces españoles, es decir, tiene las competencias de capacitación de la AMAG sumadas a la selección y el nombramiento del extinto Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) —actual Junta Nacional de Justicia (JNJ)— en el contexto peruano. En España, tal preparación y selección dura dos años, los docentes son jueces en actividad y los cursos son teóricos y prácticos, situación que no ocurre en el Perú.

Por su parte, en Francia, la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM) organiza el concurso de acceso, instruye profesionalmente a los alumnos (auditores de justicia y futuros magistrados), ejecutando una preparación continua de los magistrados en activo y con una formación de futuros magistrados provenientes de los Estados que hayan suscrito acuerdos de cooperación con Francia en tal sentido (Esparza, 2009, p. 337). Podemos advertir que la escuela francesa tiene funciones similares a su par español, pero se diferencia en que la formación dura treinta y un meses y es remunerada; además, para obtener el estatus de magistrado, el alumno que culmina dicha formación debe ser sometido a una serie de pruebas realizadas por una comisión independiente a la ENM.

No obstante, conviene precisar que el ingreso a la carrera judicial francesa, conforme al artículo 301.3 de su Ley Orgánica del

Poder Judicial, específicamente para la categoría de magistrado del Tribunal Supremo —o, en general, de magistrado—, exige como postulantes a juristas de reconocida competencia en los casos, forma y proporción respectivamente establecidos por la ley. Quienes pretendan el ingreso en la carrera judicial en la categoría de magistrado precisarán también estudiar un curso de formación en la Escuela Judicial.

El caso francés nos recuerda al antiguo CNM, el cual —como un órgano autónomo a la AMAG— estaba encargado de los procesos de selección y nombramiento de jueces y fiscales; mientras que la formación de los jueces y fiscales quedaba bajo la competencia de la AMAG; sin embargo, dicha formación previa no es obligatoria para el ingreso a la carrera judicial como fiscal, pero sí para el concurso de ascenso.

Así, un abogado sin aquella formación podría acceder a una plaza vacante de juez o fiscal y, luego de ser nombrado por el extinto CNM, recién, a través de un curso de inducción impartido por la AMAG —cuya duración no sobrepasaba un mes—, era habilitado para ejercer el cargo. En nuestro país, la única formación de jueces y fiscales que podría asemejarse a la impartida tanto en España como en Francia es, hasta la fecha, el Programa de Formación para Aspirantes a la Magistratura (Profa), el cual no es un requisito obligatorio para ingresar a la carrera judicial o fiscal, no dura más de nueve meses, además, es impartido por abogados y, en algunos casos, por jueces y fiscales.

Como se puede observar, hasta el desarrollo de la presente exposición, existen deficiencias en el Perú respecto a la formación de abogados aspirantes a jueces y fiscales, ni qué decir de los procesos de selección y nombramiento de jueces y fiscales llevados a cabo por el extinto CNM y reemplazado por la JNJ. Ello implica que, ante esta insuficiente capacitación para acceder a una plaza en la magistratura, los jueces y los fiscales de todos los niveles tengan

niveles mínimos de formación, lo cual los lleva a las fauces de la corrupción por convivir en un ámbito de mediocridad, más aun si los cursos impartidos tanto en el Programa de Capacitación para el Ascenso (PCA), dirigido a jueces y fiscales, como en el Profa, y dictados por la AMAG no eran objeto de evaluación en los tan mentados exámenes de conocimiento de los concursos públicos de selección y nombramiento de jueces y fiscales, ni en los de ascenso en la carrera judicial y fiscal realizados por el CNM. En ese sentido, existe una dicotomía entre el objeto de formación realizado por la AMAG y lo que se pretendía evaluar por el CNM, lo cual ocasiona que muchos aspirantes a jueces y fiscales acudan a instituciones privadas para que los capaciten y preparen para dichos exámenes.

Esta lamentable realidad en la formación de aspirantes a jueces y fiscales en nuestro país motiva que muchos abogados recurran a la corrupción para acceder a una plaza de juez o fiscal, tal como se ha podido notar en los diversos audios difundidos por el portal web IDL, donde se advierten conversaciones respecto a la elaboración de balotarios por particulares a favor de «amigos jueces y fiscales» para los exámenes de conocimiento en el concurso de ascenso en la carrera judicial y fiscal correspondiente al año 2018, y del direccionamiento en las entrevistas personales de aspirantes a jueces y fiscales a cambio de favorecimientos económicos (IDL Reporteros y Justicia Viva, 2018). Esto ocasionó, inicialmente, la desactivación del CNM y la creación de la JNJ en su reemplazo por tan graves hechos.

Por ello, resulta de vital importancia la transformación de la actual AMAG en una verdadera escuela judicial que no solo forme a los futuros jueces y fiscales de nuestro país (tal como lo viene haciendo), sino que también se encargue de seleccionarlos de acuerdo con sus habilidades y especialidades. Esta reforma deberá tener en cuenta una preparación integral que no dure menos de dos años, que esté a cargo de jueces y fiscales de reconocida trayectoria

y experiencia y, sobre todo, que se dirija a aquellos abogados recién egresados, ubicados dentro del cuadro de honor de las universidades públicas y privadas debidamente licenciadas y acreditadas por la Sunedu.

En septiembre de 1998 se desarrolló un conversatorio sobre la reforma de la administración de justicia, en el que participaron los doctores Roberto MacLean, Javier de Belaunde, Carlos Montoya, Domingo García y Francisco Eguiguren. Este último manifestaba que la carrera judicial debe tener el carácter «cerrado» en sus instancias inferiores para garantizar que quienes accedan a ella hayan estudiado en la Academia de la Magistratura; también propuso que:

habría que modificar el requisito de los años de ejercicio profesional que hoy se exige para ingresar al primer escalón de la carrera judicial, a fin de que la Academia pueda captar inmediatamente a los jóvenes abogados con vocación para la tarea judicial, brindándoles una formación técnica y ética que los capacite para el desempeño de su función, así como mejorando el nivel de los candidatos que postulen ante el Consejo Nacional de la Magistratura [hoy Junta Nacional de Justicia] (Eguiguren, 1998, p. 193).

De este modo, se realizará una correcta formación de los aspirantes a jueces y fiscales, quienes en cada módulo deberán ser evaluados de manera rigurosa no solo en el ámbito teórico, sino sobre todo en el práctico, mediante prácticas profesionales guiadas por el personal docente en los diversos juzgados y fiscalías a nivel nacional.

Finalmente, luego de haber aprobado dicho curso de formación, los diez primeros puestos de la promoción deberán ingresar automáticamente a la carrera judicial y fiscal con el correspondiente otorgamiento de sus títulos de nombramiento respectivo; mientras que los demás se someterán a un concurso público de méritos realizado por un órgano *ad hoc* adscrito a la AMAG, que podría ser, en este caso, la JNJ.

3. MECANISMOS DE SELECCIÓN Y ASCENSO DE JUECES Y FISCALES EN EL PROCESO DE REFORMA DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Los concursos de nombramiento conllevan un proceso para acceder a un cargo de naturaleza judicial o fiscal. El extinto CNM tenía competencia para nombrar, previo concurso de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requerían el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. Estos concursos eran de dos modalidades:

- i) Concurso abierto, que permite a cualquier abogado que cumple con los requisitos establecidos en la ley de la materia postular para ingresar a la carrera fiscal o judicial o para acceder al cargo de fiscal o juez supremo.
- ii) Concurso de ascenso, que restringía la postulación a aquellos abogados que no se encontraban en el escalafón de la carrera fiscal o judicial. Tal es el caso de los fiscales o jueces superiores, fiscales adjuntos, fiscales provinciales, jueces de primera instancia (García, 2016, p. 306).

Así, en la reforma de la AMAG como órgano no solo encargado de la formación, sino también de la selección de jueces y fiscales, se deberá tener en cuenta mayores controles en los mecanismos evaluativos para acceder a una plaza de juez o fiscal, sobre todo en la etapa de evaluación de conocimientos, deberá intervenir un órgano *ad hoc* independiente y autónomo a la AMAG, como podría ser la JNJ, con el apoyo de una universidad privada o pública de reconocido prestigio, la cual realizará el balotario de preguntas, teniendo como base los cursos dictados por la AMAG reformada en una escuela judicial, además, tal universidad aplicará los exámenes y procesará los resultados.

Para evitar la filtración de los exámenes a los postulantes, inmediatamente después de haber culminado el proceso de evaluación de conocimientos, se publicarán todos los exámenes aplicados con sus respuestas correctas, de modo que sean contrastados por los postulantes y, en caso de existir alguna observación fundada, se habilite un reexamen.

Respecto al ascenso y la carrera de jueces y fiscales, estos deberán ser considerados en el proceso de reforma de la AMAG, integrada con la actual JNJ, ya que el CNM se desactivó, teniendo en cuenta el Proyecto de Ley n.º 3239/2018-CR, Ley de reforma constitucional que modifica distintos artículos del capítulo IX de la Constitución Política del Perú, a fin de reformar el CNM, presentado por el congresista Lucio Ávila Rojas y aprobado por el Congreso de la República con fecha 16 de agosto de 2018.

La carrera judicial y fiscal como mecanismo de ascensos constituye la última variable endógena a las cortes que explica la corrupción judicial.

Dado que los jueces desean escalar posiciones al interior del Poder Judicial [...] y conocen que para ello es indispensable mantener una hoja de vida limpia, tales actores tendrán menos incentivos para incurrir en actos de corrupción. En sentido contrario, en aquellos países en los que los méritos alcanzados por los jueces en el desempeño de sus cargos no tienen el peso suficiente para obtener ascensos o traslados a tribunales mejor situados geográficamente, las probabilidades de que la corrupción judicial aumente son mayores [...] (Basabe-Serrano, 2013, p. 83).

Ello implica que el ingreso a la carrera judicial y fiscal deberá llevarse a cabo a partir del primer nivel, se eliminaría el sistema actual de concurso abierto para la selección de jueces y fiscales en todos los niveles. De este modo, se incentivará la capacitación continua de los jueces y los fiscales en actividad; asimismo, el concurso de

ascenso deberá realizarse por la actual Junta Nacional de Justicia, en cooperación con la futura AMAG reformada, considerando la capacitación continua y, sobre todo, con los resultados óptimos de su ejercicio como jueces y fiscales.

En los países donde los méritos y deméritos de los jueces se valoran de forma contundente para tomar decisiones administrativas dentro del Poder Judicial, las cortes de justicia son menos proclives a actos de corrupción judicial. A manera de hipótesis, se puede decir que «a medida que la carrera judicial es más valorada como mecanismo de provisión de ascensos y traslados para los jueces, las probabilidades de corrupción judicial van en descenso» (Basabe-Serrano, 2013, p. 88).

Sin embargo, para que subsista el ascenso y la carrera de jueces y fiscales, debe establecerse su inamovilidad en el cargo, permitiendo que los futuros jueces y fiscales supremos sean de carrera, con una vasta experiencia en la administración de justicia y, lo más importante: que ingresen a la carrera judicial y fiscal los abogados comprometidos a llevar una carrera dentro de la administración de justicia, lo cual llevaría a la desaparición del sistema de ratificación de jueces y fiscales.

Respecto al sistema de ratificación antes mencionado, ha sido duramente criticado por afectar la independencia judicial y autonomía fiscal, ya que los jueces y fiscales estaban sometidos a una revisión periódica de sus cargos. En una entrevista concedida en la revista electrónica *Semana Académica*, Manuel Atienza ha manifestado al respecto lo siguiente:

En el caso peruano, ese sistema de ratificación, por parte del Consejo, de todos los miembros del Poder Judicial es un grave error y es un atentado contra la independencia judicial. Un juez no puede ser independiente si sabe que su continuación en la carrera depende de un órgano administrativo que le va a juzgar por la supuesta calidad

de sus decisiones. Me parece que es un sistema con el que se debería terminar... Se pueden hacer concursos nacionales serios, donde probablemente habría que combinar lo que es concurso, es decir, un examen donde se muestre que los candidatos conocen el contenido del derecho, y luego una escuela judicial, que asegure que quienes salgan sea gente preparada y con una actitud ética adecuada. Así garantizarles que tienen una carrera por delante. ¿Quién va a hacer un esfuerzo, una inversión, si sabe que constantemente va a tener una espada de Damocles, y resulta que no va a poder progresar en la carrera quién sabe por qué? (Britto, 2018).

De ello se puede concluir que mantener un sistema de ratificación de jueces y fiscales implicará que, en su mayoría, ingresen a ocupar estos puestos abogados carentes de formación, quienes saben que sus cargos durarán un determinado tiempo y ello los incentivará a cometer actos de corrupción; por el contrario, en pocos casos ingresarán abogados debidamente preparados y probos, quienes, al ser sometidos a dicho proceso de ratificación, se encontrarán en la incertidumbre de continuar o no en el cargo y, finalmente, renunciarán a sus puestos y buscarán otras oportunidades laborales. Justamente esa fuga de talentos es lo que se pretende evitar.

4. CAPACITACIÓN CONTINUA DE LOS JUECES Y FISCALES EN ACTIVIDAD

En el conversatorio de 1998, anteriormente aludido, Roberto MacLean sostenía que uno de los aspectos que debe comprender una reforma judicial es la «capacitación de los jueces y también de los abogados y de los demás actores de la justicia» (p. 186). En esa línea, uno de los factores endógenos de las cortes que inciden sobre los diferentes grados de corrupción judicial es que:

si los jueces tienen una buena formación académica, las probabilidades de que sucumban ante actos de corrupción van en descenso [...]. El argumento es de orden cognitivo y apunta a que

los actores que poseen un menor grado de información sobre un determinado tema son más propensos a orientar su conducta en función de las estrategias de disuasión y persuasión presentadas por quienes tienen un mayor conocimiento e información sobre el tema en discusión (Basabe-Serrano, 2013, pp. 82-83).

Una deficiencia que se advierte tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público es la ausencia de capacitaciones continuas para los jueces y fiscales, sumada al nulo incentivo de que jueces y fiscales con experiencia y reconocida trayectoria tengan la oportunidad de capacitar a las nuevas generaciones que ingresan al sistema de administración de justicia.

Lo único que podría asemejarse a esto último serían las pasantías que realizan los jueces y fiscales a otros distritos judiciales y fiscales, donde aprenden de las experiencias de sus pares. Pero esta capacitación, en muchos casos, se reduce a una actividad pasiva del pasante sin tener interacción directa con los jueces y fiscales visitados, dado que no existe un juez o fiscal inductor que permita efectuar con mayor provecho dicha actividad.

Los jueces y los fiscales que buscan capacitarse llevan cursos y pasantías nacionales e internacionales autofinanciados, sin una respectiva malla de estudios que deben seguir y seleccionan cursos que, a su criterio, necesitan llevar o reforzar. Por tanto, los cursos que desarrolle la AMAG reformada deberán ser dictados por jueces, fiscales, abogados y catedráticos reconocidos nacional e internacionalmente.

Ahora bien, en una verdadera reforma del sistema de justicia, debería considerarse que todo juez o fiscal en actividad, de acuerdo con el puesto y nivel que desempeña, tendrá al año una malla curricular de cursos que debe llevar de manera lectiva (presencial y semipresencial), así como cursos electivos. Respecto a las pasantías, estas deberán ser llevadas anualmente por todos los jueces y fiscales,

trasladándolos a distritos judiciales y fiscales que posean una alta carga de expedientes judiciales y carpetas fiscales, para que, de esta forma, también puedan reducir la carga de dichos distritos.

Estas capacitaciones mejorarán la calidad de la administración de justicia y, sobre todo, incentivarán a los jueces y fiscales a ser mejores cada día, evitando, de este modo, la mediocridad y, con ello, desterrando la corrupción. Así parece entenderlo MacLean (1998), al señalar que en el sistema de justicia, la corrupción crece en el clima propicio de la incompetencia, la ineficiencia; es decir, que en sistemas ineficientes se propicia la corrupción (p. 198). Claro está que «la corrupción judicial es consecuencia de la corrupción social, y se promueve facilitar y consolidar a esta última en sus múltiples expresiones» (Mejía, 2001, pp. 209-210). En ese sentido, «la tolerancia social a la corrupción es un factor clave para el incremento de las prácticas ilegítimas al interior de las cortes» (como se citó en Basabe-Serrano, 2013, p. 81).

Pero, además, deberá implementarse un sistema de incentivos y reconocimientos en la carrera judicial y fiscal, distinguiendo a aquellos jueces y fiscales que cumplen no solo con resolver la mayor cantidad de casos, sino que destacan por la calidad de sus decisiones y casos resueltos. Con ello, los jueces y fiscales se sentirán identificados con su institución y, para mantener su honorabilidad como magistrados, pensarán mil veces antes de caer en las garras de la corrupción.

Por último, los jueces y fiscales tienen derecho a la educación por parte de las instituciones donde laboran, puesto que es una obligación de estas capacitar a su personal y no dejarlos a su suerte. Si no recibe dicha preparación profesional, el juez o fiscal relegado buscará autocapacitarse y laborar en otras instituciones donde lo capaciten continuamente.

Cabe recalcar que:

la calidad en la formación profesional de los jueces constituiría un elemento influyente en la propensión a actos de corrupción judicial. Así, en aquellos países en los que los jueces gozan de un mejor nivel académico los incentivos para incurrir en hechos de corrupción judicial son menores. Lo dicho se plantea, fundamentalmente, por el impacto que tales actos generan sobre el prestigio y estatus de los juzgadores. En el plano conjetural se diría que a medida que los jueces tienen una mayor capacitación profesional y académica para el ejercicio de sus funciones, las probabilidades de actos de corrupción judicial van en descenso (Basabe-Serrano, 2013, p. 88).

5. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Con todo lo antes expuesto, se puede afirmar que la educación de los jueces y los fiscales tiene directa incidencia en la lucha contra la corrupción. Un magistrado debidamente preparado no sucumbirá ante la corrupción por una cuestión de principios, ya que subyugar su prestigio profesional y académico por un determinado favor le sería inconcebible.

Esta preparación profesional debe comenzar antes de ejercer tan noble función, a través de una Escuela Judicial (AMAG reformada) que lo capacite de manera exclusiva por un tiempo no menor de dos años, inmediatamente después de que el aspirante a juez o fiscal haya culminado sus estudios universitarios y esté debidamente habilitado para ejercer la abogacía. Dicha preparación deberá ser remunerada —tal como ocurre en la Escuela Diplomática del Perú— y comprenderá clases teóricas y prácticas en diversos despachos judiciales y fiscales a nivel nacional, guiadas por un inductor —como sucede en la Escuela Judicial del Poder Judicial del Reino de España—.

Los cursos que podrían ser impartidos serían los relativos a las argumentación y razonamiento jurídico, redacción de resoluciones judiciales y disposiciones fiscales, derecho público enfocado en la protección estatal de los derechos humanos, ética de la magistratura, liderazgo del magistrado, gestión de despacho fiscal y judicial, control constitucional de las leyes, sistema de protección de los derechos humanos a nivel internacional y jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos humanos.

En lo que respecta a la selección y ascenso de los jueces y fiscales, se puede advertir que esta labor deberá ser continuada por la Junta Nacional de Justicia, como un órgano *ad hoc* a la Escuela Judicial (AMAG reformada), con el apoyo en las evaluaciones por parte de una universidad de prestigio a nivel nacional e internacional. Además, los postulantes serán únicamente aquellos que hayan aprobado su formación en la referida escuela.

El sistema de ascenso no debería desaparecer; por el contrario, deberá ser mejorado. Se eliminarán los famosos concursos abiertos a jueces y fiscales en todos los niveles, a excepción del ingreso a plazas de primer nivel de la magistratura (jueces de paz letrados y fiscales adjuntos provinciales); mientras que los futuros jueces y fiscales de segundo, tercer y cuarto nivel (jueces especializados y fiscales provinciales, jueces y fiscales superiores, y jueces y fiscales supremos) serán exclusivamente de carrera, de este modo prevalecerá la meritocracia.

En este extremo, precisamos que el sistema de ratificación (cada siete años) de los jueces y fiscales deberá ser eliminado de nuestra carta magna, lo cual permitirá que destacados abogados recién egresados de las universidades públicas y privadas de nuestro país puedan ver con una mayor expectativa ser jueces o fiscales, es decir, como una profesión de vida.

Respecto a la capacitación continua de los jueces y fiscales en actividad, deberá ser llevada a cabo por la Escuela Judicial (AMAG reformada) mediante diversos cursos de perfeccionamiento respecto a la especialidad del juez o fiscal. Por otro lado, los jueces y fiscales de mayor trayectoria y óptimo ejercicio profesional dictarán clases en la estancia de formación de los abogados aspirantes a jueces y fiscales.

El Poder Judicial y el Ministerio Público deberán implementar sistemas de selección de sus mejores jueces y fiscales, respectivamente, teniendo como base la calidad y la eficacia de sus decisiones. Todo ello tendrá el objetivo de premiarlos con cursos y pasantías internacionales completamente pagadas; además, todos los jueces y fiscales tendrán acceso a cursos gratuitos y pasantías financiadas a nivel nacional, con licencias con goce de haber por cada capacitación. De este modo, se incentivará la capacitación continua y la desaparición de la mediocridad, que es el principal agente causante de la corrupción de jueces y fiscales en nuestro país.

Finalmente, solo nos queda esperar que la reforma del sistema de justicia de nuestro país tenga en cuenta estos aspectos, porque de nada vale que se someta la labor del juez y fiscal ante un órgano contralor distinto que los convierta en dependientes; por el contrario, es imprescindible que exista tanto un sistema de formación y capacitación continua, que les confiera independencia y autonomía cognitiva y profesional, como un adecuado sistema de incentivos, que posibilitará que los jueces y fiscales no sean sometidos a los intereses particulares que persigue la corrupción, ya que el prestigio profesional que obtendrán no tendrá ningún precio.

REFERENCIAS

- Basabe-Serrano, S. (julio-diciembre, 2013). Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador. *Perfiles Latinoamericanos*, (41), 79-108. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532013000200004
- Britto, J. (entrevistador) (10 de septiembre de 2018). Entrevista a Manuel Atienza. La ratificación de jueces por el CNM es un atentado a la independencia judicial [Entrevista]. En *Semana Económica*. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/306303-la-ratificacion-de-jueces-en-el-cnm-es-un-atentado-a-la-independencia-judicial/>
- Congreso de la República (2018). Ley de reforma constitucional que modifica diferentes artículos del capítulo IX de la Constitución Política del Perú, a fin de reformar el Consejo Nacional de la Magistratura. Lima: 16 de agosto de 2018. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0323920180820.pdf
- Esparza, I. (2009). El sistema de reclutamiento y la formación de magistrados en Francia. *L'École Nationale de la Magistrature. Eguzkilore*, (23), 333-350.
- García, V. (diciembre, 2016). El Consejo Nacional de la Magistratura. *Revista Ius et Veritas*, (53), 298-312.
- IDL-Reporteros y Justicia Viva (7 de julio de 2018). Corte y corrupción [primera entrega]. Recuperado de <https://idl-reporteros.pe/corte-y-corrupcion/>
- MacLean, R., Eguiguren, F. et al. (1998). Reforma de la Administración de Justicia. *Pensamiento Constitucional*, (5),

- 185-208. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3247/3084>
- Mejía, B. (octubre, 2001). Corrupción judicial en Perú: causas, formas y alternativas. *Derecho y Sociedad*, (17), 208-215. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16871
- Naciones Unidas, Asamblea General (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París: 10 de diciembre de 1948.
- ____ (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York: 16 de diciembre de 1966.
- ____ (2015). Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/28/73, de 5 de enero de 2015.
- Nash, C. y Bascur, M. (2014). Presentación. En Nash, C., Aguiló, P. y Bascur, M., *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 11-14). Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Poder Judicial de España (13 de septiembre de 2018). Presentación de la Escuela. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Presentacion-de-la-Escuela/>
- Portocarrero, G. (30 de julio de 2018). Ciudadanía e institucionalidad. *El Comercio*, p. A-1.
- Unesco (12 de septiembre de 2018). ETICO - Luchar contra la corrupción en el sector educativo. Recuperado de <https://es.unesco.org/news/etico-%E2%80%93-luchar-corrupci%C3%B3n-sector-educativo>

El método de la prueba indiciaria, aplicable para la valoración de indicios y la prueba directa en las sentencias sobre delitos de concusión (colusión), peculado y corrupción de funcionarios (cohecho)¹

The method of circumstantial evidence applicable to the assessment of evidence and the direct evidence in the judgment of collusion, embezzlement and corruption of government officials (bribery)



RAÚL CABALLERO LAURA
Poder Judicial del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: rcaballero@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4005-4241>

RESUMEN

Luego de culminado el juicio oral, en los delitos de concusión (colusión), peculado y corrupción de funcionarios (cohecho)

1 El contexto de investigación en el cual se inserta este artículo es la praxis, la impartición de justicia que he constatado, en mi calidad de funcionario de justicia, como juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal Nacional Permanente Especializado en Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada en el Perú.

frecuentemente no existe prueba directa. La «prueba indiciaria» debe valorarse utilizando el «principio de sana crítica», desarrollando los elementos de esta: a) la lógica, con sus principios de identidad, contradicción, razón suficiente, tercero excluido; b) las máximas de la experiencia (criterios normativos o reglas no jurídicas); c) conocimientos científicamente aceptados.

El método de valoración de la prueba indiciaria implica utilizar la «inferencia deductiva», lo cual es adecuado. Este «método de valoración de la prueba indiciaria» debe aplicarse a la valoración de la «prueba directa», por ser más eficaz, para acercarnos a la verdad.

Palabras clave: prueba directa, indicio.

ABSTRACT

At the end of the hearing, in the judgment of collusion, embezzlement and corruption of government officials (bribery), it is not possible to file direct evidence. The «circumstantial evidence» should use the principles of formal logic: a) principle of identity, principle of contradiction, principle of excluded middle and sufficient reason; b) the standards stemming from experience (normative criteria or non-legal rules); c) scientifically accepted knowledge.

The use of «deductive inference» as a method to interpret evidences is adequate. This «method of evaluating evidence» must be applied to the assessment of «direct evidence», as it is more effective to bring us closer to the truth.

Key words: direct evidence, circumstantial evidence.

Recibido: 25/05/2020 Aceptado: 10/06/2020

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, en el ejercicio de la valoración de los actos de prueba que efectúan los operadores del derecho (jueces penales especializados, fiscales, abogados penalistas y otros), en delitos cometidos por funcionarios públicos, en relación con los delitos de concusión (modalidad de colusión), peculado y corrupción de funcionarios, en la prueba indirecta (indicio) se utiliza pocas veces el «método de valoración de la prueba indiciaria» previsto en el Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957), que consiste en realizar una evaluación conjunta² de tres requisitos, para darle certeza a una prueba indirecta: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia se base en un razonamiento de enlace, aplicando reglas de la lógica, la ciencia y máximas de la experiencia; y c) si existen indicios contingentes, que sean plurales, concordantes y convergentes, y no se presenten contraindicios consistentes (artículo 158.3, Decreto Legislativo n.º 957).

Ello garantiza que la prueba indirecta (de indicios) sea debidamente valorada porque permite enlazar el hecho base (indicio acreditado), que no es materia del elemento fáctico delictivo, con el hecho consecuencia (hecho indiciado), para inferir si ha producido o no el hecho delictivo. Sin embargo, en la realidad, pocas veces se utiliza dicho método de valoración de la prueba indiciaria, en desmedro de la certeza de la prueba indirecta.

De otro lado, inexplicablemente, esta forma de valorar la prueba de indicios, a través del referido método de valoración de la prueba indiciaria, no es utilizada por los operadores del derecho para el análisis de la prueba directa (testigos, peritos, documentos y otros),

2 En el nuevo proceso penal peruano, la valoración de los actos de prueba, surgidos del juicio oral y que constituirán la base de la sentencia, se realizan, primero, en forma individual, y luego, en forma conjunta (artículo 393.2, Decreto Legislativo n.º 957, del 29 de julio de 2004).

lo que ocasiona una ineficaz e insuficiente valoración de la prueba, alejando de la verdad material al juez sentenciador, para emitir una sentencia penal justa.

2. DESARROLLO DEL TEMA

2.1. La prueba

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera muy relevante la suficiente actuación de actividad probatoria que debe desarrollarse en el juicio oral, con el objetivo de que el juzgador emita una sentencia en justicia. Así:

En la medida que «la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal»³, dicho principio establece que «el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye», ya que la carga de la prueba (*onus probandi*) recae en la parte acusadora⁴. Precisamente por ello, si contra una persona obra prueba incompleta o insuficiente de su responsabilidad penal, «no es procedente condenarla, sino absolverla»⁵, en la medida que para una sentencia condenatoria debe existir prueba plena de dicha responsabilidad⁶ (Ibáñez, 2014, pp. 233-234).

3 Corte IDH (26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220). Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (párr. 182) y Corte IDH (1 de septiembre de 2011. Serie C n.º 224). Caso López Mendoza vs. Venezuela (párr. 128).

4 Corte IDH (8 de julio de 2004. Serie C n.º 110). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (párr. 154) y Corte IDH (1 de septiembre de 2011. Serie C n.º 224). Caso López Mendoza vs. Venezuela (párr. 128).

5 Corte IDH (18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69). Caso Cantoral Benavides vs. Perú (párr. 120) y Corte IDH (26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220). Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (párr. 183).

6 Corte IDH (18 de agosto de 2000. Serie C n.º 69). Caso Cantoral Benavides vs. Perú (párr. 120) y Corte IDH (1 de septiembre de 2011. Serie C n.º 224). Caso López Mendoza vs. Venezuela (párr. 128).

En nuestro país se efectuaban tradicionalmente dos tipos de controles de las normas: el «control concentrado», a cargo del máximo intérprete de la Constitución Política del Perú (Tribunal Constitucional), y el «control difuso», cuyos responsables son los jueces del Poder Judicial. Sin embargo, dada la doctrina internacional, todos los magistrados en el Perú deben efectuar el «control de convencionalidad»⁷, labor también asignada a los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual nuestro país es signatario.

En el Perú, el derecho a la prueba se considera un derecho fundamental, pues está contenido implícitamente en el derecho al debido proceso⁸ y, según el Tribunal Constitucional (2003, fundamentos jurídicos 133-135), este derecho se encuentra taxativamente previsto en la carta magna.

Asimismo, ello representa «doble exigencia» para el juez, quien primero debe revisar las pruebas aportadas por el Ministerio Público, así como las pruebas ofrecidas por todas las partes, ya sean acusados, terceros civilmente responsables, personas jurídicas, terceros civiles o agraviados. En segundo lugar, las pruebas deben ser valoradas con criterios «objetivos» y «razonables» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2012, fundamento jurídico 3.3).

7 En cuanto al control de convencionalidad, este era «un ejercicio que la Corte IDH realizaba “al analizar la complejidad del asunto, [...] verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención [...] deb[iendo] explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso”. En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente» (Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, serie C n.º 172, párr. 95, como se citó en Ferrer y Pelayo, 2014, p. 64).

8 «Son principios de la función jurisdiccional: [...] La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional» (artículo 139, inciso 3, Constitución Política del Perú, 1993).

Por ello, consideramos que, para emitir una sentencia penal —ya sea declarando la condena o la absolución del acusado—, el juez debe efectuar un riguroso y cuidadoso examen en la valoración de los actos de prueba que han surgido del juicio.

2.1.1. La prueba directa

Tradicionalmente, se ha diferenciado la prueba directa de la prueba indiciaria, que será utilizada para sustentar una decisión penal derivada del juicio oral.

Normalmente, en el derecho procesal penal peruano, los actos de prueba surgidos del juicio se valoran utilizando las reglas de la sana crítica, que se interpreta aplicable a la valoración de la prueba directa. Como anteriormente señalamos, la norma procesal penal peruana ha dispuesto que «el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia» (artículo 158.1, Decreto Legislativo n.º 957).

Esta norma ha sido interpretada por la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) en el siguiente sentido:

La apreciación de la prueba ha de ser conforme a las reglas de la sana crítica (concordancia con los artículos 158.1 y 393.2 del CPP) [...]. Los elementos que componen la sana crítica son: (i) la lógica, con sus principios de identidad [...], de contradicción [...], de razón suficiente [...] y del tercero excluido [...]; (ii) las máximas de la experiencia [...] (criterios normativos o reglas no jurídicas [...]); (iii) los conocimientos científicamente aceptados [...] [Rodrigo Rivera Morales. *La Prueba: Un análisis racional y práctico*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 254] (p. 7924).

La norma referida no alude a que en la valoración de las pruebas directas pueda aplicarse el método de valoración de la prueba indiciaria, lo cual disminuye la rigurosidad del estándar en la profundidad del análisis por el juzgador de la prueba directa.

2.1.2. La prueba indiciaria

2.1.2.1. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Phan Hoang contra Francia, sentencia del 25 de diciembre de 1992, y Telfner contra Austria, sentencia del 20 de marzo de 2001, otorga plena validez a la utilización del método de valoración de la prueba por indicios, a través de una deducción o inferencia, en cuanto el objeto no es directamente el objeto constitutivo de delito, sino un hecho intermedio, que es el presuntamente delictivo.

Así, se considera un «hecho base» («hecho indicador» que debe estar plenamente probado) que permite conocer otro «hecho consecuencia» («hecho delictivo», si se acredita el delito) y, para ello, se utiliza un «razonamiento basado en el nexo causal y lógico» (conocido como inferencia). Además, estos indicios deben ser plurales, concomitantes, interrelacionados, como indicios fuertes (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006, fundamento jurídico 4).

2.1.2.2. En el Tribunal Supremo español

Conforme al Tribunal Supremo español, en la Sentencia n.º 197/199, del 25 de octubre de 1999, la inferencia (en la valoración de los indicios) debe ser razonable (fundamento jurídico 5), y tiene que responder a las reglas de la lógica y la experiencia (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006, fundamento jurídico 4).

2.1.2.3. En las normas internacionales y en la Constitución Política del Perú

La Convención Americana sobre Derechos Humanos regula el derecho a la presunción de inocencia. Así, dispone: «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad» (artículo 8, Garantías Judiciales).

Por tanto, si bien en la Constitución Política del Perú (1993) no se ha establecido expresamente el derecho a probar, considerando que la presunción de inocencia tiene carácter de derecho fundamental (artículo 24, literal e), el derecho a probar está implícito en el derecho a la presunción de inocencia. Por ello, es necesario que el juzgador, al momento de valorar los actos de prueba surgidos del juicio oral, valore eficazmente tanto las pruebas directas como las indiciarias. Ello justifica que el método de valoración de la prueba indiciaria pueda ser utilizado en la valoración de la prueba directa.

2.1.2.4. En el Nuevo Código Procesal Penal peruano

La nueva norma procesal penal peruana (Decreto Legislativo n.º 957), del 29 de julio de 2004, contiene dos supuestos en cuanto a la valoración de las pruebas: de un lado, la valoración de la prueba directa⁹: «1. En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados» (artículo 158). De otro lado, la valoración de la prueba indiciaria:

3. La prueba por indicios requiere:
 - a) Que el indicio esté probado;
 - b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
 - c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes (artículo 158).

Como se recordará, al analizar la prueba directa, adelantamos que la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) ha interpretado que, para la valoración de aquella, debe recurrirse a la «sana crítica», a la cual también se refiere el artículo 393.2 del NCPP,

9 No dispone en forma expresa que se refiere a la valoración de la prueba directa, pero se infiere en contraposición con la valoración de la prueba indiciaria.

y mencionamos los elementos que la componen: la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente aceptados.

Se entiende que la Suprema Corte refiere que debe utilizarse esta forma de valoración a la prueba directa. Sin embargo, en relación con la valoración de la prueba indiciaria, la Corte Suprema de Justicia de la República (2010) tiene otro pronunciamiento, pues requiere los siguientes presupuestos:

- a) El hecho base o los indicios, que deben estar plenamente acreditados, serán plurales, concomitantes e interrelacionados (sin contraindicios).
- b) Debe existir un razonamiento lógico, que se fundamente en las reglas del pensamiento humano, para descubrir el hecho consecuencia (presunto delito), partiendo de la plena probanza del hecho base, es decir, se aplicaría la secuencia: hecho base-inferencia-hecho consecuencia.
- c) El órgano jurisdiccional debe detallar el conjunto de indicios y su prueba; además, debe explicar lógica y claramente de qué forma —al partir de un hecho base (no delictivo)— se llega a conocer el hecho consecuencia (delito).

Ante ello, consideramos que la técnica de valoración basada en el principio de la «sana crítica» no solo abarca a la valoración de las pruebas directas, sino también a la de las indiciarias. Aplicando este razonamiento, en la valoración de las pruebas indiciarias se utiliza la inferencia, que no es sino un razonamiento adecuado lógico basado en el método deductivo, es decir, en la valoración de las pruebas indiciarias se emplea el método de valoración de la prueba indiciaria.

Por ello, pese a que el Nuevo Código Procesal Penal no lo refiere expresamente, en puridad, nada impide que a la valoración de la prueba directa pueda aplicársele el método de valoración de

la prueba indiciaria. En otras palabras, en la prueba directa se utilizarían las inferencias de acuerdo con las siguientes exigencias:

- a) Que el acto de prueba (testigo, perito, documento, etc.) esté plenamente probado.
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o las máximas de la experiencia.
- c) Que cuando se trate de actos de prueba directa contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraprueba directa ni indicios consistentes.

De esta forma, se elevará el estándar de certeza en el juzgador, al momento de valorar las pruebas directas, las cuales también pueden complementarse con el análisis de las pruebas indiciarias. Así, a efectos del presente artículo, en los delitos de concusión (modalidad de colusión), peculado y corrupción de funcionarios (en las modalidades de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo propio o impropio en el ejercicio de la función policial, cohecho activo genérico, cohecho activo específico y cohecho activo en el ámbito de la función policial), antes de elaborar la sentencia, el juez debe analizar si existe prueba directa o indiciaria. Desde nuestra perspectiva, si existe la prueba directa, debe emplearse el mismo método de valoración que en la prueba indiciaria.

2.1.2.5. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú

En los delitos de lavado de activos, el método de valoración de la prueba indiciaria, interpretada por la Corte Suprema de Justicia del Perú, ha sido plasmado en pronunciamientos de las Salas Penales Permanente y Transitorias. En este tipo de delitos, la prueba idónea es la indiciaria y requiere los tres presupuestos anteriormente citados de la Corte Suprema de Justicia de la República (2010).

Posteriormente, con más profundidad, la Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú desarrollan el estándar de prueba necesario en los delitos de lavado de activos, a través del fundamento jurídico 19 de la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017/CIJ-433, del 11 de octubre de 2017.

En dicha sentencia se establece como principios jurisprudenciales de carácter vinculante, entre otros supuestos, que el delito de lavado de activos es un «delito autónomo», por tanto, del «delito fuente», y basta que se acredite la actividad criminal de modo genérico, tal como se deduce del Acuerdo Plenario n.º 03-2010/CJ-116, fundamento jurídico 29.

Analizando los fundamentos jurídicos de esta decisión, los magistrados de la Corte Suprema (27 de octubre de 2017) razonaban:

No se requiere, en suma, la identificación de las concretas operaciones delictivas previas; basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico —de un injusto penal—. Como no se necesita una condena anterior de la actividad antecedente de la que procede el activo maculado, es suficiente establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del mismo [...] (conforme STSE 154/2008, de 8 de abril).

Con este antecedente, en los casos de lavado de activos, advertimos que se enfatiza más aún la técnica de utilizar el método de valoración de prueba indiciaria, porque el delito fuente constituye un elemento objetivo del tipo legal. Por ende, es necesario que se acredite cada uno de ellos; es decir, que se acrediten sospechosas operaciones comerciales o no, que generen incremento patrimonial injustificado, creación de «empresas fantasmas», simulación de actividades económicas, entre otros patrones de comportamientos inusuales en comerciantes.

Consideramos que este método de valoración de la prueba por indicios (recurrente en los delitos de lavado de activos) es aplicable también a los delitos de concusión (modalidad de colusión), peculado y corrupción de funcionarios.

2.2. Aplicación del método de valoración de la prueba por indicios a las pruebas directas en los delitos de concusión (colusión), peculado y corrupción de funcionarios (cohecho) del Código Penal peruano

En el contexto peruano, los delitos elegidos para nuestro análisis, en relación con la prueba directa, son los siguientes:

2.2.1. Delito de concusión (modalidad de colusión)

Según el artículo 384 del Código Penal, para que se configure este delito, el funcionario o servidor público, utilizando indebidamente su cargo, en las adquisiciones de las contrataciones públicas, adquisición de bienes, obras, servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, «concierta con los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado». Asimismo, esta defraudación puede ser con o sin afectación patrimonial, según el tipo penal modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, de fecha 22 de octubre de 2016.

Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República aclara hermenéuticamente que la colusión será «simple» (delito de peligro) si se descubre antes de defraudar patrimonialmente al Estado; y será «agravada» (delito de resultado) si se descubre luego de causar perjuicio patrimonial al Estado, en cuyo caso, la prueba idónea es la pericia contable, tal como se puede leer en los fundamentos jurídicos 5-7 de la Casación n.º 661-2016-Piura, de fecha 11 de julio de 2017.

De este modo, se verifica que la «concertación» no es fácil de acreditar porque requiere ingente actividad probatoria para descubrirla, la cual se construye mediante «indicios», pues casi nunca (salvo contados casos en los que el imputado se acoge al beneficio de colaboración eficaz)¹⁰ existe prueba directa, por tener la concertación naturaleza clandestina.

En esa línea, se justifica recurrir a la prueba por indicios, ya que, al encontrarnos ante delitos de participación necesaria, debe analizarse tanto el accionar del funcionario o servidor público (*intraneus*), así como el accionar de los «interesados» (*extraneus*). A ello se agrega que, dentro de los *intraneus*, debe analizarse, por ejemplo, la conducta de los titulares de las entidades públicas (gerentes regionales, alcaldes, etc.), los integrantes del comité especial, el gerente de Administración y Finanzas, el gerente de Tesorería, el gerente de Asesoría Legal, entre otros, que intervienen en las autorizaciones de las diversas contrataciones de bienes y servicios, concesiones o cualquier operación estatal.

Como se verifica, en ambas modalidades, la palabra clave es «concertar»; lo que se genera en el ámbito de la contratación pública (Tribunal Constitucional, 2012). Además, debe distinguirse cuándo estamos frente a un delito de peligro y cuándo frente a uno de resultado. Será de peligro «si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado [...]» (Casación n.º 661-2016-Piura, fundamento jurídico 15); por ello, se trata de un delito de colusión simple. Será un delito de resultado «si

10 En el Perú, la institución jurídica de la colaboración eficaz es utilizada por algunos acusados a efectos de obtener sanciones penales de menor rigor que las que les corresponderían de no acogerse a ella, o inclusive exoneración de pena, dependiendo de la calidad de información que suministren al señor fiscal. Pueden acogerse a la colaboración eficaz en diversas etapas del proceso penal (sección VI del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo n.º 957, artículos 472 a 481-A).

la concertación es descubierta luego de que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado [...]» (Casación n.º 661-2016-Piura, fundamento jurídico 15); por tanto, será un delito agravado.

Esta diferencia en las categorías tiene incidencia directa al momento de valorar los actos de prueba para sustentar la sentencia. Si bien (conforme a la casación en referencia inmediatamente anotada) la prueba idónea para probar el perjuicio patrimonial es la pericia contable, este aspecto solo se refiere al elemento objetivo del objeto civil del proceso. La acreditación del resto de elementos objetivos del tipo penal del delito de colusión se vincula con los acuerdos ilícitos que los autores hayan realizado con los cómplices, y acreditar este aspecto con prueba directa es sumamente difícil.

Asimismo, ¿es posible que la concertación se acredite con prueba directa? Lo es si los acusados confiesan o se someten a una de las formas especiales de colusión del proceso penal, como la colaboración eficaz, según los artículos 472-481 del NCPP (2004).

Por ello, es necesario recurrir al método de valoración de la prueba indiciaria para valorar la prueba directa y, así, acreditar este tipo de delitos, tanto en su modalidad de delito de peligro como en la de delito de resultado.

2.2.2. Delito de peculado

En el Código Penal peruano, el delito de peculado tiene cuatro modalidades: una simple, dos agravadas y una culposa.

Así, la modalidad simple se regula de la siguiente manera: «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo será reprimido [...]» (artículo 387 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016).

La primera modalidad agravada prescribe: «Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido [...]», y la segunda modalidad agravada: «si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social, será reprimido [...]».

La modalidad culposa determina: «Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido [...]», conforme al artículo 387 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016.

De esta forma, en cuanto a las modalidades dolosas, cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales (dinero) o efectos (bienes) (Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116, párr. 7) para sí u otro, en cuanto a la probanza, también las pruebas son de difícil consecución para el señor fiscal. No obstante, pueden existir pruebas directas, como testigos, pericias, documentos, llamadas telefónicas; pero si no se utilizan las inferencias deductivas, es muy laborioso determinar con claridad lo sucedido, de qué manera se ha apropiado del dinero o ha utilizado los bienes.

En cuanto a la modalidad culposa, pese a que es más fácil de determinar lo sucedido, no es menos cierto que se presentan dificultades para determinar la culpa, lo cual, evidentemente, también representa problemas de demostración, en cuanto deben analizarse las diversas funciones públicas en el Reglamento de Organización y Funciones. Manual de Organización de Funciones y otras obligaciones contenidas en las leyes específicas de los servidores o funcionarios involucrados.

Por ello, es necesario efectuar los ejercicios de valoración de la prueba por el método de valoración de prueba indiciaria.

2.2.3. Delitos de corrupción de funcionarios

2.2.3.1. Cohecho propio

De acuerdo con el artículo 393 del Código Penal, modificado por la Ley n.º 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, este delito presenta taxativamente tres modalidades.

La primera se encuentra prevista cuando: «El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido [...]» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

Una segunda modalidad es cuando: «El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido [...]» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

Una tercera modalidad se produce cuando: «El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido [...]» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

En el presente caso también los verbos «aceptar» y «recibir» donativo, promesas, ventaja o beneficio tienen directa implicancia con la probanza de verificar de qué forma ha aceptado o recibido, lo que se dificulta al tratarse de delitos clandestinos.

En cuanto al verbo «solicitar», representa mayor reprochabilidad en el agente; no obstante, el grado más grave es el de «condicionar», porque el funcionario o servidor público viola totalmente sus obligaciones.

Así, en los tres supuestos legales, difícilmente va a existir prueba directa, ya que nadie otorga un comprobante de la dádiva ilícita que recibe. Pero ello no descarta de manera total un acusado arrepentido.

2.2.3.2. Cohecho impropio

En la forma simple, el funcionario se limita a recibir el donativo ilegal para realizar un acto lícito de su cargo. En contraste, en la segunda modalidad (agravada), la conducta es más osada, dado que el funcionario público solicita, comprometiendo gravemente la función pública. Obviamente, la mayoría de veces, citan al usuario fuera de la entidad pública, por ejemplo, a un restaurante, lugar donde exige la dádiva, con más holgura, sin la presión de la presencia de los demás funcionarios públicos. Asimismo, se verifica que difícilmente existirá prueba directa, más allá de lo dicho por el usuario agraviado, por la exigencia ilegal.

Respecto a la forma simple de este delito, la norma penal dispone: «El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido [...]» (artículo 394 del CP, modificado por el Artículo Único de la Ley n.º 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013).

En su forma agravada, se prescribe: «El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido [...]» (artículo 394 del CP, modificado por el Artículo Único de la Ley n.º 30111, publicada el 26 noviembre 2013).

2.2.3.3. Cohecho pasivo específico

En la modalidad simple de este tipo penal, las autoridades judiciales y administrativas, haciendo mal uso de sus funciones, reciben

donativos u otros. En cambio, en la modalidad agravada, las mismas autoridades solicitan el donativo. También es compleja la existencia de prueba directa.

Sobre este tipo penal se ha establecido:

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido [...] (artículo 395 del CP, modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 28355, publicada el 6 octubre de 2004).

Del mismo modo:

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido [...] (artículo 395 del CP, modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 28355, publicada el 6 de octubre de 2004).

2.2.3.4. Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

Existen tres conductas del efectivo policial (aceptar, solicitar y condicionar); su labor pública, al recibir donativo, promesa, ventaja o beneficio ilegal, hace variar la gravedad, en orden ascendente.

En la praxis, se verifica compleja posibilidad de la probanza de estos ilícitos, por lo que difícilmente existirá prueba directa, salvo la declaración de la víctima.

En cuanto a la actuación delictiva de los miembros de la Policía Nacional del Perú, se regulan las siguientes conductas ilícitas:

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado [...] (artículo 395-A del Código Penal, incorporado por Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017).

También se prescribe:

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido [...] (artículo 395-A del Código Penal, incorporado por Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017).

Y la tercera conducta se regula de la siguiente manera: «El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido [...]» (artículo 395-A del Código Penal, incorporado por Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017).

2.2.3.5. Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial

En este caso, en una primera etapa, nos encontramos frente a un actuar lícito, pero en la segunda etapa, se convierte en delictivo: en la primera modalidad (simple), el efectivo policial primero realiza su labor policial y luego, sin solicitar, recibe el donativo ilícito; mientras que en la segunda modalidad (agravada), el efectivo policial primero realiza su labor policial y luego solicita o exige el donativo ilícito. De igual manera, al constituir delitos de naturaleza clandestina, la existencia de prueba directa no será posible, salvo flagrancia.

Una primera conducta es regulada así:

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido [...] (artículo 395-B del Código Penal, incorporado por el Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017).

Una segunda conducta dispone que:

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido [...] (artículo 395-B del Código Penal, incorporado por el Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017).

2.2.3.6. Cohecho activo genérico

Este delito es realizado por particulares, pero involucra la corrupción de funcionarios públicos, puesto que contiene una modalidad agravada en la que, con el poder corruptor del dinero u otro medio, constriñe la voluntad del funcionario público para que realice u omita actos, violando sus obligaciones.

Asimismo, se manifiesta en otra conducta en la que entrega dinero u otro medio al funcionario, a fin de que realice sus funciones, conforme a ley. Aparentemente, esta última conducta no revela peligrosidad; sin embargo, genera un antecedente de próximos actos de corrupción entre dicha persona y el funcionario.

Sobre este tipo legal, se dispone que: «El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos

en violación de sus obligaciones, será reprimido [...]» (artículo 397 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016).

De otro lado, en el segundo párrafo de la misma norma se expone que: «El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido [...]» (artículo 397 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016).

2.2.3.7. Cohecho activo específico

En este tipo penal, se sanciona el actuar del particular, quien trata de corromper a un magistrado que ejerce función jurisdiccional o a una autoridad que cumple funciones administrativas, constituyendo de esta manera la agravante. En cambio, en la segunda conducta, se trata de corromper a un auxiliar jurisdiccional u órgano de prueba (testigo, traductor, perito); por ello es de menor entidad que la anterior.

Además, se sanciona drásticamente la conducta del abogado que trata de corromper al magistrado, fiscal, autoridad administrativa o auxiliar jurisdiccional; si es un abogado que labora en forma individual o asociada, también constituye delito.

Así, la norma regula de la siguiente manera:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido [...] (artículo 398 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016).

En el segundo párrafo, detalla: «Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena [...]» (artículo 398 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016).

Y el tercer párrafo prescribe: «Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena [...]» (artículo 398 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 octubre de 2016).

2.2.3.8. Cohecho activo en el ámbito de la función policial

La primera conducta que se sanciona es la del particular que da u ofrece donativo al efectivo policial para que realice u omita actos, violando sus obligaciones. Por ello, la penalidad es agravada. Así, la norma dispone:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido [...] (artículo 398-A del Código Penal, incorporado por el Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017).

La segunda conducta es de menor entidad, ya que el particular constriñe al efectivo policial para que realice u omita actos sin faltar a sus obligaciones legales:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido [...] (artículo 398-A del Código Penal, incorporado por el Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 enero 2017).

Esta conducta puede manifestarse, por ejemplo, cuando se deben efectuar lanzamientos luego de una sentencia de ministración de la posesión (en el área penal, la usurpación; en el área civil, el desalojo) en la que ineludiblemente, el efectivo policial debe hacer cumplir la orden del juez penal o civil, según sea el caso.

Así, consideramos que en los delitos de concusión (modalidad de colusión), peculado y corrupción de funcionarios (en las modalidades de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo propio o impropio en el ejercicio de la función policial, cohecho activo genérico, cohecho activo específico y cohecho activo en el ámbito de la función policial), difícilmente existirá prueba directa. No obstante, de modo excepcional, puede existir prueba directa, pero, debido a la falta de regulación legal, al valorarla, no es posible emplear el método que suele aplicarse a la valoración de la prueba indiciaria. Ello afecta que el juzgador logre acercarse a la certeza de los hechos y, por tanto, impide acercarse a la verdad procesal.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el Perú, luego de que se ha debatido sobre las pruebas en el juicio oral, surgen los actos de prueba, que fundamentan la sentencia penal en relación con los delitos de concusión (modalidad de colusión), peculado y corrupción de funcionarios (en las modalidades de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo propio o impropio en el ejercicio de la función policial, cohecho activo genérico, cohecho activo específico y cohecho activo en el ámbito de la función policial).

Frecuentemente, no existen pruebas directas. Las pocas que existen deben ser valoradas utilizando las reglas de la «sana crítica», a través de sus elementos: a) la lógica, con sus principios de identidad, contradicción, razón suficiente y tercero excluido;

b) las máximas de la experiencia (criterios normativos o reglas no jurídicas); c) los conocimientos científicamente aceptados. No se utiliza el razonamiento, el cual suele emplearse para evaluar una prueba indiciaria.

Las pruebas indiciarias, en estos mismos tipos de delitos, son las que más abundan. Por ello, aplicando el método de valoración de la prueba indiciaria, que consiste en el siguiente procedimiento:

- a) Que el indicio esté probado.
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.
- c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

Está establecido por doctrina que debe existir un hecho base, un hecho consecuencia y un enlace o razonamiento lógico entre estos, de tal forma que, utilizando una inferencia, a través del método lógico-deductivo, en función de indicios plenamente probados (que no son delictivos), se llegará a conocer el hecho consecuencia, el cual se quiere conocer.

Esta forma de analizar la prueba indiciaria presta plenas garantías de acercarnos más a la verdad para emitir sentencia en justicia. Por tal motivo, el método de valoración de la prueba indiciaria debe aplicarse a la valoración de la prueba directa para obtener ese rigor de certeza.

REFERENCIAS

Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.

Congreso de la República (2004). Ley n.º 28355. Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Lima: 4 de octubre de 2004.

_____ (2013). Ley n.º 30111. Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos. Lima: 25 de noviembre de 2013.

_____ (2017). Decreto Legislativo n.º 1351. Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana. Lima: 6 enero de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República (2005). Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116. Definición y estructura típica del delito de peculado, artículo 387 del Código Penal. Lima: 30 de septiembre de 2005.

_____ (2006). Acuerdo Plenario n.º 1-2006/ESV-22. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Lima: 13 de octubre de 2006.

_____ (2010). Acuerdo Plenario n.º 3-2010/CJ-116. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Lima: 16 de noviembre de 2010.

_____ (2012). Casación n.º 281-2011-Moquegua, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Lima: 16 de agosto de 2012.

_____ (2017). Casación n.º 661-2016-Piura, emitida por la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Lima: 11 de julio de 2017.

_____ (25 de octubre de 2017). I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017/CIJ-433. Alcances del delito de lavado de

activos y estándar de prueba para su persecución y condena, de fecha 11 de octubre de 2017. *Diario Oficial El Peruano*, separata especial, (1058), pp. 7920-7942.

Ferrer, E. y Pelayo, C. (2014). Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. Capítulo I. Enumeración de deberes. En Steiner, C. y Uribe, P. (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (pp. 42-68). La Paz: Plural Editores.

Ibáñez, J. (2014). Artículo 8. Garantías Judiciales. Capítulo II. Derechos civiles y políticos. En Steiner, C. y Uribe, P. (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (pp. 207-254). La Paz: Plural Editores.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2004). Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo n.º 957. Lima: 29 de julio de 2004.

Poder Ejecutivo (1991). Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal. Lima: 8 de abril de 1991.

_____ (2016). Decreto Legislativo n.º 1243. Decreto legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la Administración Pública, y crea el Registro Único de Condenados Inhabilitados. Lima: 22 de octubre de 2016.

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 010-2002-AI/TC (2002). Lima: 3 de enero de 2003.

_____ (2012). Sentencia de Tribunal Constitucional. Expediente n.º 017-2011-PI/TC. Lima: 3 de mayo de 2012.

Tribunal Constitucional de España (1999). Sentencia 197/1999. Madrid: 25 de octubre de 1999. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3939>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 389-403

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.50>

Las experiencias maximizadas en el proceso. Reglas y principios de la epistemología probatoria

The Legal Maxims in the Legal Process. Rules and principles of the epistemology of the Proof



MIGUEL ANGEL ARZAPALO CALLUPE
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: m.argapalo@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5615-1890>

RESUMEN

Las máximas de la experiencia deben ser utilizadas teniendo en cuenta la mayor responsabilidad y su aplicabilidad, pues no pueden confundirse con conceptos que no tengan carácter universal o particular, además de no poder aplicarse ninguna moral particular, o pública, sino las experiencias concurrentes y cotidianas que le otorgan fiabilidad a estas. Por ello, la inducción de las máximas de la experiencia debe hacerse con sumo cuidado, tomando en cuenta los esquemas argumentacionales propuestos, y se debe establecer

que la costumbre no incumbe una máxima de experiencia sino una suerte de patrón social que puede o no ser aceptado.

Palabras clave: experiencia de la máxima de la experiencia, carácter circundante, estructuras lógicas, inducción, costumbre.

ABSTRACT

The Legal Maxims will be used responsibly. This will not be confused with some universal or particular conceptions. This will be understood at the core of reiterative experience. Consequently, the evidence of legal maxims will consider the argumentative framework and the place of custom. Custom is not included in the legal maxims; it is an accepted social feature or not.

Key words: legal maxims, proof, custom.

Recibido: 03/03/2020 Aceptado: 04/06/2020

1. DATOS DEL RECURSO DE NULIDAD N.º 2792-2014

Hace no mucho tiempo, y los recuerdos llegan, hace no tanto y los recuerdos pasan por la mente y detrás de nuestros ojos. Me refiero, claro está, a los recuerdos de antaño, de los noventa, en los que, conjuntamente con mis amigos, pedíamos el favor de prestarnos la pichina del balón de básquet o fútbol, para inflarlo, o solicitábamos prestada la canchita de fulbito para jugar, recurriendo a un amigo mayor para que nos avale y por el cual entregábamos en garantía su Libreta Electoral —ahora Documento Nacional de Identidad (en adelante DNI)—.

También recuerdo que aquella cédula de identidad, ya en la mayoría de edad, se dejaba como garantía cuando te faltaban unos cuantos soles o te fiabas del bodeguero de la esquina, hecho que viabilizaba el pago futuro de la obligación creditoria generada por la falta de recursos económicos: «¡No te preocupes, te dejo mi DNI

y te pago mañana!, ¿vas a desconfiar de mí?», se decía. Eso sucedía y sucede hasta hoy en día muy frecuentemente, en estratos sociales bajos, y es ahí donde encontramos una experiencia recurrente e inmanente del pasar de los años.

En ese escenario surge la sentencia suprema penal, contenida en el Recurso de Nulidad n.º 2792-2014-Huánuco, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró no haber nulidad sobre la condena impuesta a Santillán Sánchez por el delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas en perjuicio del Estado, conforme a los hechos sostenidos en ella. Su decisión se fundaba en un hecho en particular, que para el presente trabajo significará el análisis de dicho marco de argumentación probatoria, en cuanto a las máximas de la experiencia.

En efecto, el hecho que describe la Sala Suprema es el siguiente: señala que Santillán Sánchez había prestado su DNI a un fémina de apelativo la Gringa, a fin de enviar una encomienda —un costal con frutas— desde la ciudad de Aucayacu hacia la ciudad de Lima, hecho que se efectuó el día 8 de septiembre de 2008, pues ante la negativa inicial del personal de la agencia de transportes de la empresa Trans Inter, de permitírsele enviar una encomienda sin tener ningún documento de identidad, la Gringa procedió a acercarse nuevamente a la empresa de transportes, portando esta vez el DNI y copia del documento de Santillán Sánchez, quien estaba en las afueras del local con un bebé de cinco meses de edad en brazos, dentro del motocar que previamente se había utilizado para el traslado de dicho objeto criminal.

En su defensa, la sentenciada señaló que no era responsable del hecho imputado, o sea, promover o favorecer el tráfico de estupefacientes, dado que el día de los hechos, ella solo hizo un favor

por agradecimiento a una persona que la ayudó antiguamente, al ser abordada por su vecina la Gringa, que vendía fruta en el mercado de Aucayacu. Dicha persona le suplicó que le ayude a enviar una encomienda hacia la ciudad de Lima; por lo cual la sentenciada aceptó y le prestó su DNI, por gratitud, al haberla supuestamente salvado y tratado de un problema de posparto, pues la Gringa fungía de curandera de dicho lugar.

En ese escenario los jueces supremos razonaron que tales abducciones argumentacionales fueron meras cuestiones defensivas sin mayor credibilidad, por lo que frente al hecho de prestar el DNI a un desconocido, crearon una regla maximalista —o una regla de máxima de la experiencia— en la cual señalaron que no es normal que una persona preste su DNI a un extraño para que realice un trámite de esa naturaleza: enviar una encomienda. Sostuvieron, como resultado de la regla creada, que ella sabía del contenido ilícito de la encomienda y, en consecuencia, la sentencia y la condena impuestas se encontraban debidamente motivadas.

2. LA EXPERIENCIA CIRCUNDANTE DENTRO DEL CONCEPTO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

Ahora bien, sobre aquella decisión tomada, cabe preguntarse: ¿nuestros jueces supremos entendieron que es una máxima de la experiencia, o no? Si decimos que sí, entonces, seguramente nos enfrentaremos a una vulneración del derecho a la motivación, pues la decisión así expresada crea un estado de indefensión, dado que la abducción fáctica resulta ser una sospecha sin mayor sostenimiento respecto al principio de universalidad general y sí lo es sobre una universalidad particular y puntual que no lo devalúa totalmente y por lo cual resulta arbitraria. Si decimos que no, entonces debemos recrear todo el panorama probatorio para de ese modo establecer la luz de una máxima de la experiencia.

Así, resulta imperativo determinar, en principio, que la experiencia es una forma de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión percibida por los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable, permitiendo elaborar enunciados que impliquen generalizaciones para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, expresadas con la fórmula «Siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B» (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, 2016, p. 1530).

En efecto, estas generalizaciones se construyen a partir del cumplimiento estable e histórico de ciertas conductas similares, que sirven como enlace lógico o parte del razonamiento que vincula esos datos indicadores (conocidos) que dirigen a hechos desconocidos. Esas reglas se refieren a lo dado, a los datos percibidos; pero ese dato inicial, esa base empírica puede y debe ser sometida a contraste (esto es lo que le otorga universalidad), porque si no es contrastable, solo surge una situación incierta.

Para ejemplificar mejor este panorama, veamos el siguiente hecho, ejemplo de un dato indicador, sucede en la ciudad de Madrid, España, donde muchos chicos de entre 16 y 17 años toman prestadas las cédulas de identidad de sus familiares mayores para ir a fiestas en discotecas, a fin de poder entrar y comprar licor estando una vez dentro. Esto es usual, tal como se puede comprobar de las redadas que efectúa la autoridad policial y las que aparecen publicadas en el diario *El País* (Martín, 2010).

Otro ejemplo de ello lo tenemos en que, actualmente, muchos jóvenes filtran su cédula de identidad en las redes sociales, para que la gente vea que es su cumpleaños, sin pensar en las consecuencias que ello origina, pues dicha información puede ser filtrada en la web, para registrarse en casinos o casas de apuesta,

o abrir cuentas bancarias *online*, o solicitar préstamos o créditos en diferentes servicios, o realizar compras o ventas fraudulentas en distintos portales web, etc. (Oficina de Seguridad del Internauta, 2014).

3. EL CARÁCTER UNIVERSAL Y PARTICULAR DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

Como se podrá apreciar, en un mundo tan globalizado como el de ahora, en la regla creada como máxima de la experiencia por la Corte Suprema difícilmente se puede verificar algún carácter de universalidad general para todos. Más bien se puede observar que la Corte actuó y regló, con un carácter de universalidad particular circunscrito en un determinado espacio y lugar, atribuyendo una fuerte sospecha por intuición —que Santillán Sánchez era parte de la organización de tráfico ilícito de drogas—, atribuyendo también como dato oculto que cualquier poblador de la ciudad de Aucayacu —ciudad del interior de la selva nororiente del Perú— tenía que saber que no se debía prestar el DNI a un extraño, dado que en dicha ciudad existe mucho tráfico ilícito de drogas¹.

Esta estructura lógica de inferencia en el procedimiento probatorio aplica una probabilidad que no conduce necesariamente a un resultado como el indicado por la Corte Suprema, ya que al verificar la prueba indiciaria —el préstamo del DNI—, la inferencia utilizada veladamente es una simple máxima de la experiencia oculta (hay mucho tráfico ilícito de drogas en Aucayacu) que condujo a un resultado solo posible pero no necesario, pues la Sala Penal Permanente no ponderó que debía determinar si la regla maximalista podía tener un contenido más concreto en su resultado de aplicación.

1 Conforme también se puede ver del Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas, Decreto Supremo n.º 82-94-P.M.

Por ello, debemos recordar que:

[conforme a] la epistemología garantista, el derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico —la estricta legalidad, la materialidad, y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio contradictorio entre partes y la presunción de inocencia— en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal.

Los filones que se entreveran en esta tradición, madurada en el siglo XVIII, son muchos y distintos: las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena (Ferrajoli, 2006, p. 33).

En ese sentido, una máxima de la experiencia está constituida por las generalizaciones empíricas realizadas a partir de la observación de la realidad, obtenidas por medio de un argumento por inducción (una inducción ampliativa o generalizadora); es decir, estas constituyen pautas que provienen de la experiencia general, de contexto cultural y científico, de sentido común y de la sociedad (Coloma y Agüero, 2014, p. 400). Por esa razón las presunciones pueden verse como máximas de experiencias institucionalizadas y autoritativas; sin embargo, estas deben estar bien apoyadas por una inducción sólida que las respalde y las defienda, y deben estar apoyadas por una verdad incontestable y de fuerte consenso social (Stein, 1988, pp. 31-34).

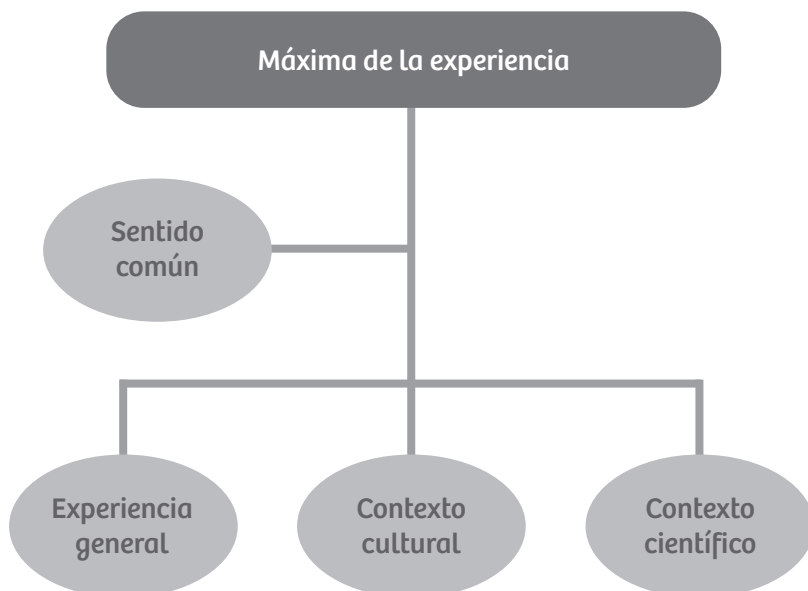
La regulación actual de las máximas de la experiencia la encontramos en cada código procesal, sea este civil, penal o constitucional, etc., cuya fuente constitucional es lo dispuesto por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución nacional, es decir, toda persona tiene derecho a la aplicación de los principios de razón suficiente, no contradicción y tercio excluido, contenidos en una

máxima de la experiencia, subespecie del derecho a la valoración de la prueba, subespecie del derecho a la prueba, subespecie del derecho fundamental a probar, subespecie del derecho al debido proceso legal.

4. ESTRUCTURAS LÓGICAS DE LA MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA

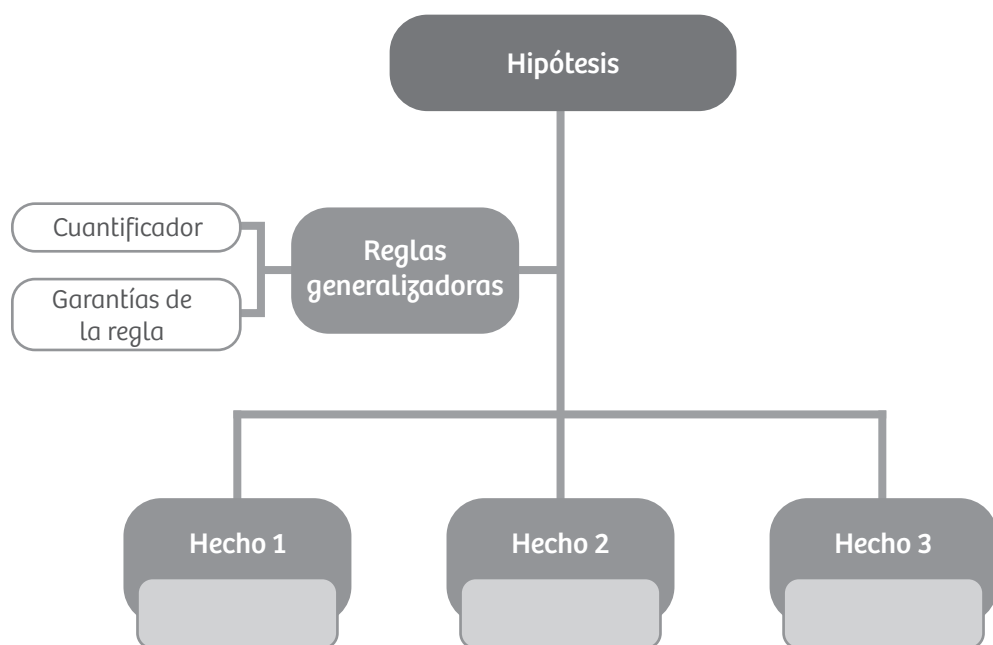
Podemos decir que, para crear una regla maximizada en la experiencia, se tiene que establecer en principio el sentido común sobre el hecho, apoyado sobre las diversas experiencias generales, ocurridas en el mundo circundante, tomando en cuenta el contexto cultural del hecho, y el contexto científico del que se trate para poder generalizarlo. De otro modo, solamente se hablaría de la moral social, o la moral legalizada, o una particularidad de moral que detenta el juez, lo cual no puede ser erigido como una regla de máxima de la experiencia. Por ello debemos tomar en cuenta el esquema argumentacional n.º 1.

Esquema argumentacional n.º 1



En ese sentido, conviene recordar que la doctrina mayormente autorizada (Higa, s. f.) señala que, para analizar una regla generalizadora y para aplicarla a la máxima de la experiencia, se tiene que también tomar en cuenta los cuantificadores para poder verificar qué tan sólida es la inferencia que se acaba de producir —esto es por regla de contraste—, para determinar los diversos componentes de la inferencia creada como regla generalizadora que dan sustento a esa inferencia. Una regla de máxima de la experiencia no solamente se circunscribe a establecer generalidades del mundo real, sino también particularidades de ella, dado que la generalidad, por encima de la particularidad, si no se puntualiza, no atribuye ninguna máxima de experiencia, sino que debe ser condicionada a la determinación de ciertos componentes probatorios, como se explica en el esquema argumentacional n.º 2.

Esquema argumentacional n.º 2



Se debe ponderar que, «para analizar qué tan sólida es la inferencia de los hechos a la hipótesis es necesario evaluar los diversos componentes de la regla generalizadora que le darán sustento a esa inferencia» (Higa, s. f., p. 14); por lo cual, el juez debe hacerse el siguiente análisis inductivo:

- Identificar cuál es la regla generalizadora que utilizan para sustentar la inferencia de los hechos a la hipótesis;
- Identificar cuál es el sustento de esas reglas: la ciencia; máximas de experiencia de la comunidad; o privadas del juez;
- Analizar y evaluar qué tan corroborada se encuentra la regla generalizadora para explicarnos el funcionamiento de la realidad o el comportamiento de las personas;
- Analizar qué grado de generalidad tienen esas reglas sobre la realidad y, en específico, en el contexto en que se pretenden aplicar;
- Determinar cómo se aplica la regla a los hechos concretos del caso; y,
- Evaluar cómo se enfrentarán situaciones de incertidumbre en caso existan varias hipótesis explicativas de los hechos del caso (Higa, s. f., p. 14).

Por otro lado, para determinar en qué momento estamos frente a la inducción con vocación de entamar una máxima de experiencia, primeramente debemos analizar:

cuando generalizamos a partir de un número de casos de los que algo es verdad, e inferimos que la misma cosa es verdad de una clase entera. O, cuando hallamos que cierta cosa es verdadera de cierta proporción de casos, e inferimos que es verdadera de la misma proporción de la clase entera (Peirce, 1968, pp. 44-49).

5. LA INDUCCIÓN EN LA MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA

Sin embargo, desde el punto de vista de la aceptabilidad de la conclusión de una prueba deductiva llevada a una máxima de la experiencia, el punto más débil no lo constituyen las reglas universales sobre las que se apoyan las máximas de la experiencia, sino la posible fragilidad epistemológica de las aseveraciones (enunciados probatorios) sobre hechos singulares (Gascón, 2010, p. 91). Por este motivo, podemos afirmar que sobre las pruebas deductivas fundadas en reglas cuya universalidad ni siquiera puede cuestionarse, como la prueba —por signos— (por ejemplo, la regla de la máxima de la experiencia del parto es el signo de embarazo previo) o la coartada (fundada en la regla como máxima de la experiencia: nadie puede estar en dos sitios a la vez), conviene mantener una actitud cautelosa, pues la premisa menor de la inferencia deductiva puede ser falsa, dado que puede ser falso que el parto se produjera, o que alguien estuviera en determinado lugar a una hora precisa. En relación con la prueba documental, la consideración precedente resulta igualmente clara, pues, por ejemplo, el acta de registro donde se plasma la fecha de nacimiento acredita (por obra de una norma jurídica que tiene la estructura de una regla de máxima de experiencia universal) la edad de la persona registrada; empero, tal acta puede haber sido manipulada, con lo cual la máxima que se pretende erigir como modelador del hecho exógeno, termina corrompiendo la fuente probatoria y el mismo proceso en sí.

Asimismo, no debe olvidarse que la ciencia, en cuanto a su modelo de contexto científico, debe también verificar las «ciencias duras»:

como la ingeniería, la biología, la química o las matemáticas, que estarían comprendidas dentro del concepto natural de «ciencia» y, por tanto, el juez al valorarlas tiende a renunciar a su conocimiento privado y opta por recurrir a la opinión de expertos en el área. Por otro lado, existirían las ciencias «humanas o blandas» como la psicología, la historia, entre otras ciencias sociales, las cuales

se han mirado tradicionalmente como parte del acervo cultural del juez o de su conocimiento común, y, por tanto, tenderían a ser infravaloradas por los jueces respecto de las ciencias duras (Oyarzún, 2016, p. 21).

Volviendo al caso que nos ocupa, se tiene que la Sala Suprema creyó conveniente aplicar una máxima plagada de percepciones ocultas, de la cual no pudo determinar más de lo que ya se había señalado. Por eso actuó y regló con un carácter de universalidad particular circunscrito en un determinado espacio y lugar, atribuyendo una fuerte sospecha por intuición —que Santillán Sánchez era parte de la organización de tráfico de drogas— y atribuyendo como dato oculto que cualquier poblador de la ciudad de Aucayacu debía saber que no se debe prestar el DNI a un extraño, pues en dicha ciudad existe mucho tráfico ilícito de drogas. Esto no puede ser considerado una máxima creada válidamente, ya que advierte una suerte de moral privada introducida como máxima.

6. LA COSTUMBRE NO ES UNA MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA

Este hecho incluso confronta con la costumbre, que es fuente legal de derecho, específicamente, de derecho no inscrito, el cual otorga de modo expreso a «los usos» la calificación de fuente, puesto que la costumbre es una práctica social (vale decir, un comportamiento habitual socialmente compartido) constante, que se da repetidamente por largo tiempo, acompañada de la creencia de que dicha praxis es conforme a una norma vinculante (Guastini, 2016, pp. 237-ss.).

¿Y por qué digo que confronta? Pues porque simple y sencillamente la sentencia supra no nos indica de dónde extrae aquella premisa maximalista —es anormal prestarle el DNI a un extraño— dado que ella nunca dijo que era un extraño, sino su vecina que vendía frutas en el mercado y fungía de curandera del lugar; y también señaló que le hacía ese favor por gratitud por un hecho anterior que las vinculaba.

Entonces queda desechada dicha máxima y, por ende, sobre el hecho se debía aplicar el aforismo *consuetudo loci est observanda* —«ha de observarse la costumbre del lugar». Siempre y cuando sea cierta y razonable y no se trate de un *malus usus* (Ortega et al., 2006, p. 126)—, pues lo que se encontraba verificándose en los hechos son costumbres de la ciudad del interior del país y en específico de la ciudad de Aucayacu, que tiene una connotación particular de la vida en convivencia y, por esto mismo, de sus usos y costumbres.

Así, entonces, recreando los hechos del caso, tenemos que: (i) el día 8 de septiembre de 2008, Santillán Sánchez había prestado su DNI a un fémina de apelativo la Gringa, a fin de enviar una encomienda —un costal con frutas— desde la ciudad de Aucayacu hacia la ciudad de Lima, pues ante la negativa inicial del personal de la agencia de transportes de la empresa Trans Inter, de permitírsele enviar una encomienda sin tener ningún documento de identidad, (ii) la Gringa procedió a acercarse nuevamente a la empresa de transportes, portando esta vez el DNI y copia del documento de Santillán Sánchez, quien estaba en las afueras del local con un bebé de cinco meses de edad en brazos, dentro del motocar que previamente se había utilizado para el traslado de dicho objeto criminal; (iii) la procesada Santillán Sánchez al prestar el DNI para mandar la encomienda, efectuó el favor en agradecimiento a una persona que la ayudó antiguamente, al ser abordada por su vecina la Gringa, que vendía fruta en el mercado de Aucayacu. Dicha persona le suplicó que le ayude a enviar una encomienda hacia la ciudad de Lima, la sentenciada aceptó y le prestó su DNI, por gratitud, ya que la salvó y trató de un problema de posparto; la Gringa fungía de curandera en el lugar, esto debe ser visto como una costumbre arraigada en dicha ciudad. Empero, debe merecer una responsabilidad restringida, pues ella debió ponderar que lo que en verdad estaba sucediendo era un típico acto de envío de encomienda ilícita. Al prestar el apoyo necesario para tal acto, la

procesada se convirtió en cómplice primaria, ya que su ayuda y consentimiento, aunque sea por error o ignorancia, determinaron el decurso de su responsabilidad criminal. Ello, por los motivos antes expuestos, debe merecer una pena por debajo del mínimo legal, al ser una responsabilidad atenuada.

7. COMENTARIOS FINALES

Como se podrá apreciar, las máximas de la experiencia deben ser utilizadas teniendo la mayor responsabilidad y su aplicabilidad, pues no puede confundirse con conceptos que no tengan carácter universal o particular, además de no poder aplicarse ninguna moral particular, o pública, sino las experiencias concurrentes y cotidianas que le otorgan fiabilidad a ellas. Por este motivo, la inducción de las máximas de la experiencia debe hacerse con sumo cuidado, tomando en cuenta los esquemas argumentacionales propuestos, se debe establecer que la costumbre no incumbe una máxima de experiencia sino una suerte de patrón social que puede o no ser aceptado.

REFERENCIAS

- Coloma, R. y Agüero, C. (2014). Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica. *Revista Ius et Praxis*, 20(2), 375-414.
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (2016). Sentencia Casatoria Penal SP7326-2016. *Jurisprudencia y Doctrina*, (536), 1530.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (8.ª ed.). Madrid: Trotta.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* (3.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Raguel Ediciones.
- Higa, C. (s. f.). *Los esquemas argumentativos como herramienta que le facilita al juez el análisis y evaluación de los argumentos de las partes*. Recuperado de <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Los%20esquemas%20argumentativos%20como%20herramienta%20que%20le%20facilita%20la%20labor%20de%20motivaci%C3%B3n%20al%20Juez.pdf>
- Martín, M. (21 de febrero de 2010). Déjame tu carné para ir a la «disco». *El País*. Recuperado de https://elpais.com/diario/2010/02/21/madrid/1266755054_850215.html
- Oficina de Seguridad del Internauta (17 de enero de 2014). ¿Publicar tu DNI en internet? No es una buena idea. Recuperado de <https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2014/01/17/publicar-tu-dni-en-internet-no-es-una-buena-idea>
- Ortega, J., Rodríguez, B. y Zambrana, N. (2006). *Principios del derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados* (2.^a ed.). Navarra: Thomson Aranzadi.
- Oyarzún, F. (2016). *Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba* (Tesis de licenciatura). Universidad de Chile.
- Peirce, C. (1968). *Escritos lógicos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Stein, F. (1988). *El conocimiento privado del juez* (2.^a ed.). Bogotá: Temis.

Artículos sobre la administración de justicia y la COVID-19



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 407-438

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.51>

Estados de excepción, COVID-19 y derechos fundamentales

State of Exception, COVID-19
and Fundamental Rights



EDWIN FIGUEROA GUTARRA
Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)

Contacto: efigueroag@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

El estado de excepción se presenta como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo.

GIORGIO AGAMBEN (2005, p. 26)

RESUMEN

El presente estudio constituye una reflexión de contexto a propósito de las coyunturas jurídicas que se generan en un estado de excepción, más aún cuando la pandemia de la COVID-19 es la justificación de fondo de muchos ordenamientos jurídicos respecto a medidas de confinamiento, aislamiento e inamovilidad social a causa de este mal. En esa misma lógica, analizamos si acaso corresponde una redefinición de los derechos fundamentales afectados en

esos estados extraordinarios o si es pertinente poner de relieve la dimensión jurídica propia del contenido, extensión y valía de un derecho fundamental. Sobre este particular, diversos instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos dan cuenta de la exigencia a los Estados de respetar lineamientos mínimos de los derechos del sistema.

Palabras clave: estados de excepción, COVID-19, derechos fundamentales, derechos humanos.

ABSTRACT

This study analyzes the social context of the State of Exception. COVID-19 have posed challenges to concepts such as social confinement, isolation and social mobility, limiting the ability to exercise Fundamental Rights. Finally, the standards of the Interamerican Human Rights systems are analyzed to adapt the interpretation of fundamental rights to comply with the provisions in the pandemic context.

Key words: state of exception, fundamental rights, human rights, COVID-19.

Recibido: 25/05/2020 Aceptado: 08/06/2020

1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más recurrentes a raíz de la COVID-19, la pandemia que azota a la humanidad entera en estos aún albores del siglo XXI, es cuándo hemos de volver a la antigua normalidad que ostentábamos como ciudadanos de un Estado constitucional de derecho, marco en el cual gozábamos de un relativo aunque progresivo goce *in crescendo* de libertades fundamentales. Nos acostumbramos a una dimensión amplia de la libertad individual —en especial, del *ius ambulandi*—, asumiendo, como parte implícita

de nuestras vidas, una aún más extensiva libertad de locomoción en sentido amplio, dadas las mínimas restricciones legales a este derecho de primer rango. De otra parte, la regresividad en el ejercicio de los derechos fundamentales era más bien una lejana excepción en los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, la COVID-19 ha puesto a las sociedades contra las cuerdas y ha trastocado los modos de vida a los que teníamos el más amplio acceso, pues, entre otros muchos ejemplos, antaño no se nos podía impedir trasladarnos de una ciudad a otra, mientras que hoy está prohibido. Tampoco se nos podía restringir la libertad de viajar y transitar por nuestras ciudades, y hoy estamos reducidos a un necesario confinamiento cuya única luz visible consiste en que haya un tratamiento eficaz contra la enfermedad, mediante alguna vacuna u otro medio idóneo similar. Se nos impide hoy, incluso, en tiempos de cuarentena, hasta un inofensivo café en un restaurante, cuando antes esta era una opción irrestricta para cualquier ciudadano.

Hogaño reflexionamos por hacer esfuerzos serios para regresar a la normalidad de antes y, no obstante, es una reflexión necesaria que hemos de asistir en los próximos años a una nueva normalidad, fundamentalmente caracterizada por un importante cambio de costumbres en nuestras vidas, a través de un exigible distanciamiento social entre personas, continuas medidas de higiene personal, alternar menos en público, entre otros nuevos hábitos; asimismo, se demanda a los Estados una mejor inversión preventiva en servicios públicos de salud.

Notemos, entonces, en ánimo de previsión, que esta pandemia es un signo de alerta y que, entre las muchas cuestiones de las que viene aparejada, ostenta una relativamente baja tasa de letalidad entre los seres humanos (si aquello sirve de consuelo), con un estimado mundial de 2 a 3 %. Lo complejo del asunto hubiera sido,

o bien podría ser a futuro, la aparición de otro nuevo virus con una mediana o alta tasa de letalidad, lo que de suyo ubicaría a la humanidad entera en una situación más que difícil.

Las reflexiones que anteceden devienen necesarias en el marco de tres ejes de enfoque que pretendemos desarrollar en este estudio, en la medida que los estados de excepción (o de alarma, como se les denomina en el caso español) representan mecanismos extraordinarios del Estado de derecho, a efectos de enfrentar coyunturas extraordinarias que afectan gravemente la vida de la nación. De la misma forma, siendo su naturaleza jurídica excepcional, implican restricciones considerables a los derechos fundamentales —en cuanto alegan un estado de cosas único— y, mediante esa justificación —con visos de legitimidad en la mayoría de casos y de ilegitimidad en otros menores—, se restringen las libertades ciudadanas.

El carácter de legitimidad anotado debe ser puesto de relieve, en tanto el Estado asume una posición invasiva revestida de legalidad sobre los derechos fundamentales, y expone, para la dación de la medida, una justificación poco común. En el caso que nos ocupa, la COVID-19 representa un virus que deteriora el sistema respiratorio en el ser humano y, finalmente, en los casos más extremos, cobra la vida de personas en situación de mayor vulnerabilidad.

Desde otra perspectiva, también pretendemos desarrollar un reenfoque de los derechos fundamentales afectados por la pandemia y enfatizar la exigencia de apreciación de estos por parte de las autoridades, a la luz de instrumentos jurídicos de relevancia, entre ellos la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 9 de abril de 2020, respecto a los problemas y desafíos que plantea la COVID-19 para los derechos humanos. A esto sumamos dos instrumentos adicionales de importante

contenido material: las Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87 de la Corte IDH, relativas al *habeas corpus* y otras garantías judiciales, precisamente en circunstancias de suspensión de garantías y en estados de emergencia.

Con las menciones a estos instrumentos, pretendemos enfatizar que la autoridad está investida del poder suficiente para las restricciones de las libertades ciudadanas; no obstante, en esos enfoques de restricción no pueden quedar ausentes las exigencias de respetar las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, a fin de que no cese *l'empire de la Constitution*, esto es, el imperio de la Constitución.

En ese norte de conceptos, concluimos que el escenario que describimos es sumamente complejo, pues hoy más que nunca deben balancearse los derechos fundamentales para determinar cuáles de ellos han de pesar más. Así, constituye hercúlea tarea decidir si de un lado deben ponderarse más los derechos a la salud y a la vida; o si, acaso, en la otra orilla, merecen una atención mayor, como parte de un enfoque económico, el derecho al trabajo junto a innumerables expresiones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Prevalentemente, creemos que es aún más importante, en estas circunstancias de estados de excepción, valorar en qué medida se pone a prueba la vocación democrática de los Estados por el respeto de los derechos humanos.

2. ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y SU EXTENSIÓN MATERIAL

Los estados de excepción se remontan al derecho romano (Fix-Zamudio, 2004, p. 802), cuando, ante la existencia de graves conflictos internos o externos, se estableció una «dictadura comisarial», la cual consistía en la designación por un cónsul, a solicitud del senado, de un funcionario que, durante un período de seis meses, tuviera atribuciones para hacer frente a una emergencia. Esta «dictadura

comisarial» se asemejaba a lo que podía llamarse una «dictadura constitucional» (Fundación Myrna Mack, 2013, p. 4), tan diferente al despotismo y la tiranía incontrolada de los imperios orientales. De tal forma, existía un marco de legalidad y arreglo a derecho, a pesar de ser una medida de fuerza, con lo cual se oponía a una dictadura de carácter inconstitucional.

Roma justificó con el término *iustitium* (Agamben, 2005, p. 86) la interrupción o suspensión del derecho: en *Filípicas* 5.12, cuando Antonio amenazaba invadir la capital del imperio, Cicerón se dirige al senado afirmando que era necesario declarar el estado de *tumultus* y proclamar el *iustitium*.

Sobre esta figura, Maquiavelo, en sus *Discursos*, sugería «romper» el ordenamiento para salvarlo, porque era necesario, observando los poderes, arruinarlos, o, para no arruinarlos, romperlos (Agamben, 2005, p. 92).

Desde la doctrina, tenemos, en el texto introductorio de la obra del autor a quien apelamos *in extenso* en este trabajo, que:

Estado de excepción enfoca una de las nociones centrales de la obra de Agamben; ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión (Costa, 2005, p. 5).

Señala Agamben (2005) que, desde el punto de vista del derecho, es posible clasificar las acciones humanas en actos legislativos, ejecutivos y transgresivos (p. 98), y llega a la conclusión de que el estado de excepción no es una dictadura, sino un espacio vacío de derecho, un *vacuum* jurídico, es decir, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas son desactivadas. De igual modo, pone nuestra vida natural, nuestra *nuda vida*, a disposición

del poder político. Así, el estado de excepción articula aspectos de la máquina jurídico-política e instituye un umbral de indecibilidad entre anomia y *nomos*, entre vida y derecho, entre *auctoritas* y *potestas* (Agamben, 2005, p. 154).

Invita el mismo autor a que nos preguntemos si el estado de excepción no es una expresión íntima de solidaridad entre democracia y totalitarismo (Agamben, 2005, pp. 11-12); en esa línea, recordemos el significado de la irrupción extraordinaria de un modo de vida, impuesto a la fuerza, para seguir viviendo en un marco de legalidad de carácter democrático.

En un contexto histórico posterior, la Carta de Cádiz de 1812, apoyada en la ideología liberal de la Revolución francesa (Fix-Zamudio, 2004, p. 806) ya regulaba la suspensión de garantías e incluso el estado de sitio. Es de observarse así que los estados de excepción constituyen medidas de rigor con arraigo histórico.

En ese mismo propósito de inclusión de antecedentes, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprueba el informe Despoy en 1998 (Fix-Zamudio, 2004, p. 829) y refiere el siguiente conjunto de principios, en relación con los estados de excepción, en el ámbito de las obligaciones internacionales: a) De *legalidad*, en la exigencia de un marco formal previo autoritativo del estado de excepción; b) De *proclamación*, en cuanto se demanda una publicidad para la entrada en vigor de la norma de excepción; c) De *notificación*, dirigida a la comunidad para su conocimiento; d) De *temporalidad*, para evitar la prolongación indebida de este; e) De *amenaza excepcional*, que demanda la descripción de las condiciones excepcionales justificantes; f) De *proporcionalidad*, respecto a la necesaria relación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis; g) De *no discriminación*, como condición necesaria para exigir la suspensión de derechos; y h) De *compatibilidad*, respecto a las normas de derecho internacional.

Desde otro eje de enfoque, el estado de excepción —*Ausnahmezustand* en la doctrina schmittiana (Flores, 2014, p. 49)— nace a partir de la idea de hacer posibles mecanismos jurídicos que pudieran enfrentar situaciones de características extraordinarias en la vida de una nación. La determinación aquí es estricta: se parte de la idea prefijada de que circunstancias extraordinarias no pueden ser combatidas con las herramientas regulares de ordenamiento de las que disponen los gobiernos de turno.

La justificación del estado de excepción resulta un prerrequisito fundamental para su declaración, de donde debemos inferir un carácter de «necesidad» para la invocación de esta figura jurídica, esto es, si no concurren circunstancias justificantes suficientes de este mecanismo, consideramos que se habilitan las alternativas jurídicas para su revisión. Entonces, ese *Notstand*, o estado de necesidad, si acaso este puede tener forma jurídica, marca las líneas de fundamentación de ese estado de excepción.

Schnur ha definido el estado de excepción como una «guerra civil legal» (Agamben, 2005, p. 25), y es válido preguntarnos si esa noción tiene relación con las ideas de insurrección y resistencia, en la medida en que la guerra civil, o el estado de guerra (*Kriegszustand*), es lo opuesto del estado normal (Agamben, 2005, p. 24). El mismo autor inquiere si el estado de excepción no es un retorno a un estado original pleromático, en el cual la distinción entre los diversos poderes (legislativo, ejecutivo, etc.) no se ha producido todavía (Agamben, 2005, p. 30), o acaso si un ejercicio regular de esta institución conduce necesariamente a la liquidación de la democracia, o inclusive si no se trata de un gobierno con más poder y ciudadanos con menos *Grundrechte* (derechos fundamentales).

El estado de excepción propicia otras reflexiones, dadas las confusiones entre *ius* y *factum*. Anota Agamben (2005) que «si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial)

del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar contenida en el orden legal?» (p. 59), más aún si estamos ante el supuesto *necessitas legem non habet* (la necesidad no tiene ley). Concluye el autor que la teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*). En ese sentido, reconoce que son valiosos los aportes de la teoría schmittiana, dado que hacen posible la articulación entre estado de excepción y orden jurídico, en cuanto introducen en el derecho una zona de anomia, para hacer posible la normación efectiva de lo real (Agamben, 2005, p. 77).

El caso de la Ley Fundamental de Perú es específico en este aspecto, ya que considera la atingencia de que el Poder Ejecutivo, quien declara el estado de excepción —mediante el acuerdo entre el presidente de la República y el Consejo de Ministros—, da cuenta de este al Congreso o a la Comisión Permanente del Poder Legislativo. Desde esta exigencia, los actos del Poder Ejecutivo, en este ámbito, constituyen una forma de discrecionalidad relativa y no amplia, en tanto el Congreso tendría el camino expedito —aun cuando la Constitución misma no lo señala de esa manera— para que, por medio del mismo fundamento de la Ley de Leyes, se deje sin efecto una decisión de excepción no justificada.

El caso de la COVID-19 es un buen ejemplo de justificación de un estado de excepción. Las medidas de distanciamiento social, de confinamiento obligatorio de ciudadanos en sus hogares y de serias restricciones a la libertad individual no serían posibles a través de medidas regulares, pues ciertamente sería imputable una conducta arbitraria al Estado si se afectaran libertades ciudadanas estando vigente el Estado de derecho en su acepción regular. Así, es precisamente la herramienta del estado de excepción la figura que permite una restricción de las libertades ciudadanas, invocándose una coyuntura especial.

Entre antecedentes contemporáneos de serias restricciones de derechos, encontramos la *Patriotic Act* de Estados Unidos (Fix-Zamudio, 2004, p. 854), que en 2001, bajo la concepción de las *martial laws y emergency powers*, incrementó las medidas de seguridad a raíz de los atentados terroristas en ese país y dispuso detenciones prolongadas, sin garantías judiciales, para los sospechosos de posibles actos terroristas.

La Constitución peruana dispone, en su artículo 137, dos formas del estado de excepción: el estado de emergencia y el estado de sitio, cada categoría de diferente textura, pero ambos mecanismos orientados a la superación de graves circunstancias que afecten a la sociedad.

Respecto al estado de emergencia, prevé nuestra *Lex Legum*:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

En relación con el estado de sitio, figura de origen francés según decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811, que a su vez abordaba la previsión de que una ciudad pudiera ser atacada por fuerzas enemigas (Agamben, 2005, p. 28), se expone lo siguiente:

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

El rasgo distintivo de un estado de excepción es su poder restrictivo de derechos fundamentales y, con esta pauta, el Estado organiza medidas cuya primera línea de acción es la restricción de libertades ciudadanas en sus más diversas modalidades: la libertad de locomoción es relativizada, usualmente se establecen horarios de inamovilidad total, y la infracción de estas medidas puede acarrear la imposición de multas e incluso el inicio de procesos penales. En otra faceta de los derechos reducidos, se impiden todas las actividades sociales, desarrolladas en restaurantes, bares, teatros, cines, centros comerciales, y toda otra actividad no esencial, entendiéndose por servicios esenciales y actividades permitidas durante la inamovilidad social, la atención en salud y compra de medicinas, la adquisición de alimentos y las gestiones bancarias.

Resulta paradigmático concluir que para la defensa de unos derechos esenciales (la vida, la salud, etc.) exista la necesidad de restringir otras tantas libertades contemporáneas (el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de trabajo, etc.) igualmente importantes. Entonces, apreciamos en el estado de excepción un *balancing* legislativo implícito, pues la premisa de la cual parte la medida excepcional es justamente la exigencia de combatir los efectos perniciosos de una patología que afecta la vida regular de los ciudadanos. En el caso de la COVID-19, confluyen dos factores inmediatos visibles a tener en cuenta: de un lado, la exigencia de protección del derecho a la salud y, por consiguiente, el propósito de evitar más aún la afectación del

bien jurídico vida; y, de otro lado, se cuida la no saturación de los servicios de salud ofrecidos por parte del Estado.

Sobre lo último, es pertinente acotar una cuestión adicional: la cobertura de los servicios de salud encuentra muy mal parada la atención del Estado en países en vías de desarrollo. Latinoamérica, en particular, carece de una infraestructura adecuada en servicios de salud. Sin perjuicio de lo indicado, tampoco el ejemplo europeo de hoy es la panacea ni el escenario opuesto de la buena atención: hospitales colapsados en países como Italia, España, Reino Unido y Francia, entre otros, han evidenciado, en los momentos más álgidos del brote, que los servicios de salud en esos países son insuficientes. Desde esta misma lógica, si ello sucede en países considerados del primer mundo, no queremos imaginarnos la dificultad con que han de enfrentar fuertes escenarios de la pandemia, por ejemplo, los países africanos, justamente porque es en el rubro de cobertura de servicios de salud donde los países en vías de desarrollo muestran una de sus principales debilidades.

Una precisión relevante de la norma constitucional peruana, respecto al estado de excepción, específicamente sobre el estado de emergencia, se refiere a si se suspenden o restringen derechos fundamentales durante el plazo del estado de excepción. Consideramos que la referencia con propiedad debería ser de «restricción» de derechos y ello fluye, con suficiente holgura interpretativa, de las Opiniones Consultivas cuyo análisis hemos de abarcar en un segmento posterior de este estudio.

La diferencia a adelantar es importante: la suspensión implica el no ejercicio absoluto del derecho fundamental en comento, en tanto que la restricción alude a una variante en su ejercicio, oscilando de un nivel de ejercicio amplio a un nivel medio o incluso mínimo de sostenibilidad del derecho.

Por otro lado, la restricción es una manifestación compatible con la teoría de la afectación de los derechos fundamentales (Alexy, 2002, p. 161), en la medida en que la suspensión de un derecho fundamental supone una afectación ostensible del derecho en cuestión, y no es este el objetivo de un *balancing* o una ponderación entre derechos fundamentales (la supresión o suspensión de un derecho), sino buscar la afectación menor posible del derecho fundamental. De esa manera, se reconoce la validez del derecho afectado y su ámbito de restricción, siempre que resulte el otro derecho fundamental concernido, con un grado de satisfacción mayor.

Referirnos a afectación y satisfacción implica un importante ejercicio de ponderación entre derechos fundamentales. En el balanceo o la ponderación entre derechos, el derecho afectado arroja un valor menor frente al derecho más satisfecho. Esta atingencia proviene de la ley de la ponderación, pues a mayor afectación de un derecho, tanto mayor debe ser la satisfacción del derecho preferido. De este modo, es cierto, verbigracia, que se afecta el derecho a la libertad de trabajo a raíz de la COVID-19, pero tanto mayor devendría la satisfacción de los derechos a la salud y a la vida.

En la misma línea de análisis abordado, la suspensión nos lleva a un escenario de afectación máxima del derecho fundamental y, aunque la doctrina contemporánea (Alexy, 2002, p. 164) admite, como posibilidad teórica, escenarios extremos de afectación y satisfacción elevada entre dos derechos fundamentales, es de notar que las «cargas argumentativas», como alternativas de solución al grave problema de dos derechos fundamentales afectados y satisfechos en su nivel más alto, buscan resolver finalmente esta controversia entre derechos, invocando elementos que mejor defiendan los principios materiales del Estado de derecho. De esa forma, resulta más satisfecho el derecho que se vincula mejor a los preceptos guía de una sociedad democrática.

Los principios que aludimos se vinculan con una *vera democrazia costituzionale* (verdadera democracia constitucional), como proclama de las más amplias libertades ciudadanas, y con un «constitucionalismo democrático», en el cual el ejercicio del control de los actos de poder y de las relaciones de balanceo entre los derechos fundamentales se realiza buscando la mayor optimización de dichos derechos, a través de enunciados materiales de progresividad y no de regresividad de estos.

Entre los derechos restringidos por el estado de emergencia, subtipo del estado de excepción que la normativa constitucional de Perú reconoce en su artículo 2, verificamos los siguientes:

[...]

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

[...]

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

[...]

24. [...]

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Las menciones a desarrollar aquí, a partir de estos enunciados, son amplísimas en relación con los efectos propios del estado de emergencia respecto a varios derechos. Dada esa extensión, reseñamos solo algunos ejemplos concretos.

Se restringe, según la norma, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Procede, de este modo, el ingreso de la autoridad en el domicilio de un ciudadano, efectuar investigaciones o registros, incluso sin autorización de la persona afectada. En condiciones regulares, el mandato judicial sería absolutamente necesario, ya que, en caso contrario, la Policía sería denunciada por abuso de autoridad. Asimismo, sufren restricción los derechos a elegir el lugar de residencia, transitar por el territorio nacional y a salir e ingresar en él. Objetivamente y a causa de la pandemia, se ha apreciado esta situación en las restricciones de viajes aéreos, terrestres y marítimos en muchos países. Esta situación, de suyo, afecta seriamente el turismo, causando graves pérdidas económicas, entre ellas, la desaparición de numerosas fuentes de trabajo.

Igualmente, se restringen las reuniones en locales privados o abiertos al público, como las plazas y vías públicas. Eso es un efecto indirecto que persigue el confinamiento, pues precisamente para evitar mayores contagios, se cierran lugares públicos que, por excelencia, congregan muchedumbres.

Adicionalmente, puede ser detenida una persona por desacato del estado de emergencia. El efecto aquí es muy sensible en tanto una de nuestras libertades más preciadas, entre otras, sin duda, es la libertad de locomoción. Entonces, carecer de un permiso de traslado —o inclusive manejar un auto sin la debida autorización— puede significar, en casos extremos, la detención de una persona y, en caso de agravantes —como expresamos *supra*—, el inicio y la prosecución de un proceso penal.

La norma precisa que en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. Esta especificación de la Constitución peruana tiene por objeto no agravar las condiciones de restricción durante el estado de excepción. De otro lado, de producirse el destierro, además de merecer un desarrollo legislativo y no confundirlo con la expulsión del territorio, debería aplicarse en tiempos de regularidad democrática, después de un debido proceso legal con las más amplias garantías, y no justamente cuando se hayan restringidas las libertades fundamentales.

El estado de emergencia abarca un máximo de sesenta días y su prórroga requiere un nuevo decreto. Esta categoría no puede ser indefinida y, al respecto, cabe mencionar el exceso del régimen nazi, pues tan pronto Hitler asciende al poder, suspende los artículos de la Constitución de Weimar relativos a las libertades personales, medida que no se revocó durante doce años (Agamben, 2005, p. 25).

Asimismo, si el presidente de la República lo dispusiera, las Fuerzas Armadas asumirían el control del orden interno. Esta precisión del legislador nos conduce a una noción de mayor reforzamiento de la atención, seguridad y control de personas, por parte del Estado, en este período excepcional de emergencia, dado que, en condiciones regulares, dicho control interno es asumido por la Policía Nacional; sin embargo, se trata de una facultad del Poder Ejecutivo demandar el concurso coadyuvante de la Fuerza Armada.

El estado de sitio es una segunda variante del estado de excepción. Tiene lugar en casos de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, es una exigencia la mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. La situación aquí presentada es mucho más grave que en el estado de emergencia, ya que la guerra acarrea un escenario en el cual la pérdida de libertades es infinita.

El plazo asignado a esta modalidad es de cuarenta y cinco días y, en su transcurso, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso. A diferencia del estado de emergencia, el rol del Parlamento es mucho más enfático en esta segunda modalidad de estado de excepción.

La historia republicana del Perú ha sido múltiple en estados de emergencia, declarados así en diversas situaciones de coyuntura por el auge del terrorismo en décadas pasadas, entre otras causas, mas no se han dado declaraciones de estados de sitio, por no haber existido principalmente conflictos externos de envergadura en la experiencia nacional.

3. COVID-19, COYUNTURA EXTERNA Y DESC

La COVID-19 representa una variante de los coronavirus, las referencias históricas sobre su aparición nos conducen a la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, en China. El país asiático reportó los primeros casos hacia fines de 2019 y lo más sorprendente de esta enfermedad ha sido su velocidad de propagación en los cinco continentes en las semanas siguientes.

Un balance provisorio publicado en el periódico *El Comercio* (22 de mayo de 2020, p. A-12) nos lleva a un total de más de 5 000 000 de contagiados y más de 300 000 fallecidos, números reportados por la Organización Mundial de la Salud hacia la tercera semana de mayo de 2020. Entre los doce países más afectados figuran Estados Unidos, Rusia, Brasil, Reino Unido, España, Italia, Francia, Alemania, Turquía, Irán, India y Perú; además, en número de contagios, el continente americano (Estados Unidos, Canadá, América Latina y el Caribe) supera a Europa, a la cual le siguen Asia, Medio Oriente, África y Oceanía, cuyas curvas de contagio y fallecidos son todavía altas, aunque existe una ligera tendencia a la baja.

Las tasas de decesos son igualmente preocupantes, pues Bélgica registra una alta tasa de letalidad con 79 decesos por cada 100 000 habitantes, seguida por España (60), Italia (54), Reino Unido (53) y Francia (43).

Aunque sabemos que son aún muy provisionales y describen apenas un momento de una pandemia cuya duración desconocemos, las cifras acotadas producen un efecto de desconcierto general, en tanto concurren dos variantes a reseñar: en un primer orden de ideas, la contención del mal resultó muy débil y tardía en un sinnúmero de países. Así, a pesar de las experiencias del síndrome respiratorio agudo grave (en inglés, Severe Acute Respiratory Syndrome o SARS) en 2003, el síndrome respiratorio de Oriente Medio (en inglés, Middle East Respiratory Syndrome o MERS) en 2012 y el ébola en 2014, los sistemas de alerta de salud pública no fueron eficientes para una actuación rápida frente a la nueva enfermedad.

En buena cuenta, la COVID-19 demandaba, respecto de todos los ordenamientos, una inversión preventiva en sistemas de salud pública, tarea que no se cumplió de manera adecuada, y donde se cumplió, se realizó en forma insuficiente. Ciertamente, puede parecer un argumento de oposición que nadie se pudo haber imaginado los alcances de esta pandemia; empero, esta atingencia resulta diminuta, dado que las coberturas de los servicios de salud, comúnmente, han significado, en todos los casos, escasas camas en Unidades de Cuidados Intensivos en los hospitales, ausencia de balones de oxígeno suficientes en las primeras líneas de atención de los hospitales, encarecimiento de medicinas de tratamiento de la enfermedad, entre otras notorias circunstancias.

En un segundo orden de ideas, la COVID-19 pone en evidencia la poca atención del «deber especial de protección» que le corresponde a todo Estado en cuanto a sus tareas relacionadas con los derechos a la vida y a la salud. El deber al que aludimos representa una

obligación material, de honda raigambre constitucional, que les asiste a los países en la tutela de los derechos fundamentales esenciales de los ciudadanos. No representa una referencia nominal, que solo venga de la jurisprudencia constitucional o de elaboraciones doctrinarias bien construidas, pues a los Estados les compete velar por la consolidación de un sistema de salud que responda a las necesidades mínimas de sus ciudadanos.

Otra faceta muy compleja de esta enfermedad se expresa también en el nivel de ausencia de síntomas que presenta, lo cual dificulta una atención más eficiente de las autoridades de salud. En efecto, mientras que en los casos de las enfermedades MERS y SARS se pudo desarrollar un alto nivel de focalización y consiguiente tratamiento, reduciendo su diseminación, en el caso de la COVID-19 existen muchas personas asintomáticas que, sin saberlo, esparcen la enfermedad.

En términos prácticos, el asintomático sufre la enfermedad —por lo general, sin saberlo—, pero al no existir mayores malestares o ser estos muy leves, potencialmente esa persona constituye un foco de contagio y, por tanto, de propagación del virus. Solo de esa manera se puede explicar el alto número de contagios en los cinco continentes, pues incluso países que ya habían logrado un relativo control de la enfermedad en mayo de 2020 (Singapur, Suecia, Chile, entre otros) enfrentan ahora un nuevo nivel de contagios, lo cual hace temer una nueva gran ola de afectados.

La COVID-19, desde otra perspectiva, reproduce un viejo debate doctrinario en torno a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el sentido de que a estos se les acusa de costosos para el Estado y, por ello, de difícil impulso en el desarrollo de las sociedades. En efecto, si un derecho social (como el derecho a la salud) demandaba considerables esfuerzos de inversión en infraestructura básica y suficiente en salud pública, se prefería, por

cuestiones de limitación presupuestaria, no invertir o invertir muy poco en él. En ese sentido, las direcciones fiscales de los gobiernos, en especial las de los países en vías de desarrollo, solían priorizar otras áreas de atención, mas optaban en la práctica por postergar inversiones en presupuesto de salud pública. De este modo, hacia el 2019, los países pobres y de ingreso mediano invirtieron al año 60 dólares por habitante, en tanto que los países de ingresos altos lo hicieron en un nivel de 270 dólares por persona (Infosalus, 2019).

Solo de esa manera se explica que esta pandemia haya rebasado enteramente las capacidades de atención en salud pública en muchos países en vías de desarrollo, lo cual, a su vez, disparó la tasa de fallecidos, justamente por falta de cobertura en atención médica de nivel inicial.

De otro lado, la COVID-19 reaviva el reto de impulsar una unificación de criterios respecto a la existencia de las generaciones de derechos fundamentales y, si bien los derechos civiles y políticos asumieron un primer matiz histórico en su aparición (al ser generadores del *Rule of Law*) y luego lo hicieron tanto los DESC para proyectarse hacia otros cambios de la vida en sociedad como luego los derechos de solidaridad (entre ellos, el medio ambiente), hoy la tendencia que proponemos que se genere debe expresarse en la integración de los derechos en un solo segmento, categoría o estamento de derechos, para que la atención del Estado se vuelva prioritaria en proyección hacia todos los derechos, sin exclusión, y se deje de lado la concepción de complejidad de realización de los DESC por resultar efectivamente onerosos.

Ahora bien, podemos admitir que crear fuentes de trabajo, construir colegios o levantar hospitales verdaderamente equipados —entre otras facetas concretas de materialización de algunos DESC— pueda ser inevitablemente exigente, así como demandante de recursos del Estado; sin embargo, la bondad de unificación

de tratamiento de los derechos fundamentales en una sola categoría ha de llevarnos a la configuración de políticas públicas que, sin distinguir prejuicios en las perspectivas de los derechos fundamentales, impulse por igual las dimensiones de los derechos. El propósito, ciertamente, sería que no constituya excusa de acción que un derecho social específico no sea impulsado porque representa una alta contingencia económica.

A tenor de lo expresado, no podemos negar que la COVID-19 incluso evidencia una figura de discriminación atípica, pues si bien el virus no distingue entre ricos y pobres para afectar a los seres humanos, es insoportablemente discriminatorio —en sentido social— que, en un país pobre, un ciudadano de una localidad alejada de la ciudad fallezca a causa de esta enfermedad anómala porque no alcanzó ni siquiera un nivel de atención médica básica, frente a ciudadanos que, en economías de países desarrollados, sí logran —aunque a veces a duras costas— una atención mínimamente idónea frente al brote de la enfermedad.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y POSICIÓN DE LA CORTE IDH

Revisados algunos conceptos centrales sobre el tema que nos ocupa, corresponde volver hacia una idea que plantea como interrogante si acaso, dados los estados de excepción en los ordenamientos jurídicos de gran parte de las democracias del mundo y conocidos algunos alcances de una enfermedad temible como la COVID-19, deviene necesario redefinir o reconfigurar los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las restricciones elaboradas en muchos Estados a través de los estados de excepción.

Nuestra apuesta tajante es por una inviabilidad de reexpresión de los *droits fondamentaux* o derechos fundamentales (como suelen ser conocidos en los ordenamientos internos), o de los derechos humanos (como se les denomina en el derecho supranacional, en

tanto estos gozan de una característica material de progresividad, ya afianzada, tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en la jurisprudencia de los altos tribunales de derechos humanos).

Queremos expresar, con lo acotado, que si bien los estados de excepción obedecen a una expresión de temporalidad, resulta contrario a una concepción democrática de libertades fundamentales que el ciudadano comprendiera que las restricciones impuestas por el Estado pudieran ser aceptadas sin más, sin evaluarse la razonabilidad ni la conveniencia de las medidas que se adopten en un estado de excepción.

En efecto, se disponen confinamientos e inamovilidad de los ciudadanos —entendemos que por una coyuntura de suma urgencia—, pero dentro de esa mirada hacia atrás de los derechos no puede excluirse, como valoración trascendente, que los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos consagran posiciones jurisprudenciales y normativas de orden tuitivo, a través de los instrumentos que elaboran para la protección de los derechos humanos, entre decisiones jurisprudenciales y herramientas directrices en la interpretación de los derechos protegidos tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para el cumplimiento de esa tarea, entonces, hemos de reseñar, *à vol d'oiseau* (esto es, brevemente), algunos instrumentos —prevalentemente del sistema interamericano, por constituir nuestro foco de acción en el plano regional— en conjunto útiles en la defensa de los derechos humanos en los estados de excepción.

4.1. Declaración de la Corte IDH sobre la COVID-19

Con fecha 9 de abril de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) publica una declaración en relación con la COVID-19 y los derechos humanos, reseñando que los problemas y

desafíos planteados por esta coyuntura deben ser abordados por los Estados con una perspectiva de los derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales.

La declaración expone la importancia de fomentar el diálogo, la cooperación internacional y los multilateralismos en la coordinación de esfuerzos regionales para contener la pandemia. Ello alude —observamos— a una cooperación conjunta de los Estados. Por otro lado, se precisa que las limitaciones deben ser temporales y ajustadas a objetivos definidos, cuidándose que el uso de la fuerza se ciña a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Importante mención reside en la atención que deben poner los Estados, en medio de esta pandemia, respecto a los grupos vulnerables. En esta mención existe una referencia tácita a las 100 Reglas de Brasilia, instrumento matriz nacido en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, sobre el acceso a la justicia.

La declaración hace referencia a los siguientes grupos:

[...] las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia (Corte IDH, 2020, s. p.).

Un detalle que se debe especificar, acerca de la tradicional definición de grupos vulnerables, es que esta declaración incluye al personal de servicios de salud, así como tiene lugar una mención específica

la obligación de los Estados de proveer a estos trabajadores de insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud.

De la misma forma, respecto a los derechos de las mujeres y niñas en sus hogares, recomienda la Corte IDH que, frente al aislamiento social que vivimos, se recalque el deber estatal de debida diligencia estricta y se implementen mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, reforzando la atención a las víctimas.

En el caso de las prisiones, la Corte recalca la necesidad de reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, dada la posición especial de garante del Estado. En el mismo sentido, recomienda velar por que se preserven las fuentes de trabajo.

Anotación especial merece la referencia a que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad. En otro segmento, promueve que se proteja particularmente la actividad de periodistas y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas las medidas que se adopten. Finalmente, pone en alerta a los Estados para combatir la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación.

En conjunto, la declaración avala que los Estados adopten decisiones restrictivas de derechos, considerando la coyuntura de la pandemia que afecta las sociedades, pero recuerda el deber importante e ineludible de la autoridad, de establecer medidas que respeten los lineamientos de los derechos humanos en concordancia con las obligaciones internacionales. En caso contrario, el camino queda habilitado —así lo deducimos— para que los excesos de poder, en estados de excepción, puedan ser objeto de control jurisdiccional.

4.2. Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87, sobre *habeas corpus* y garantías judiciales

En otro ámbito de análisis, es pertinente mencionar el contexto de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, contempladas en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Tales opiniones, solicitadas por los Estados, no responden a un caso concreto puesto en conocimiento de la Corte con anterioridad, sino a directrices de interpretación de los derechos humanos, en concordancia con la CADH. En tal sentido, la Corte fija posiciones interpretativas a las que se han de dirigir los casos en los cuales tenga competencia la Corte IDH. En términos pragmáticos, la Corte indica cuál va a ser su posición interpretativa a futuro en la dilucidación de los casos vinculados a los derechos que interpreta.

Realicemos una breve referencia a dos Opiniones Consultivas de la Corte IDH respecto a las limitaciones de garantías. La primera es la Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987, relativa al *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, en relación con los artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la CADH, opinión solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La consulta planteada fue la siguiente:

¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana? (Corte IDH, 1987a, p. 3).

La Corte valora que los tratados deben interpretarse de buena fe, por lo tanto, la referencia a suspensión no debe entenderse en sentido estricto; igualmente, que la mención a suspensión se circunscribe a

casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenacen la independencia o la seguridad del Estado parte, y que existen derechos que no admiten suspensión, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la prohibición de esclavitud y servidumbre, entre otros.

Asimismo, precisa que tampoco comporta la noción de suspensión, una real suspensión del Estado de derecho, y, de esa forma, resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites, los cuales deben estar previamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.

Entonces, corresponde a un juzgador autónomo e independiente verificar si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción autoriza. Por lo tanto, el *habeas corpus* constituye una garantía judicial indispensable para la protección de varios derechos.

Concluye la Corte que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos, conforme al artículo 27.2, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

En otro segmento de análisis, la Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 6 octubre de 1987, examina las garantías judiciales en estados de emergencia, en referencia a los artículos 27.2, 25 y 8 de la CADH. Tal opinión fue solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

Dicho país demanda que se interprete el alcance de la prohibición, contenida en la Convención, de suspender «las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos». Se inquiera que como incluso «en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del

Estado parte» (artículo 27.1) no es posible suspender «las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos», es necesario que la Corte dé su opinión en cuanto: a) la determinación de cuáles son «esas garantías judiciales indispensables», y b) la relación del artículo 27.2, en lo pertinente, con los artículos 25 y 8 de la Convención Americana.

La Corte considera que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de esta por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. Y si ese recurso existe, debe ser idóneo para determinar si ocurre una afectación a los derechos humanos cuya vulneración se denuncia.

De igual modo, enfatiza la importancia del concepto «debido proceso legal», el cual abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Adicionalmente, considera aconsejable no tratar una enumeración exhaustiva de las garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas, pues ello dependerá, en cada caso, de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado parte, de cuáles son los derechos involucrados y los hechos concretos que motiven la indagación.

Finalmente, es conclusión de la Corte, en primer lugar, que:

[...] deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención (Corte IDH, 1987b, p. 11).

En segundo lugar, la Corte señala que:

También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (Corte IDH, 1987b, p. 11).

Por último, como tercera conclusión, acota: «Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención» (Corte IDH, 1987b, p. 12).

La valoración conjunta de estos instrumentos arroja una conclusión importante: los estados de excepción no tienen por vocación la desaparición de los derechos fundamentales, pero la esfera de decisión al respecto no reside en los Estados, sino en los propios ciudadanos, para quienes es exigible conocer y hacer eficaces los instrumentos de defensa de los derechos protegidos por la CADH.

5. BALANCE DE REFLEXIONES FINALES

Retomamos un concepto antes vertido: la COVID-19 no reconfigura los derechos fundamentales, sino tan solo los afecta temporalmente. Surge entonces el enorme reto de asumir que esa reducción de espacios de las libertades ciudadanas se realice y tenga lugar sin exclusión de los lineamientos que fijan la propia reciente declaración de la Corte IDH sobre la COVID-19, así como los alcances que fluyen de las Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87, ambas referidas precisamente a limitaciones de derechos en tiempos de estados de excepción.

Una clave importante a tener en cuenta, a juicio nuestro, es la viabilidad de sometimiento a control de los actos de poder en relación con las limitaciones de los derechos ciudadanos protegidos por la Convención Americana, en la medida en que no es una facultad irrestricta de los Estados que, mediante el argumento de las limitaciones de los estados de excepción, se suspendan, anulen o minimicen los derechos básicos de los ciudadanos.

Sobre ello, el baremo de control para esos efectos son los propios instrumentos de la Corte IDH enunciados *supra*, los cuales asumen una naturaleza de elementos de valoración a ser tenidos en cuenta por las autoridades que restringen derechos y, de corresponder, es tarea del poder jurisdiccional determinar la compatibilidad de los actos de poder con los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos.

Cuanto queremos enfatizar es que el solo hecho de constituir autoridad, en sentido formal, no otorga a los Gobiernos una facultad irrestricta para la delimitación restrictiva y excesiva de los derechos y libertades, sino que constituye un instrumento clave de análisis la determinación del nivel de intensidad en la afectación de los derechos ciudadanos. Bajo esa pauta, puede devenir la conducta del Estado ilegítima si se fijan restricciones incompatibles con los derechos humanos, y los baremos de evaluación al respecto parten de los lineamientos materiales de la declaración de la Corte IDH de abril de 2020, así como de las demás exigencias de procedimiento, esclarecimiento y balanceo de derechos que fluyen de las Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87.

Entonces, es a ese ámbito de acción de directrices a donde corresponde el adecuado nivel de delimitación de las libertades ciudadanas, reservándose incluso al poder jurisdiccional —enfatizamos una vez más— la determinación del nivel propio de restricciones que corresponde materializar, en la medida en

que la justificación de una emergencia, alarma o calamidad que se enfrenta no basta para configurar un estado de excepción que, cual mecanismo *deus ex machina*¹, avasalle los derechos ciudadanos, sino que la propia situación de excepción exige y demanda que sean concordados, en estricta justicia constitucional y de convencionalidad, los niveles de restricción de los derechos ciudadanos.

Asimismo, es precisamente en estas coyunturas extraordinarias en donde se pone a prueba la raigambre tuitiva del *Rule of Law* o Estado de derecho, pues en tiempos de normalidad —si cabe el término—, el nivel de ejercicio de los derechos puede alcanzar grados de protección relativamente amplios. Y, sin embargo, es cuando el ciudadano observa que no puede transitar libremente por el territorio nacional ni optar por una sana actividad de esparcimiento, o se le restringe incluso el derecho a trabajar libremente, cuando corresponde determinar si acaso la adopción de medidas ostenta un grado de irracionalidad, y el baremo para ello es que las restricciones a los derechos ciudadanos —cuales fuera su naturaleza— sean idóneas, necesarias y proporcionales.

Entonces, así como es inviable un libre albedrío ciudadano irrestricto en tiempos de paz o de excepción; si un caso lo amerita, es necesario un examen de control del nivel de limitación de las libertades esenciales, lo cual solo se puede lograr con instrumentos de protección de nuestros derechos, tanto en el rango nacional

1 La locución latina *deus ex machina* hace referencia, simbólicamente, a «un dios que baja de la máquina» (traducción de la expresión griega «ἀπὸ μηχανῆς θεός» (*apòmēchanéstheós*). Sus antecedentes se remontan al teatro griego y romano, cuando una grúa o máquina introducía, desde fuera de escena, a un actor que interpretaba a un dios para resolver una situación o asignar un giro a la trama. Entendemos aquí la figura que resuelve por la fuerza, irrazonablemente, una determinada situación.

como en el ámbito supranacional, este último elemento es de *ratio iuris* para la tutela de nuestras más preciadas libertades.

Por último, otra conclusión importante —ya reseñada— que esta pandemia nos deja es la exigencia de redefinir las generaciones de derechos fundamentales desde una nueva perspectiva unitaria. Se abandonaría así la idea de que los DESC son costosos, onerosos y que demandan ingente presupuesto público. Una visión de políticas públicas que reconfiguren los derechos fundamentales en una sola dimensión importaría nociones de exclusión de realización de los DESC por demandar mayores recursos y, de esa forma, derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales, a la par que derechos de solidaridad, tendrían un solo tratamiento principista de impulso en las políticas públicas de los Estados.

REFERENCIAS

- Agamben, G. (2005). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora. Recuperado de <http://geopolitica.iiec.unam.mx/sites/default/files/2017-08/Agamben%20Giorgio%20-%20Estado%20de%20excepcio%CC%81n%20-%20Adriana%20Hidalgo.pdf>
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.^a ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1987a). Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- _____ (1987b). Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 6 octubre de 1987. Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- _____ (2020). Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20. COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. San José: 9 de abril de 2020.
- Costa, F. (2005). Introducción. En Agamben, G. (2005). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I* (pp. 5-7). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora. Recuperado de <http://geopolitica.iiec.unam.mx/sites/default/files/2017-08/Agamben%20Giorgio%20-%20Estado%20de%20excepcio%CC%81n%20-%20Adriana%20Hidalgo.pdf>
- Fix-Zamudio, H. (septiembre-diciembre, 2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (111), 801-860. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805/4726>
- Flores, C. (enero-junio, 2014). El estado de excepción en la época actual. *Apuntes Electorales. Revista del Instituto Electoral del Estado de México*, 13(50), 43-86. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6426349.pdf>
- Fundación Myrna Mack (6 de junio de 2013). Estados de excepción y derechos humanos. Recuperado de <https://myrnamack.org.gt/images/stories/fmm/archivos/analisis/2013/estados%20de%20excepcin.pdf>
- Infosalus (2019). OMS: el gasto en salud representa el 10 % del PIB mundial. Recuperado de <https://www.infosalus.com/actualidad/noticia-oms-gasto-salud-representa-10-pib-mundial-20190221111222.html>
- Redacción Mundo (22 de mayo de 2020). Se rompe la barrera de los 5 millones de casos. *El Comercio*, p. A-12.

Trabajo remoto en procesos no urgentes a consecuencia del brote del coronavirus (COVID-19) en el Perú y su aplicación continua

The coronavirus outbreak and the Remote work implementation for not urgent Judicial Processes, the Peruvian case



FANY MAVEL TAPIA COBA
Corte Superior de Justicia de La Libertad
(Trujillo, Perú)

Contacto: ftapiac@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-2981-7503>

RESUMEN

El presente artículo es el resultado de la búsqueda de la modernización de la administración de justicia y el despacho judicial, dada la coyuntura generada a raíz de la propagación de la COVID-19 y el aislamiento social ocasionado por esta. Así, se brindan soluciones efectivas para la continuidad de la tramitación de los procesos no urgentes, cuya finalidad inmediata es la implementación del trabajo

remoto para la descarga procesal y cuya finalidad mediata es la aplicación continua y progresiva de este.

Se espera que el trabajo remoto se divulgue y se replique como herramienta de trabajo durante el estado de emergencia, con reglas que se adapten a casi todos los procesos tramitados en el Poder Judicial, en los distritos que no cuenten con el Expediente Judicial Electrónico.

Palabras clave: COVID-19, trabajo remoto, procesos no urgentes.

ABSTRACT

This article gives an overview of the implementation of remote work system that have transformed the judicial system during the context of coronavirus outbreak. The implementation of Remote work serves to optimize the procedural discharges of not urgent Judicial Processes.

It is perceived that remote work is relevant to the Judicial Court optimization and it can be adapted in the places where an Electronic Judicial Expedient is not available.

Key words: remote work, justice system, Electronic Judicial Expedient.

Recibido: 25/05/2020 Aceptado: 08/06/2020

1. EL CORONAVIRUS O LA COVID-19 CAUSANTE DEL CAMBIO DE ESTILO DE VIDA

El fenómeno del virus surgió en China y, a mediados del mes de enero de 2020, los médicos alemanes Rothe, Schunk, entre otros (2020), refirieron:

El nuevo coronavirus (2019-nCov) de Wuhan actualmente está causando preocupación en la comunidad médica a medida que el virus se está extendiendo por todo el mundo. Desde la identificación

del virus a fines de diciembre de 2019, el número de casos de China que se han importado a otros países está en aumento y la imagen epidemiológica está cambiando a diario (p. 970).

El transporte de pasajeros a nivel mundial permitió la propagación del virus; de esa manera llegó a América Latina. En el Perú, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Supremo n.º 008-2020-SA, de fecha 11 de marzo de 2020, el cual declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y dispuso diversas medidas de prevención y control destinadas a evitar la propagación de la COVID-19.

Dichas medidas han resultado insuficientes, puesto que, de acuerdo con las cifras estadísticas publicadas por el Ministerio de Salud en la aplicación «Perú en tus manos», al 25 de mayo de 2020, existen 123 979 casos confirmados, lo que demuestra su constante crecimiento.

Según las investigaciones realizadas:

La vía de transmisión más probable del COVID-19 es por contacto y gotas respiratorias (aerosoles), en distancias cortas (1.5 m) y también por fómites contaminados por dichos aerosoles. No puede descartarse completamente que exista cierto grado de transmisión por vía aérea. El contacto prolongado es el de mayor riesgo, siendo menos probable el contagio a partir de contactos casuales (Trilla, 2020, p. 176).

Como se aprecia, los contagios no solo se pueden determinar por personas sintomáticas, sino también por las asintomáticas, realidad que obliga a buscar alternativas de trabajo, sobre todo en el Poder Judicial, como poder estatal encargado de administrar justicia e impedir que se genere una anarquía.

2. BASE LEGAL DECRETADA POR EL PODER EJECUTIVO EN EL ESTADO DE EMERGENCIA

- a) Decreto Supremo n.º 008-2020-SA, de fecha 11 de marzo de 2020, que declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y dispone diversas medidas de prevención y control destinadas a evitar la propagación de la COVID-19.
- b) Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, de fecha 15 de marzo de 2020, que declara el estado de emergencia nacional por el plazo de quince (15) días calendario y dispone el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote de la COVID-19.
- c) Decreto Supremo n.º 051-2020-PCM, de fecha 27 de marzo de 2020, que prorroga el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, por el término de trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo de 2020.
- d) Decreto de Urgencia n.º 026-2020, de fecha 15 de marzo de 2020, que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la COVID-19 en el territorio nacional.
- e) Resolución Ministerial n.º 072-2020-TR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 26 de marzo de 2020, que aprueba el documento denominado «Guía para la aplicación del trabajo remoto».

3. ACTUACIÓN DEL CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL

Desde hace varios años, se ha buscado la modernización del Sistema de Justicia en el Poder Judicial, por lo que, a través del Consejo Ejecutivo, se han habilitado planes pilotos, entre los cuales se halla el Expediente Judicial Electrónico que se maneja en la ciudad de

Lima, y en Cajamarca y Tacna; a su vez, existe la implementación de la oralidad en los procesos civiles.

Durante el estado de emergencia, el Consejo Ejecutivo ha emitido una serie de resoluciones administrativas. Para la elaboración del presente artículo, destacamos las siguientes:

- a) Resolución Administrativa n.º 010-2014-CE-PJ, de fecha 7 de enero de 2020, que aprueba el Reglamento Interno de Trabajo del Poder Judicial y sus modificatorias.
- b) Resolución Administrativa n.º 090-2018-CE-PJ, de fecha 14 de marzo de 2018, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de las Cortes Superiores de Justicia que operan como Unidades Ejecutoras.
- c) Resolución Administrativa n.º 103-2020-CE-PJ, de fecha 11 de marzo de 2020, que aprueba el Plan de Prevención del Coronavirus (COVID-19) en el Poder Judicial.
- d) Acuerdos n.º 480-2020 y n.º 481-2020 del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de fechas 17 y 20 de marzo de 2020, respectivamente, por los cuales se precisa la conformación y competencia de los órganos jurisdiccionales de emergencia a nivel nacional.
- e) Resolución Administrativa n.º 121-2020-CE-PJ, de fecha 17 de abril de 2020, que establece la suspensión de plazos procesales y administrativos, dispuesta por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial como consecuencia del estado de emergencia nacional.
- f) Acuerdo n.º 482-2020 del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por el cual se aprueba el uso de la solución empresarial colaborativa denominada Google Hangouts Meet en los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, hasta que permanezca la emergencia sanitaria declarada en el país.

4. FORMAS ALTERNATIVAS DE DESPACHO JUDICIAL TRADICIONAL

Habiéndose emitido el Decreto de Urgencia n.º 026- 2020, el Decreto Supremo n.º 010-2020-TR y la Resolución Ministerial n.º 072-2020-TR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 26 de marzo de 2020, que aprueba el documento denominado «Guía para la aplicación del trabajo remoto», es imprescindible realizar un análisis de este y su envergadura en tanto forma alternativa de administrar justicia en nuestro país.

4.1. Definición de trabajo remoto

El origen del trabajo remoto se remonta al año 1973, cuando un exingeniero de la NASA se planteó la posibilidad de trabajar de manera remota para evitar el exceso de tráfico y los problemas de consumo de energía. Los primeros intentos de promover la idea del trabajo remoto en los Estados Unidos incluyeron el artículo de 1979 del *Washington Post*, «Trabajar en casa puede ahorrar gasolina», el proyecto piloto de teletrabajo entre agencias de 1992 entre las agencias gubernamentales y proyecto de ley de 2004 en el Congreso de los Estados Unidos que fomentó el trabajo remoto en las agencias federales (De Carlo, 2017, párr. 2).

Este siguió en crecimiento dentro del gobierno americano, y se expandió al sector privado, de modo que, a la fecha, la población utiliza dicho mecanismo alternativo de trabajo.

De hecho:

en un estudio reciente realizado por la empresa Buffer en conjunto con Workfrom, Hubstaff, Trello y Doist nos devela datos interesantes:

- El primer dato destacado que nos encontramos dentro de este estudio es que **el 43 % de la población activa de Estados Unidos trabaja de forma remota** (Jonay, 2018, párrs. 10-11).

El mismo autor estima que en el año 2035 habrá mil millones de nómadas digitales en el mundo.

4.2. Nuevos retos en la administración de justicia

La propagación de la COVID-19 nos enfrenta a una nueva realidad que ya no se puede ver como una tendencia a futuro. En principio, entendemos que el trabajo remoto se caracteriza por la prestación del servicio subordinado con la presencia física del trabajador en su hogar o lugar de aislamiento domiciliario utilizando los medios o mecanismos que le posibiliten realizar las labores atendiendo a la naturaleza de estas.

En el caso del Poder Judicial, se trabaja con los expedientes físicos en casi la mayoría de los distritos judiciales y, a su vez, se maneja el Sistema Integrado Judicial. Dicha labor se puede realizar mediante el uso de medios informáticos (telecomunicaciones), sin requerir la presencia física del personal jurisdiccional ni administrativo, así como de los litigantes.

5. PROPUESTA DE TRABAJO REMOTO EN LOS PROCESOS NO URGENTES PRESENTADA ANTE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

Ante los retos presentados con la continuación de las actividades jurisdiccionales de aquellos procesos no considerados urgentes y que no se encuentran comprendidos en las resoluciones emitidas por el Consejo Ejecutivo, la suscrita —en calidad de magistrada coordinadora del Módulo Corporativo de Paz Letrado Civil Comercial de Trujillo— presentó ante la Presidencia la propuesta de trabajo denominada Protocolo de Actuación de Trabajo Remoto en el Módulo Corporativo de los Juzgados de Paz Letrado Civil Comercial de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (CSJLL) durante el estado de emergencia nacional, a consecuencia del brote del coronavirus (COVID-19) en el Perú y su aplicación continua.

Este proyecto fue aprobado el 4 de mayo del presente año, a través de la Resolución Administrativa n.º 176-2020-P-CSJLL-PJ, y fue publicado como noticia en la página web del Poder Judicial, se enfatizó que es el primer distrito judicial en brindar operatividad en los procesos judiciales en materia civil-comercial.

Sin transgredir las normas dictadas por el Poder Ejecutivo, la Superintendencia de Banca y Seguros y el Poder Judicial, e ir reiniciando paulatinamente las actividades económicas en aplicación de normas establecidas en el Código Civil y el Código Procesal Civil se establecen las acciones de acuerdo con los procesos que se tramitan en los Juzgados de Paz Letrado Civil Comercial que se precisará en el siguiente apartado.

6. PAUTAS GENERALES DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA BRINDADO POR EL MÓDULO CORPORATIVO DE JUZGADOS DE PAZ LETRADO CIVIL COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD (CSJLL)

El módulo referido comprende dos pautas generales:

- a) En las labores jurisdiccionales y administrativas, prima el uso de las diversas herramientas tecnológicas disponibles para las comunicaciones y coordinaciones, y se evita realizar actividades presenciales, salvo en los casos excepcionales dispuestos.
- b) Para el retiro de expedientes físicos, los jueces y el personal jurisdiccional y administrativo que se encuentren dentro del alcance del presente protocolo deberán usar, con carácter obligatorio, los implementos de seguridad y las medidas de prevención y control sanitarias emitidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y el Ministerio de Salud. Para tal efecto, vía correo electrónico o WhatsApp, deberán reportar y comunicar inmediatamente a la Coordinación de Seguridad

cualquier sospecha de síntomas o diagnóstico relacionado con la COVID-19. Asimismo, usarán un sistema de red privada virtual para conectarse con la red de comunicaciones de la CSJLI y, de esa manera, acceder a los sistemas, aplicativos informáticos y demás recursos que solo se encuentran operativos desde la red interna.

7. PAUTAS GENERALES DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA APLICABLE A TODOS LOS PROCESOS NO URGENTES

Ante este contexto, el Poder Judicial ha emitido la Resolución Administrativa n.º 0121-2020-CE-PJ, de fecha 17 de abril de 2020, que establece, en el tercer considerando, la suspensión de plazos procesales y administrativos respecto del usuario judicial; sin embargo, no se impide que se continúe el trámite de los procesos iniciados donde no se vulnere el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

7.1. Demandas

- a) Para la digitalización de demandas nuevas, estas serán presentadas debidamente escaneadas por los abogados litigantes, en formato PDF, y serán enviadas al correo electrónico de la jefa del Centro de Distribución General para su asignación virtual aleatoria entre los Juzgados y Secretarías respectivos. Los abogados y las partes asumirán la responsabilidad civil y penal si se acredita la adulteración de algún medio probatorio.
- b) Además de los requisitos formales (artículos 130 al 133 del Código Procesal Civil), las firmas de la parte ejecutante/demandante y de su abogado deben encontrarse debidamente escaneadas o se debe contar con la firma digital electrónica validada por el sistema de Reniec.

- c) Adicionalmente a los requisitos del artículo 424 del Código Procesal Civil, el ejecutante deberá señalar su número de celular y su dirección de correo electrónico.
- d) Los certificados de vigencia de poder de las entidades ejecutantes serán verificados a través del Lector de Código QR (Sunarp).
- e) En caso de presentación de Título Ejecutivo (artículo 688 del Código Procesal Civil), deberá ser escaneado, y el ejecutante y su abogado deberán declarar bajo juramento que el escaneado presentado es fiel a su original y que asumen la responsabilidad civil y penal si se prueba que ha existido adulteración.
- f) El pago de los aranceles judiciales debe realizarse a través de la plataforma virtual del Banco de la Nación denominada: pagalo.pe, la cual expide en formato PDF la respectiva constancia del pago de los aranceles judiciales, cédulas de notificación, etc.; para ello, se dejará el *link* del instructivo respectivo en el FP de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- g) Las demandas que no han sido calificadas por los magistrados y se encuentran sin proyecto de resolución, obran en poder y custodia de los secretarios judiciales, quienes, al inicio del trabajo remoto, deberán escanearlas a través de la aplicación Office Lens y deberán remitirlas a través de la aplicación WhatsApp o correo electrónico de los magistrados.
- h) De declararse la improcedencia de la demanda en etapa de calificación, se notifica dicha resolución mediante la casilla electrónica y el correo señalado.
- i) De existir apelación y de ser el caso, se concede, y su elevación al superior jerárquico queda supeditada a la aprobación de los Juzgados Especializados Civiles.

7.2. Trámite

- a) El secretario elabora el proyecto de mandato ejecutivo o admisorio, se envía a través del SIJ para su aprobación y se comunica al juez vía telefónica; acto seguido, el juez aprueba su registro en el SIJ y ordena la corrección del proyecto.
- b) Para la notificación de la demanda que se debe realizar en el domicilio real del ejecutado, esta se sujetará a las resoluciones administrativas que expida el Consejo Ejecutivo en las próximas semanas.
- c) En el caso de haberse contestado la demanda o formulado contradicción, excepciones procesales, defensas previas o cumplimiento de la obligación, el secretario debe computar los plazos, teniendo en cuenta la suspensión de plazos ordenada por el Consejo Ejecutivo, previa verificación de la cédula de notificación.
- d) Respecto a la contestación de la demanda o la contradicción, se corre traslado a las partes procesales. En estos casos, si ambos tienen casilla judicial electrónica o correo sin que exista un medio probatorio de actuación inmediata, no se afecta la suspensión de plazos, salvo que las partes deseen comparecer virtualmente.

7.3. Audiencias virtuales mediante la aplicación Hangouts Meet

- a) Habiendo aprobado el Consejo Ejecutivo el uso de la plataforma Hangouts Meet, en los procesos en que es necesario fijar audiencia única, audiencia de pruebas o una audiencia especial, se señala fecha y hora para la audiencia.
- b) Se envía al correo electrónico y al celular de los justiciables el *link* de acceso a la audiencia virtual.

- c) Los justiciables y el secretario judicial deben conectarse quince minutos antes, para la verificación de identidad respectiva y probar tanto el audio como el video; y, una vez instalada, se comunicará al magistrado para que se conecte a la audiencia.
- d) La audiencia será grabada y se desarrollará conforme a las reglas de la materia de cada proceso, siempre dirigidas por el juez del órgano jurisdiccional. Cualquier incidencia que requiera ser comunicada por escrito, dentro de la audiencia o como consecuencia inmediata de esta, será transmitida por medio electrónico o conforme lo disponga el juez.
- e) Concluida la audiencia, el personal jurisdiccional asignado por el juez elaborará el acta correspondiente, la asociará al Sistema Integrado del Poder Judicial y remitirá la copia de la grabación al correo electrónico de los justiciables.

7.4. Actuación de medios probatorios

- a) En los medios probatorios que requieran actuación especial (como en el caso de pericias), se procede a designar un perito aleatorio a través del SIJ (su casilla, correo y celular obra en el SIJ); además, el secretario judicial o las partes que ofrecen los medios probatorios darán fe de la veracidad de los documentos bajo juramento.
- b) De haberse admitido como medio probatorio la pericia grafotécnica, esta será actuada sobre el medio probatorio previamente digitalizado, el cual deberá ser remitido por el secretario judicial al correo electrónico o la casilla electrónica de los peritos judiciales designados por el SIJ.

7.5. Procesos para sentencia o auto final

- a) En caso de las sentencias y autos finales, aplicando el sistema remoto y contando con la firma digital como una medida eficaz

en la lucha contra la falsificación documentaria, la resolución se asociará en el Sistema Integrado del Poder Judicial y se realizará la notificación con arreglo a ley, conforme ordene el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y utilizando mecanismos alternativos de comunicación y notificación implementados en el presente protocolo, tales como el correo electrónico y la comunicación vía telefónica.

- b) En el caso de concederse el recurso de apelación, la elevación pendiente queda suspendida hasta la aprobación del protocolo de Juzgados Especializados Civiles.

7.6. Etapa de ejecución de sentencia o auto final

- a) Se podrá continuar con el proveído de escritos pendientes y dictarse medidas cautelares, como embargos en forma de inscripción, e incluso implementar el remate judicial electrónico que ya se encuentra regulado en el Código Procesal Civil.
- b) Mientras dure el estado de emergencia, quedan suspendidas las actuaciones fuera de juzgado, como inspecciones o lanzamientos.

8. TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INGRESADAS ANTES DE DICTARSE EL ESTADO DE EMERGENCIA

- a) En mérito a la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 240-2019-Sunarp/SN, de fecha 18 de septiembre de 2019, que regula la presentación, trámite e inscripción del título conformado por el parte judicial con firma digital sobre medidas cautelares, mecanismo que se aplicará válidamente con todas las medidas cautelares presentadas antes de que se dicte el estado de emergencia, ello mediante la firma digital, que otorga la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita, de acuerdo con el principio de

equivalencia funcional, conforme al procedimiento establecido en el artículo 7 de dicha resolución.

- b) Usar como mecanismo de agilización del trámite y transparencia el Sistema de Intermediación Digital, contenido en la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 120-2019-Sunarp/SN, de fecha 27 de mayo de 2019, que regula el Sistema de Intermediación Digital de la Sunarp para la generación, presentación, trámite e inscripción del Título Electrónico ante el registro, evitando los fraudes procesales y anotaciones de embargos en forma de inscripción y anotaciones de demanda.
- c) Suspensión de plazos de medidas cautelares que impliquen el desplazamiento de los servidores jurisdiccionales o usuarios; dada la situación de emergencia, se concederían o efectuarían al levantarse el estado de emergencia.

9. TRATAMIENTO DE LOS PROCESOS ÚNICOS DE EJECUCIÓN. PRECISIONES POR ESTADO DE EMERGENCIA

- a) El Título Ejecutivo (artículo 688 del Código Procesal Civil) deberá ser presentado escaneado, el ejecutante y su abogado deberán declarar bajo juramento que el escaneado presentado es bajo responsabilidad civil y penal, en caso se pruebe que ha existido adulteración.
- b) El presente protocolo será aplicado tanto para procesos iniciados como para el posible ingreso de demandas con títulos ejecutivos cuyas liquidaciones se hayan realizado hasta el mes de febrero, antes de la declaración del estado de emergencia.
- c) En cuanto a la presentación de nuevas demandas, debe tenerse en consideración lo señalado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) en el Oficio Múltiple n.º 5345-2010-SBS, de fecha 5 de febrero de 2010, en el que se precisa la facultad de

las empresas del sistema financiero de efectuar modificaciones en los contratos de créditos que no obedezcan a dificultades en la capacidad de pago de los prestatarios, a efectos de que no sean considerados como refinanciaciones. Dicha directiva se aplica a la cartera de créditos, se detalla que se requiere que los deudores no hayan presentado atrasos al momento de la declaratoria de emergencia.

10. INICIO, TRÁMITE Y EJECUCIÓN DE PROCESOS NO CONTENCIOSOS

La reactivación de la economía del estado de emergencia y la magnitud de decesos como consecuencia del brote del coronavirus (COVID-19) en el Perú obligan a tener los mecanismos de justicia necesarios ante los decesos producidos, que van a originar las inscripciones o rectificaciones de partidas de defunción y el inicio de sucesiones intestadas específicamente en lo que respecta a procesos no contenciosos, cuya mecánica de trabajo es la siguiente:

- a) En cuanto a los procesos no contenciosos, como su nombre lo indica, no existe conflicto de intereses; por tanto, es viable el inicio, trámite y ejecución de los procesos donde no exista ningún tipo de oposición.
- b) El Módulo Corporativo en caso de inscripciones y rectificaciones de partidas cuenta con el proyecto denominado Rectificate al Toque, aprobado por Resolución Administrativa n.º 1002-2019-P-CSJLL/PJ, y es posible de iniciar, tramitar, resolver y ejecutar todo electrónicamente, con cooperación del Reniec.
- c) En los procesos no contenciosos (como es el caso de las sucesiones intestadas), se tramitan electrónicamente, a través de la cooperación interinstitucional de Registros Públicos, Beneficencia Pública, y, en el caso de oposición, se puede

realizar la audiencia virtual si están plenamente identificados todos los herederos forzosos y, de surgir alguna imposibilidad por suspensión de plazos, no se vulnerará el derecho de defensa de la parte afectada.

- d) En caso de consignaciones judiciales, pueden realizarse a través de los certificados digitales y deberán remitirse al protocolo de atención de estas.
- e) De ser necesaria alguna diligencia que no se pueda manejar a través de las plataformas virtuales (como sería una inspección en algunos casos de facción de inventario), queda suspendido el plazo hasta el levantamiento del estado de emergencia o cuando las partes pueden brindar videos de los mismos.

11. COORDINACIONES INTERNAS

- a) Respecto a la presentación de requerimientos, la coordinadora del órgano jurisdiccional de emergencia y la Coordinación de Informática efectuarán las precisiones electrónicas para el adecuado funcionamiento del trabajo remoto.
- b) La Gerencia de Administración Distrital y la Jefatura de Unidad Administrativa y de Finanzas garantizarán la operatividad logística, de transporte, limpieza y de los demás servicios básicos indispensables para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales de emergencia. Asimismo, efectuarán el cumplimiento de la «Guía para la aplicación del trabajo remoto» y las disposiciones emitidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sobre la materia, a los trabajadores de los órganos jurisdiccionales de emergencia, administradores y demás servidores involucrados.
- c) A través de la Coordinación de Informática, se verificará la operatividad o funcionamiento de los equipos, la red y los sistemas informáticos institucionales, se mantendrán comunicaciones

constantes con el personal de los órganos jurisdiccionales de emergencia y el administrador respectivo, a fin de garantizar un efectivo monitoreo.

- d) A través de la Coordinación de Estadística e Informática, se monitoreará la producción del trabajo remoto.

12. ATENCIÓN AL USUARIO

- a) El abogado o las partes podrán efectuar la consulta sobre el proveído de escritos y el estado de los procesos judiciales a través de la habilitación de la línea telefónica cuyos datos se registrarán en el FP de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Dicha atención será registrada en el Libro Virtual de Atención al Usuario.
- b) Se programarán las citas con los magistrados mediante entrevistas digitales si lo consideran necesario las partes o sus abogados.

13. CONCLUSIONES

- a) El Poder Ejecutivo acelera la transformación digital del Estado para hacer frente a la pandemia producida por la COVID-19, dado que las entidades estatales tienen la obligación de convertir los procedimientos a servicios digitales hasta finales del presente año.
- b) La no actuación oportuna y eficiente frente al panorama del control de la COVID-19 ha originado el cierre de sedes del Poder Judicial e incluso se ha dado el contagio dentro de sedes de diversos distritos judiciales, el trabajo remoto es la nueva forma de trabajo en el cuidado de la salud tanto del personal jurisdiccional como administrativo y de los litigantes.
- c) Se ha aprobado el uso del trabajo remoto durante la vigencia del período de emergencia; sin embargo, es una excelente

oportunidad para la continua modernización del despacho judicial en forma eficaz y transparente y de la administración de justicia no solo en beneficio de la sociedad, sino al cuidado del medio ambiente, pues a través de la digitalización de los procesos, en un futuro, se podrá hacer uso del teletrabajo y el Expediente Judicial Electrónico.

- d) Sin transgredir las normas dictadas por el Poder Ejecutivo, la Superintendencia de Banca y Seguros y el Poder Judicial, se reinician paulatinamente las actividades económicas en aplicación de normas establecidas en el Código Civil y el Código Procesal Civil; además, se establecieron las acciones de acuerdo con los procesos no urgentes.
- e) El protocolo aprobado es de implementación progresiva y permanente, sujeto a perfeccionamiento, en tanto se habiliten los medios tecnológicos suficientes, y puede ser usado como una buena práctica jurisdiccional con réplica a todos los distritos judiciales del país que no tengan implementado el Expediente Judicial Electrónico.
- f) La aprobación del Protocolo de Actuación de Trabajo Remoto en el Módulo Corporativo de los Juzgados de Paz Letrado Civil Comercial de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (CSJLL) durante el estado de emergencia nacional, a consecuencia del brote del coronavirus (COVID-19) en el Perú y su aplicación continua, ha logrado retos de coordinación interinstitucional, como remitir los primeros partes digitales coordinando con la Policía Nacional del Perú, el Reniec y las municipalidades de otros departamentos y provincias alejadas.
- g) El Consejo Ejecutivo, mediante la Resolución Administrativa n.º 00156-2020-CE-PJ, de fecha 23 de mayo de 2020, ha establecido la validez de los actos procesales que realizan los órganos jurisdiccionales de los distritos judiciales del país, distintos a

los órganos jurisdiccionales de emergencia, por acceso remoto. Este es un plan viable que puede replicarse en todos los distritos judiciales del Perú.

REFERENCIAS

- De Carlo, S. (10 de agosto de 2017). How the Remote Landscape Is Changing. Recuperado de <https://www.nomadcity.org/how-the-remote-landscape-is-changing/>
- Jonay, C. (septiembre, 2018). Conferencia sobre trabajo remoto: Nomad City 2018. *Economía TIC*. Recuperado de <https://economiatic.com/conferencia-trabajo-remoto/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (1993). Resolución Ministerial n.º 10-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima: 8 de enero de 1993.
- Ministerio de Salud (25 de mayo de 2020). Cifras actualizadas al 25 de mayo del 2020. Recuperado de Perú en tus manos.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020). Guía para la aplicación del trabajo remoto. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/571631/GUIA_PARA_LA_APLICACION_DEL_TRABAJO_REMOTO.pdf
- Poder Judicial (2014). Resolución Administrativa n.º 10-2014-CE-PJ. Lima: 7 de enero de 2014.
- _____ (2018). Resolución Administrativa n.º 090-2018-CE-PJ. Lima: 14 de marzo de 2018.
- _____ (2020a). Resolución Administrativa n.º 103-2020-CE-PJ. Lima: 11 de marzo de 2020.
- _____ (2020b). Resolución Administrativa n.º 121-2020-CE-PJ. Lima: 17 de abril de 2020.
- _____ (2020c). Resolución Administrativa n.º 156-2020-CE-PJ. Lima: 23 de mayo de 2020.

Rothe, C., Schunk, M. et al. (marzo, 2020). Transmisión de la infección 2019-nCoV desde un contacto asintomático en Alemania. *The New England Journal of Medicine*, (382), 970-971.

Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) (2019a). Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 120-2019-Sunarp/SN. Directiva que regula el Sistema de Intermediación Digital de la Sunarp para la generación, presentación, trámite e inscripción del Título Electrónico ante el registro Lima: 27 de mayo de 2019.

_____ (2019b). Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 240-2019-Sunarp/SN. Directiva que regula la presentación, trámite e inscripción del título conformado por el parte judicial con firma digital sobre medidas cautelares. Lima: 18 de septiembre de 2019.

Trilla, A. (marzo, 2020). Un mundo, una salud: la epidemia por el nuevo coronavirus COVID-19. *Medicina Clínica* 154(5), 175-177. Recuperado de <https://www.elsevier.es/es-revista-medicina-clinica-2-avance-resumen-un-mundo-una-salud-epidemia-S002577532030141X>

La justicia penal juvenil durante el estado de emergencia (COVID-19)¹

The system of juvenile criminal justice during the state of emergency (COVID-19)



LUZMILA VIOLETA ECHEGARAY BERNAOLA
Corte Superior de Justicia de Ica
(Ica, Perú)

Contacto: lechegaray@pj.gob.pe
<http://orcid.org/0000-0003-0940-2316>

RESUMEN

En el contexto de la actual emergencia sanitaria, la justicia penal juvenil debe ser atendida con todas las garantías que el caso amerita, ya que los adolescentes son personas vulnerables (debido a su edad). Además, es necesario tomar en cuenta que si son privados de su libertad, ello tiene por objetivo su correcta reinserción en la sociedad; por tanto, sus demás derechos,

1 El contexto de investigación en el cual se inserta el presente artículo es en una situación de emergencia sanitaria suscitada por el coronavirus (COVID-19). El contenido de este trabajo coadyuvará para una oportuna solución de casos sobre menores inmiscuidos en la justicia penal juvenil.

con exclusión de la libertad, se encuentran vigentes y deben ser respetados en este estado de emergencia.

Palabras clave: estado de emergencia, COVID-19, justicia penal juvenil, adolescentes, vulnerabilidad, derechos, garantías.

ABSTRACT

The legal framework of the state of emergency needs to guarantee the system of juvenile criminal justice, since juveniles are vulnerable because of their age and as such they need a program of social reinsertion. Furthermore, in this legal regimen and this social context, the person remains with free exercise of rights prohibiting the freedom of movement only.

Key words: state of emergency, COVID-19, juvenile criminal justice, guarantees, justice.

Recibido: **21/05/2020** Aceptado: **08/06/2020**

1. LA COVID-19: ALCANCES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

La Organización Mundial de la Salud ha manifestado que la COVID-19 es una enfermedad desconocida; sin embargo, tiene la certeza de que se propaga muy rápidamente a través del contacto con la persona contagiada. Así, el virus impone nuevos desafíos para el desarrollo de nuestro país. Esta particularidad ha determinado que el Poder Ejecutivo establezca como medida sanitaria el aislamiento social obligatorio, a efectos de menguar el nivel de contagio sin perjuicio de garantizar la continuidad de los servicios básicos, dentro de los cuales se encuentra el servicio de justicia en condiciones de normalidad, es decir, de carácter masivo por la confluencia ingente y simultánea de las personas en sus instalaciones.

Cabe resaltar que esta enfermedad afecta especialmente a los adultos mayores, quienes sufren la mayor letalidad, empero no debe olvidarse que también están en condición de vulnerabilidad los menores, los adolescentes; si bien cuando inició la enfermedad no se le tomó mucha importancia (al haberse centrado la vulnerabilidad en los adultos mayores), posteriormente, nos hemos dado cuenta del grado de vulnerabilidad que los menores presentan, dada su corta edad. Por ello, todos los países del mundo están aplicando medidas necesarias para enfrentar esta enfermedad, incluyendo las que competen a la justicia penal juvenil.

La Comisión de Derechos Humanos ha reiterado las recomendaciones efectuadas en el comunicado de prensa publicado el 31 de marzo del año en curso, respecto de las personas privadas de libertad en el contexto de la pandemia. En particular, subrayo la necesidad de que los Estados adopten estrategias tanto de prevención de contagio como de reducción del hacinamiento en la unidad y que evalúen las medidas de privación de libertad privilegiando aquellas alternativas al encierro. También hace suyas las directrices del Comité sobre los Derechos del Niño referidas a que los Estados deben proporcionar los medios para que los niños y los adolescentes que no puedan ser liberados mantengan un contacto regular con sus familias pese a las medidas para restringir las visitas. Si bien estas restricciones pueden considerarse necesarias a corto plazo, durante largos períodos tendrán un marcado efecto negativo en los adolescentes. Igualmente, los Estados deben brindar atención a los niños, las niñas y los adolescentes privilegiando las medidas de excarcelación —siempre que sea posible— y garantizando el contacto familiar por medios adecuados que atiendan a las recomendaciones sanitarias.

Conforme al numeral cinco de la segunda disposición complementaria final del Decreto de Urgencia n.º 026-2020, de fecha 15 de marzo de 2020, en el marco del Decreto Supremo

n.º 008-2020-SA, se estableció que corresponde al Poder Judicial y a los organismos constitucionales autónomos disponer la suspensión de los plazos procesales y procedimentales que consideren necesarios, así como las funciones que dichas entidades ejercen, a fin de no perjudicar a los ciudadanos.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante las Resoluciones Administrativas n.ºs 115, 117 y 118-2020-CE-PJ, dispuso la suspensión de los plazos procesales y administrativos hasta el 26 de abril de 2020, en concordancia con los Decretos Supremos n.ºs 044, 051 y 064-2020-PCM, debido a las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote de la COVID-19. Asimismo, estableció medidas para el funcionamiento de órganos jurisdiccionales de emergencia a nivel nacional.

Posteriormente, dado el aumento de casos de esta enfermedad, el Consejo Ejecutivo emitió la Resolución Administrativa n.º 128-2020-CE-PJ, del 26 de abril de 2020, en cuyo primer artículo se ordena habilitar competencia, durante el estado de emergencia nacional, a los **jueces especializados de familia y/o mixtos competentes** de todo el país para conocer los casos de internamiento preventivo, variación de medida socioeducativa de internación y beneficio de semilibertad; para ello, deberán seguir las reglas que a continuación se detallan:

Artículo segundo. El juez de oficio o a pedido de parte, previa audiencia virtual con el informe favorable del Equipo Técnico Interdisciplinario del Centro Juvenil, puede variar la medida socioeducativa de internación por libertad restringida. El informe podrá ser oralizado en la respectiva audiencia a través de una videoconferencia.

Artículo tercero. El juez de oficio o a pedido de parte podrá variar la medida socioeducativa de internación por la de condición de vulnerabilidad de la salud del adolescente, y teniendo en consideración la gravedad de la infracción.

Artículo cuarto. El juez de oficio ordenará la libertad del adolescente cuando se ha excedido el plazo de la internación preventiva o el adolescente infractor se encuentre internado por prisión preventiva (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2020).

De este modo, los magistrados antes citados tendrán que hacer una revisión exhaustiva, caso por caso, de los adolescentes privados de libertad o de quienes se solicite su privación, teniendo en cuenta que la COVID-19 es una enfermedad altamente contagiosa y que, en muchos casos, conlleva la muerte de personas vulnerables.

2. SITUACIÓN DE LOS ADOLESCENTES DETENIDOS EN LA CUARENTENA

Se sabe que en la actualidad hay muchos adolescentes detenidos, la mayoría de ellos por delitos de bagatela (como robo o hurto agravado); sin embargo, considerando el período de crisis que nos encontramos viviendo, la corta edad de los adolescentes y el fin protector del interés superior del adolescente, es importante hacer efectivo el principio de desjudicialización² para que los menores adolescentes no sean privados de su libertad y cumplan las medidas impuestas en libertad.

El representante del Ministerio Público debe potenciar las alternativas a nivel fiscal, con enfoque restaurativo, como la remisión y el archivo por reparación efectuada al agraviado³, alternativas que se encuentran previstas en el Código de los Niños y Adolescentes (2019).

2 Según el Diccionario de la Real Academia Española, «judicializar» significa: «Llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política».

3 No tenemos implementado completamente el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Artículo 206. Remisión. El fiscal podrá disponer la remisión cuando se trate de infracción a la ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el PROMUDEH o las instituciones autorizadas por este y, si fuera el caso, procurará el resarcimiento del daño a quien hubiere sido perjudicado.

Artículo 206-A. Del archivamiento de los actuados. El fiscal de Familia podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción de la ley penal no reviste gravedad y el adolescente hubiere obtenido el perdón del agraviado, por habersele resarcido el daño.

No debe perderse de vista que el objetivo principal del proceso de menores es su reinserción en la sociedad, a partir de su legítima decisión de cambio de actitud como consecuencia de la reflexión sobre sus propios actos. Educar en la razón ayuda al adolescente a actuar por convicción, pues solo lo que conocemos a través del razonamiento puede perdurar e integrarse dentro del esquema de conducta de la persona y ser el motor de un comportamiento libre y responsable. Por ello, considero que, en esta coyuntura, los fiscales cumplen un rol especial a fin de evitar la judicialización de los procesos donde estarían interviniendo los adolescentes.

Aquí, tanto los fiscales como los jueces deben efectivizar una mediación responsable para no solo proteger los derechos de los adolescentes, sino también el fin primordial de esta cuarentena, es decir, prevenir el riesgo de contagio. Para ello, se utilizarán diversos medios tecnológicos (videoconferencias, videollamadas, etc.), los cuales se venían aplicando con anterioridad en el Poder Judicial, para así coadyuvar a un buen desarrollo de justicia en estos tiempos difíciles y evitar injusticias contra los derechos de los adolescentes, pues es bien sabido que, muchas veces, al conversar con los menores adolescentes, se encuentra el motivo que los impulsó a cometer el acto infractor.

También cabe mencionar que en caso de que el representante del Ministerio Público no efectivice las medidas alternativas antes mencionadas y, por el contrario, solicite el internamiento preventivo, lo que, por cierto, debería aplicarse en los casos graves donde la pena privativa de libertad supere los seis años (interpretación en favor del adolescente), se deberán cumplir los presupuestos para el internamiento preventivo, previstos en el artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes, que establece:

La internación preventiva, debidamente motivada, solo puede decretarse, a partir de los primeros recaudos, siempre que sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Suficientes elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o leyes especiales, que vinculen al adolescente como autor o partícipe del mismo;
- b) Que el hecho punible cometido sea sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro años;
- c) Riesgo razonable de que el adolescente eluda la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad.

El juez, además, tiene en cuenta la gravedad del hecho cometido [...].

Este requerimiento debe realizarse con la audiencia respectiva, utilizando los medios tecnológicos permitidos para no solo escuchar al adolescente, sino también al fiscal, quien sustentará su petición en comento. Ello ayudará a que muchas veces no se decida por la internación, sino por la comparecencia restringida, pues al escuchar especialmente al adolescente, se pone en práctica la mediación, donde quizá se aprecie que el motivo del adolescente fue la necesidad del momento. Es sabido que, en esta época de pandemia, muchas personas han perdido su trabajo y los trabajadores independientes (como los ambulantes, quienes se ganan el día a día) no pueden salir a laborar; ahora bien, dichas familias pueden ser integradas

por estos adolescentes. El diálogo con el adolescente encuentra respaldo en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989), que explica:

[...]

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Recordando que siempre se debe ser rigurosos con los principios procesales a fin de no lesionar los derechos de los adolescentes, sobre todo en esta emergencia sanitaria, donde se debe preferir la libertad antes que el internamiento, para proteger el derecho a la salud y a la vida, consagrado en nuestra Constitución Política, como lo indicó el máximo intérprete de nuestra carta magna, el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 03386-2009-PHC/TC La Libertad, de fecha 13 de agosto de 2009, caso Santos Eulalia Armas Medina a favor de E. M. C. A., al sostener lo siguiente:

22. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurar a estas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención».

23. Sobre este punto, frente a los niños y adolescentes privados de su libertad, la posición de garante del Estado adquiere una mayor responsabilidad. Los artículos 6.º y 27.º de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar, «en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño», lo que abarca su formación

física, mental, espiritual, moral, psicológica y social a fin de que esta medida excepcional no afecte su proyecto de vida.

24. Este Tribunal considera indispensable destacar que la medida de internamiento es la medida más severa que se le puede aplicar a un adolescente que se le imputa la comisión de una infracción penal, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad.

Asimismo, los artículos 6 y 37, literal b, de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen aspectos importantes relacionados con el tema:

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

[...]

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

[...]

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

3. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ADOLESCENTES QUE AÚN NO CUENTAN CON SENTENCIA

En este rubro se ubican los adolescentes a quienes, en un inicio, se internó preventivamente con la finalidad de que no rehúyan al proceso, pero, hasta la fecha, no cuentan con una sentencia firme.

Muchos de esos casos seguramente ya tienen los plazos vencidos, situación que da lugar al externamiento por vencimiento del plazo; si bien el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha suspendido los plazos procesales, esta suspensión no alcanza al plazo de privación determinado por ley, el cual debe cumplirse y, de ser el caso, las prórrogas deben solicitarse con antelación. Ahora, si el fiscal no solicitó la prórroga, se ordenará la libertad del procesado, conforme lo indica la Resolución Administrativa n.º 128-2020-CEPJ, dictando la comparecencia en el proceso.

En esta situación de emergencia, quizá el presupuesto que sirvió de base para el internamiento preventivo —como el riesgo de fuga— ha variado, considerando que la COVID-19 ha afectado a casi la totalidad de los países del mundo, los cuales han asumido, entre otras medidas preventivas, el cierre de fronteras, además, las Fuerzas Armadas han salido a transitar en las calles. En ese sentido, podemos dictar la comparecencia con medidas restrictivas, y que se lleve el proceso en libertad.

Considero que se debe ponderar el tipo de infracción, ya que —como anteriormente señalamos— muchos de los hechos ilícitos son robos o hurtos agravados, mientras que los casos de violación sexual, sicariato o bandas organizadas son pocos; entonces, sí se puede ejecutar una revisión tuitiva y garantista en defensa de los derechos del procesado, analizando que los presupuestos son muy rigurosos para adultos, y lo son doblemente para los adolescentes, pues la medida de internación es de *ultima ratio*.

En nuestra sociedad, se ha estilado solicitar la internación de los adolescentes sin ponderar rigurosamente los presupuestos por ley para que esta se dé; ello debe acabar y dedicarnos a ver detrás del adolescente, su pasado (dado que él no ha nacido delincuente, sino que se formó), cuáles fueron las circunstancias de su formación y qué hicimos nosotros como personas, como comunidad, para ayudarlo a reinsertarse a la sociedad.

Por tal motivo, es necesario resolver con ponderación los casos en esta pandemia, ver si el principio constitucional es más beneficioso que otro, haciendo un test de ponderación, revisando caso por caso, con las propias particularidades de cada uno, y no realizar un copia y pega de otro modelo.

Aquí, los jueces podemos actuar de oficio bajo la figura de la remisión judicial para revisar situaciones en las que, conforme a la proporcionalidad manifiesta, no deben continuar con la medida de internamiento, de acuerdo con lo establecido en los artículos 223-228 del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 223. La remisión consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso.

Artículo 224. La aceptación de la remisión no implica el reconocimiento de la infracción que se le atribuye ni genera antecedentes.

Artículo 225. Al concederse la remisión, deberá tenerse presente que la infracción no revista gravedad, así como los antecedentes del adolescente y su medio familiar.

Artículo 226. Al adolescente que es separado del proceso por la remisión se le aplicará la medida socioeducativa que corresponda, con excepción de la internación.

Artículo 227. Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades.

Artículo 228. Antes de iniciarse el procedimiento judicial, el fiscal podrá conceder la remisión como forma de exclusión del proceso. Iniciado el procedimiento y en cualquier etapa, el juez o la sala podrán conceder la remisión, importando en este caso la extinción de proceso.

Ahora, según la proporcionalidad manifiesta —por cuanto está en juego el derecho constitucional a la vida y la salud del adolescente frente al acto infractor cometido—, la figura de la remisión es un remedio rápido en esta emergencia sanitaria.

Del mismo modo, se pueden asumir medidas alternativas, entre la libertad restringida y el internamiento, esto es, aplicar la medida socioeducativa de libertad restringida, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento del internamiento. En otras palabras, si no se cumple, puede ser revocada; el artículo 162 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (2017), vigente en dicho extremo, nos permite ello, con la única finalidad de no arriesgar la salud de los menores o adolescentes, quienes en esta época de pandemia no deben estar reclusos en un centro de rehabilitación donde los espacios no posibilitan mantener la distancia social mínima (un metro) para evitar el contagio de la COVID-19; esto quizá porque —como se dijo *ut supra*— se ha venido solicitando el internamiento preventivo y sanciones de internamiento como si esa fuera la única solución para que un adolescente se reinserte a la sociedad.

4. LOS ADOLESCENTES SENTENCIADOS

Es pertinente tener en cuenta, sobre todo en este estado de emergencia sanitaria, que el adolescente ha perdido únicamente el derecho de privación de la libertad, con fines de resocialización, pero sus demás derechos se encuentran vigentes. En esa línea, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante la Resolución Administrativa n.º 000128-2020-CEPJ, del 26 de abril de 2020, indica que se ponga especial atención a la vulnerabilidad en su salud, por tanto, que resuelvan las solicitudes de variación de las medidas socioeducativas, conforme lo establece el artículo 164 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (2017) ya vigente en este extremo:

Artículo 164. Variación de la internación

164.1. Cumplida la tercera parte del plazo de la internación impuesto y con el informe favorable del Equipo Técnico Interdisciplinario del Centro Juvenil, el juez, de oficio o a pedido de parte, previa audiencia, puede variar la medida socioeducativa de internación considerando el respeto al principio educativo, del interés superior del adolescente y que se hayan cumplido los fines de la medida socioeducativa.

164.2. Realizada la audiencia, el Juez puede optar por:

1. Reducir su duración;
2. Darla por cumplida,
3. Variarla por otra de menor intensidad; o,
4. Mantener sin modificación la medida socioeducativa.

164.3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el anterior párrafo, el Juez revisa en periodos semestrales contado a partir de la denegatoria o improcedencia de la variación, a fin de verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su continuidad o no.

164.4. Para estos efectos, el Juez convoca a las partes a una audiencia con el propósito de evaluar la posibilidad de variar la medida socioeducativa impuesta. La resolución es impugnable.

164.5. Tratándose de adolescentes sentenciados por la comisión de las infracciones de sicariato, violación sexual de menor edad seguida de muerte de lesiones graves, o delitos contemplados en el Decreto Ley n.º 25475, así como de determinarse su pertenencia a una organización criminal o su vinculación a ella, la variación de internación puede ser solicitada al cumplirse las tres cuartas partes de la medida.

Cabe precisar que los jueces pueden convocar a una audiencia donde los informes requeridos pueden ser oralizados y tener la participación del adolescente para lograr un proceso de carácter garantista, es decir, que se garanticen los derechos constitucionales del adolescente. No olvidemos que para los casos de familia hay un proyecto que busca la oralidad; por lo tanto, durante este tiempo

de pandemia, no es necesario que el psicólogo, la asistente social u otro personal del Equipo Multidisciplinario nos deba dar informes documentados, pues en la audiencia misma lo pueden sustentar. De otro lado, en esta época de crisis, es necesario flexibilizar el derecho en beneficio de los adolescentes; este es el lado positivo de la pandemia: ir a otro nivel procesal, como lo está haciendo el proceso penal del adulto, el civil, siendo factible la oralización del informe. Con todo ello, se consolidará la libertad del adolescente responsable, supliéndola quizá por otras medidas socioeducativas distintas al internamiento, que pueden ser la amonestación, la libertad asistida, la prestación de servicio a la comunidad o la libertad restringida.

Asimismo, considero otro punto muy importante para tener en cuenta que existen muchos adolescentes que actualmente cumplen una justicia terapéutica, es decir, llevan un tratamiento desadictivo, el cual de ningún modo se les debe dejar de realizar; por el contrario, las autoridades competentes deben hacer un seguimiento más exhaustivo a estos menores —quizá con medios tecnológicos (videollamadas, llamadas telefónicas, etc.)—, pues en estas épocas todos estamos viviendo una situación de estrés y los adolescentes no son ajenos a este, así que merecen un monitoreo constante.

En este contexto se debe poner énfasis a las virtudes como el amor, la colaboración, la solidaridad; tanto los fiscales como los jueces deben realizar su trabajo con vocación, amor al prójimo y al servicio. La COVID-19 es una enfermedad producida por un virus nuevo al que en este momento estamos conociendo y aún no sabemos a ciencia cierta cuáles son sus secuelas; por tanto, como autoridades, protejamos la vida y la salud de nuestros adolescentes.

5. LA INTERNACIÓN COMO *ULTIMA RATIO*

No se deben olvidar los presupuestos del artículo 162 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes:

162.1. La internación es una medida socioeducativa privativa de libertad de carácter excepcional y se aplica como último recurso, siempre que se cumpla con cualquiera de los siguientes presupuestos:

1. Cuando se trate de hechos tipificados como delitos dolosos y sean sancionados en el Código Penal o Leyes especiales, con pena privativa de libertad no menor de seis (06) años, siempre que se haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas;
2. Cuando el adolescente infractor haya incumplido injustificada y reiteradamente las medidas socioeducativas distintas de la internación; o,
3. La reiteración en la perpetración de otros hechos delictivos, cuya pena sea mayor a seis (06) años de pena privativa de libertad en el Código Penal o Leyes especiales, en un lapso que no exceda de dos años.

162.2. La internación no puede aplicarse cuando el hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso y sancionado en el Código Penal o Leyes especiales, con penas distintas a la privativa de libertad. En ningún caso la duración de las medidas socioeducativas de internación puede ser mayor a la pena abstracta establecida en el tipo penal doloso del Código Penal o Leyes especiales.

162.3. La internación debe fundamentarse en sentencia condenatoria, señalando la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de su lección respecto de otras medidas socioeducativas en virtud al principio educativo y al principio del interés superior del adolescente.

En el sistema de justicia penal juvenil, el juzgador cuenta con un amplio abanico de sanciones de diferente intensidad y contenido, a fin de que seleccione aquellas que satisfagan con mayor claridad el interés superior del niño. Así, de comprobarse la responsabilidad del adolescente infractor, se procederá a aplicar alguna de las medidas que se indican en el artículo 156 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, que comprende desde una simple amonestación hasta la privación de su libertad mediante la sanción de internación en un centro juvenil.

Con el objetivo de guiar al juzgador en la determinación de la sanción concreta que se impondrá, el artículo 153 del mismo código establece que este no solo debería limitarse a examinar la gravedad del hecho punible, sino que también debe analizar los siguientes aspectos:

1. La gravedad de la infracción.
2. La gravedad del daño causado.
3. El grado de participación.
4. La edad del adolescente al momento de cometer la infracción.
5. La proporcionalidad e idoneidad de la medida socioeducativa atendiendo al interés superior del adolescente y el principio educativo.
6. La capacidad del adolescente para cumplir la medida socioeducativa.
7. La voluntad de reparar el daño mostrada por el adolescente.
8. La contención y el contexto familiar del adolescente.
9. Las condiciones personales y sociales del adolescente.

La valoración conjunta de estos aspectos también interviene decisivamente al momento de optar por la aplicación de una sanción determinada (socioeducativa, limitativa de derechos o privativa de libertad).

Adicionalmente, al decidirse por la sanción de internación, el juez debe explicar por qué considera que la privación de libertad resulta indispensable en el caso específico, alegando los motivos por los cuales las otras medidas personales menos gravosas son incapaces de cumplir el mismo objetivo, tal como lo exige la Opinión Consultiva OC-17/2002, donde señala:

[...] en consideración a que la sanción en esta jurisdicción especial busca rehabilitar y no reprimir, el internamiento debe ser la última medida. Antes deben valorarse otras medidas de carácter

socioeducativo como: orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, la obligación de reparar el daño y libertad asistida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, pp. 8-9).

Sabemos que resulta imperativo que las sentencias sean motivadas, pues es un principio que informa sobre el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables; sin embargo, cuando se dispone la privación de libertad de un adolescente que se encuentra en conflicto con la ley penal, la exigencia de motivación debe ser más estricta, dado que solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida de internamiento. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 00804-2013-PHC/TC, resolvió el caso del ciudadano Jorge Esteban Dueñas Rojas, quien cuestionaba las resoluciones judiciales (de primera y segunda instancia) que declararon a su hijo como autor de la infracción de robo agravado en grado de tentativa y dispusieron su internamiento durante tres años como medida socioeducativa. El demandante alegaba que las decisiones judiciales cuestionadas únicamente se sustentaron en la declaración del agraviado y no se valoró el resto de material probatorio aportado en el proceso judicial, lo cual vulneró su derecho al debido proceso y a la debida motivación. Al respecto, el máximo intérprete constitucional sostuvo la siguiente consideración:

8.1. Con relación a la Sentencia n.º 269-2012, expedida por el Segundo Juzgado Especializado de Familia:

- a) En primer lugar, se aprecia que si bien el Juzgado aludió al informe técnico multidisciplinario incluido en el expediente, que calificaba al investigado como «*primario en internamiento*» así como la evaluación psicológica, que concluyó respecto

al menor infractor que *«refiere cursar estudios superiores observando interés por continuar en carrera profesional (profesor de Educación Física) serio, preocupado, tranquilo, emocionalmente estable, animoso, persistente [...] se proyecta hacia su futuro, con metas de superación personal»*, no se aprecia en el *íter* argumentativo de la resolución judicial cuestionada ponderación alguna de estas pruebas, cuyo mérito ha sido excluido inexplicablemente del razonamiento judicial expuesto en la sentencia, cuando lo cierto es que tal información era absolutamente relevante, si no para determinar la responsabilidad penal del infractor en el hecho denunciado (lo que no se discute), sí para determinar la medida socio educativa que iba a imponérsele al menor como consecuencia de los hechos acreditados. En tal sentido, la conclusión a la que arriba el Juzgado en el fallo de la sentencia, que *impone al infractor la medida socio educativa de internamiento por el plazo de cuatro (04) años*, al estar desprovista de la necesaria justificación en los términos aquí señalados, constituye un supuesto de ***motivación insuficiente***, al no haberse brindado los argumentos que respaldan la imposición de la sanción impuesta al menor infractor.

- b) Pero además, y en segundo lugar, se aprecia también un supuesto de ***motivación incongruente***, pues la ausencia de valoración de las pruebas antes aludidas contrasta o es incoherente con la invocación, en la parte final de la sentencia, del principio de interés superior del niño, así como la Convención Internacional de Derecho del Niño y la Doctrina de la Protección Integral, que buscan precisamente *«no sancionar al adolescente, sino prevenir que vuelva a incurrir en actos similares y lograr un cambio en su conducta»*, como el propio Juzgado lo refiere en el considerando décimo segundo de la sentencia.

8.2. En relación a la Resolución n.º 18, expedida por la Primera Sala Civil de Arequipa:

Si bien la Sala demandada, a diferencia del juez *a quo*, sí valoró los informes antes aludidos, al señalar que *«al momento de cometer el*

acto infractor el adolescente contaba con diecisiete años de edad, con grado de instrucción secundaria completa [...] existe la necesidad de intervención estatal, debido a que el adolescente infractor se encuentra con un entorno familiar altamente desfavorable», concluyendo por ello que la medida socioeducativa de internamiento *«es la adecuada en el caso de autos, con la finalidad de lograr a través del apoyo del equipo multidisciplinario que el adolescente infractor adquiera criterios de valores y moralidad»*, no menos cierto es que la Sala demandada, al variar la sanción originalmente impuesta de cuatro (4) a tres (3) años, se limitó a señalar que *«debe tenerse presente que el adolescente infractor ha nacido el quince de agosto de mil novecientos noventa y cuatro [...] no registra antecedentes por infracciones [...] y la infracción ha quedado en tentativa»*, pero deja sin explicar el razonamiento judicial que lo conduce de esta premisa a la conclusión punitiva a la cual arriba. Lo que igualmente revela, aunque por este otro motivo, un supuesto de **motivación insuficiente**, teniendo en cuenta las circunstancias personales del menor infractor que la Sala demandada tenía a su disposición para resolver (Tribunal Constitucional, 2014).

En el caso expuesto se aprecia que tanto el Segundo Juzgado Especializado de Familia como la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, al expedir sus correspondientes sentencias, excluyeron de su razonamiento argumentativo la valoración de aspectos relevantes para establecer la proporcionalidad de la sanción que se aplicaría en el caso concreto, tales como que el ilícito quedó en grado de tentativa, el adolescente no registraba antecedentes por otras infracciones a la ley penal, se encontraba cursando estudios superiores, no se revisó los resultados de la evaluación psicológica donde se afirma que el menor tiene interés por continuar cursar una carrera profesional, se proyecta hacia su futuro con metas de superación personal. Asimismo, se omitió explicar con base objetiva y razonable por qué motivos resultaba necesario dictar una sanción privativa de libertad y no era aplicable una alternativa menos gravosa a la restricción de la libertad física

del menor de edad. Es que en el sistema penal juvenil, la privación de la libertad queda justificada como *ultima ratio* debido a que solo puede ser dictada cuando fuera absolutamente indispensable y necesaria, siempre que no existan otros mecanismos menos radicales.

Esta ausencia o insuficiencia de motivación convierte a la medida de internamiento en ilegítima e inconstitucional; en tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional aludida es beneficiosa, pues exige a los operadores del derecho proceder con una diferente perspectiva de atención, ya que si bien al principio de flexibilidad propio de los sistemas de responsabilidad penal juvenil le importa reconocer márgenes de discrecionalidad, esto no se identifica con arbitrariedad, dado que la sanción elegida se debe explicar conforme a los criterios antes expuestos y siempre será compatible con el interés superior del niño.

De otro lado, las circunstancias personales, educativas, familiares y socioculturales del adolescente deben servir para su beneficio, es decir, deben ser alegadas a efectos de disponer una sanción menor. Las carencias del adolescente en conflicto con la ley penal no deberían agravar su situación jurídica; consecuentemente, no resultaría válido privar la libertad de un menor de edad bajo el argumento de estar «fuera del control de sus padres», «debido al consumo de sustancias psicoactivas» o por encontrarse en un «ambiente altamente desfavorable», puesto que estos fundamentos se establecen simplemente en razón de su condición y, en general, no debe dictarse la sanción de internación únicamente alegando razones que no están vinculadas directamente con el hecho infractor (verbigracia, por el ambiente donde el adolescente desarrolla su vida, el estado de desamparo que padece, su necesidad de educación, su adicción a drogas, su situación de indigencia, el garantizar su sustento o el protegerlo frente a influencias nocivas). Estas consideraciones no deben ser excusas para privar al adolescente del

derecho fundamental a la libertad. En este caso, retrocederíamos al concepto que se tenía de la medida privativa de libertad durante la doctrina de la situación irregular, donde aquella adquiriría el carácter de una respuesta inmediata ante la situación de riesgo o peligro social en la cual se encontraba el menor, como forma de extraerlo del entorno social en donde se desenvolvía cuando se estimaba que este no era conveniente.

Es cierto que en muchos casos hay una relación entre delito y falta de contención familiar, falta de ocupación de muchos jóvenes que pasan gran parte de su tiempo en la calle, falta de educación y necesidades básicas no satisfechas. No puede negarse la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran inmersos muchos adolescentes en conflicto con la ley penal, pero de ningún modo creemos que esto deba pesar en contra del imputado a la hora de decidir sobre su libertad ambulatoria. Nada tiene que ver el desamparo moral con la responsabilidad penal: estos deben andar por carriles separados, sobre todo en la situación de emergencia que se viene atravesando, donde se tiene que tomar bastante atención a los niños y adolescentes, sin olvidar que en el Perú los adolescentes son inimputables (no cometen delito), por lo que su tratamiento es distinto al de una persona adulta.

En definitiva, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos será quien deba crear Centros de Orientación Social para los adolescentes, de modo que se concrete el fin resocializador o reeducador de los menores mejorando sus condiciones de vida.

6. REFLEXIONES FINALES

- a) Si bien es cierto que todos los peruanos estamos en cuarentena, nuestros derechos no; lo mismo sucede en el caso de los adolescentes, cuyos derechos aún vigentes deben respetarse. Las autoridades correspondientes deben actuar para que estos derechos se cumplan.

- b) Los niños y adolescentes tienen voz y derechos; por ello, debemos escucharlos en las audiencias respectivas que se lleven a cabo de acuerdo con cada caso concreto.
- c) Seamos más solidarios y miremos más allá de la vulnerabilidad visible, veamos también lo invisible; no es necesario observar a los adolescentes fallecer para recién advertir el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran.
- d) Los fiscales y los jueces deben resolver los casos con amor y vocación de servicio, conforme a su investidura.
- e) Seamos conscientes de la situación en los Centros Juveniles que se agudiza más con la COVID-19, ya que en la mayoría de ellos, además del hacinamiento y deterioro de la infraestructura, se tiene un sistema de salud empobrecido debido a la falta de equipamiento médico, medicinas y carencia de profesionales de salud; por ende, requieren medidas urgentes de parte del Estado, entre estas, la administración de justicia.
- f) Se deben resolver las causas de los adolescentes con mucha flexibilidad y apego a la protección a su derecho de la salud que en esta época pandémica se requiere.
- g) Tengamos en cuenta que la mayoría de los niños y los adolescentes provienen de hogares de escasos recursos económicos, excluidos de los sistemas de servicios de salud y educación.
- h) Usemos la tecnología para hacer derechos efectivos, además de flexibilidad para el ejercicio de los derechos y no para su incumplimiento.
- i) Para resolver los casos en esta pandemia, se tiene que utilizar mucho la ponderación de acuerdo con la situación de cada caso concreto, sin olvidar que en nuestro país los adolescentes son inimputables, no cometen delitos; por ello, su tratamiento es distinto al de una persona adulta.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: 20 de noviembre de 1989.
- Congreso de la República (2017). Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Lima: 6 de enero de 2017.
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2020). Resolución Administrativa n.º 128-2020-CE-PJ. Lima: 26 de abril de 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002. San José: 28 de agosto de 2002.
- Defensoría del Pueblo (abril, 2020). Defensoría del Pueblo reitera declarar en emergencia el Programa Nacional de Centros Juveniles. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-reitera-declarar-en-emergencia-el-programa-nacional-de-centros-juveniles/>
- García, J. y Alvarado, J. (marzo, 2012). El internamiento preventivo en el proceso de infracción a la Ley Penal. *Derecho y Cambio Social*, (28), 1-17.
- Meza, Y. (2019). *Código de los Niños y Adolescentes Comentado*. Lima: Jurista Editores.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). Compilación de Jurisprudencia en Justicia Penal Juvenil. Recuperado de <https://www.minjus.gob.pe/wpcontent/uploads/2013/12/Compilaci%C3%B3n-de-Jurisprudencia-en-Justicia-Penal-Juvenil.pdf>
- Real Academia Española (2019). Judicializar. Recuperado de <https://dle.rae.es/judicializaci%C3%B3n>
- RPP Noticias (30 de marzo de 2020). Ministro de Justicia: «Hay 0 contagios [de Covid-19] en penales y centros juveniles». Recuperado de <https://rpp.pe/peru/actualidad/coronavirus->

estado-de-emergencia-ministro-de-justicia-hay-0-contagios-
de-covid-19-en-penales-y-centros-juveniles-noticia-1255194

Tribunal Constitucional (2009). Expediente n.º 03386-2009-PHC/TC
La Libertad. Lima: 13 de agosto de 2009.

_____ (2014). Expediente n.º 00804-2013-PHC/TC. Lima: 28 de
enero de 2014.

Oralidad civil, EJE y videoconferencias: el rol de las Salas Superiores en tiempos de cuarentena¹

Orality, Electronic Judicial Expedient and
videoconference: the role of the Civil High
Courts in the quarantine's times and the
COVID-19 outbreak



JUDITH ALEGRE VALDIVIA

Corte Superior de Justicia de Moquegua
(Moquegua, Perú)

Contacto: jalegre@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-5638-681X>

RESUMEN

El concepto que se tenía sobre la Sala Superior Civil y su funcionamiento antes del estado de emergencia nacional por la pandemia COVID-19 ha cambiado innegablemente. Esto constituye

1 Este artículo constituye a la vez el íntegro de mi futura intervención en la conferencia virtual programada para el día 2 de julio del presente año, organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Moquegua.

un punto de partida hacia una nueva mirada en la nueva forma de trabajo jurisdiccional y, por ende, una manera distinta en que el Poder Judicial imparte justicia a nombre de la nación. Debe tenerse en cuenta que las últimas disposiciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y el fenómeno mismo de la globalización —preexistentes a la actual coyuntura— han ido dando forma a un nuevo modo en que todos los órganos jurisdiccionales (Juzgados de Paz Letrado, Juzgados Especializados, Salas Superiores y Salas Supremas) realizan sus funciones en aras de una justicia célere, respetando el debido proceso y el derecho de defensa que asiste a los justiciables.

Palabras clave: oralidad civil, EJE, expediente electrónico, videoconferencias, Sala Superior Civil, Poder Judicial, justicia.

ABSTRACT

The conception of the Civil High Court has changed since the COVID-19 pandemic outbreak. This approach represents the new vision of the jurisdictional labor. The globalization process and the recent rules derived from the «Consejo Ejecutivo del Poder Judicial» have had created a new form of the legal practice in the High Courts. This change enforced diversity values, for example: the celerity process, the person's right to defense and the due legal process.

Key words: orality, High Courts, Judicial Power, justice, videoconference.

Recibido: **25/05/2020** Aceptado: **08/06/2020**

1. INTRODUCCIÓN

Los estragos ocasionados por la pandemia COVID-19 trascienden toda esfera de la actividad humana. A través de los medios de comunicación internacionales, es posible advertir los cambios

forzosos que han adoptado los países de todos los continentes. El Perú no es ajeno a esta realidad. La medida que se caracteriza de entre todas en medio de esta emergencia sanitaria es, sin duda, la cuarentena.

En nuestro país, mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, el Gobierno declaró el estado de emergencia nacional por quince días, el cómputo se inició desde el 15 de marzo de este año, y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote de la COVID-19. Sin embargo, a través de los subsiguientes Decretos Supremos n.º 051-2020-PCM, n.º 064-2020-PCM, n.º 075-2020-PCM y n.º 083-2020-PCM, se ha prorrogado el estado de emergencia nacional en cuatro oportunidades (la última prórroga se estableció hasta el domingo 24 de mayo de 2020), se suspendió toda actividad humana, se impuso la inmovilización social obligatoria (toque de queda), la suspensión del ejercicio de derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio nacional, salvo en los sectores de salud (pública y privada), comercio de víveres de primera necesidad, productos farmacológicos y servicios financieros. Mediante el Decreto Supremo n.º 094-2020-PCM, el Gobierno peruano ha prorrogado por quinta vez el estado de emergencia hasta el día 30 de junio del presente año; empero, en esta oportunidad, se han establecido medidas que permitan al país avanzar hacia el equilibrio entre la observancia de las medidas sanitarias para enfrentar la pandemia ocasionada por la COVID-19 y la reanudación sostenible de las actividades, para lo cual la ciudadanía en pleno debe adaptarse a las diferentes prácticas de una nueva convivencia social, tal como lo indica el artículo 1 de dicha norma.

El Poder Judicial no ha sido, por supuesto, indiferente a la coyuntura, y antes de la declaración del estado de emergencia,

mediante la Resolución Administrativa n.º 102-2020-CE-PJ, del 11 de marzo de 2020, el Consejo Ejecutivo dispuso por el plazo de 30 días:

- a) Suspensión de todas las ceremonias, reuniones, congresos, seminarios y otras actividades similares a nivel nacional, organizadas por los Equipos Técnicos y/o Comisiones del Poder Judicial; así como por las Cortes Superiores de Justicia del país, con excepción de las que se realicen por videoconferencia.
- b) Suspensión de viajes al extranjero de jueces, funcionarios y personal auxiliar en comisión de servicios.
- c) Suspensión de viajes al interior del país de jueces, funcionarios y personal auxiliar en comisión de servicios; salvo que sean indispensables a criterio del responsable del área.

Asimismo, por medio de la Resolución Administrativa n.º 103-2020-CE-PJ, también del 11 de marzo del presente año, se aprobó el Plan de Prevención del Coronavirus (COVID-19) en el Poder Judicial, el cual tuvo por fin establecer la metodología para realizar actividades con la finalidad de proteger y preservar la integridad de la salud de los trabajadores y colaboradores del Poder Judicial a través de la prevención del coronavirus y su detección temprana, dicho plan se optimiza periódicamente mediante el proceso continuo de identificación de riesgos asociados al puesto de trabajo, y se realizan las modificaciones correspondientes.

No obstante, con el establecimiento del estado de emergencia nacional, el presidente del Poder Judicial, el señor doctor José Luis Lecaros Cornejo, en un comunicado a la ciudadanía de fecha 15 de marzo de 2020, indicó que, en acatamiento del estado de emergencia decretado por el Poder Ejecutivo, durante dicha fecha se suspendían las labores propias del Poder Judicial, y se anunció al público usuario y a la nación las áreas y las funciones de tipo jurisdiccional y administrativo que continuarán brindando aquellos servicios

que, por su naturaleza, deben ser de carácter permanente. Ese mismo día se advirtió que el numeral 5 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia n.º 026-2020, de fecha 15 de marzo de 2020, en el marco del D. S. n.º 008-2020-SA, declaró que corresponde al Poder Judicial y a los organismos constitucionales autónomos disponer la suspensión de los plazos procesales y procedimentales que consideren necesarios, a fin de no perjudicar a los ciudadanos, así como las funciones que dichas entidades ejercen.

De otro lado, se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* el pronunciamiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial contenido en la Resolución Administrativa n.º 115-2020-CE-PJ, del 16 de marzo de 2020, mediante la cual se suspendieron las labores del Poder Judicial, en vía de regularización, por el plazo de quince días calendario, en acatamiento del estado de emergencia establecido por el Gobierno; además, se dispuso suspender los plazos procesales y administrativos por el mismo plazo, y se instituyó, entre otras reglas, que en el caso de las Cortes Superiores, a nivel nacional, los presidentes continuarán laborando y designarán los órganos jurisdiccionales y administrativos indispensables en el período de emergencia. Del mismo modo, en cuanto a las Salas Superiores, por lo menos, se designará una Sala Mixta que conozca las apelaciones de los siguientes casos de materia no penal: violencia familiar, medidas cautelares, admisión y medidas cautelares en proceso de amparo, consignación y endosos en alimentos y otros casos de urgente atención.

Desde entonces, la suspensión de labores del Poder Judicial ha sido ampliada mediante las Resoluciones Administrativas n.º 117-2020-CE-PJ, n.º 118-2020-CE-PJ, n.º 000061-P-CE-PJ y n.º 000062-P-CE-PJ, todas ellas con el fin de salvaguardar la integridad física de magistrados, funcionarios y trabajadores judiciales a nivel nacional.

En este contexto, luego de más de dos meses de dicha suspensión laboral, es necesario advertir que se han establecido nuevas modalidades de trabajo, lo cual anula todo paradigma que por mucho tiempo se había armado en torno al Poder Judicial y su forma habitual de desarrollar sus funciones jurisdiccionales y administrativas.

Cabe recalcar que ha sido necesario señalar los dispositivos legales que por ahora enmarcan toda la actividad posible de desplegar dentro del Poder Judicial —como poder del Estado e institución pública que, al fin y al cabo, es— a través de sus órganos jurisdiccionales, como lo son, sin duda, las Salas Superiores.

En el presente estudio se pretende focalizar la atención sobre cómo ha impactado la nueva coyuntura por la COVID-19 en el funcionamiento de las Salas Superiores Civiles y cómo pueden confluir en su nuevo despliegue de funciones conceptos tales como a) la oralidad civil, que ya venía implementándose en algunas Cortes Superiores; b) el Expediente Judicial Electrónico (EJE), presente también en algunos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Lima; y, por supuesto, c) las videoconferencias, experiencia de avance tecnológico y modernización no ajena al Poder Judicial, empero sí nueva por comprometer a todo agente humano en su uso, prescindiendo de la presencia física de quienes intervienen en ella desde cualquier posición. Por tanto, el objeto de este artículo es ilustrar al lector respecto a un órgano en el cual no es usual que recaigan estudios que más se enfocan en los órganos de primera instancia, en donde se inician los procesos en materias permitidas durante esta cuarentena.

2. CONCEPTOS BÁSICOS

En primer lugar, es imprescindible definir tres conceptos básicos para que el lector se familiarice con la terminología que ha de usarse en las siguientes líneas y pueda entender la presente investigación.

2.1. Oralidad civil

Para aproximarnos a una conceptualización de este término y dentro del contexto en que este estudio se encamina, es necesario remitirse a lo señalado en el noveno considerando de la Resolución Administrativa n.º 229-2019-CE-PJ, de fecha 29 de mayo de 2019, en la cual se aprobó la conformación de la Comisión Nacional de Implementación, Supervisión y Monitoreo de la Oralidad Civil en el Poder Judicial-ETII Oralidad Civil, presidida —desde su inicio hasta la actualidad— por el juez supremo y consejero, Dr. Héctor Lama More:

Noveno. Que adicionando a ello, la Comisión Nacional tendrá la finalidad de centralizar y coordinar todas las acciones necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema oral, como es el caso de la ejecución de jornadas de capacitación, ello considerando que la aplicación del sistema oral requiere de un cambio de mentalidad y de actitud del juez en el desenvolvimiento y conducción de las audiencias, siendo necesario lograr la formación de magistrados expeditivos, dinámicos, empáticos y responsables; capacitación que debe hacerse extensiva al personal jurisdiccional (Poder Judicial, 2019).

En ese sentido, debe entenderse que la oralidad civil es un nuevo sistema en cuyo mérito la oralidad favorecerá la mayor concentración de actos procesales en uno solo, que es la audiencia propiamente dicha, cuya dirección ha de estar a cargo del juez o el colegiado competente, coadyuvado por el personal jurisdiccional que corresponda, sin que se vulneren las reglas procesales preestablecidas, el debido proceso ni el derecho de defensa de las partes en litigio. Para ello, en dicha resolución se indica que es indispensable un cambio de mentalidad, pero también el compromiso de los magistrados y los auxiliares para concretar ese objetivo².

2 Ello, en principio, porque también es necesario el compromiso que asuman el fiscal y los abogados defensores.

2.2. Expediente Judicial Electrónico (EJE)

Si bien el Expediente Judicial Electrónico ha cobrado vital importancia durante los últimos meses, debe aclararse que su inserción propiamente dicha dentro del Poder Judicial data del 6 de enero de 2017, cuando, mediante la Resolución Administrativa n.º 005-2017-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso la conformación e instalación de la Comisión de Trabajo del Expediente Judicial Electrónico (EJE) y Mesa de Partes Electrónica (MPE), encargada de asegurar la implementación de dicha iniciativa de modernización durante el período 2017-2018. Actualmente, esta comisión también es presidida por el juez supremo Dr. Héctor Lama More.

Con el objetivo de tener una visión amplia, transcribimos parte de dicha resolución administrativa:

Primero. Que es necesario el uso de las nuevas Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC) en los procesos judiciales, a efecto de asegurar la celeridad y la transparencia en la solución de los conflictos que están a cargo de los órganos jurisdiccionales; dichos elementos resultan necesarios para una justicia oportuna y al alcance de todos. El Expediente Judicial Electrónico (EJE) constituye una herramienta que posibilitará ello; para su logro se requiere el desarrollo de un adecuado software que permita la presentación y recepción de escritos electrónicos a través de una Mesa de Partes Electrónica (MPE); así como la incorporación en un único *file* electrónico de cada proceso judicial, respecto a escritos, proveídos judiciales que recaigan sobre ellos, pruebas aportadas, y las respectivas sentencias o pronunciamientos judiciales que le ponen fin [...].
[...]

Tercero. Que la implementación del Expediente Judicial Electrónico (EJE), al utilizar las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC) facilitará la tramitación —traslado, ubicación y recuperación— de los expedientes judiciales, permitiendo tener

procesos transparentes, seguros y céleres; constituyendo, además, una solución ecológica orientada a la preservación del medio ambiente (reducción del uso de papel, tinta y tóner). [...]

Cuarto. Que, asimismo, la implementación de una Mesa de Partes Electrónica (MPE), permitirá la presentación —a través del internet— de escritos y anexos, firmados digitalmente, generando ahorro de tiempo y eliminación de costos de traslado a las Mesas de Partes físicas, para los sujetos procesales que intervienen en un proceso judicial determinado. Por su parte, los órganos jurisdiccionales darán respuesta a cada uno de ellos, así como los respectivos pronunciamientos definitivos, expidiendo las correspondientes resoluciones de manera virtual; notificándolas electrónicamente.

Quinto. Que resulta necesaria la participación activa de jueces y auxiliares jurisdiccionales cuyas especialidades se encuentran involucradas, en su condición de usuarios, en el desarrollo e implementación del Expediente Judicial Electrónico (EJE), a efecto de asegurar los requerimientos indispensables para su eficaz funcionamiento.

Sexto. Que, además, se requiere de una decidida e intensa campaña de difusión orientada a lograr el cambio de mentalidad respecto de aquellos que requieren el servicio de justicia, con relación a los beneficios y ventajas que proporciona el uso de estas modernas tecnologías. [...] (Poder Judicial, 2017).

Teniendo en cuenta los considerandos que anteceden (extensos, pero bien fundamentados), es posible afirmar que el EJE no solo es una herramienta tecnológica útil que, a la vez, se complementa con el funcionamiento de una Mesa de Partes Electrónica (MPE), sino que por sí mismo acorta abismalmente el tiempo en que los usuarios y los operadores de justicia normalmente tardaban en cumplir con sus funciones dentro de un proceso. Si bien esto que llamaremos «proceso de modernización» ya se había comenzado a dar —en cierta forma— con las notificaciones electrónicas, encuentra su punto final en la implementación del EJE y la MPE.

2.3. Videoconferencias

Las videoconferencias son las audiencias judiciales que se realizan desde hace más de diez años dentro del Poder Judicial, por lo que no son ajenas al magistrado, ni al personal jurisdiccional, ni al fiscal, al abogado defensor o a los justiciables. Estas videoconferencias se sirven de programas tecnológicos para establecer comunicación directa y en vivo con una de las partes ubicada en un lugar distinto a la sala de audiencias (en el ámbito procesal penal, con el acusado que se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario). Estas se han venido realizando de forma normal ante la no concurrencia física de una de las partes o, en el caso de un órgano colegiado, ante la imposibilidad de constituirse de un magistrado junto a los otros dos integrantes del colegiado.

3. REFLEXIONES EN TORNO AL FUNCIONAMIENTO DE LAS SALAS SUPERIORES CIVILES

En nuestro país, son pocos los estudios centrados en la Sala Superior, el recurso de apelación y todo lo concerniente a las disposiciones normativas que regulan dichos extremos³, más aún, seguramente, la inexistencia de estos estudios se extenderá teniendo en cuenta el actual estado de emergencia. Precisamente en ello radica el interés de traer a colación las siguientes reflexiones que, entre muchas otras, tienen por fin presentar una nueva visión que —estoy segura— podrá servir al lector, quien —sin duda alguna—, como

3 Particularmente, debe precisarse que son de mucha valía los estudios críticos de la profesora Eugenia Ariano, distinguida estudiosa del derecho procesal civil peruano, cuyas investigaciones sobre los recursos impugnatorios —y en especial acerca de la apelación— constituyen un importante aporte en la literatura jurídica nacional. También son notables los comentarios que hace la Dra. Marianella Ledesma Narváez, primera mujer en presidir el Tribunal Constitucional del Perú, cuyos estudios exegéticos sobre la norma que regula el recurso de apelación y la segunda instancia son muy ilustrativos para la comunidad jurídica.

todo abogado, tiene en mente el paradigma que sobre este tema ha sido nutrido en los claustros universitarios y, por qué no, en el mismo ejercicio de la profesión desde cualquier posición.

Vale decir, además, que las últimas disposiciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establecen el uso y la difusión de mecanismos tecnológicos para coadyuvar en el desempeño de las funciones jurisdiccionales con la mayor eficacia posible y el menor contacto físico de quienes intervengan en un proceso, con el objetivo de salvaguardar su salud e impedir el contagio entre ellos.

El contraste entre el estado anterior al estado de emergencia y lo que acontece durante su vigencia pretende ser didáctico y entendible, de modo tal que se adviertan los evidentes cambios que el proceso civil en segunda instancia estará experimentando y cómo ello incide directamente en los conocimientos doctrinarios y jurisprudenciales sobre los cuales siempre ha descansado la idea del desenvolvimiento de una Sala Superior, sin perjuicio de que se siga respetando y observando el debido proceso, evitando que este se altere, pues este principio —el cual, en sí mismo, engloba todos los demás que inspiran el proceso— no debe desaparecer ni debe prescindirse de él.

3.1. La interrelación entre el colegiado, el personal jurisdiccional y el público

Como es sabido, la Sala Superior está integrada por tres magistrados (jueces superiores) y es presidida por el de mayor antigüedad. Dicho colegiado se encuentra asistido por el relator y el secretario de Sala, así como por los asistentes que se les haya asignado a su despacho, de ser el caso. A su vez, el relator y el secretario de Sala se encuentran asistidos por asistentes y auxiliares jurisdiccionales, entre ellos, el encargado de la atención de la Mesa de Partes y el notificador (Alegre, 2017, pp. 37-85).

Con anterioridad al estado de emergencia, la interrelación entre magistrados y trabajadores judiciales era inmediata y presencial, evidentemente; *a contrario sensu*, en pleno estado de emergencia, esa convivencia laboral ha desaparecido y se ha reducido al mínimo contacto físico, siendo tal vez la excepción el momento de actuar conforme lo dispuesto en las Resoluciones Corridas n.º 000004-2020-CE-PJ y n.º 000031-2020-CE-PJ, esto es, que los jueces concurren al local de la Sala Superior para sustraer de ellas los expedientes judiciales a fin de trabajar en forma remota desde sus domicilios, previa elaboración de una relación de expedientes con la consignación de datos (como el número de expediente, las partes procesales y los folios), firmada y entregada bajo cargo al personal que designe la Presidencia de la Corte Superior.

Sin embargo, justamente al establecerse la forma de trabajo remoto, es decir, la continuidad de las labores propias de un juez superior o personal jurisdiccional de Sala desde sus domicilios, la comunicación se efectiviza por medio del correo institucional (plataforma GroupWise) o por otros recursos digitales (el celular y sus aplicaciones, como WhatsApp). Esto último no es una realidad nueva; es innegable el uso de esta aplicación para efectivizar la comunicación entre las personas y no escapa a su uso en medio de la relación laboral dentro del fuero judicial, lo cual, durante esta cuarentena, ayuda mucho a que los mensajes sean recibidos por el interlocutor de una forma más rápida y cómoda para quienes la usan: las coordinaciones pertinentes se realizan instantáneamente.

Si bien la jerarquía dentro del Poder Judicial es una forma inquebrantable que inspira el ejercicio de la labor jurisdiccional y propicia el respeto entre quienes componen los órganos jurisdiccionales, dicha formalidad propia de una oficina o gabinete parece haberse fusionado con la intimidad de la comunicación mediante el uso de una aplicación digital que, en principio, acerca a sus usuarios a su círculo más íntimo y cercano, incorporando en

ella la interrelación del magistrado con el personal jurisdiccional de Sala; todo ello en apariencia, pues no escapa a nuestra realidad que también es menester que el servidor judicial, presto a cumplir sus funciones en forma remota, opte por continuar dejando constancia de las actuaciones y disposiciones que reciba del colegiado o su presidente en los cuadernos que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece para tales fines, como es el caso de los cuadernos en donde se ingresan los expedientes recibidos de Relatoría, de Secretaría de Sala o el cuaderno donde se anotan las entregas de expedientes y recepciones de ponencias (Alegre, 2017, p. 207).

En definitiva, debe precisarse que si ya la implementación de la oralidad civil en los órganos de segunda instancia acortaba la tramitación de una apelación y, por ende, una comunicación más activa entre magistrados, personal jurisdiccional y partes del proceso, y, por supuesto, la implementación del EJE en algunas Cortes Superiores podría acortar en demasía el tiempo transcurrido entre el ingreso de los actuados y el pronunciamiento de la Sala sin evitar una interrelación física, el trabajo remoto durante la cuarentena por la COVID-19 anula el contacto físico, salvo en el supuesto indicado líneas arriba.

Mediante la Resolución Administrativa n.º 000142-2020-CE-PJ, de fecha 11 de mayo de 2020, se aprobó la ampliación del proyecto Expediente Judicial Electrónico en el área laboral de las Cortes Superiores de Justicia de Arequipa, Cusco, Callao, Junín y Lima Sur, por tener mayor volumen de atención al público, conforme a la segunda propuesta presentada por la Gerencia de Informática de la Gerencia General del Poder Judicial. Si dicha implementación se ha dado durante la cuarentena, la pregunta emerge por sí sola: ¿por qué no se hizo lo mismo en el ámbito de los procesos civiles? En buena cuenta, en dicha materia hay muchos casos que, por la urgencia de su naturaleza, requieren una mayor celeridad a fin de poder fortalecer y modernizar la impartición de justicia.

Finalmente, cabe destacar que el Consejo Ejecutivo expidió la Resolución Administrativa n.º 000123-2020-CE-PJ, de fecha 24 de abril de 2020, por medio de la cual se autoriza el uso de la solución empresarial colaborativa Google Hangouts Meet para las comunicaciones de abogados litigantes con los jueces y administradores de los módulos básicos de justicia y módulos corporativos de las Cortes Superiores de Justicia del país. Ya en el año 2019 se implementó el aplicativo web El Juez te Escucha, pero nada menos cierto es que también en la segunda instancia es posible que el abogado defensor solicite conferencia con el colegiado; por ello, el uso de estas plataformas, previa solicitud en el aplicativo El Juez te Escucha, permitirá que esta comunicación no se resquebraje a fin de que se atienda al público constituido por los letrados.

3.2. La realización de las vistas de causa

Las vistas de causa son el equivalente a las audiencias, esto es, las citaciones a juzgamiento que hace el órgano colegiado superior a las partes del proceso con el objeto de que se sirvan a prestar el informe oral correspondiente, de haberlo solicitado previamente. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, con la implementación de la oralidad civil en las Salas Civiles (o Mixtas), una vez que se recibe el expediente, se revisa la proyección realizada (la que hiciera el asistente del relator sobre los puntos que se debatirán), se fijan las cuestiones controvertidas con el colegiado y se programa la fecha de la audiencia, de ser el caso. Asimismo, en el día se proyecta la resolución de convocatoria a las partes y a los abogados señalando la fecha para la vista de la causa, se consigna en la resolución las cuestiones controvertidas fijadas por el órgano colegiado, cuestiones oficiosas (vinculadas con la validez de la relación procesal, las eventuales nulidades, la disposición de medios probatorios de oficio y demás pertinentes, si es del caso), que serán materia de debate en la audiencia oral convocada.

Llegado el día de la audiencia, se comunica a las partes que se ha efectuado un previo análisis y estudio del expediente, lo cual se verá enriquecido con lo que se vaya a debatir y esclarecer en dicho acto. Luego, se continúa con el desarrollo de la audiencia conforme a la praxis judicial. Durante ese acto, los jueces superiores pueden intervenir para el esclarecimiento de los hechos e interrogar a las partes respecto a los hechos discutidos. La novedad es que estas audiencias quedan registradas en el Sistema Informático y una copia se grabará en el soporte digital que se anexará al expediente.

Con anterioridad a la oralidad civil, no se establecían cuestiones controvertidas en la citación a la vista de causa. Como advierte con exactitud la profesora Eugenia Ariano (2017), el artículo 357 del Código Procesal Civil «deja en la sombra el qué se hace en la “vista de la causa” y sobre lo que ocurre tras ella. Todo ello está regulado (en un modo no precisamente claro) en la LOPJ, pero como procedimiento privativo de las Salas Superiores y Supremas» (p. 149). La praxis permite señalar que la citación a la vista de causa se efectúa sin establecer punto de discusión alguno más que la recepción misma del informe oral por parte del letrado que lo solicitó dentro del plazo establecido, pudiendo el colegiado formular cuestionamientos para aclarar algún extremo o emplazando a la otra parte, si fuere posible, a expresar lo que le indique el presidente de Sala. Por lo general, la audiencia concluye dejándose al voto el caso, en otras palabras: se requiere mayor estudio para expedir la resolución.

Ahora, durante esta cuarentena, cuando se encuentran suspendidas las labores jurisdiccionales y solo siguen en funciones las Salas Superiores de emergencia, en ellas resulta vital la implementación de la oralidad civil, pues permite condensar un debate de modo que se ilustre al colegiado sobre determinada postura. Empero, teniendo en cuenta que no es factible la concurrencia física, entonces se hace uso de aplicativos tales como Zoom o Google Hangouts Meet,

disponibles en internet, de manera que los tres jueces superiores, los abogados defensores, las partes del proceso y el relator puedan desarrollar la sesión virtual de la vista de causa convocada para tal fin. Esto supera ampliamente la videoconferencia que podía establecerse con un miembro del colegiado cuando este se encontraba en otra localidad dentro del distrito judicial.

Ya mediante el artículo segundo de la Resolución Administrativa n.º 000140-2020-CE-PJ se ha dispuesto la implementación de líneas telefónicas móviles para emplear el aplicativo WhatsApp para la recepción de denuncias por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Ello no impide que, a la larga, dentro de las disposiciones que adopte la Sala Superior, esas vías tecnológicas sean también el portal de las futuras audiencias por violencia familiar que dicha Sala debe tramitar en este estado de emergencia, en virtud de que no es viable reunir a todos los agentes indicados en un solo recinto donde se exponga su vida frente a un posible contagio de COVID-19.

Si la conjunción de la oralidad civil y las videoconferencias por Google Hangouts Meet potencia aún más el desarrollo de la vista de causa, ello permitiría, a la vez, que los magistrados que no se han constituido en órganos de emergencia y se encuentran acatando la cuarentena continúen desarrollando el trabajo remoto de una manera más eficiente, especialmente si ya se ha permitido que los magistrados, a nivel nacional, extraigan los expedientes que se encuentren en sus despachos ubicados en las sedes judiciales.

Con estos esfuerzos, no se resquebraja el debido proceso si se entiende este como «un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020, p. 24) y, por el contrario, se potencian los principios de concentración, economía y celeridad procesal: la concentración

como la «acumulación de actos procesales bajo la forma de audiencias, [determinándose así que] [...] el juez pueda participar de todas ellas, sino que, además, le otorgará una visión del conjunto del conflicto que va a resolver» (Monroy, 2017, p. 201); la economía procesal como el «cumplimiento de los actos con prudencia, es decir, ni tan lento que parezca inmovilidad ni tan expeditivo que se renuncie al cumplimiento de formalidades indispensables, es la expresión adecuada de este principio. Esta es la economía de *tiempo*» (Monroy, 2017, p. 205); y la celeridad procesal que «se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a través de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes» (Monroy, 2017, pp. 206-207).

Si el análisis va más allá de la conjunción de implementos técnicos con la longeva tradición judicial, encontramos en esta nueva visión, cuanto menos, la confirmación de aquello que Couture (2002) dijera una vez sobre el fin del proceso en tanto se «satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción» (p. 118). No obstante, es pertinente señalar que muchas consultas provenientes de los abogados defensores en conferencias virtuales recientes denotan que, debido a la señal de internet con la que cuentan ellos, puede alterarse de algún modo la oralización de sus alegatos, lo cual constituye un choque frontal con la situación anterior de interacción con el órgano colegiado y la intermediación que existía. Ello deberá ser tenido en cuenta por el presidente de Sala y el relator como personal de apoyo durante la realización de las audiencias por medio de aplicativos tecnológicos.

3.3. Elaboración y debate de las ponencias

Lo normal y común antes del estado de emergencia, de acuerdo con el CPC y la LOPJ, era que las causas sometidas a audiencia en una Sala Superior sean distribuidas mediante sorteo entre los tres jueces superiores y, posteriormente, dichos magistrados deban estudiar el caso, revisando la pretensión impugnatoria y los actuados del proceso, elaborar la ponencia con una propuesta de solución al caso, confirmando o revocando la resolución apelada, sometiéndola a debate junto a los otros dos jueces superiores, y, finalmente, entregarla a Relatoría para su conversión y publicación. Una resolución final, como lo es —sin duda— la sentencia:

[resulta de] trascendental importancia para el derecho y la justicia, para la eficacia de los fines del proceso al solucionar el conflicto de intereses de acuerdo a lo que existe en el caso concreto y la interpretación correcta de la norma jurídica material de aplicación en la decisión final, generando que la paz en justicia sea restablecida entre las partes (González, 2014, p. 851).

Sobre todo si esa resolución proviene de una instancia de reflexión y revisión como lo es la Sala Superior.

Hoy por hoy, durante la cuarentena vigente en nuestro país, los magistrados que continúan elaborando y debatiendo ponencias son aquellos constituidos en órganos de emergencia y, también por disposiciones posteriores, aquellos que se encuentran acatando el aislamiento social obligatorio en sus domicilios y con la permisibilidad de extraer el expediente físico de la sede judicial, en aras de continuar con el trabajo y priorizar la atención de los casos que requieran una pronta respuesta del aparato judicial. En este punto, en medio de esta cuarentena, la implementación del EJE resultaría útil en tanto todos los actuados del expediente se encontrarían digitalizados y serían de fácil sustracción por el magistrado desde la base de datos de la Sala Superior, con

excepción de los cuadernos virtuales formados en méritos a la concesión de apelaciones sin efecto suspensivo, los cuales, por su propia naturaleza, son más accesibles y prestos para el desarrollo de un trabajo remoto.

Esto, claro está, no altera en ningún momento la pretensión impugnatoria que tenga la parte apelante, cuyo objeto sea, en buena cuenta: «no solo busca destruir la resolución judicial adoptada en el proceso anterior [...] sino que bien puede tratarse de una auténtica revisión y la consecuente emisión de una decisión que la sustituya» (Cavani, 2018, p. 18).

Sin embargo, concebimos que se presentan algunas situaciones que merecen atención especial en torno a la elaboración de la ponencia y la deliberación. La sola elaboración de un voto como juez superior implica un estudio serio, analítico, reflexivo, con los enfoques que correspondan según el caso y la postura jurídica que cada magistrado tenga en pleno ejercicio del derecho de independencia y autonomía judicial. En ese sentido, si antes la ponencia se elaboraba observando los actuados del expediente y se sometía a debate, y era posible que los otros magistrados consultaran los actuados en caso de requerirlo, por medio del trabajo remoto y por la utilización de Google Hangouts Meet o Zoom, ello se minimiza e invita a los otros dos magistrados a sentar confianza en el buen criterio y revisión que su colega haya hecho del caso que se le ha asignado.

El análisis trasciende el empleo de la videoconferencia por cualquier aplicativo con el fin de que los jueces debatan una ponencia, pero encuentra quizá un primer límite en el caso de que se implemente el EJE, respecto del cual, si bien se ha indicado que los medios digitalizados deben contar con la firma del letrado, en definitiva, su digitalización no implica su certificación. Es necesario contar con mayor certeza sobre las instrumentales que puedan

obrar en un expediente electrónico. No en vano Taruffo (2009), a propósito de la valoración de los hechos en un proceso ordinario —entiéndase en uno tramitado físicamente—, sostiene lo siguiente:

Uno de los problemas fundamentales del proceso tiene que ver con el estatus epistémico del enunciado con el cual el juez, como conclusión de su valoración de los medios de prueba disponibles y del grado de confirmación que estos atribuyen a las hipótesis relativas a los hechos de la causa, afirma que estos hechos han sido determinados y por tanto deben considerarse como «verdaderos». [...] En efecto, sobre este problema se reflejan cuestiones nada claras sobre el papel que la prueba y la verdad de los hechos desempeñan en el contexto del proceso, e incluso incertidumbres y dificultades que caracterizan la definición de la verdad en el nivel epistemológico general (p. 427).

En pro de un mejor desempeño de las funciones jurisdiccionales, el Consejo Ejecutivo expidió la Resolución Administrativa n.º 000124-2020-CE-PJ, mediante la cual aprueba la implementación masiva de la Solución de Conexión VPN para los usuarios jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, disponiendo las medidas de seguridad necesarias para su adecuada aplicación. En esa misma línea, debiera darse facilidades para el acceso al Sistema Integrado Judicial, para que los jueces superiores que se encuentren en trabajo remoto puedan tener acceso, en caso de necesitarlo, a los actuados del proceso sobre el que se encuentren proyectando un voto.

Existen muchas formalidades en torno a la segunda instancia y su desarrollo funcional, empero, Marianella Ledesma (2015) subraya claramente que:

emerge el sistema de la «legalidad de formas» que asegura con mayor eficacia los fines del proceso. Este sistema permite mayor seguridad jurídica para todos los sujetos que concurren al proceso,

pues solo se sanciona cuando su incumplimiento viole o lesione derechos fundamentales o su trascendencia sea imperativa para la validez del proceso (p. 67).

Así, durante la cuarentena, los magistrados del Tribunal Superior convendrán en adoptar las mejores medidas posibles en el desarrollo de sus funciones al momento de debatir y publicar posteriormente la ponencia, sin contravenir el derecho de las partes a un debido proceso, y manteniendo incólume su validez procesal, librándola de vicios.

4. CONCLUSIONES

- a) La oralidad civil y el uso de las videoconferencias a través de los aplicativos Google Hangouts Meet o Zoom es una acertada conjunción en pro del funcionamiento de una Sala Civil Superior, sin perjuicio de que se tenga la asistencia informática pertinente a fin de evitar una transmisión fallida en la oralización del informe oral ante el Tribunal Superior o fallas en el estadio de aclaraciones y despojo de dudas en torno a los puntos de controversia dentro del estado de emergencia.
- b) El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial debería ampliar la habilitación del EJE y la MPE en aquellas Cortes Superiores en donde ya se ha implementado la oralidad civil, de modo que las Salas Superiores de Emergencia puedan desarrollar eficazmente la labor jurisdiccional, teniendo a su alcance los expedientes judiciales en formato electrónico.
- c) Los jueces superiores que ejercen trabajo remoto deben adecuar el debate de sus ponencias a través de los medios permitidos por el Poder Judicial (tales como Google Hangouts Meet o Zoom), además de efectivizar coordinaciones por medio telefónico celular o aplicativos (por ejemplo, WhatsApp), en aras de una mejor comunicación y conexión entre ellos, así como en la

relación con el personal jurisdiccional y los letrados que deseen entrevistarse con ellos.

- d) Los jueces superiores y el personal jurisdiccional deben adoptar un cambio en la mentalidad en cuanto al funcionamiento de una Sala Superior en tiempos de cuarentena; del mismo modo, será necesario correr traslado de esta necesidad a la Fiscalía y a los colegios de abogados, a fin de que el cambio no solo sea provechoso, sino integral entre todos los operadores jurídicos.

REFERENCIAS

- Alegre, J. (2017). *El proceso civil en segunda instancia*. Lima: Editora Grández.
- Ariano, E. (2015). *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Cavani, R. (2018). *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Couture, E. (2002). *Fundamentos del derecho procesal civil* (4.^a ed.). Montevideo: B de F.
- González, N. (2014). *Lecciones de derecho procesal civil. El proceso civil peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo* (t. 1) (5.^a ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). *Compendio de sentencias del Tribunal Constitucional sobre el debido proceso*. Lima: Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria.
- Monroy, J. (2017). *Teoría general del proceso* (4.^a ed.). Lima: Communitas.

- Poder Judicial (2017). Resolución Administrativa n.º 005-2017-CE-PJ. Lima: 6 de enero de 2017. Recuperado de http://eje.pe/wps/wcm/connect/669e57004203d0088306fb5b5dfe3cb7/RA_005_2017_CE_PJ_06_01_2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=669e57004203d0088306fb5b5dfe3cb7
- _____ (2019). Resolución Administrativa n.º 229-2019-CE-PJ. Lima: 29 de mayo de 2019. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/488194804bae1f198082e3e93f7fa794/07.+R.A.+N%C2%B0+229-2019-CE-PJ+Aprobar+la+conformaci%C3%B3n+de+la+Comisi%C3%B3n+Nacional+de+Implementaci%C3%B3n%2C+Supervisi%C3%B3n+y+Monitoreo+de+la+Oralidad+Civil+en+el+Poder+Judicial..pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=488194804bae1f198082e3e93f7fa794>
- _____ (2020a). Resolución Administrativa n.º 102-2020-CE-PJ. Lima: 11 de marzo de 2020. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/603e51804d83cff0978cd75cd3eb06f8/RA-102-2020-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=603e51804d83cff0978cd75cd3eb06f8>
- _____ (2020b). Decreto de Urgencia n.º 026-2020. Lima: 15 de marzo de 2020. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-establece-diversas-medidas-excepcion-decreto-de-urgencia-n-026-2020-1864948-1/>
- _____ (2020c). Resolución Administrativa n.º 115-2020-CE-PJ. Lima: 16 de marzo de 2020. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/suspenden-las-labores-del-poder-judicial-en-acatamiento-al-e-resolucion-administrativa-no-115-2020-ce-pj-1864973-1/>
- _____ (2020d). Resolución Administrativa n.º 000142-2020-CE-PJ. Lima: 11 de mayo de 2020. Recuperado de <https://busquedas.>

elperuano.pe/normaslegales/aprueban-la-ampliacion-del-proyecto-expediente-judicial-elec-resolucion-administrativa-n-000142-2020-ce-pj-1866666-4/

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre derecho civil*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Declaraciones



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Declaración de Arequipa 2019



Los presidentes de las 35 Cortes Superiores de Justicia de la República, reunidos en la ciudad de Arequipa en la Primera Reunión Anual de Presidentes y/o Gerentes y Administradores de los Distritos Judiciales del país (31 de enero, 1 y 2 de febrero del año 2019), acordamos democráticamente lo siguiente:

1. RESPALDAR las medidas institucionales realizadas por el presidente del Poder Judicial, Dr. José Luis Lecaros Cornejo, los órganos de gobierno judicial y de control institucional (Órgano de Control de la Magistratura, OCMA) en torno a la lucha contra la corrupción, en la línea de consolidar políticas de integridad y transparencia judicial.
2. REAFIRMAR nuestro compromiso de priorizar acciones dirigidas a modernizar el sistema de justicia a través de políticas institucionales sobre expediente electrónico, acceso a la justicia, justicia de género, descarga procesal, sinceramiento de la productividad judicial bajo estándares reales, reforma penal y reforma laboral. Igualmente acciones vinculadas con la estandarización de la gestión administrativa y calidad de gasto, mejora de la infraestructura inmobiliaria y modernización de los archivos (como archivos virtuales y otros).

3. IMPLEMENTAR a nivel de cada Corte Superior de Justicia del país las buenas prácticas sobre despacho judicial y gestión administrativa identificadas en cada Distrito Judicial, y consolidarlas en un *link* institucional para una mayor difusión.
4. ASUMIR de manera gradual la modernización del despacho judicial en los órganos jurisdiccionales en materia civil, con el objeto de tener procesos judiciales orales, céleres y transparentes, es decir, bajo el influjo de la oralidad.
5. CONSCIENTES de que la transparencia activa es un mecanismo efectivo de la lucha contra la corrupción y preservación de la integridad, acordamos transmitir por las redes sociales de nuestras propias Cortes Superiores de Justicia y otros medios de comunicación, las audiencias judiciales públicas, especialmente las audiencias sobre corrupción y de crimen organizado.
6. EXPRESAR nuestro sincero agradecimiento y reconocimiento a la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a su presidente, jueces y trabajadores por su grata hospitalidad.

Arequipa, 2 de febrero de 2019

Acta de Puerto Maldonado 2019



10 ACUERDOS PARA LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

Compromiso asumido entre las autoridades de Bolivia, Brasil y Perú, que participaron del Primer Encuentro Trinacional: las 100 Reglas de Brasilia contra la Trata de Personas, realizado en Madre de Dios el 12 de julio de 2019.

En Puerto Maldonado, departamento de Madre de Dios, el 12 de julio de 2019, los representantes de las instituciones participantes en el Encuentro Trinacional Perú, Bolivia y Brasil, organizado por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, nos comprometemos a lo siguiente:

PRIMERO. Fortalecer las capacidades institucionales, así como las de los órganos jurisdiccionales, para luchar contra la trata de personas y sus formas de explotación.

SEGUNDO. Aprobar e implementar planes de acción contra la trata de personas y sus formas de explotación, que aborden las características particulares del fenómeno en cada zona del país,

considerando temas como sexo, edad, orientación sexual, identidad cultural, discapacidad y otros factores de discriminación.

TERCERO. Promover y elaborar estudios e investigaciones sobre enfoques, experiencias, lecciones aprendidas y buenas prácticas de prevención, persecución, protección y reintegración en materia de trata de personas y sus formas de explotación.

CUARTO. Optimizar la gestión de la información sobre casos de trata de personas y sus formas de explotación, a través del uso de la interconexión de los sistemas de información judicial.

QUINTO. Realizar una encuesta nacional para medir el conocimiento de la población sobre los servicios que brinda el Poder Judicial de cada país y la percepción del delito de trata de personas y sus formas de explotación.

SEXTO. Promover la cultura jurídica ciudadana, mediante la sensibilización, conocimiento y empoderamiento de derechos y de los servicios del Poder Judicial, en los grupos en situación de vulnerabilidad, frente a la trata.

SÉPTIMO. Fortalecer y difundir los canales de denuncia especializados en trata de personas y sus formas de explotación, ampliando su alcance mediante el uso de las tecnologías de la información y herramientas comunicacionales.

OCTAVO. Garantizar la protección y defensa legal gratuita de las víctimas de trata y sus formas de explotación en todos los procesos judiciales y administrativos.

NOVENO. Asegurar el acceso de las víctimas de trata de personas y sus formas de explotación a los programas sociales del Estado.

DÉCIMO. Fortalecer las redes con las organizaciones de la sociedad civil y voluntariado para fomentar una cultura de denuncia contra la trata de personas y sus formas de explotación para la reducción de la tolerancia frente al delito.

DECIMOPRIMERO. Fortalecer las capacidades de las oficinas consulares de Brasil, Bolivia y Perú para la atención a víctimas de trata en el extranjero.

DECIMOSEGUNDO. Revisar la legislación nacional e internacional para desarrollar un proceso de integración normativa, orientado a incorporar el Protocolo de Colaboración Judicial entre Bolivia, Brasil y Perú contra la trata de personas.

DECIMOTERCERO. Ratificar este compromiso entre los Poderes Judiciales de Bolivia, Brasil y Perú, en concordancia con los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

Firman en señal de conformidad, el 12 de julio de 2019.

Janet Tello Gilardi

Jueza suprema y presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad

Carlos Calderón Puertas

Juez supremo y vicepresidente de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad

Adolfo Cayra Quispe

Presidente de la Corte Superior de Justicia Madre de Dios

Francisco Djalma

Presidente del Tribunal de Justicia del Estado de Acre, Brasil

Elvira Álvarez Olazábal

Jueza superior de Familia de Lima e integrante de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad

Roger Marcelo Llanos Orellana

Agente consular del Estado Plurinacional de Bolivia

Víctor Bustos Mariños
Juez superior de Justicia de La Libertad

Luis Camolez
Presidente de la Cámara Civil del Tribunal
de Justicia de Acre, Brasil

Raúl Felipe del Castillo Vidal
General PNP, jefe de la Dirección contra la Trata
de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes

Hugo Barboza Torquato Ferreira
Magistrado titular de la 2.^a Vara Cível da Comarca
de Cruzeiro do Sul, Brasil

Sara Gáspar Pacheco
Jueza especializada Civil de Lima e integrante de la
Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas
en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu
Comunidad

Herminia Navarro Blaya
Coordinadora regional ONG
CHS Alternativo

ADENDA

ACTA DE PUERTO MALDONADO

En Lima, el 15 de julio de 2019, la magistrada Janet Tello Gilardi suscribe la presente acta en atención a que contiene los compromisos que la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad viene trabajando en los últimos años, y que se refirmaron en el Encuentro Trinacional Perú, Bolivia y Brasil contra Trata de Personas, a fin de seguir dichos lineamientos de cooperación con los países de Brasil y Bolivia.

Reseñas



Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 517-526

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.59>

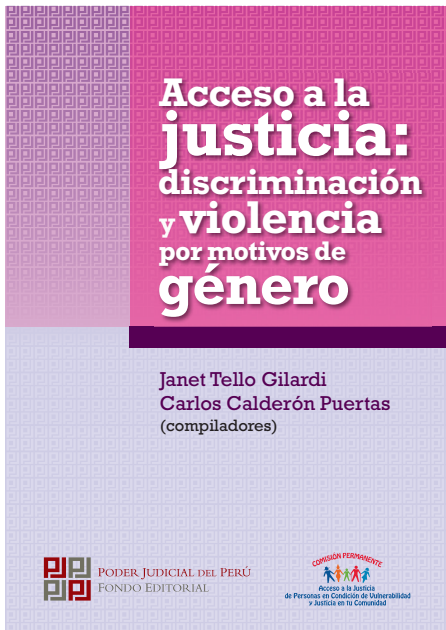
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores). **Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género.**

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2019, 248 pp.



La creciente producción literaria en favor de la erradicación de toda forma de violencia en materia de género ha encontrado, en la última década, un insospechado y seguro aliado: la institución judicial. En breve lapso, el Poder Judicial peruano ha editado contenidos que exponen de manera tangible los esfuerzos que, desde diversos ámbitos de su competencia, se vienen realizando con miras a satisfacer las necesidades de justicia de la población, sobre todo de los sectores más vulnerables. *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* es una de las recientes publicaciones de este Poder del Estado que, desde una perspectiva de género, procura desarrollar dicho enfoque a partir de los nuevos avances doctrinarios, los estándares internacionales de protección y la realidad de los tribunales de justicia sobre la materia.

En el cuerpo de la obra se integran nueve trabajos de autoras cuya preocupación intelectual se centra en las condiciones de desigualdad,



discriminación y violencia de género presentes en el ámbito familiar o social (en general), así como en los mecanismos para enfrentar con éxito dicha problemática y si estos esfuerzos son suficientes. Ciertamente, se trata de una propuesta ambiciosa porque obliga a las autoras a dar una mirada global que supere la dispersión conceptual sobre lo que debe entenderse por «género», concepto que ha adquirido un alto protagonismo en los diversos

espacios de toma de decisiones, lo cual hace necesario abordar el desafío de la construcción de una nueva racionalidad y praxis jurídica en función del género.

Sin duda, este objetivo es favorecido por el consenso, desde principios de siglo, de que un modelo que reproduce un sistema social de dominación patriarcal genera efectos discriminatorios hacia la mujer, pero, igualmente, afecta a los varones y menoscaba su realización humana:

modelo definido desde la fragmentación entre el cuerpo y el alma, el cuerpo y el espíritu, que además genera una fractura frontal entre racionalidad y sensibilidad, reproduce símbolos y valores que niegan la posibilidad de autonomía y de libertad, y a través de un modelo de dominación y sumisión, niega la satisfacción de necesidades fundamentales de vida y, por ende, de felicidad humana (Jacques, 2001, p. 1).

Admitido ello, surge, como primera tarea práctica, la necesidad de que los afectados en sus derechos constitucionales por razones

de género encuentren libre el camino para hacerlos efectivos ante los órganos jurisdiccionales competentes. En la obra materia de recensión, esta preocupación es abordada por Revollar Añaños en su artículo «Acceso a la justicia con enfoque de género» (pp. 13-29), donde señala que «las mujeres se enfrentan a mayores obstáculos para ejercer su derecho de acceso a la justicia» (p. 20), hecho que acae a pesar de que nuestro país ha ratificado tratados como la Convención de Belém do Pará, entre otros, circunstancia que hace necesario identificar las barreras que impiden el acceso a la justicia desde un enfoque de género.

En tal sentido, la autora sostiene que:

[...] el enfoque de género no solo ayudará a identificar el impacto diferenciado que tienen las barreras de acceso a la justicia en hombres y mujeres; adicionalmente, permitirá identificar la relación que existe entre las brechas de género y los obstáculos para hacer efectivo este derecho, así como la formulación de medidas eficientes que busquen garantizar el acceso a la justicia partiendo de estas afectaciones diferenciadas (pp. 22-23).

A partir de ello, propone «[...] formular políticas públicas y medidas legislativas que atiendan la realidad problemática de las mujeres, especialmente de aquellas que han sido víctimas de actos de violencia» (p. 27).

Garantizado el acceso a la justicia, una nueva tarea se avizora de inmediato: el establecimiento de pautas hermenéuticas que permitan resolver los casos de conflictividad jurídica surgidos en torno a esta vigente problemática. Silva Chávez, en su artículo titulado «Criterios para resolver casos de violencia de género y el delito de feminicidio desde la perspectiva de género» (pp. 31-48), afirma que, en efecto: «Un problema aún latente en los operadores de administración de justicia es el de abordar de manera adecuada el delito de violencia contra la mujer (VCM) e integrantes del

grupo familiar, así como el de feminicidio» (p. 43), y recuerda que la «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer» (1993), dada por la Asamblea de las Naciones Unidas, y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos internacionales, adoptaron el concepto de «debida diligencia», el cual prevé una gama de criterios que deben ser implementados por los operadores jurídicos y que obliga a los Estados a adoptar medidas positivas para impedir la violencia y proteger a la mujer, castigar a los autores de actos violentos e indemnizar a las víctimas de la violencia.

De acuerdo con lo anterior, la autora ratifica que se deben considerar los siguientes criterios a implementarse y ejecutarse por los operadores jurídicos: trato digno, inmediatez en la atención, auxilio inmediato, seguimiento y acompañamiento, información clara, veraz y oportuna, gratuidad del servicio, valoración de riesgo y efectividad de las medidas de protección, especialidad del personal, oficiosidad, multidisciplinariedad e integridad de los servicios, no revictimización, privacidad y confidencialidad, adecuada recolección y protección de pruebas (cadena de custodia), plazo razonable y reparación: «criterios que deben ser aplicados teniendo en cuenta la diversidad cultural de nuestro país» (pp. 43-44).

Una de las instituciones claves del sistema de justicia que juega, precisamente, un rol en el reconocimiento de la violencia de género y su judicialización es el Ministerio Público, titular de la acción penal. Chávez Matos, en su trabajo denominado «Las buenas prácticas de gestión fiscal que garantizan el acceso a la justicia efectiva de la mujer víctima de violencia de género en el Distrito Fiscal de Huánuco en concordancia con las 100 Reglas de Brasilia» (pp. 97-113), desarrolla la temática sobre género, acceso a la justicia, y conceptualización de la condición de la mujer en situación de vulnerabilidad. Sostiene que el acceso a la justicia de las mujeres

«va más allá de la sola administración de justicia, por lo que debe complementarse con políticas públicas integrales y sectoriales en todo el territorio nacional» (p. 99), y explica el proyecto que ha desarrollado en el Ministerio Público en el Distrito Fiscal de Huánuco, con la finalidad de garantizar una atención exclusiva e integral a las víctimas a partir del establecimiento, como política institucional, por parte de la Fiscalía de la Nación, del abordaje de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar a través del Subsistema Especializado para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, valiosas experiencias de las que da cuenta la publicación reseñada y que es necesario replicar, de corresponder, en otros distritos judiciales del país.

Otra arista del problema y que suele presentarse con recurrencia en el ámbito familiar (entorno de desarrollo y desenvolvimiento de las niñas, los niños y los adolescentes) es el referido a los supuestos de violencia por razones de género cuando involucra a víctimas pertenecientes a la denominada comunidad LGTBI; esta acuciante problemática es analizada en coautoría por Huaita Alegre, Chávez Granda, Cornejo Castellano y Saravia Pinazo en su artículo «Violencia de género ejercida en el ámbito familiar contra niños, niñas y adolescentes percibidos como parte de la población LGTBI: características del fenómeno en el Perú y los estándares internacionales de protección frente a ella» (pp. 49-95); por Manrique en el estudio «Violencia contra las personas LGTBIQ+» (pp. 131-147); y por Saldaña en el artículo «La violencia ejercida hacia la población LGBTI: el necesario abordaje a la desigualdad estructural» (pp. 149-178).

Huaita, Chávez, Cornejo y Saravia describen la magnitud de la violencia que sufren niños y adolescentes, percibidos como parte de dicha población, en el entorno familiar; además, analizan el papel del Estado en tales casos y consolidan la normatividad y los

estándares jurídicos internacionales aplicables a los supuestos de castigos físicos humillantes, violencia física, psicológica y sexual, así como la que es ejercida por la orientación y la identidad de género; ello con la finalidad de consolidar un lenguaje común en materia de protección de los derechos de dichos menores en edad de formación, quienes constituyen uno de los grupos poblacionales más vulnerables y merecen una especial protección, dada su falta de adecuación a lo que se considera socialmente deseable o porque sus cuerpos difieren de las definiciones típicas de «femenino» y «masculino».

En los anteriores casos, las autoras proponen que los niños, las niñas y los adolescentes «autoidentificados o percibidos como parte de la población LGTBI deberán gozar una doble protección por parte del Estado» (p. 54). En tal sentido, son importantes las definiciones, las precisiones terminológicas y las clasificaciones realizadas por aquellas autoras respecto a las diversas modalidades de violencia —que pueden presentarse simultáneamente— contra este grupo poblacional, así como de los estándares internacionales, marcos normativos, lineamientos, mecanismos especiales y medidas eficaces para su atención y protección efectiva, que superen la desinformación, la ausencia de debida regulación, la falta de reconocimiento de dichas víctimas de violencia como población LGTBI y las deficiencias en materia de acceso directo a la justicia en el sistema judicial peruano: escenarios de invisibilidad social y de desprotección que pueden dar lugar a supuestos de impunidad.

En su estudio, Manrique llama la atención sobre los «muchos prejuicios respecto a las personas LGTBIQ+. Por lo general, no son aceptadas ni sus formas de vida ni sus opciones sexuales, por no estar acorde a lo que algunos consideran “normal”» (p. 132); ellas conforman un sector poblacional que sufre violencia, discriminación y estigmatización, lo que configura una especial situación

de vulnerabilidad. Posteriormente, establece, como conclusiones, que la opción sexual es una decisión personal y autónoma que la sociedad tiene el deber natural de respaldar; asimismo, la necesidad de que en nuestro país los crímenes de odio sean sancionados legislativamente; y, por último, la urgente «regulación sobre los derechos de las personas LGTBIQ+» (pp. 145-146), so pena de que se incremente la impunidad de los crímenes cometidos contra este colectivo.

En el trabajo de Saldaña se profundiza en la necesidad de visibilizar la violencia estructural e histórica que sufre la población LGTBI a consecuencia —como conceptúa el autor— del sistema binario de género, en particular de las relaciones estructurales de desigualdad y dominación, y da cuenta de las recientes discusiones sobre las fórmulas conceptuales y analíticas que intentan enfocar dicho entramado como vulneraciones a los derechos humanos, es decir:

[...] como formas de violencia por prejuicio y violencia basada en género, de modo que no sean vistas como hechos fortuitos, sino como crímenes cuyo origen son las construcciones sociales que funcionan a modo de prejuicios ampliamente sostenidos por diferentes instituciones y actores [...] (p. 150).

En tal perspectiva, existe una agenda pendiente, por parte del Estado, en materia de regulación legislativa, persecución y sanción de los ilícitos incurridos en el contexto de la violencia estructural que se denuncia. Específicamente, al Poder Judicial le corresponde una particular implicancia en este punto, a la luz de uno de los estudios citados por Saldaña, *Informe de Violencia hacia personas LGBTI en Colombia* (Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación, 2015), que evidencia, entre otros, «los prejuicios de parte de operadores judiciales», en el sentido de que:

[...] los funcionarios judiciales continúan leyendo dichos hechos de violencia como si fuesen fortuitos y descontextualizados, sin demandar la búsqueda de indicios o móviles que puedan vislumbrar que se trata (en el caso de la población LGBTI) de un acto de violencia por prejuicio (p. 171).

Y es que:

Los estereotipos que aún manejan los operadores judiciales acerca de la orientación sexual o identidad de género de las víctimas suelen ser un reflejo de los prejuicios del victimario y, por lo tanto, pueden tomarse como un indicio del móvil discriminatorio del crimen (pp. 171-172).

A ello se suma el hecho de que la pasividad judicial envía un grave mensaje de impunidad.

Finalmente, buena parte de la obra reseñada se avoca al tratamiento del «matrimonio igualitario» y las uniones de hecho en ese contexto. Fernández Revoredo, en su estudio «Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano» (pp. 179-203), y Zavaleta Vera, en su artículo intitulado «Matrimonio igualitario e igualdad de derechos para familias del mismo sexo: una mirada desde el activismo al camino por recorrer» (pp. 205-242), abordan un tema de acuciante actualidad, relacionado con el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio y el reconocimiento de las uniones de hecho, sin exclusión de los proyectos familiares que difieran de una opción heterosexual y que cuestionan la ideas tradicionales sobre matrimonio y familia.

Por su parte, Tello Gilardi, en el estudio titulado «Derecho a la igualdad de trato y a formar una familia para las personas LGTBQI» (pp. 115-130), afronta el problema de la desprotección legal que en nuestro país imposibilita el reconocimiento de los

derechos de las poblaciones LGTBQI por mantener una relación de convivencia o de matrimonio igualitario, pese a haberse extendido estas uniones en diversos países del mundo. Enfatiza que, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una serie de estándares internacionales a los Estados para el reconocimiento y la protección de la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo:

[...] se evidencia que en la legislación peruana existe un vacío que vulnera los derechos fundamentales de las parejas LGTBQI y que perdura con el paso del tiempo, además del rechazo social hacia la sola idea de que pueda reconocerse otro tipo de familias diferentes al «modelo familiar tradicional» (p. 116).

Aquí cabe advertir que la problemática referida al «matrimonio igualitario» no se agota en la casuística interna, sino que ha adquirido una dimensión global, como refiere Álvarez (2009), quien, analizando la ausencia en España de legislación satisfactoria, observa que si el legislador español «no fue capaz de prever las consecuencias para el sistema de sus legislativos actos, exigirle que hubiera tenido en cuenta la dimensión internacional habría sido una misión imposible» (p. 10) y llama la atención sobre la

necesidad de poner límites a lo que podría convertirse en una «contaminación ordenpublicista», que más allá de la posibilidad de que dos hombres o dos mujeres contraigan matrimonio, censure todo el Derecho del [sic] familia de cuantos ordenamientos jurídicos aún no han reconocido tal derecho (p. 28).

Creemos que son muchos aún los problemas sociales y culturales relacionados con el entorno familiar, los conflictos y los derechos que de ellos emanan. Baste decir que en el siglo XXI existen ya «modelos de familia» que reflejan la diversidad cultural universal y que su tratamiento corresponde, por tanto, a esa escala. Mientras, resultan

sumamente valiosas las publicaciones que, como la presente obra reseñada, dirigen sus esfuerzos a desterrar toda forma de violencia y discriminación por razones de género, ya sea en la sociedad misma, las instituciones o los tribunales de justicia.

REFERENCIAS

- Álvarez, S. (2009). Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio. En Álvarez, S. (ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)* (pp. 9-38). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Jacques, M. (2001). ¿Género en la justicia o justicia de género? Una nueva estrategia educativa. *Polis*, (1), 1-11. Recuperado de <https://journals.openedition.org/polis/pdf/8138>

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: jchavezd@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 527-534

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.60>

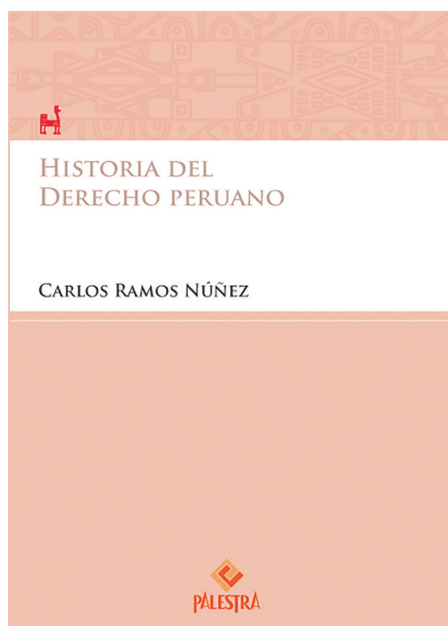
Carlos Ramos Núñez. ***Historia del derecho peruano.***

Lima: Palestra, 2019, 138 pp.



La brevedad es una virtud en la poesía y en la narrativa. También lo es en la prosa de ideas que comunica el flujo y reflujo de la historia de manera concisa. Es hartamente conocido que a la brevedad se llega tras un proceso de constante condensación que incluye hecatombes de voluminosos manuscritos. Quien opta por narrar una historia recurriendo a la mirada panorámica y sintética debe cumplir con la exigencia de ofrecer al lector una imagen completa de una amplia extensión del campo del conocimiento, y, como efecto, deberá asegurar que dicha imagen cartográfica atrape al lector para que este, sin descanso, y como disfrute, paladee de un tirón la historia que se relata. La reciente publicación del catedrático e historiador del Derecho, Carlos Ramos Núñez (Arequipa, 1960), ha logrado articular concisión, conocimiento y disfrute en los tres apartados que conforman su libro.

El texto se organiza en tres partes tituladas: «¿Existía un Derecho precolombino?», «El Derecho indiano o colonial» y «La República, sus primeras leyes y el inicio de la codificación». Cada una de estas presenta, como se advierte en el título, un ingreso



histórico-reflexivo a tres momentos de la historia nacional: la época prehispánica, la época colonial y la época republicana desde su fundación hasta las primeras dos décadas del siglo XXI. Toda vez que se trata de un amplio universo de sucesos históricos relacionados con las regulaciones de la vida en sociedad, el autor opta por la presentación encadenada de los hechos más significativos. No comprende, por tanto, la historia como una suma de datos, sino que

la entiende, más bien, como un fluir discontinuo. Por ello, para definir su síntesis de la historia, da cuenta de la existencia de otros acertados modos de exponer la historia del derecho. Refiere analíticamente las fuentes bibliográficas que iniciaron el proceso de construcción historiográfica del derecho. Desde el manual de historia del derecho peruano publicado por entregas en el diario *La Gaceta Judicial* (1876), de autoría del profesor Román Alzamora, pasando por los que tuvieron mayor aceptación y fueron escritos por Jorge Basadre: *Manual de la historia del Derecho peruano* (1937) y *Los fundamentos de la Historia del Derecho* (1956), hasta llegar a la «profesionalización de la historia del Derecho» con las contribuciones especializadas de Fernando de Trazegnies Granda: *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1979), *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1981) y *En el país de las colinas de arena* (1994).

Hecha la precisión bibliográfica, el historiador del derecho propone algunas preguntas respecto a si «¿Existía un derecho precolombino?» o si «¿Existían prisiones entre los incas?», la

explicación diferenciada de «deberes» y «derechos»; la acotación de que en el mundo precolombino prevaleció «la costumbre y la legislación» antes que propiamente el derecho, sirve para aclarar que se debe tener cuidado con la aplicación conceptual de algunas categorías contemporáneas como «derecho» puesto que estas fueron acuñadas para describir un sistema jurídico occidental, y no los procesos de interacción y regulación social del pasado prehispánico; los conceptos modernos, enfatiza el autor, «no deberían introducirse arbitrariamente» (p. 17). Para Ramos Núñez:

No existía entre los incas un Derecho penal tal como lo concebimos hoy, debidamente individualizado, sujeto al *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege* [ningún delito, ninguna pena sin ley previa]. Existía sí un sistema punitivo ejemplarizante y con penas atroces que se dirigían muchas veces no solo contra los individuos, sino contra colectivos (p. 23).

El segundo apartado es una presentación de la realidad jurídica del mundo colonial. Para ello, se explica que «El Derecho indiano o colonial» alude a un «conjunto de leyes, ordenanzas y diversas disposiciones destinadas a regir en las Indias» (p. 31). Entre estas fuentes normativas se tenía a las bulas, las autorizaciones y los requerimientos. Ramos Núñez comenta este último ya que se constituyó en un instrumento de legitimación de títulos que imponía «por gracia de Dios» los «justos» títulos de tierras conquistadas para los reyes, la lógica de los requerimientos «pasaba por una sistemática denigración de la población conquistada, a la que se le atribuían diversos crímenes imperdonables, sobre todo, de orden religioso y moral» (p. 35). Otra de las figuras legales de la época era la reglamentación de la organización de los servicios que los indígenas debían prestar a los conquistadores: la encomienda, la mita, el pongaje y el yanaconaje, estos tuvieron algunas prohibiciones que buscaban amenguar el sometimiento de los

indígenas. Y si bien existía una actitud y disposición legal para que no se abusara del indígena, no obstante, precisa Ramos Núñez, el problema del derecho indiano «no radicaba en su formulación ni en los ideales que encerraba, sino en su aplicabilidad. Buena parte del mismo era ineficaz, simplemente no se cumplía» (pp. 38-39). Ergo: el abuso contra la sociedad indígena era sistemático y brutal. De hecho, al respecto, el catedrático señala que 1680 es un año clave para la historiografía jurídica, pues Juan de Solórzano y Antonio de León Pinelo dieron a conocer la *Recopilación de Leyes de Indias*, obra (distribuida en nueve libros) en la que se disponía normas para regular la vida en la Iglesia católica, el Tribunal del Santo Oficio, los seminarios y las universidades; también leyes para las cuestiones de la administración política de armas, soldados, delitos, cárceles y finanzas. Es decir, leyes del derecho público y derecho administrativo. El impulso por los derechos que estas leyes otorgaron se tradujo en el incremento significativo de la masa «de litigantes indígenas, letrados, procuradores, muchos muy competentes» (p. 48). Pero el derecho indiano también poseía otro rostro, este, acota Ramos Núñez, se expresó en toda su atroz brutalidad en dos casos judiciales de la historia nacional: el juicio a Atahualpa y el proceso a José Gabriel Condorcanqui, Túpac Amaru II. Anota el historiador del derecho:

Queda a la vista el sistema punitivo empleado, sobre todo, en procesos que concernían a la lesa majestad o la alta traición. Sistemas de ejecución como el garrote, la picota, la horca, el descuartizamiento y la hoguera exhiben el horrible rostro del Derecho indiano (p. 53).

El último apartado, tras el sangriento y execrable crimen de Túpac Amaru II, ominoso acto con el que se buscó infundir temor y temblor en la rebelde población indígena, apartado titulado «La República, sus primeras leyes y el inicio de la codificación»,

comienza la exposición de la historia con la promulgación de la Constitución Política del Perú el 12 de noviembre de 1823, la misma que consagró la «división del poder del Estado en tres funciones: “legislativa, ejecutiva y judicial”» (p. 57). Antes se anota que en el período que va desde 1820 hasta 1965 convivieron normas coloniales con normas nacionales, hecho que reviste a nuestro sistema jurídico-normativo de una significativa particularidad: la contradicción. Ramos Núñez destaca el impacto de la nueva situación jurídico-política para los diversos sectores de la población, es ejemplo de ello que para los indígenas se estableció que no podían ser tratados despectivamente con denominaciones como «indios o naturales», en su lugar debía llamárseles «peruanos»; por lo mismo, el 8 de abril de 1824, se ordenó el reparto de tierras a los indios. Para los españoles residentes, luego del derrumbe del sistema colonial, se prohibió el uso de la capa así como la realización de acciones que alterasen el orden y la independencia. En este contexto, un primer antecedente del Código Civil lo hallamos en el que presentó Manuel Lorenzo Vidaurre:

El citado proyecto contenía normas extremadamente conservadoras, por ejemplo, el artículo 15 no consideraba lícito tener por esponsal a los sirvientes de la casa; se oponía Vidaurre al matrimonio de hija con alguien «absolutamente pobre», sin ciencia, arte u oficio. Estimaba, además, lícita la venta de esclavos hasta el año 1872 (p. 63).

En esa misma línea expositiva de lo más significativo de la historia de los códigos, Ramos Núñez explica que, en el Código Civil de 1852, con respecto a la mujer, se reglamentó que estaba completamente supeditada al esposo: «ella tenía la obligación de obedecerle» (p. 66). El Código Civil de 1936 reconocía «El derecho al nombre», pues está relacionado con el desarrollo de la personalidad, así como establecía la posibilidad de que se demande judicialmente el reconocimiento de la paternidad. En

cuestiones de derecho penal, declarada la independencia, se crean decretos que buscaban regular la apertura de procesos judiciales. Se establecía que nadie podía ser juzgado por meras opiniones políticas. En esa línea de contemplar la regulación de casos y situaciones, el Código Penal de 1863 presentaba algunas contradicciones, una de ellas, por ejemplo, se hallaba en la sanción con arresto para quienes se batieran a duelo, y en su artículo 260 sancionaba también a quienes lo hicieran «sin asistencia de dos o más padrinos» (p. 74).

El Código de Maurtua o Código Penal de 1924, que para juicio del historiador adoptaba un sistema de penas «benigno para los semisalvajes y sensibilizados», es un ejemplo de aquellas paradojas; así, se sancionaban los delitos sexuales, pero solo se permitía el inicio de la acción penal cuando la propia agraviada realizaba la denuncia, y si durante el rapto la mujer era obligada a desposarse, únicamente podría denunciar a su agresor cuando lograra anular su matrimonio (p. 75). Esta y otras contradicciones llevan al historiador y catedrático del derecho a observar esta característica *sine qua non* en la génesis, el desarrollo y el proceso de nuestra historia del derecho, que en el período que va desde 1820 hasta 1965, admite la convivencia de normas de espíritu colonial y las implantadas por el espíritu y la mentalidad republicana y libertaria. Se tenía, por ejemplo, leyes que proponían sancionar el hurto pasando al ladrón directamente por las armas; pero también se disponía de leyes que facultaban al Consejo para que se nombre abogados que defiendan al acusado (p. 78). Y así, en otro contexto, se implementaron leyes que establecían que los jueces tendrían que ser militares (p. 79). Esta intromisión del fuero militar en la justicia ordinaria fue objetada por la Corte Interamericana, que se pronunció en contra de someter a civiles al fuero militar, así como mostró su negativa respecto a usar la legislación como estrategia para sustraer a los militares de acusaciones de delitos concernientes a derechos humanos (p. 79).

Por la parte de los derechos laborales se contaba con leyes diversas: desde la que defendía la inembargabilidad del sueldo salvo obligaciones alimentarias (1911), la ley de accidentes de trabajo, la que disponía la atención médica gratuita para obreros y la que prohibía el despido de obreros (1914), pasando por leyes que fomentaban la construcción de hospitales, así como las que regulaban el descanso obligatorio para trabajadores de entidades gubernamentales, almacenes, minas, canteras, construcciones: no se trabajaba los domingos, los días de fiestas cívicas, la jornada de trabajo de las ocho horas (1919) y la ley del pago por las horas extras de trabajo (1934). La Constitución de 1920 inaugura los derechos sociales en el Perú, y el contrato colectivo de trabajo aparece en la Constitución de 1933.

Respecto a la regulación de la presencia extranjera en el Perú, vía las Constituciones de 1920, 1933 y 1979, se les exigía a los extranjeros que desearan permanecer en el territorio nacional, tener la mayoría de edad, haber residido por dos años en el territorio nacional y el estar inscritos en el registro correspondiente. En el caso de los inmigrantes alemanes, por ejemplo, se introdujeron por primera vez en territorio peruano en 1853, estos deberían habitar las llanuras del Amazonas: «Además se decretó en mayo de 1945 que dichos colonos estarían exentos de pagar contribución. Se establecieron en una colonia de Pozuzo» (p. 87). Como efeméride legal anota que «en 1852 hace su aparición el primer Código de Comercio en nuestro país» (p. 89), así como que la modernización notarial se produce en 1979 con el Decreto Ley n.º 22634, del 14 de agosto, pues en este se precisa que es el Ministerio de Justicia el que asume la atribución de vigilar la función notarial.

La proteica historia del derecho de Ramos Núñez cierra con una presentación de algunos tópicos del derecho concernientes al siglo XXI, en los que nos recuerda sucesos que merecen meditación jurídica e histórica: el caso de las comunidades indígenas de la

Amazonía en Bagua, las cuestiones de orden «biocultural», las nuevas tendencias del derecho penal en el que se criminaliza la «violación de correspondencia» (p. 119) y la figura de la «incapacidad jurídica» que, como anota el magistrado, significa un «trascendental cambio para las personas en esta situación, ya que antes de la modificación dichas personas veían restringidos sus varios derechos» (p. 122).

Cerramos esta reseña con dos observaciones. La primera se desglosa de la precisión que el autor realiza en el «Epílogo» del libro: «Entre las características contemporáneas del Derecho peruano se halla su carácter sincrético. En ese sentido, sus tradiciones intelectuales son numerosas y conviven con, no obstante, sus contradicciones» (p. 123). Acaso, esto último, que caracteriza a la historia del derecho, sirva también para comprender nuestro discurrir social rumbo al Bicentenario como el devenir de las contradicciones. La segunda observación se desprende de una inobjetable virtud que Carlos Ramos Núñez ha logrado plasmar en el texto: la claridad explicativa unida al rigor de su magisterio.

GLADYS FLORES HEREDIA
Fondo Editorial del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: gfloreshe@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

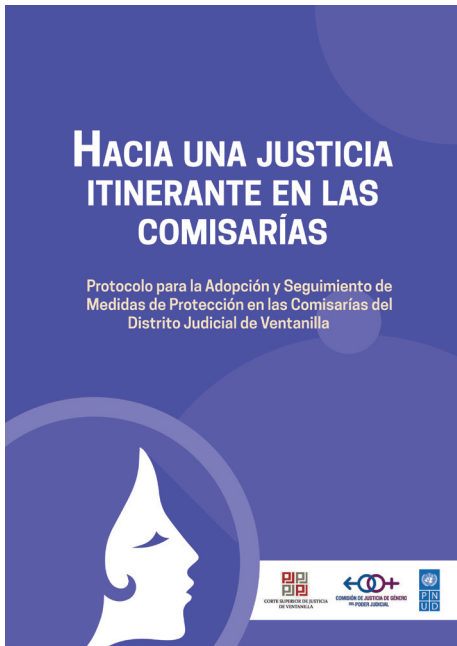
Christian Arturo Hernández Alarcón.
***Hacia una justicia itinerante en las
comisarías. Protocolo para la adopción
y seguimiento de medidas de protección
en las comisarías del Distrito Judicial
de Ventanilla.***

Lima: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo,
2019, 41 pp.



La estrategia del Poder Judicial de acercarse pertinazmente a la población a través de los programas de justicia itinerante que promueve a lo largo de los distritos judiciales del país, ha dado ocasión a un cúmulo de experiencias que han derivado en el desarrollo de valiosos instrumentos de actuación judicial. Uno de ellos, precisamente, es el *Protocolo para la adopción y seguimiento de medidas de protección en las comisarías del Distrito Judicial de Ventanilla*, presentado a inicios de año por su autor, en aquel entonces ya presidente de dicha Corte Superior de Justicia.

El título de la obra, materia de recensión, incorpora la idea de una «justicia itinerante», concepto sobre el que debemos detenernos porque ofrece una perspectiva que va más allá de su sola asociación a



un concreto ámbito del quehacer de la justicia. Sin desconocer las experiencias sucedidas en otras latitudes, en el espacio latinoamericano, no fue en Perú, sino en Brasil donde se dieron las primeras manifestaciones de esta forma de ejercicio de la función jurisdiccional, allá por los años noventa, con la aparición de los Juzgados Itinerantes, conocidos en dicho país como «juzgados viajantes» y «juzgados de tránsito», los mismos que se

definen como «órganos itinerantes de la Rama Judicial del Poder Público» (Muñoz, 2009, p. 3).

La iniciativa de los juzgados viajantes, con sus periódicos recorridos por los barrios de las grandes metrópolis brasileñas para atender a los pobladores y celebrar audiencias de forma gratuita, ya daba las pautas para que se replicara la experiencia en otros países, y el nuestro no resultó ajeno a esta inquietud, que, en esencia, responde a la constatación de ciertas características disfuncionales de los sistemas de justicia en la región. En efecto, pese a los avances en materia de reforma de los Poderes Judiciales, aún subsisten barreras que impiden el pleno acceso a la justicia de grandes grupos poblacionales, sea por la compleja geografía, la carencia de recursos económicos o la presencia de estereotipos y corruptelas que minan la confianza en los tribunales. En consecuencia, como refieren el CEJA y el IDRC (2014) en un interesante estudio:

al generarse un conjunto de necesidades jurídicas insatisfechas ante las cuales la justicia tradicional, en general, se presenta como ajena y distante, han surgido una serie de mecanismos e iniciativas destinadas a constituirse en opciones para que la ciudadanía pueda satisfacerlas de manera más sencilla, rápida y a menor costo (pp. 12-13).

Entonces, la nuestra no es una experiencia aislada respecto a las tendencias regionales que desarrollan diversas alternativas al tradicional modelo de justicia, entre ellas la implementación de servicios de justicia itinerante para acercar las instituciones de justicia ordinaria a las personas distanciadas geográficamente¹ (CEJA/IDRC, 2014, p. 13). Ello demuestra que, a la luz de la experiencia comparada y del propio diseño de estos peculiares órganos, estamos ante un modelo de justicia alternativa en ciernes. Su carácter itinerante y su vocación de llegar directamente a la población para satisfacer sus urgentes necesidades de justicia bien la calificarían como tal, además, posee mayor alcance que el de un concreto programa de proyección social o una mera buena práctica.

Un claro espacio de actuación para la justicia itinerante es el referido en el protocolo que reseñamos. ¿Pero por qué un protocolo?

1 En la investigación se menciona a los Juzgados de Paz Móviles en Honduras y Guatemala, los Centros de Acceso a la Justicia Itinerantes de Argentina, de Asistencia Legal Gratuita Móvil (ALEGRA) en Perú y los Juzgados Itinerantes de Brasil (véase la nota 17 del libro referido). Dicho estudio del CEJA hace referencia a ALEGRA, del Ministerio de Justicia, pero ya en años anteriores el Poder Judicial peruano había dado vida a su propio órgano de justicia itinerante a través del programa de proyección social Justicia en tu Comunidad, creado el 16 de marzo de 2010 por la Corte Superior de Lima Norte e institucionalizado por el Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa n.º 037-2011-CE-PJ, del 26 de enero del mismo año, pero que en la actualidad se integra dentro del Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad, instaurado por la Resolución Administrativa n.º 028-2016-CE-PJ.

Sin pretender arribar a un acabado concepto, entendemos que un protocolo² es el conjunto de reglas o criterios generales de actuación secuencial en un determinado contexto. Con ese afán de homogeneizar y estandarizar los procedimientos, pasos y referencias que han de seguirse, el libro *Hacia una justicia itinerante en las comisarías. Protocolo para la adopción y seguimiento de medidas de protección en las comisarías del Distrito Judicial de Ventanilla* surge en la escena editorial, bajo los auspicios de la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con el objetivo de articular el accionar de las diversas instituciones involucradas en el proyecto Justicia Itinerante en las Comisarías del Distrito Judicial de Ventanilla, «para la mejor atención, investigación, protección y sanción de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, en el marco de la Ley n.º 30364», como reza el considerando cuarto de la Resolución Administrativa n.º 000080-2020-P-CSJV-PJ, del 25 de febrero de 2020, que oficializa el acuerdo que aprobó dicho protocolo.

El protocolo nace en el marco del proyecto piloto denominado Justicia Itinerante en las Comisarías del Distrito Judicial de Ventanilla, el cual se implementaba desde el año 2017. El citado instrumento establece los pasos y lineamientos que deben seguir los operadores del sistema de justicia para la atención a las víctimas de violencia, la adopción de medidas de protección y su seguimiento respectivo, en virtud de la citada Ley n.º 30364. El cuerpo del protocolo se compone de once apartados en los que, como se señala en su presentación, sencilla y claramente, contiene la información

2 De acuerdo con la RAE, «protocolo», del latín tardío *protocollum*, tiene varias acepciones; la tercera indica lo siguiente: «Conjunto de reglas establecidas por norma o por costumbre para ceremonias y actos oficiales o solemnes» y la cuarta: «Secuencia detallada de un proceso de actuación científica, técnica, médica, etcétera».

básica, los pasos, los lineamientos utilizados y otros aspectos que servirán de guía al operador de justicia en esos casos.

El propósito inmediato es brindar una eficiente atención a las víctimas de violencia cuando concurran a las comisarías a denunciar tales hechos que, se sabe, representan un elevado número de casos, equivalente a más del 50 % de la carga procesal en la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, y significan, a su vez, para las víctimas, múltiples problemas (económicos, falta de servicios cercanos, etc.) que les impiden acceder a la justicia, originando lentitud en la tramitación de sus casos y la adopción de las medidas de protección. Esta es una problemática que se agudiza con las limitaciones de personal, en particular de notificadores, que padecía la citada Corte, ocasionando que las audiencias se realizaran después de veintidós días o más; esto ameritaba una solución que involucrara al conjunto de instituciones del Sistema de Justicia. Con el inicio del proyecto piloto mencionado en las comisarías del distrito de Ancón, el 26 de marzo de 2017, el juez dejaba su despacho para ir a la comisaría y darle el encuentro a la víctima de violencia, y se obtuvieron auspiciosos resultados. Este mecanismo es aplicado por cinco jueces de la especialidad de la Corte de Ventanilla en las seis comisarías.

El apartado 1 del protocolo (pp. 4-6) engloba sus aspectos básicos; en este se explica de manera clara y precisa en qué consiste la justicia itinerante en las comisarías, qué situaciones de violencia se pretenden mitigar y qué busca el protocolo, los roles del juez (quien dicta las medidas de protección), el fiscal (quien dirige y controla la investigación) y la Policía Nacional (encargada de investigar los hechos, bajo la dirección del fiscal), así como la información comunicada a la víctima sobre los procedimientos y la protección concreta que se le dedica. Asimismo, se expone la labor de los facilitadores de acceso a la justicia (quienes brindan orientación emocional, acompañamiento y orientación a las víctimas), los letrados (a cargo de la defensa de la víctima), el Centro

de Emergencia Mujer (CEM), el cual ofrece servicios gratuitos de orientación legal, defensa judicial y consejería psicológica, y la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos (Udavit), cuyos profesionales otorgan asistencia integral a las víctimas de violencia por disposición del fiscal.

En el apartado 2 (p. 7) encontramos el marco legal que rige lo establecido en el protocolo. Por su parte, el apartado 3 (p. 8) contiene los «enfoques asumidos», referidos especialmente a los tres que la Ley n.º 30364 ha enfatizado: enfoque de género, derechos humanos y sostenibilidad. El apartado 4 (pp. 8-13) define las rutas de atención a la víctima; se realiza una comparación entre la atención a las víctimas de violencia en las comisarías sin y con justicia itinerante. Sin justicia itinerante en las comisarías, la víctima de violencia tenía que realizar sus gestiones sola trasladándose desde su domicilio hacia los establecimientos de las instituciones para su atención (comisaría, medicina legal, CEM, defensa pública, juzgado, fiscalía, Udavit), lo que implicaba un trámite engorroso, su revictimización y disponibilidad económica para realizar ello, con la cual la mayoría no contaba (ni actualmente cuenta). Todo ello provocaba que no presente denuncia o abandone el proceso a mitad del camino, de modo que el acto de violencia sufrido quedaba impune. El efecto contrario se da con la justicia itinerante en las comisarías, pues la víctima de violencia, una vez que presenta su denuncia en la comisaría, ya no necesita trasladarse a los establecimientos de las instituciones para su atención, pues el juzgado, con todos los servicios que abarca, se acerca el día de la audiencia a la comisaría para asistirle. Así se reducen tiempo y costos a favor de la víctima, se le otorga una respuesta rápida, con medidas de protección dictadas y ejecutadas el mismo día de la audiencia, donde la víctima se siente escuchada, atendida, protegida y continúa con el proceso hasta que se declara la responsabilidad del presunto agresor y se le sanciona, si corresponde aquello.

El apartado 5 (p. 14) presenta al Sistema Distrital, qué es y quiénes conforman su Comisión Multisectorial. De otro lado, el apartado 6 (pp. 14-16), como su título lo indica, desarrolla «El antes, durante y después de la justicia itinerante en las comisarías», es decir, las coordinaciones y las actividades que realizan las instituciones del sistema de justicia involucradas en el marco del proyecto. En el «antes» se encuentra la sensibilización, las coordinaciones e implementación logística y la programación de la audiencia; en el «durante», la realización de la audiencia, incluyendo la emisión de la medida de protección; y en el «después», la ejecución y el seguimiento de la medida de protección. Dentro del seguimiento se realiza la evaluación bimensual del proyecto.

El apartado 7 (pp. 17-39) explica en detalle los procedimientos y las tareas que deben ejecutar los operadores del sistema de justicia involucrados en el proyecto al momento de atender a la víctima de violencia, para lo cual han considerado conveniente incluir en el presente protocolo las preguntas y las pautas de atención a mujeres víctimas de violencia sexual, que fuesen elaboradas por la Organización Mundial de la Salud.

Los procedimientos aludidos son tres. El primero se llama ANIMA y sus pautas de atención han sido adaptadas y aplicadas al ámbito de la justicia; sus siglas significan: **A**tender y escuchar con empatía; **N**o juzgar, sí validar; **I**nformarse sobre el riesgo existente, las necesidades y preocupaciones de la víctima; **M**ejorar la seguridad; **A**poyar e indicar las tareas que realizan los mencionados operadores. Por otro lado, el segundo procedimiento, PROTEGE, consiste en brindar protección efectiva a la víctima de violencia desde el primer contacto, para lo cual se desarrollan las siguientes tareas: **P**rograman audiencias la Policía Nacional y el Poder Judicial; **R**ealizan las coordinaciones para asegurar la concurrencia de actores; **O**btienen todos los elementos necesarios para la toma de las decisiones; **T**oman medidas adecuadas

al riesgo; Evitan la continuación de la violencia; Garantizan una respuesta integral a las víctimas que responda a todas sus necesidades prácticas; Ejecutan la medida. Por último, el tercer procedimiento es ASISTE y se aplica luego de haberse dictado las medidas protección a la víctima de violencia: aquel consiste en hacer el seguimiento a la situación de la víctima y constatar si el agresor está cumpliendo con lo ordenado por el juez, evitando así que la víctima vuelva a ser violentada. Para ello, los operadores de justicia deben realizar las tareas de: Articulación en el seguimiento; Seguimiento desformalizado que mantiene contacto con las víctimas; Información que permita evaluar la actuación conjunta; Sistemas de gestión progresivamente compartidos; Terapias diferenciadas; Efectividad en el seguimiento.

Para el logro de todas las tareas que establecen los citados procedimientos, es muy importante que los operadores del sistema de justicia sigan los pasos indicados en el protocolo.

El apartado 8 (p. 40) contempla las dificultades y las oportunidades de mejora, es decir, los obstáculos presentes durante la ejecución del proyecto y cómo han sido superados gracias al trabajo articulado y la buena disposición de los operadores de justicia; a ellos se suma el reto de garantizar la efectividad de las medidas de protección, optimizando su seguimiento y el acompañamiento a las víctimas. El apartado 9 (p. 41), sobre las señales de una práctica prometedora, involucra los avances importantes concretados hasta la fecha con la implementación del proyecto, la celeridad en la adopción de medidas de protección, el incremento de la participación de las víctimas en las audiencias, la mejora en la comunicación entre las instituciones, la calidad de la información y las decisiones judiciales, así como la colaboración entre los actores y los planteamientos autocríticos para mejorar. El apartado 10 (p. 41) suscribe los pasos que se deben seguir, esto es, lo que se

pretende a futuro con el proyecto: especializar a los actores involucrados con miras a su acreditación y certificación en el tema de violencia; promover la interoperabilidad de procesos dentro de una ruta de atención; medir el impacto y los resultados para generar mejoras, compartir experiencias y promover su réplica entre las Cortes Superiores de Justicia del país. Finalmente, el apartado 11 (p. 41) reúne las referencias esenciales que sustentan el protocolo.

Hacia una justicia itinerante en las comisarías. Protocolo para la adopción y seguimiento de medidas de protección en las comisarías del Distrito Judicial de Ventanilla es una obra cuyo autor es, a un mismo tiempo, actor estelar de este proceso; su posición de director de la política judicial en la Corte de Justicia lo coloca ante un doble reto: velar por la debida aplicación del protocolo y garantizar un eficiente servicio de justicia para una población que, como en muchos distritos judiciales, es una cabal expresión de la diversidad social, económica, geográfica y cultural que caracteriza a nuestro país, con las ventajas y obstáculos que ello pudiese significar para el propósito de acercarnos a una sociedad más próspera, justa, democrática e inclusiva.

REFERENCIAS

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) e International Development Research Centre (IDRC) (2014). *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia en América Latina*. Santiago de Chile: CEJA. Recuperado de http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5492/informe_mecanismosalternativosalprocesojudicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Muñoz, N. (2009). *Justicia itinerante en zonas con limitada cobertura de operadores de justicia en el territorio nacional*. Bogotá: s. e. Recuperado de <http://ccai-colombia.org/files/primarydocs/200912muno.pdf>

Real Academia Española (2019). Protocolo. Recuperado de <https://dle.rae.es/protocolo>

CECILIA DEL PILAR GUEVARA MUÑOZ
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: cguevara@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-2229-6247>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 545-550

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.62>

Poder Judicial del Perú. Interculturalidad y Poder Judicial. Compendio jurídico (3.ª ed.).

Lima: Comisión de Justicia Intercultural del Poder Judicial/
Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2019, 240 pp.



El título del libro que nos honramos en reseñar, *Interculturalidad y Poder Judicial. Compendio jurídico*, por sí solo, explica su contenido. En principio, es pertinente tener en cuenta lo siguiente:

La interculturalidad, desde un paradigma ético-político, parte del reconocimiento de las diferencias culturales como uno de los pilares de la construcción de una sociedad democrática, fundamentada en el establecimiento de relaciones de equidad e igualdad de oportunidades y derechos. El enfoque intercultural implica que el Estado valore e incorpore las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnicos-culturales para la generación de servicios con pertinencia cultural, la promoción de una ciudadanía intercultural basada en el diálogo y la atención diferenciada a los pueblos indígenas y la población afroperuana (Decreto Supremo n.º 003-2015-MC, 2015, p. 13).



Ahora bien, en el artículo 2, numeral 19, de la Constitución Política del Perú se protege la pluralidad étnica y cultural, pues se suscribe que toda persona tiene el derecho de usar su propio idioma ante cualquier autoridad, mediante un intérprete. Asimismo, el artículo 89 reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, otorgándoles la calidad de persona jurídica, autónomas en su organización, su trabajo comunal y el uso y la libre disposición de sus

tierras, así como en lo económico y administrativo, respetando su identidad cultural. En esta misma línea, el artículo 149 admite que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona, estableciendo las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y las demás instancias del Poder Judicial.

En ese sentido, el 11 de mayo de 2011, el Poder Judicial, asumiendo el liderazgo de coordinación y colaboración con la justicia especial y con la finalidad de garantizar un efectivo acceso a la justicia, mediante la Resolución Administrativa n.º 202-2011-P-PJ, creó la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz.

En cumplimiento de sus funciones, dicha comisión elaboró la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural, aprobada por la Resolución Administrativa n.º 499-2012-P-PJ, del 17 de diciembre de 2012,

con el propósito de promover la interrelación con la justicia que se realiza en las comunidades campesinas, las comunidades nativas y las rondas campesinas, en lo referente al mutuo conocimiento a nivel sociológico y legal, la coordinación y la resolución de conflictos entre ellos, la formulación de las iniciativas legislativas correspondientes y la articulación de estas labores con aquellas propias de la justicia de paz.

Interculturalidad y Poder Judicial. Compendio jurídico es un libro presentado por Víctor Prado Saldarriaga, catedrático de Derecho Penal y juez supremo titular de la Corte Suprema Justicia de la República, quien nos devela el arduo y continuo trabajo para construir y consolidar un enfoque intercultural de justicia en el Poder Judicial, cuyos resultados obtenidos han sido positivos en experiencias, prácticas y programas de cooperación con las distintas expresiones de justicia originaria y especial que coexisten en las comunidades andinas y amazónicas del país.

Se encuentra dividido en cinco capítulos bien diferenciados: I) Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República; II) Cortes Superiores de Justicia del país. Conclusiones Plenarias. Plenos Jurisdiccionales Regionales; III) Protocolos para una justicia intercultural; IV) Resoluciones administrativas; V) Declaraciones. Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural.

El primer apartado (pp. 15-47), compila los siguientes documentos:

- a) Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre de 2009, sobre rondas campesinas y derecho penal. Según Prado Saldarriaga, desarrolla dos aspectos fundamentales: la asimilación de un innovador enfoque jurisdiccional sobre el rol y la transcendencia de las funciones de control social que ejercitan las rondas campesinas en el país y la definición de criterios de orientación que sirvan de referencia a la judicatura

nacional para el tratamiento adecuado de los casos penales donde se encuentran inmersas personas que integran tales organizaciones comunales.

- b) Acuerdo Plenario n.º 1-2015/CJ-116, de fecha 2 de octubre de 2015, sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes. Este acuerdo:

[...] busca insertar y fomentar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior del niño en las decisiones judiciales de índole intercultural vinculadas con la discusión procesal sobre la debida aplicación de la eximente o la reducción punitiva que propone el artículo 15 del Código Penal. Pero, también, a través de sus contenidos, se procura incidir en la necesidad de corregir, a partir de estándares de calidad, las malas prácticas identificadas en la elaboración técnica, interpretación jurisdiccional y valoración de las pericias antropológicas o informes de intermediación cultural. Esto es, en todo medio de auxilio judicial pertinente para dilucidar la intensidad y legitimidad de los factores o características de índole intercultural, útiles para esclarecer el real significado sociocultural de los actos de sometimiento a niñas y adolescentes menores de catorce años a relaciones sexuales tempranas e imputados a miembros de comunidades campesinas y nativas (p. 42).

El segundo capítulo (pp. 49-64) agrupa los acuerdos a los que se arribó en las dos ediciones del Pleno Jurisdiccional Regional Consuetudinario, primero llevado a cabo en Pucallpa (15 y 16 de octubre de 2010) y, posteriormente, en Ayacucho (25 y 26 de noviembre de 2010). Además, se incorporan el I y II Pleno Jurisdiccional Regional Intercultural, desarrollados en Pucallpa (2 y 3 de septiembre de 2016) y Cusco (15 y 16 de septiembre de 2017), respectivamente. Cabe precisar que los plenos jurisdiccionales son espacios de diálogo donde se discuten los problemas

hermenéuticos surgidos a partir de la interpretación y la aplicación de una determinada norma.

Por otro lado, el Poder Judicial, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 149 de la Constitución y asumiendo el reto de elaborar pautas de coordinación entre la justicia ordinaria y especial y el acceso a la justicia de estas poblaciones, ha elaborado una serie de documentos que se encuentran acopiados en el tercer apartado (pp. 65-191): a) Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia; b) Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos; c) Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural dirigido a Funcionarios del Sistema Estatal de Justicia; y d) Protocolo para la Participación de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias en Procesos Judiciales.

El cuarto capítulo (pp. 193-204) expone: a) la Resolución Administrativa n.º 340-2010-CE-PJ. Institucionaliza el Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural (11 de octubre de 2010); y b) la Resolución Administrativa n.º 499-2012-P-PJ. Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural del Poder Judicial (17 de diciembre de 2012).

Por último, el quinto apartado (pp. 205-234) de este libro presenta las declaraciones de los Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural, los cuales se perfilan como espacios de diálogo donde participan jueces, juezas, autoridades de los pueblos indígenas y expertos académicos nacionales e internacionales, con la finalidad de establecer puentes en el proceso de diálogo intercultural entre los sistemas de justicia ordinaria y especial, y, de este modo, conocer el impacto y los conflictos que genera la administración de justicia estatal en los sistemas de justicia aplicados por los pueblos indígenas en la solución de conflictos de relevancia jurídica. Es así que este capítulo reúne las Declaraciones de La Merced 2010,

Cajamarca 2010, Huaraz 2011, Lima 2012, Piura 2013, Puno 2015, Iquitos 2016, Ayacucho 2017 y Lima 2018.

En definitiva, *Interculturalidad y Poder Judicial. Compendio jurídico* (tercera edición) es una obra resumida y actualizada de los documentos de gestión elaborados por el Poder Judicial y que se constituye como una herramienta de lectura obligatoria y altamente recomendada no solo para los involucrados en los sistemas de justicia, sino para la ciudadanía en general, debido a que los instrumentos compilados a lo largo de estos años plasman la interacción entre la justicia ordinaria y la especial con resultados positivos que contribuyen a la edificación y consolidación de un enfoque intercultural de la justicia en el Poder Judicial.

MARCOS MORÁN VALDEZ
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: mmoran@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8788-6825>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 551-558

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.63>

Poder Judicial del Perú. ***Séptimo Pleno Casatorio Civil.*** ***Tercería de propiedad (2.ª ed.).***

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, 180 pp.



Suelen estar en manos de la Corte Suprema de Justicia de la República las soluciones definitivas a los problemas de interpretación y aplicación del derecho; en ese sentido, uno de los conflictos que ameritaban, desde hace buen tiempo, una respuesta clara eran los procesos donde se discutía —muchas veces, con resultados contradictorios— el derecho de propiedad de un inmueble no registrado, frente a un embargo judicial inscrito sobre el mismo bien, y, con ello, el debate respecto a los alcances de lo establecido en el artículo 2022 del Código Civil sobre oponibilidad de derechos, en las demandas de «tercería de propiedad», figura jurídica procesal regulada en el artículo 533 del Código Procesal Civil.

La obra aquí reseñada, titulada *Séptimo Pleno Casatorio Civil. Tercería de propiedad*, editada por el Fondo Editorial del Poder Judicial, acoge en sus páginas la sentencia casatoria emitida por los jueces supremos civiles reunidos en pleno y las principales piezas procesales que obran en el expediente judicial que fuera resuelto



en la Casación n.º 3671-2014-Lima, proceso que ha dado lugar a la celebración del Séptimo Pleno Casatorio Civil.

Cabe destacar que la publicación impresa ha respetado el contenido original de la sentencia casatoria y de los actuados con la finalidad de que estas lleguen al lector preservando su fidelidad, a lo cual se suma el prolijo cuidado en la edición del libro, tanto en los aspectos gráficos como lingüísticos, que logran, en su conjunto, darle

identidad a una obra que ya forma parte del acervo bibliográfico de la nación y constituye una fuente de consulta que se inscribe dentro de los esfuerzos del máximo tribunal de justicia por garantizar la predictibilidad de la justicia civil.

En cuanto a esto último, la sentencia sanciona en su decisión reglas hermenéuticas a las que atribuye el carácter de «precedente judicial vinculante». En este caso, el Supremo Tribunal otorga a su resolución una condición que emana de su propia autoridad, pero lo realmente valioso para el análisis —desde un punto de vista del desarrollo de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema— radica en que la fuerza vinculatoria de la sentencia casatoria emane de la propia consistencia y coherencia de las argumentaciones expuestas en el considerando de la sentencia, y no tanto en una declaración formal.

Dicho ello, en referencia a lo resuelto en sede casatoria, la sentencia del pleno, tras declarar infundado el recurso de casación y no casar la sentencia de vista, fija como precedente judicial vinculante, en su segundo extremo, las siguientes reglas hermenéuticas:

1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1.º del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.
2. El juez de primera instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.
3. En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada INFUNDADA, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones (p. 99).

En este extremo puede apreciarse que el colegiado se avoca a una interpretación objetiva y sistemática del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, con el propósito de despejar dudas respecto a los supuestos de tercería de propiedad que impliquen bienes inmuebles no registrados, y no acoge los criterios registrales dirigidos a hacer prevalecer el crédito inscrito en la forma de embargo judicial sobre la propiedad inmueble no registrada.

Ahora bien, la decisión del pleno fue adoptada en mayoría, lo cual demuestra lo amplio del debate generado; sin embargo, no exime la consideración de los votos singulares suscritos por tres de los integrantes del colegiado. El voto singular de Martínez Maraví precisa que el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito son derechos de diferente contenido y excluyentes, pero

que la norma jurídica aplicable en caso de conflicto entre ambos derechos, esto es, el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, no señala con claridad cuál debería prevalecer y remite a «las disposiciones del derecho común», lo cual evidencia que dichas disposiciones tienen que consagrar un criterio de solución distinto al de la inscripción registral consagrado en el primer párrafo del citado artículo, en tanto hipótesis autónomas y contrarias entre sí.

En esa línea, en el citado segundo párrafo se consagra una oración adversativa que niega la afirmación principal del primer párrafo (la primacía de la inscripción registral): «[...] por lo que, la referida oración adversativa vendría a ser la afirmación de que el conflicto entre derechos de diferente naturaleza o contenido se resuelve sin tener en cuenta el Registro» (p. 104); luego, que:

[...] las «disposiciones del derecho común» a que se hace referencia son las normas del artículo 949.º y el artículo 1219.º inciso 1 del Código Civil, que consagran, la primera, que un adquirente se hace de la propiedad con el solo consenso y, la segunda, que un acreedor no puede afectar bienes que no son de su deudor (p. 107).

Por el contrario, en su voto singular, Calderón Puertas discrepa de la interpretación dada acerca de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en el sentido de buscar la repuesta en la distinción entre los derechos nacidos de una obligación (de carácter relativo), que solo vincularía al acreedor con el deudor (*inter partes*), y aquellos posibles de oponerse a todos (*erga omnes*), a los que se atribuye una supuesta prioridad. Este último es un supuesto abstracto que impide sostener la superioridad de uno de los derechos (específicamente, de la propiedad no inscrita) respecto al otro (crédito) por su mayor grado de protección y considera que, en este caso de conflicto entre un derecho real y uno obligacional, el derecho de propiedad cede al derecho de crédito, de modo que los datos que brindan los Registros Públicos

deben otorgar la solución, pues: «cuando el embargo se encuentre inscrito, no tiene por qué perjudicarse al diligente que se vale de los principios de publicidad y legitimación registrales para cautelar su acreencia» (p. 116).

Sin duda, esta reciente jurisprudencia civil casatoria ha generado una saludable deliberación, a nivel de distintos foros académicos, sobre las bondades de lo resuelto. No obstante, dicho problema interpretativo ya era objeto de preocupación por parte de la doctrina; Alexander Rioja (2011), al referirse al principio de prueba escrita del fundamento de la pretensión del tercerista, había llamado la atención sobre la necesidad imprescindible de «que se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que preceda en el tiempo a la de medida cautelar» (p. 176). Es más, en la Exposición Oficial de Motivos del Código Civil de 1984 —que, en su artículo 2019, inciso 7, siguió considerando al embargo como acto inscribible en el Registro de la Propiedad Inmueble— ya parece darse, como señala Eugenia Ariano (2016), una solución «definitiva» al problema:

Artículo 2022. Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza, se aplican las disposiciones del derecho común.

Sin embargo, la precitada autora, tras constatar —no sin misterio ni asombro— que en el caso de otros actos inscribibles, regulados en el código sustantivo, el «derecho común» es dejado de lado en beneficio de la aplicación de la regla de la prioridad de la inscripción, con la sola excepción del embargo —el cual también es inscribible—, así como que el Código Procesal Civil vigente —que debió tomar una expresa posición al respecto— no ofrece

alguna solución al problema y que la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia se ha inclinado a favor del adquirente de derechos reales anteriores a la anotación, observa que la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil establece como precedente judicial vinculante «[...] nada distinto del criterio *mayoritario* [...]» (Ariano, 2016, p. 182); es decir, que:

[...] pese a todo su esfuerzo por interpretar objetivamente el texto del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, no han encontrado otra salida que remitirse (como lo quería el legislador concreto, esto es, el que escribió el artículo 2022 del Código Civil), para resolver el conflicto planteado en una tercería de propiedad, al derecho común (y no al derecho registral) (Ariano, 2016, p. 183).

Un aspecto destacable en la sustanciación de este caso complejo fue la participación de los llamados *amicus curiae* o «amigos del tribunal», especialistas cuyos enfoques académicos fueron compartidos por el colegiado supremo en sus aspectos centrales, divergentes, sea en favor de la defensa de la propiedad (posición mayoritaria) o de protección del embargo inscrito, excepto por el profesor Juan Monroy, cuya intervención es reseñada en el considerando 5.3 de la resolución:

Juan Monroy sostuvo que el caso discutido no debería ser objeto de un precedente vinculante, pues: (1) El artículo 2022 al clasificar los derechos en personales y reales incurre en un anacronismo. Esa clasificación era históricamente entendible, pero hoy no tiene ningún significado y se encuentra superada; (2) La tercería no tiene por objeto titular con el derecho de propiedad a nadie, sino liberar un bien afectado por una medida cautelar, finalidad que debe tenerse en cuenta; (3) El sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria regulada en el sistema civil es desconocido por las grandes mayorías. Por ello, deben ser

los jueces en el caso concreto los que resuelvan atendiendo a las especiales connotaciones del caso particular, razón por la cual no debiera generarse un precedente con alcance general.

Dicha posición, si bien discrepante, con la convocatoria a pleno, al considerar que «El sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria regulada en el sistema civil es desconocido por las grandes mayorías» (p. 76), refleja hechos reveladores: no solo el desconocimiento general de una norma —en teoría inexcusable—, sino, a su vez, la falta de dominio de la correcta interpretación y aplicación de una determinada figura jurídica, incluso por los propios letrados y operadores del sistema de justicia. Ello es una de las causas de conflictos y procesos judiciales que bien podrían evitarse, pero que, además, en el caso de una materia compleja, da lugar a jurisprudencia contradictoria, afectando sensiblemente la predictibilidad de la justicia y la seguridad jurídica.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia cumple, a través de su jurisprudencia casatoria, no solo un rol unificador, cerrándole el paso a la jurisprudencia contradictoria, sino también una función educativa, por tratarse de la más alta judicatura del país, cuyas sentencias contienen valiosas pautas hermenéuticas que orientan la actividad jurisdiccional, así como contenidos ilustrativos y pedagógicos en el ámbito de la cultura jurídica, la justicia y el derecho. De ahí la importancia de que los tribunales de justicia estén constituidos por jueces con una sólida formación académica y humanística, que les permita resolver, con criterio de justicia, la compleja carga procesal, máxime en graves tiempos de crisis social e institucional.

La publicación, por el Fondo Editorial del Poder Judicial, del libro *Séptimo Pleno Casatorio Civil* da cuenta, entonces, de cómo la Corte Suprema de Justicia de la República —de momento— ha zanjado el problema hermenéutico subyacente a la figura de la

«tercería de propiedad» en la resolución de los casos de conflicto entre el derecho real de propiedad no inscrito y el derecho obligacional inscrito en la forma de embargo; todo ello en aras de la predictibilidad de las decisiones judiciales en este ámbito del derecho judicial. Pero, lejos de señalar que es un capítulo cerrado, consideramos que la sentencia casatoria ha reavivado y enriquecido el debate en torno a esta temática. Por ello, invitamos a que se consulte su versión impresa, que ha sido editada con esmerado cuidado y rigurosidad.

REFERENCIAS

- Ariano, E. (2016). El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación n.º 3671-2014-Lima). *Ius et Veritas*, 24(52), 160-192.
- Rioja, A. (2011). En defensa de la propiedad indebidamente embargada. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, (6-7), 163-188.

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: jchavezd@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 559-568

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.64>

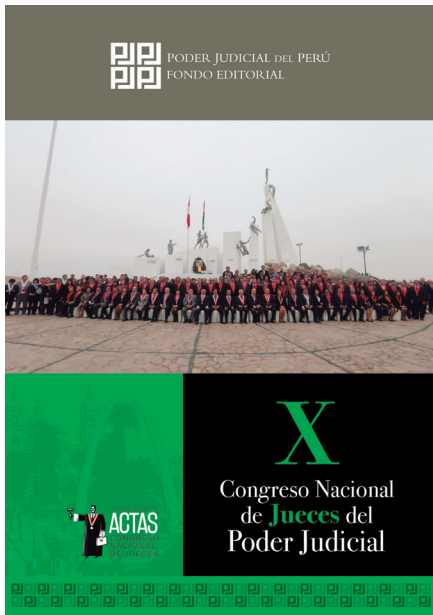
Poder Judicial del Perú. ***X Congreso Nacional de Jueces del Poder Judicial.***

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2018, 164 pp.



Esta obra contiene las ponencias de los especialistas y los acuerdos asumidos por los jueces representantes de todos los distritos judiciales a nivel nacional, con motivo de la celebración del X Congreso Nacional de Jueces del Poder Judicial, llevado a cabo en la ciudad de Tacna los días 13, 14 y 15 de julio de 2017. Asimismo, pertenece a la colección Actas Congreso Nacional de Jueces, serie de trabajos elaborados para su difusión a la ciudadanía en respuesta a la trascendente labor desplegada por los jueces participantes en cada congreso realizado, al constituirse en insumos para la toma de decisiones por parte de los órganos de gobierno del Poder Judicial.

Cabe precisar que cada congreso se celebra anualmente desde el año 2007 y —tal como se expuso mediante la Resolución Administrativa n.º 237-2007-CE-PJ (2 de octubre de 2007)— responde al anhelo compartido entre la población y los jueces de todas las instancias, de habilitar un servicio de administración



de justicia moderno, eficiente, confiable, predecible y transparente en forma sostenida. En consecuencia, es considerada como una herramienta metodológica para propiciar una reflexión conjunta y con sentido proactivo en búsqueda de la consolidación de las líneas de acción que posibiliten el proceso sostenible de reestructuración del Poder Judicial, así como el análisis de los factores que permitan la concreción de los atributos deseados en la impartición de justicia.

Conforme lo precisa el juez supremo Víctor Prado Saldarriaga en la presentación de la obra en cuestión, los temas recogidos para su elaboración —denominados «ejes temáticos»— fueron inicialmente seleccionados por su Comisión Organizadora y puestos en consideración de los jueces participantes para su discusión en el X Congreso, atendiendo a su amplio debate nacional. En el presente caso, observamos los siguientes: Autonomía y gobierno judicial, Tecnologías de la información, Reformas procesales y despacho judicial, Justicia con perspectiva de género y Lucha contra la corrupción.

En función de dichos ejes temáticos, el libro presenta una estructura dividida en dos partes principales: la primera recoge las disertaciones de los jueces supremos César San Martín Castro, Héctor Lama More, Elvia Barrios Alvarado y Ana María Aranda Rodríguez, así como las de los ponentes Pablo Salvador Coderch (España), José María Morales Arroyo (España), Walter Francisco Gutiérrez Camacho (Perú) y Gian Michael Simmons (Alemania);

mientras que la segunda detalla las conclusiones de los jueces participantes en el seno del X Congreso.

Las exposiciones de la primera sección nos ofrecen los valiosos aportes que sirvieron de inspiración al momento del debate y la formulación de las conclusiones; por ello, consideramos necesario referir brevemente su contenido.

Sobre el primer eje («Autonomía y gobierno judicial»), encontramos la disertación de Pablo Salvador Coderch, quien explica claramente que el órgano de gobierno del Poder Judicial español es regulado por la Constitución de su país, pese a que esta comprende, dentro de su texto, bastantes posibilidades para que las mayorías políticas del momento introduzcan sus preferencias en cuanto al nombramiento de los doce miembros que le dan mayoría (de un total de veintiuno); el autor expone cómo se pasó de un régimen corporativo a uno parlamentario, luego, a uno asociativo y, actualmente, a uno individual o de libre presentación; el autor concluye que prefiere un sistema estable de composición antes que uno que oscile cada cuatro o cinco años.

De otro lado, afirma que la mayor parte de sus jueces y magistrados son de carrera y que su selección básica se efectúa por oposición (con promedio de duración de cinco años y medio) y sin intervención de algún proceso político, de modo que, en términos generales, la justicia española es una justicia íntegra. Respecto al funcionamiento de la justicia en dicho país, manifiesta que están sometidos a una alta carga de trabajo, dada la desproporción existente entre la cantidad de jueces y magistrados frente a la de abogados y población; por tal motivo, la duración de los procesos es un tema preocupante. De igual modo, dentro de su disertación, formula propuestas interesantes como el imprescindible paso del procedimiento escrito a uno oral, así como la reducción de los abonos salariales, con el objeto de reforzar la independencia, la integridad y la autosatisfacción de los miembros de la carrera judicial.

Por su parte, José María Morales Arroyo desarrolla y ejemplifica comparativamente los conceptos de separación de poderes, independencia judicial (cuya garantía determina la existencia de la anterior), además de la neutralidad política (entendida como apoliticidad en la toma de decisiones judiciales). Asimismo, grafica situaciones donde los poderes estatales van más allá de los elementos que les son competenciales, rompiendo los criterios de neutralidad y, por tanto, la idea básica de separación de poderes definida constitucionalmente, aconsejando el cumplimiento de la ley y un comportamiento moderado para evitar que las zonas grises nos conduzcan a situaciones de conflictos irresolubles.

En cuanto al segundo eje temático («Tecnologías de la información»), Walter Gutiérrez Camacho nos envuelve en una notable exposición sobre la importancia y los beneficios de la tecnología en el servicio de justicia, por qué actualmente dicho servicio es visto como anacrónico. El autor pronostica cómo, dentro de quince años, la abogacía y la judicatura dejarán de existir tal y como las conocemos debido al empleo de las instancias de gestión de los «jóvenes digitales»; nos aconseja apostar por un cambio de mentalidad, cuando miramos al derecho, e introducir más herramientas tecnológicas en pro de una justicia más eficiente, transparente y con menor corrupción, previa elaboración de un plan de trabajo que proyecte la existencia de una red que genere información para su gestión. Como ejemplo comparado, nos relata los casos Watson, para la medicina, y Ross, para el derecho.

En consonancia con lo anterior, el juez supremo Héctor Lama More refiere cómo el uso de tecnologías en los procesos judiciales y su interoperabilidad es un esfuerzo que realiza el Poder Judicial hace muchos años, integrado dentro de una política no solo del Estado peruano, sino de los Estados a nivel mundial. Dentro de dicho contexto, detalla didácticamente las estrategias utilizadas para la implementación, como piloto, del Expediente Judicial

Electrónico (instrumento que permite gestionar documentos en los órganos jurisdiccionales a través de medios electrónicos, de modo que evita los inconvenientes asociados a los expedientes físicos, mejora el acceso a la justicia, posibilita una justicia en línea, seguridad en la tramitación de los procesos, transparencia, celeridad y lucha contra la corrupción) inicialmente, en la Corte Superior de Justicia de Lima (con proyección a expandirse en otras Cortes que cuenten con las condiciones requeridas), en las especialidades comercial, tributaria y de mercado, y la Ley Procesal de Trabajo (en la cual se han trabajado productos tecnológicos), además del procedimiento para su utilización en la práctica. Por último, el Dr. Lama More describe los avances en el área de tecnología y sus beneficios.

Acerca del eje denominado «Reformas procesales y despacho judicial», el juez supremo César San Martín Castro nos ilustra sobre el principio de oralidad, sus referencias legales y las notas características del procedimiento oral (el interrogatorio audiovisual, las resoluciones orales, la documentación en el juicio y el proceso electrónico).

En cuanto al eje conocido como «Justicia con perspectiva de género», la jueza suprema Elvia Barrios Alvarado explica, con mucha claridad, por qué hablar de justicia de género constituye un reto, la importancia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el significado de «género» en cuanto proceso de socialización y formación impuesto por la sociedad tanto a hombres como mujeres, la influencia de los estereotipos en el ámbito jurisdiccional y cómo generan muchas desventajas para la mujer y, por último, las acciones que se pueden ejecutar para eliminar las jerarquías de género.

Con respecto al eje «Lucha contra la corrupción», la jueza suprema Ana María Aranda Rodríguez, entonces jefa del Órgano de Control Interno del Poder Judicial, manifiesta que su objetivo central es la lucha contra la corrupción y describe cómo ha actuado en función de programas, objetivos y estrategias, teniendo como plataforma los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. Considera a la prevención como un pilar fundamental de su actuación y detalla las labores desarrolladas: el acercamiento a las sedes judiciales —inclusive las más lejanas—, la capacitación en temas de derecho y ética, además de las campañas informativas a la población, entre otras. En cuanto a su función correctiva, la ejercen a través de investigaciones disciplinarias y sanciones (desde amonestaciones hasta la propuesta de destitución presentada al entonces Consejo Nacional de la Magistratura). De igual manera, revela cómo se han modernizado los procedimientos internos para el ahorro de costos humanos y materiales, y que se encuentran encaminados al expediente disciplinario digital. Finalmente, estima necesario fortalecer el órgano de control interno y solicita disponer que los magistrados de las oficinas desconcentradas ejerzan dicha función a dedicación exclusiva y que el jefe de cada oficina desconcentrada pertenezca a otro distrito judicial.

Por su lado, Gian Michael Simmons desarrolla de manera muy elocuente la noción de «impunidad», tanto en su dimensión jurídica (el no responsabilizar a un individuo por haber quebrantado el orden jurídico de la sociedad) como esencialmente política, advierte el fracaso del mandato político del Estado al hacer uso del monopolio del poder para mantener el orden social, las relaciones del poder en una comunidad política, y analiza cómo las principales partes interesadas actúan en estas relaciones para hacer valer su poder (lo que incluye hasta la captura del Estado). Asimismo, considera a la «corrupción» como elemento fundamental del lenguaje confrontacional sobre legitimidad

política, es decir, ética del ejercicio del poder público; suscribe que se constituyen en medios poderosos para la construcción de hechos sociales y en prismas para observar disputas, significados y la estructura de las relaciones sociales. Por último, nos explica las tres formas mediante las cuales «la impunidad de la corrupción» desafía a la sociedad: la primera, referida a la idea de que los miembros de la élite social (actores estatales) pueden cometer actos corruptos sin recibir sanción alguna; la segunda, cuando los actos definidos como criminales permanecen impunes como consecuencia de las relaciones e intereses que definen el funcionamiento de la política y; tercera, la falta de justicia en general. Por ello, promueve su discusión para romper ese círculo vicioso.

La segunda sección de esta obra es aún más valiosa, pues presenta el pensar de los jueces participantes en torno a los ejes temáticos discutidos. Resalta —en primer término— el deseo de los jueces de democratizar y legitimar la elección del presidente del Poder Judicial y de los presidentes de las Cortes Superiores, aspiración que, según comprobamos, fue recogida por el entonces presidente del Poder Judicial, Dr. Víctor Prado Saldarriaga, y remitida al Congreso de la República el 24 de septiembre de 2018, mediante el Proyecto de Ley n.º 3430/2018-PJ, Ley que modifica el mecanismo de elección del presidente de la Corte Suprema de la República y de presidentes de las Cortes Superiores de Justicia. Lamentablemente, de acuerdo con el seguimiento que efectuamos en la página web del Congreso de la República, evidenciamos que se encuentra en la Comisión de Constitución y Reglamento desde el 26 de agosto de 2018.

De igual manera, consideramos importante el respaldo al pedido de adjudicación constitucional, para el Poder Judicial, de un porcentaje fijo no menor al 4% del Presupuesto General de la República. Este pedido no es nuevo y, a pesar de ser necesario

para asegurar el equilibrio de poderes e independencia judicial, no es escuchado. Advertimos la existencia del Proyecto de Ley n.º 1745/2017-PJ, de fecha 4 de agosto de 2017, a través del cual el entonces presidente del Poder Judicial, Dr. Duberlí Rodríguez Tineo, remite al Congreso de la República un conjunto de propuestas, entre las cuales se plantea la reforma constitucional del artículo 145 de la Constitución Política del Perú para la obtención de la asignación presupuestal antes mencionada. Asimismo, en el Proyecto de Presupuesto 2019 Sector 4: Poder Judicial, el Dr. Víctor Prado Saldarriaga, presidente del Poder Judicial, manifestó su respaldo al indicado proyecto de ley al afirmar lo siguiente:

En la fuente Recursos Ordinarios, en los últimos 10 años, la participación del Presupuesto del Poder Judicial en el Presupuesto General de la República ha representado en promedio 2.0 %, requiriendo sea una cantidad no inferior al 4.0 % [...], para la creación de más órganos jurisdiccionales, por el aumento de la población y a fin de atender de manera oportuna a la ciudadanía (2018, p. 2).

No obstante, al igual que en el caso anterior, el proyecto está en poder de la Comisión de Constitución y Reglamento desde el 15 de agosto de 2017.

Asimismo, los jueces participantes concluyen que:

el representante de los jueces superiores debe ser elegido con el mismo mecanismo que se aplica para los jueces especializados, por lo que la elección del representante de cada una de las Cortes Superiores de Justicia le debe dar el derecho tanto de elegir por representación como de ser elegido.

Para una mayor ilustración y comprensión del tema, cabría informar a la ciudadanía que la elección de los candidatos de todos

los distritos judiciales del país para conformar el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se rige por el Reglamento de Elección aprobado por Resolución Administrativa n.º 109-94-CE-PJ (10 de noviembre de 1994) y lo establecido en las Resoluciones Administrativas n.º 127-2013-CE-PJ (10 de julio de 2013), n.º 123-2015-CE-PJ (25 de marzo de 2015), n.º 159-2015-CE-PJ (6 de mayo de 2015) y n.º 263-2016-CE-PJ (12 de octubre de 2016).

Seguidamente, en cuanto al eje «Tecnologías de la información», optan por una significativa innovación: la eliminación total del papel en las comunicaciones internas y un implemento progresivo del formato electrónico. Dicho pedido tuvo eco con la Resolución Administrativa n.º 091-2019-CE-PJ (20 de febrero de 2019), mediante la cual el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el proyecto Sistema de Gestión Documental (SGD) para el Poder Judicial en pro de la transformación digital del trámite documentario. Esta medida favorecerá la disminución de los costos y la optimización del tiempo empleado en las comunicaciones.

Otra conclusión resaltante gira en torno a la implementación de la oralidad en todos los procesos judiciales no penales. De acuerdo con dicha propuesta, en el año 2018, con el apoyo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), se inició la habilitación de la oralidad en los procesos civiles mediante la ejecución de un proyecto piloto en la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Ante el éxito de dicha medida (producto de los resultados obtenidos), se está replicando en otras Cortes Superiores como Lima, La Libertad, Ventanilla, Callao, Ica, entre otras.

También llama la atención que los jueces participantes resalten la necesidad de crear un banco de buenas prácticas como medio de difusión de experiencias innovadoras en materia de despacho judicial y que el Poder Judicial peruano haya incorporado en su página web una sección destinada a su difusión, con el objeto de

que las prácticas premiadas y realizadas por las diferentes Cortes Superiores de Justicia sean aplicadas en los demás distritos judiciales para beneficio de todos los ciudadanos. Ello muestra una sintonía en el trabajo de los jueces y los órganos de gestión del Poder Judicial.

Concluimos reafirmando que esta publicación nos brinda la oportunidad de conocer las inquietudes, las reflexiones y los planes de los miembros de la judicatura nacional respecto a importantes temas del quehacer jurídico; además, nos motiva a meditar y evaluar el proceso de toma de decisiones institucionales para coadyuvar con aportes que permitan alcanzar el ideal de justicia que todos deseamos.

REFERENCIA

Prado Saldarriaga, V. (2018). Proyecto de Presupuesto - 2019 Sector 4: Poder Judicial. Lima: 28 de noviembre de 2018. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/Anexos/PODER_JUDICIAL_20181128.pdf

JÉSSICA NATALÍ RAMÍREZ CÁRDENAS
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: jnramirez@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4085-3510>

Instrucciones a los autores

Los trabajos presentados a la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* deben adecuarse a las siguientes indicaciones:

1. Tratar asuntos relacionados con la investigación sobre temas jurídicos, de administración de justicia, informes técnicos, acuerdos o declaraciones de congresos institucionales, así como otra documentación relevante en materia jurídica.
2. Ser originales.
3. Ser inéditos.
4. No deberán postular simultáneamente a otras revistas u órganos editoriales.
5. Los *artículos* deberán presentar título principal tanto en castellano como en inglés, además de un resumen/*abstract* (10 líneas como máximo) y un mínimo de tres palabras clave, todo en ambos idiomas. Debajo del título se debe indicar el nombre del autor, el nombre de la institución a la que pertenece, su dirección de correo electrónico institucional y su código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*, en español Identificador Abierto de Investigador y Colaborador). Deberán precisar, además, en una nota al pie de página, el contexto de

investigación en el cual se inserta el artículo (título del proyecto global, fondo con el que se financia, número de proyecto, si se trata de un fragmento de una tesis, si se trata de una ponencia presentada en un congreso, etc.). Los *artículos* deberán tener una extensión mínima de 15 páginas y máxima de 30. Deberán estar compuestos en tipo Times New Roman de 12 pts., con interlínea a espacio y medio.

6. Si los artículos incluyen gráficos, fotografías, figuras o portadas de libros, las imágenes deben tener una resolución mínima de 600 KB y deben tener su leyenda respectiva.
7. Para las *reseñas*, la extensión máxima será de cuatro páginas y deberán tener los datos bibliográficos completos del material reseñado (autor, título, ciudad, editorial, año y número de páginas).
8. Las palabras o frases extranjeras deberán ir solo en cursivas, sin comillas, ni negritas, ni subrayadas.
9. La *Revista Oficial del Poder Judicial* considera un proceso editorial de dos a tres meses, tomando en cuenta las etapas de recepción, evaluación y confirmación de publicación. La editora de la revista se reserva el derecho de distribuir en los distintos números de la *Revista Oficial del Poder Judicial* los textos evaluados según los requerimientos de cada edición; y estos se orientarán generalmente por criterios temáticos.
10. Los autores de los textos son responsables del contenido y los comentarios expresados, los cuales no coinciden necesariamente con la dirección y los comités de la revista.
11. Los interesados en publicar en la *Revista Oficial del Poder Judicial* deben enviar su artículo haciendo clic en la pestaña «Enviar un artículo» de la página web de la revista, para que de este modo sean evaluados por el sistema de revisión anónima por pares.

NORMAS PARA LAS REFERENCIAS

Los trabajos presentados deben cumplir con las siguientes normas de referencias para ser sometidos al proceso de evaluación:

1. CITACIÓN DE REFERENCIAS

Todas las citas, ya sean textuales o mediante paráfrasis, deben tener al final una referencia, que es la información que servirá al lector para conocer la fuente de donde se ha tomado la cita. Esta referencia será indicada al final de la cita, anotando entre paréntesis el apellido del autor, seguido del año de publicación y del número de página:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín, 2017, p. 38).

Sin embargo, cuando el nombre del autor se menciona antes de insertar la cita, ya no será necesario incluir su apellido en la referencia parentética:

Propone el juez César San Martín (2017) que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (p. 38).

Si el autor citado tiene más de un texto en las referencias, el año de la publicación identifica el texto citado. Y si se presenta coincidencia de autor y año, se identifica la referencia mediante letra minúscula:

«La primera idea fundamental desde la perspectiva legal es que nuestro legislador reconoce que la fórmula esencial en la materia es el juicio oral, público y contradictorio» (San Martín, 2017b, p. 11).

Si el texto citado tiene dos autores, se colocarán los apellidos de los dos autores separados por la conjunción «y». En caso haya más de dos autores, solo se citará al primero, seguido por «et al.».

«A nivel internacional, se concede cada vez mayor importancia a la tutela de los intereses de los menores, anteponiendo estos a cualesquiera otros intereses (de los padres, familiares, Estado...) hasta el punto de haberse convertido en un principio de orden público en el ámbito del Derecho de familia» (Ruiz-Rico y Castaños, 2008, pp. 161-162).

Si el texto citado no consigna el nombre del autor, se colocará el nombre de la institución o la entidad responsable de la publicación:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran: «[...] ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República, 1929, artículos 148 y 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial, 2012, p. 19).

«El año del nacimiento de Ciro Alegría fue determinado por la viuda Dora Varona» (El Comercio, 1995, pp. 9-10).

Si los textos citados no presentan el año de publicación, colocaremos la abreviatura s. f. («sin fecha de impresión o de edición») en lugar del año:

«La Tierra o el mundo en que habitamos es uno solo y uno mismo para todos, parece decirnos Vallejo» (Guevara, s. f.).

Téngase en cuenta que, cuando se utiliza la cita parentética, las notas al pie de página se usan solo para comentarios y explicaciones del autor del artículo.

1.1. Citas textuales

Si la cita textual tiene menos de cinco líneas de extensión, se señala con comillas y se incorpora como parte del texto:

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que: «[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial [...]» (Rodríguez, 2017, p. 26).

Si la cita textual excede las cinco líneas de extensión, deberá ir sin comillas y en un párrafo aparte, con sangría a la izquierda, con interlineado y tipografía menor (Times New Roman 10):

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los

jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez, 2017, pp. 26-29).

Si la cita textual no corresponde al inicio de una oración, se debe colocar antes puntos suspensivos encerrados entre corchetes. De modo similar, si la cita textual no termina en punto, se debe colocar al final puntos suspensivos encerrados entre corchetes, tal como observamos en el primer ejemplo de cita textual.

1.2. Parafraseo o resumen

Si la cita no es textual y se parafrasea o resume la idea, no se tiene que incluir el número de la página, solo es necesario mencionar el autor y el año:

El Presidente del Poder Judicial, en su *Mensaje* al Perú, afirmó que la defensa del medio ambiente es un bien jurídico que los jueces del Perú deben implementar en su gestión (Rodríguez, 2017).

2. REFERENCIAS

Al final del artículo se deberá incluir las referencias citadas y organizadas alfabéticamente. Si se citó dos o más textos de un mismo autor, se ordenará por antigüedad, empezando por el texto más antiguo. Y en caso de que se citaran dos o más textos de un autor publicados el mismo año, estos se diferenciarán con las letras a, b, c, etc., después del año de publicación:

San Martín, C. (2017a). Jueces y seguridad ciudadana. En Poder Judicial (ed.), V, VI, VII, VIII y IX *Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

San Martín, C. (2017b). Oralidad y proceso penal. En Poder Judicial (ed.), *Boletín informativo del X Congreso Nacional de Jueces* (p. 11). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

2.1. Libro

- **Impreso**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Escobedo, J. (2017). *Justicia de Paz del Perú. Rurasqanchikmi*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena-ONAJUP/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD.

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

Nombre del autor institucional (año). *Título*. Ciudad: Editorial o imprenta.

Congreso de la República (1958). *Constitución Política del Perú promulgada el 9 de abril de 1933: concordada con las modificaciones contenidas en las leyes n.ºs 8237, 9166, 9178, 11874 y 12391*. Lima: Cámara de Diputados.

- **Versión electrónica de libro impreso**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. Recuperado de dirección URL

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Recuperado de <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

- **Exclusivamente electrónico**

Apellidos, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. Recuperado de dirección URL

Ruiz-Rico, G., Ruiz-Rico, J. M., Pérez, N., García, M. y Delgado, J. (coords.) (2016). *Nuevas dimensiones del derecho judicial*. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0c40a004de411058814da73e0b6364e/Nuevas+dimensiones+del+derecho+judicial-100816.pdf?MOD=AJPERES>

Nota: hay libros electrónicos que no presentan la fecha de publicación. En ese caso, se debe consignar la abreviatura s. f.

2.2. Capítulo de libro

- **Impreso**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del artículo). Ciudad: Editorial.

Távora, F. (2014). La justicia en *Escalas*, de César Vallejo. En Flores, G. (ed.), *Vallejo 2014. Actas del Congreso Internacional Vallejo Siempre* (pp. 323-343). Lima: Editorial Cátedra Vallejo.

- **Versión electrónica**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del artículo). Recuperado de dirección URL

San Martín, C. (2017). Jueces y seguridad ciudadana. En Poder Judicial (ed.), *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

2.3. Artículo de revista

- **Impreso**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (mes, año). Título del artículo. *Título de la revista, volumen*(número), paginación del artículo.

Ramírez, N. (julio-diciembre, 2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

- **Versión electrónica**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (mes, año). Título del artículo. *Título de la revista, volumen*(número), paginación del artículo. Recuperado de dirección URL

Lecaros, J. L. (2017). Libertad de culto e instituciones públicas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 63-98. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d/2.+Libertad+de+culto.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d>

2.4. Artículo de periódico

- **Impreso**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (día, mes y año). Título del artículo. *Título del periódico*, página.

Patrón, C. (4 de diciembre de 1999). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, p. B-3.

- **Versión electrónica**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (día, mes y año). Título del artículo. *Título del periódico*. Recuperado de dirección URL

Encinas, A. (28 de diciembre de 2017). La ética en la práctica jurídica. *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de <http://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>

2.5. Tesis

- **Impresa**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* (Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura). Ciudad: Universidad.

Paredes, C. A. (2002). *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados*

y Salas penales de Junín (Tesis doctoral). Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- **Versión electrónica**

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* (Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura, universidad). Recuperada de dirección URL

Ugaz, J. D. (2009). *La eximente de «obediencia debida» en el Derecho Penal peruano* (Tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperada de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2.6. Expedientes

- **Impreso**

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia.

Poder Judicial (2015). Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08. Lima: 6 de mayo de 2015.

- **Versión electrónica**

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia. Recuperado de dirección URL

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque. Lima: 6 de mayo de 2015. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

2.7. Resoluciones

• Impreso

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución.

Poder Judicial (2013). Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ. Lima: 12 de abril de 2013.

Ministerio de Justicia (1993). Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima: 23 de abril de 1993.

• Versión electrónica

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de resolución. Recuperado de dirección URL

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: 19 de diciembre de 2018. Recuperada de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

2.8. Casaciones, autos, decretos, leyes y otros textos jurídicos

- **Impreso**

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la casación, del auto, del decreto o de la ley-año y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la casación, del auto, del decreto o de la ley.

Poder Judicial (2015). Casación n.º 3671-2014-Lima. Lima: 5 de noviembre de 2015.

- **Versión electrónica**

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la casación, del auto, del decreto o de la ley y cualquier información descriptiva adicional. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de la publicación de la ley. Recuperado de dirección URL

Congreso de la República (2017). Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Lima: 27 de diciembre de 2017. Recuperado de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

2.9. Medios audiovisuales

- **Película**

Apellido, iniciales de los nombres del productor (productor) y Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título de la película*. [Película]. País de origen: Estudio.

Kramer, J. y otros (productores) y Lumet, S. (director). (1996). *El lado oscuro de la justicia*. [Película]. Estados Unidos: Paramount Pictures.

- **Documental**

Apellido, iniciales de los nombres del productor (productor) y Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título del documental*. [Documental]. País de origen: Estudio.

De Ruiten, J. y otros (productores) y Ramos, M. A. (directora). (2004). *Justiça*. [Documental]. Brasil: Coproducción Brasil-Países Bajos (Holanda): Selfmade Films/Limite Produções/NPS Television.

- **Entrevista**

Apellido, iniciales de los nombres del entrevistador (entrevistador). (día, mes y año). Título de la entrevista [Entrevista]. En *Título del programa*. País: Medio de difusión. Recuperado de dirección URL

Leiva, M. (entrevistadora). (29 de agosto de 2017). Entrevista al presidente del Poder Judicial, Dr. Duberlí Rodríguez Tineo. [Entrevista]. En *Todo se sabe*. Perú: Radio Programas del Perú. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=AfFAEjstMTg>

Instructions for authors

The works presented to the *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* must meet the following instructions:

1. Address topics related to the research of legal, administration of justice issues, technical reports, agreements or statements of institutional congresses as well as any other relevant documentation on the subject of law.
2. Be original.
3. Unpublished.
4. You must not have simultaneously applied to other journals or publishing houses.
5. The *articles* must have a main title both in Spanish and English in addition to a summary/abstract (10 lines maximum) and a minimum of three key words, all in both languages. The name of the author, the institution to which he/she belongs, his/her institutional e-mail address and his/her ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*) researcher code. Likewise, the context of the research in which the article is placed (title of the global project, funds with which it is financed, project number, whether it is a fragment of a thesis, a paper presented in a congress, etc.)

must be included in a footnote. The *articles* must have a minimum of 15 and a maximum of 30 pages and must be written in Times New Roman 12 with a 1,5 spacing.

6. If the articles include graphs, photographs, figures or book covers, the images must have a resolution of 500 dpi and over and their respective caption.
7. In the case of *reviews*, they shall be a maximum of 4 pages long and must contain full bibliographical data of the reviewed material (author, title, city, publishing house, year and number of pages).
8. Foreign words or phrases must only be consigned in cursive letters, with no inverted commas, underlining or highlighting.
9. The *Revista Oficial del Poder Judicial* considers a publishing process of two to three months, taking into account the stages for the receipt, assessment and confirmation of the publication. In the different editions of the *Revista Oficial del Poder Judicial*, the editor reserves the right to distribute the texts evaluated according to the requirements of each edition, which shall usually favor thematic criteria.
10. The authors of the articles are responsible for their content and comments expressed therein, which do not necessarily coincide with the Board of Directors and committees of the journal.
11. Persons interested in publishing their works in the *Revista Oficial del Poder Judicial* must send their articles by clicking on the tab «*Enviar un artículo*» [Send an article] of the web page of the journal, for ongoing evaluation by the anonymous peer-reviewing system.

RULES FOR BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

The presented works must comply with the following rules for bibliographic references to be eligible for evaluation:

1. QUOTATION OF REFERENCES

All quotes, either textual or paraphrased, must have a bibliographical reference at the end, which is the information useful to the reader to learn the source of the quotation. This bibliographical reference shall be consigned at the end of the quotation, mentioning the surnames of the author followed by the year of publication and the number of pages in brackets:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín, 2017, p. 38).

However, when the name of the author is mentioned prior to inserting the quotation, the inclusion of his surnames in brackets in the reference will no longer be necessary:

Propone el juez César San Martín (2017) que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (p. 38).

If the quoted author has more than one text in the final bibliography, the year of publication identifies the quoted text. And if the name of the author and the year coincide, the reference is identified in small letters:

«La primera idea fundamental desde la perspectiva legal es que nuestro legislador reconoce que la fórmula esencial en la materia es el juicio oral, público y contradictorio» (San Martín, 2017b, p. 11).

If the quoted text has two authors, the surnames of the two authors shall be separated by the conjunction «and». In the event of the existence of more than two authors, only the first shall be quoted, followed by «et al».

«A nivel internacional, se concede cada vez mayor importancia a la tutela de los intereses de los menores, anteponiendo estos a cualesquiera otros intereses (de los padres, familiares, Estado...) hasta el punto de haberse convertido en un principio de orden público en el ámbito del Derecho de familia» (Ruiz-Rico and Castaños, 2008, pp. 161-162).

If the quoted text fails to consign the name of the author, the name of the institution or entity responsible for the publication shall be consigned:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran: «[...] ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República, 1929, articles 148 and 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial, 2012, p. 19).

«El año del nacimiento de Ciro Alegría fue determinado por la viuda Dora Varona» (El Comercio, 1995, pp. 9-10).

If the quoted texts do not include a year of publication, we shall consign the abbreviation “n.d.” («no date of edition or publication») instead of the year:

«La Tierra o el mundo en que habitamos es uno solo y uno mismo para todos, parece decirnos Vallejo» (Guevara, n.d.).

Please bear in mind that when quoting in brackets, the footnotes shall only be used for the author’s comments on and explanations of the article.

1.1. Textual quotations

If the textual quotation has less than five (5) lines, it shall be consigned in inverted commas and incorporated as part of the text:

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que: «[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial [...]» (Rodríguez, 2017, p. 26).

If the textual quotation has more than five (5) lines, it must be consigned without inverted commas and in a separate paragraph, with a left indent, line spacing and a smaller font (Times New Roman 10):

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

[...] está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú

para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez, 2017, pp. 26-29).

If the quoted text does not coincide with the start of a sentence, it must be preceded by an ellipsis between brackets. Similarly, if the quoted text does not end with a full stop, an ellipsis between brackets shall be consigned at the end as we may observe in the first example of a textual quotation.

1.2. Paraphrasing or summary

If the quotation is not textual and the overall idea is paraphrased or summarized, the page number does not have to be included and only mention of the author and the year shall be necessary:

El Presidente del Poder Judicial, en su *Mensaje* al Perú, afirmó que la defensa del medio ambiente es un bien jurídico que los jueces del Perú deben implementar en su gestión (Rodríguez, 2017).

2. BIBLIOGRAPHY

Only the quoted and alphabetically organized bibliography must be included at the end of the article. If two or more texts of the same author were quoted, they shall be included according to its antiquity, starting with the oldest text. And, should two or more texts of an author published in the same year be quoted, they shall be differentiated with the letters a, b, c, etc., after the year of publication:

San Martín, C. (2017a). Jueces y seguridad ciudadana. In Poder Judicial (ed.), *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

San Martín, C. (2017b). Oralidad y proceso penal. In Poder Judicial (ed.), *Boletín informativo del X Congreso Nacional de Jueces* (p. 11). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

2.1. Book

- **Printed**

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. City: Publishing House.

Escobedo, J. (2017). *Justicia de Paz del Perú. Rurasqanchikmi*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena-ONAJUP/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD.

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial/Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

Name of the institutional author (year). *Title*. City: Publishing House or printer.

Congreso de la República (1958). *Constitución Política del Perú promulgada el 9 de abril de 1933: concordada con las modificaciones contenidas en las leyes n.ºs 8237, 9166, 9178, 11874 y 12391*. Lima: Cámara de Diputados.

- **Electronic version of the printed book**

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. Retrieved from URL address

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

- **Exclusively electronic version**

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. Retrieved from URL address

Ruiz-Rico, G., Ruiz-Rico, J. M., Pérez, N., García, M. and Delgado, J. (coords.) (2016). *Nuevas dimensiones del derecho judicial*. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0c40a004de411058814a73e0b6364e/Nuevas+dimensiones+del+derecho+judicial-100816.pdf?MOD=AJPERES>

Note: There are electronic books with no date of publication in which case the abbreviation “n.d.” must be consigned.

2.2. Book chapter

- **Printed**

Surname, initials of the names of the author (year). Chapter Heading. In Surname, initials of the names of the editor (ed.), compiler (comp.) or coordinator (coord.), *Book Title* (pages of the chapter). City: Publishing House.

Távora, F. (2014). La justicia en *Escalas*, de César Vallejo. In Flores, G. (ed.), *Vallejo 2014. Actas del Congreso Internacional Vallejo Siempre* (pp. 323-343). Lima: Editorial Cátedra Vallejo.

- **Electronic version**

Surname, initials of the names of the author (year). Chapter Heading. In Surname, initials of the names of the editor (ed.), compiler (comp.) or coordinator (coord.), *Book Title* (pages of the chapter). Retrieved from URL address

San Martín, C. (2017). Jueces y seguridad ciudadana. In Poder Judicial (ed.), *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). Retrieved from <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

2.3. Magazine article

- **Printed**

Surname, initials of the names of the author (month, year). Article Heading. *Name of the magazine, volume(number),* pages of the article.

Ramírez, N. (July-December, 2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

- **Electronic version**

Surname, initials of the names of the author (month, year). Article Heading. *Name of the magazine, volume(number),* pages of the article. Retrieved from URL address

Lecaros, J. L. (2017). Libertad de culto e instituciones públicas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 63-98. Retrieved from <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d/2.+Libertad+de+culto.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9ec7ab8042efe50c869db6d49215945d>

2.4. Newspaper article

- **Printed**

Surname, initials of the names of the author (day, month and year). Article Heading. *Name of the newspaper*, page.

Patrón, C. (December 4, 1999). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, B-3.

- **Electronic version**

Surname, initials of the names of the author (day, month and year). Article Heading. *Name of the newspaper*. Retrieved from URL address

Encinas, A. (December 28, 2017). La ética en la práctica jurídica. *Diario Oficial El Peruano*. Retrieved from <http://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>

2.5. Thesis

- **Printed**

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* (Doctoral thesis, Master's thesis or Bachelor's thesis). City: University.

Paredes, C. A. (2002). *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados*

y Salas penales de Junín (Doctoral thesis). Lima: School of Law of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- **Electronic version**

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* (Doctoral thesis, Master's thesis or Bachelor's thesis, name of the university). Retrieved from URL address

Ugaz, J. D. (2009). *La eximente de «obediencia debida» en el Derecho Penal peruano* (Thesis to opt for the title of lawyer, School of Law of the Pontificia Universidad Católica del Perú). Retrieved from http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1

2.6. Dockets

- **Printed**

Name of the institutional author (year). Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of judgment.

Poder Judicial (2015). Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08. Lima: May 6, 2015.

- **Electronic version**

Name of the institutional author (year). Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. Retrieved from URL address

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque. Lima: May 6, 2015. Retrieved from <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

2.7. Resolutions

- **Printed**

Name of the institutional author (year). Name and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of judgment.

Poder Judicial (2013). Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ. Lima: April 12, 2013.

Ministerio de Justicia (1993). Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima: April 23, 1993.

- **Electronic version**

Name of the institutional author (year). Title and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. Retrieved from URL address

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: December 19, 2018. Retrieved from <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

2.8. Cassation, records, decrees, laws and other legal texts

- **Printed**

Name of the institutional author (year). Title and number of cassation - year and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of cassation, file/record or decree.

Poder Judicial (2015). Casación n.º 3671-2014-Lima. Lima: November 5, 2015.

- **Electronic version**

Name of the institutional author (year). Title and number of the law and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of publication of the law. Retrieved from URL address

Congreso de la República (2017). Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Lima: December 27, 2017. Retrieved from http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

2.9. Audiovisual means

- **Film**

Surname, initials of the names of the producer (producer) and Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the film* [Film]. Country of Origin: Film Studio.

Kramer, J. and others (producers), and Lumet, S. (director). (1996). *The dark side of justice* [Film]. United States: Paramount Pictures.

- **Documentary**

Surname, initials of the names of the producer (producer) and Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the documentary* [Documentary]. Country of Origin: Film Studio.

De Ruiter, J. and others (producers), and (producers) and Ramos, M. A. (director). (2004). *Justiça* [Documentary]. Brazil: Coproduction Brazil-Netherlands (Holland): Selfmade Films/Limite Produções/NPS Television.

- **Interview**

Surname, initials of the names of the interviewer (interviewer). (day, month and year). Title of the Interview [Interview]. In *Name of the Program*. Country: Broadcasting means. Retrieved from URL address

Leiva, M. (interviewer). (August 29, 2017). Interview with the President of the Judiciary, Dr. Duberlí Rodríguez Tineo. [Interview]. In *Todo se sabe*. Peru: Radio Programas del Perú. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=AfFAEjstMTg>



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este decimotercer número de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia; el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía; la diagramación, Miguel Condori Mamani; la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías y Gloria Pajuelo Milla; y el apoyo editorial, Jorge Chávez Descalzi y Silvia Ramos Romero.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 13 se terminó de producir digitalmente en junio de 2020 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13>

**Presentación**

José Luis Lecaros Cornejo

Artículos de investigación

Ramiro Antonio Bustamante Zegarra

Diego Fernando Angel Angulo Osorio

La oralidad en el proceso civil: una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú

Javier Eduardo Jiménez Vivas

El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras

Adolfo Huanca Luque

La constitucionalidad del proceso de alimentos sin audiencia

Manuel Bermúdez-Tapia

El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes

Hugo Rimachi Huaripaucar

Cuando la identidad de la infancia se encuentra sujeta al pago de la prueba genética. El valor de los apercebimientos previos, claros y sencillos en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial

René Santos Cervantes López

La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario

Helder Domínguez Haro

Repensar la justicia en tiempos de emergencia y de oportunidades

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz

Experiencias de mutación constitucional en España

Sergio Javier Medina-Peñaloza

Josemanuel Luna-Nemecio

Educación judicial: una revisión documental desde la socioformación

Carolina Ayvar Roldán

La ejecución de sentencias en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

Jorgeluis Alan Romero Osorio

Reforma de la Academia de la Magistratura del Perú

Raúl Caballero Laura

El método de la prueba indiciaria, aplicable para la valoración de indicios y la prueba directa en las sentencias sobre delitos de concusión (colusión), peculado y corrupción de funcionarios (cohecho)

Miguel Angel Arzapalo Callupe

Las experiencias maximizadas en el proceso.

Reglas y principios de la epistemología probatoria

Artículos sobre la administración de justicia y la COVID-19

Edwin Figueroa Gutarra

Estados de excepción, COVID-19 y derechos fundamentales

Fany Mavel Tapia Coba

Trabajo remoto en procesos no urgentes a consecuencia del brote del coronavirus (COVID-19) en el Perú y su aplicación continua

Luzmila Violeta Echeagaray Bernaola

La justicia penal juvenil durante el estado de emergencia (COVID-19)

Judith Alegre Valdivia

Oralidad civil, EJE y videoconferencias: el rol de las Salas Superiores en tiempos de cuarentena

Declaraciones

Declaración de Arequipa 2019

Acta de Puerto Maldonado 2019

Reseñas

Jorge Angel Chávez Descalzi

Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas

(compiladores) (2019). *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género*

Gladys Flores Heredia

Carlos Ramos Núñez (2019). *Historia del derecho peruano*

Cecilia del Pilar Guevara Muñoz

Christian Arturo Hernández Alarcón (2019). *Hacia una justicia itinerante en las comisarías. Protocolo para la adopción y seguimiento de medidas de protección en las comisarías del Distrito Judicial de Ventanilla*

Marcos Morán Valdez

Poder Judicial del Perú (2019). *Interculturalidad y Poder Judicial. Compendio jurídico* (3.ª ed.)

Jorge Angel Chávez Descalzi

Poder Judicial del Perú (2019). *Séptimo Pleno Casatorio Civil. Tercería de propiedad* (2.ª ed.)

Jéssica Natalí Ramírez Cárdenas

Poder Judicial del Perú (2018). *X Congreso Nacional de Jueces del Poder Judicial*

Instrucciones a los autores**Instructions for authors**