

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: 2663-9130 (*online*)

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020  
Lima, Perú

14







PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 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 GENERAL**

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 (corrección de textos); Jorge Chávez Descalzi (asistente de edición); Yuri Tornero Cruzatt (traducción); Rodolfo Loyola Mejía (diseño); Silvia Ramos Romero (diagramación); Henry Chávez Sánchez, Luis Gutierrez Coral, Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14>

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

© Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú  
Palacio Nacional de Justicia, 1.º piso, oficina 55  
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú  
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260  
fondoeditorial@pj.gob.pe

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  
Google Scholar

#### 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)

Fotografía de la carátula: Frontis del Palacio Nacional de Justicia.

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA<sup>1</sup>**

José Luis Lecaros Cornejo (presidente)

Francisco Távara Córdova

Víctor Ticona Postigo

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Josué Pariona Pastrana

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

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

---

1 El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia constitucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.



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, 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 articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees, who take into account 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 required. 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. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14>

### Tabla de contenido

#### Presentación

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO 13

#### Artículos de investigación

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA 19  
Una propuesta jurídica para la defensa de la biodiversidad:  
un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe

JESÚS ÁNGEL CADENA ALCALÁ 61  
Los tribunales constitucionales frente a la emergencia  
sanitaria por la COVID-19

MIGUEL TOYOHAMA ARAKAKI	93
Política criminal, juzgamiento e intermediación en tiempos de la COVID-19	
JULIO SANTIAGO SOLÍS GÓZAR	149
Pandemia y derecho romano. Remembrando al emperador Justiniano y el <i>Corpus Iuris Civilis</i>	
JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS	171
Elementos de la jurisdicción del futuro: una experiencia web, una propuesta y una visión	
EDWIN FIGUEROA GUTARRA	209
La ratificación de jueces en el Perú: ¿es compatible con la independencia judicial?	
TEODORICO CRISTÓBAL TÁMARA	249
El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado	
ROGER SISNIEGAS RODRÍGUEZ	267
Imputación subjetiva del tipo dolo eventual en el caso Thomas Restobar	
ALDO RAÚL SAMILLÁN RIVERA	289
Derechos patrimoniales inscribibles a favor del concebido	
JOSÉ WILLIAM DURAN VIVANCO	323
¿Realmente el sistema de apoyos y salvaguardias implementado en el Código Civil cumple con su función de apoyar a las personas con discapacidad?	

NICOLÁS BALDINO MAYER 353  
DAVID GUSTAVO ROMERO BASURCO  
La pensión de alimentos en la normativa peruana: una visión desde el análisis económico del derecho

TANIA CAROLINA BOCANEGRA RISCO 389  
Entre lo virtual y lo real: un breve comentario sobre el proceso simplificado y virtual de alimentos para niña, niño y adolescente

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA 417  
Análisis de la declaración de un menor de edad en un proceso judicial

## Reseñas

JÉSSICA NATALÍ RAMÍREZ CÁRDENAS 437  
Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial del Perú (2019). *Pensando en género: marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género* (2.<sup>a</sup> ed.)

JÉSSICA NATALÍ RAMÍREZ CÁRDENAS 447  
Javier Arévalo Vela (2020). *Homenaje al Sr. Dr. Juan Antonio Ribeyro Estada, presidente de la Corte Suprema de Justicia durante la ocupación chilena de Lima*

MARCOS MORÁN VALDEZ 451  
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2019). *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI John Stephen Gitlitz (2020). <i>Dos ideologías jurídicas frente a los dilemas de la justicia intercultural en el Perú</i>	457
BRUNO VAN DER MAAT Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2020). <i>Mediación y justicia juvenil restaurativa</i>	465
CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2020). <i>Reglas de Brasilia: justicia que protege a las poblaciones vulnerables</i>	477
<b>Normas para autores</b>	487
<b>Guidelines for authors</b>	505

# Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 13-16

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: DOI <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.318>

## Presentación

Con la edición del presente número, la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* cumple con el cronograma de publicación semestral que se ha trazado para estos dos últimos años. Ello, aunado a la mejora significativa en la calidad de los procesos de edición de sus contenidos y su visibilización a través de canales digitales de difusión en la red global de la información, la acerca prontamente a satisfacer los requisitos para su indexación en las bases de datos internacionales.

Al logro de lo señalado también contribuye el hecho de contar a su vez con un director, una editora general, un comité editorial y un consejo consultivo debidamente designados, así como con profesionales a cargo de los procesos de edición y producción de la revista oficial de este poder estatal.

El trabajo conjunto, en busca de la consecución de dicho objetivo, no solo responde a la política institucional de promover la cultura e investigación jurídicas, sino que además es una constatación de que la labor editorial del Poder Judicial no se ha detenido pese a las circunstancias adversas generadas por la grave emergencia sanitaria que se cierne sobre la humanidad este año, o por el recrudecimiento de la crisis económica y social que atraviesa el país a consecuencia de la pandemia, lo que muestra la mística

de trabajo institucional que se sobrepone a dichas adversidades y a las limitaciones presupuestales o de otra índole.

Dicho ello, con esta edición (vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020) se presentan artículos de investigación sobre tópicos relevantes del derecho y la justicia, tales como la política criminal; el juzgamiento e inmediatez en tiempos del SARS-CoV-2 (COVID-19), que debe fortalecerse y adaptarse a la nueva normalidad; la ratificación de jueces en el Perú, en cuanto a su incompatibilidad con el principio de independencia judicial; la justicia ambiental en la región; los tribunales constitucionales frente a la emergencia sanitaria por la COVID-19, a efectos de reinventar la interpretación constitucional para salvaguardar eficazmente los derechos, libertades y principios constitucionales; la imputación subjetiva del tipo dolo eventual, en un supuesto de homicidio por omisión impropia; la pandemia y el derecho romano; también en materia de pensión de alimentos en la normativa peruana desde el análisis económico del derecho; los derechos patrimoniales inscribibles a favor del concebido, en cuanto a su capacidad de adquirir derechos subjetivos y patrimoniales y su acreditación ante los órganos jurisdiccionales; el principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado, a fin de establecer una sólida seguridad jurídica; la aplicación del principio de mínima intervención en la jurisprudencia nacional, en particular de la Corte Suprema; entre otros temas.

Del breve esbozo del contenido de la revista se aprecia el evidente impacto que ha tenido y está teniendo la crisis global generada por la expansión de la pandemia en el funcionamiento de la administración de justicia, y la necesidad de reformar u optimizar los servicios de justicia con ayuda del avance de la informática y la telemática. Esta etapa de incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en la sustanciación de las causas, así como en los mismos procesos de

formación del criterio jurisdiccional que aplica el juzgador, se ha venido dando paulatinamente en los años previos, pero, debido a la crisis sanitaria, los poderes judiciales se han visto enfrentados al reto de modernizar sus servicios a un ritmo mayor. Como consecuencia, y pese a los devastadores efectos de la crisis sanitaria, el Poder Judicial viene acelerando la transformación digital del despacho judicial y de sus servicios, bajo un nuevo esquema organizativo, procedimientos y principios de comunicación y colaboración eficaces, a fin de maximizar el rendimiento de los órganos jurisdiccionales en un entorno virtual.

Tal transferencia o adaptación del despacho judicial a una nueva normalidad no siempre resulta pacífica, en la medida que se corre siempre el riesgo de afectar el debido proceso o de no enfrentar con criterios jurisprudenciales claros los casos de afectación de los derechos fundamentales comprometidos a raíz del estado de emergencia y las medidas restrictivas a las libertades públicas. En ese sentido, los estudios relativos a esta problemática son esenciales, pues contribuyen al propósito común de garantizar el correcto funcionamiento de la administración de justicia y arrojan nuevas luces y perspectivas de cara a los retos que esta debe afrontar a futuro.

Por otro lado, los trabajos de los colaboradores en el presente número de la revista son un valioso aporte al derecho y al derecho judicial en particular. Además, el rigor, la originalidad y la creatividad mostradas en los artículos contribuyen sensiblemente a que se alcancen los estándares de calidad en la revista, así como a su permanencia y homologación como espacio editorial de investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Asimismo, la revista ofrece otra sección de interés para los lectores, como la reservada para las reseñas bibliográficas que, a través de un enfoque descriptivo, crítico y ameno, nos pone al tanto de recientes publicaciones jurídicas.

En tal virtud, agradecemos a los autores por su participación; igualmente a quienes han colaborado para lograr que el presente número, que me honro en presentar, sea una realidad; y, finalmente, a la comunidad jurídica por su apoyo en la difusión y socialización de los contenidos de esta publicación, en aras del progreso de las disciplinas jurídicas y de la justicia.

Lima, diciembre 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. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 19-60

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u12i14.176>

# Una propuesta jurídica para la defensa de la biodiversidad: un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe

A legal proposal for the defence of biodiversity:  
an Environmental Court for Latin America and  
the Caribbean



FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: [ftavara@pj.gob.pe](mailto:ftavara@pj.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-5258-4058>

### RESUMEN

Latinoamérica y el Caribe son, indiscutiblemente, regiones que por su privilegiada ubicación geográfica albergan una notable diversidad de especies de flora y fauna en su territorio. Por ello, la protección de esta biodiversidad es un deber de todo latinoamericano, caribeño y de toda la humanidad, el cual debe ser jurisdiccionado. A fin de garantizar una adecuada protección de la biodiversidad, el estudio propone la enmienda del artículo 19.2, literal a, del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información,

la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, y la creación de un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe, que tenga competencia para conocer los casos de incumplimiento estatal de los deberes de tutela ambiental establecidos en el acuerdo.

**Palabras clave:** Acuerdo, Tribunal Ambiental, América Latina, Caribe, biodiversidad, enmienda.

### **ABSTRACT**

Latin America and the Caribbean are, indisputably, regions that, due to their privileged geographical location, host a remarkable diversity of flora and fauna species in their territory. For this reason, the protection of this biodiversity is a duty of all Latin American, Caribbean and all humanity, which must be protected through the courts. To guarantee adequate protection of biodiversity, the study proposes the amendment of article 19.2, literal a, of the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean, and the creation of an Environmental Tribunal for Latin America and the Caribbean, which is competent to hear cases of state non-compliance with the environmental protection duties established in the agreement.

**Key words:** Environmental Court, Latin America, Caribbean, biodiversity, legal proposal.

Recibido: **16/10/2020**    Aceptado: **24/10/2020**

*El Sol:*

*«Tierra de los prodigios del monte y de la selva,  
del puma y de la llama y las aves de luz,  
en tus entrañas vírgenes corrió el oro a raudales,  
cuando los altos montes y la llanura inmensa  
surgieron de las olas del vasto mar azul.  
[...]».*

E. BUSTAMANTE Y BALLIVIÁN

## **1. PRELIMINARES**

La protección del ambiente, desde hace no mucho, forma parte de las discusiones sobre políticas públicas latinoamericanas. No obstante, no fue siempre así. Hace cincuenta años la discusión mundial sobre las consecuencias del impacto del ser humano sobre el ambiente era aún incipiente. Entre ese momento y hoy existen una serie de hitos históricos sobre la llamada conciencia ambientalista, o lucha por la defensa del medio ambiente, que es necesario recordar.

El primer hito fue la publicación del texto llamado *Primavera silenciosa*, de Rachel Carson, en 1962, que tuvo bastante influencia en el surgimiento de la conciencia ambiental, pues demostraba los efectos que una acción humana podía tener sobre el ambiente. A la par, despertada la conciencia ambiental, los países se reunieron y emitieron la denominada Declaración de Estocolmo, de 1972, punto de partida del derecho ambiental internacional, que tuvo como efecto la constitucionalización del derecho al ambiente. Dichos compromisos ambientales fueron ratificados en la Declaración de Río de 1992 y, veinte años después, la Declaración Río+20. Asimismo, para enfrentar problemas ambientales específicos, se dieron instrumentos internacionales como el Protocolo de Kioto, de 1997, con la finalidad de afrontar juntos el problema del cambio climático.

Los latinoamericanos y los caribeños no somos simples espectadores de una moda mundial, somos constructores de nuestra

propia identidad en la protección del ambiente. De ahí que hemos optado por la firma del denominado Acuerdo de Escazú, cuyo objetivo es estandarizar el acceso a la justicia ambiental, fijar los mecanismos de participación ciudadana y establecer mecanismos para reforzar la protección de los defensores ambientales.

Y dentro de la secuencia histórica de estos pasos de la humanidad por la defensa del ambiente o medio ambiente, no se puede dejar de referir un documento enjundioso, multidisciplinario, como es la *Carta Encíclica Laudato Si'*, del papa Francisco I. Su lectura integral debe servir para ubicarnos en lo que se llama «el estado de la cuestión» en materia del ambiente, con un enfoque epistémico del tema. Bebamos de esa fuente de la llamada doctrina social de la Iglesia, innegables enseñanzas, fundamento moral y ético de esta lucha ambientalista, que es una lucha de largo aliento y de la cual depende la existencia de la propia humanidad. Aún bajo el oscuro o nebuloso manto de esta maléfica pandemia de la COVID-19, que sigue enlutando a miles de hogares y llenando de angustia a la humanidad.

En las siguientes líneas desarrollaremos un aspecto especializado de la tutela del ambiente: la protección jurídica de la biodiversidad. Para ello, hemos estructurado este artículo en dos partes. Una primera donde nos abocamos al análisis de la importancia del cuidado de la biodiversidad y la legitimidad jurídica de su tutela, poniendo especial énfasis en Latinoamérica y el Caribe. En la segunda parte abordaremos, como propuesta, la enmienda del artículo 19.2, literal a, del Acuerdo de Escazú, en el sentido de que se establezca una jurisdicción regional o Tribunal Ambiental que conozca de los conflictos entre partes en materia de acceso a la información, participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.

## **2. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA JURÍDICA DE LA BIODIVERSIDAD**

### **2.1. La biodiversidad en América Latina: datos y amenazas**

La biodiversidad descubierta en nuestro planeta alcanza los 1,78 millones de especies y la biodiversidad estimada casi los 9 millones (Lapresa, 2018). Por ende, existe una gran brecha entre lo que hoy sabemos de la flora y la fauna, y lo que realmente existe. De ahí que especies que podrían ser trascendentales para la vida de los seres humanos todavía se mantienen en un afortunado anonimato. Decimos afortunado, pues ante la falta de mecanismos idóneos para su protección, el descubrimiento de la utilidad de una especie podría conllevar a su aprovechamiento desmedido.

En cuanto a América Latina y el Caribe, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) señala que las citadas regiones son una de las zonas con mayor biodiversidad del mundo, gracias a la variedad de climas.

América Latina, como región dentro del continente americano, está formada básicamente por veinte países de lengua latina (portugués, español y francés). Su área geográfica es de 21 069 501 km<sup>2</sup>, con 570 millones de habitantes. De otro lado, el Caribe, conocido también como región del Mar Caribe, se encuentra situado en el continente americano y tiene un área geográfica de 2 754 000 km<sup>2</sup> y 44.42 millones de habitantes (Guerra y Guerra, 2019).

Como muestra de aquella biodiversidad tenemos a la selva amazónica, pulmón de nuestro planeta y hábitat de la mayor cantidad y diversidad de plantas y animales. Existen datos que es necesario destacar, pues según el World Wild Fund for Nature (WWF):

- La Amazonía alberga el 50 % de la selva tropical del mundo.
- Sus ríos y afluentes contienen casi el 20 % del agua dulce en la tierra.

- Una de cada diez especies conocidas vive en la Amazonía.
- Describe la evolución histórica.
- Posee 40 000 especies de plantas, 3000 especies de peces de agua dulce y más de 370 tipos de reptiles.

Es destacable que solo el Perú posea alrededor de 72 millones de hectáreas de bosques que albergan una gran diversidad de especies, y es el segundo país con la mayor extensión de bosques tropicales en América Latina (Cordero, 2012, p. 14).

Además de la Amazonía, tenemos otros espacios altamente biodiversos, como las islas Galápagos (Ecuador), el desierto de Atacama (Chile), el océano Pacífico, entre otros ecosistemas naturales que nos convierten en la zona de mayor diversidad de especies y ecorregiones en el mundo (CEPAL, 2002, p. 75).

Si bien hemos sido privilegiados con una rica biodiversidad, tal como se desprende de los datos expresados, es poco lo que hemos hecho para protegerla y muchos son los peligros que la acechan. Es cierto que, en algunos casos, su pérdida tiene como origen factores naturales, como el caso de incendios forestales espontáneos, producidos sobre todo en las épocas de verano. Sin embargo, la gran amenaza contra esta biodiversidad tiene un origen antrópico: el ser humano y su codicia ponen en riesgo la biodiversidad en nuestro planeta en general y de Latinoamérica y el Caribe en particular.

Sea a través de la destrucción de sus hábitats —para expandir la frontera agrícola, como sucede en el Perú con los monocultivos de palma aceitera— o por la depredación directa a causa de la tala o la caza furtivas, las especies de flora y fauna de América Latina se encuentran en un grave riesgo de extinción.

Gráficamente, especies valiosas como el guacamayo azul de Brasil, la tortuga gigante de pinta de Galápagos, el sapo dorado

de las charcas del bosque nuboso en Costa Rica y la foca monje del Caribe, han sido víctimas de la codicia humana. A causa de la depredación del hábitat de las especies en mención o por su caza ilegal, con evidentes fines lucrativos, el ser humano condena a estos animales a su extinción.

Se trata, ciertamente, de una problemática que afecta no solo a la flora y fauna de nuestras regiones, sino que tiene una dimensión global. Dicho peligro ya era anunciado en la tercera edición de la *Perspectiva mundial sobre la diversidad biológica*, donde al referirse a la pérdida de biodiversidad se sostiene lo siguiente:

En la mayoría de los escenarios a futuro se prevé que en el transcurso de este siglo, los niveles de extinción y pérdida de hábitats seguirán siendo elevados, con la consiguiente disminución de algunos servicios ecosistémicos que son importantes para el bienestar de los seres humanos (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2010a, p. 10).

De ahí que en el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020, suscrito el 2010 por nuestro país, las veinte Metas de Aichi para la biodiversidad se estructuraron en cinco objetivos estratégicos, entre ellos el objetivo estratégico C: mejorar la situación de la diversidad biológica salvaguardando los ecosistemas, las especies y la diversidad genética. Según la Meta 11:

Para 2020, al menos el 17 por ciento de las zonas terrestres y de aguas continentales y el 10 por ciento de las zonas marinas y costeras, especialmente aquellas de particular importancia para la diversidad biológica y los servicios de los ecosistemas, se conservan por medio de sistemas de áreas protegidas administrados de manera eficaz y equitativa, ecológicamente representativos y bien conectados y otras medidas de conservación eficaces basadas en áreas, y están integradas en los paisajes terrestres y marinos más amplios (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2020, p. 15).

A su vez, por la Meta 12 del mismo objetivo estratégico: «Para 2020, se habrá evitado la extinción de especies en peligro identificadas y su estado de conservación se habrá mejorado y sostenido, especialmente para las especies en mayor declive» (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2020, p. 15).

En tal sentido, diversos países de la región y del mundo reportan periódicamente sobre los avances en la implementación del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020; en el caso del Perú, en el *Quinto Informe Nacional ante el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Años 2010-2013*, se dio cuenta de que:

El Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado favorece a la conservación de la diversidad biológica *in situ*; al 2013 cuenta con un total de 64 áreas. Asimismo, existen 15 Áreas de Conservación Regional y 69 Áreas de Conservación Privadas. Estas áreas cubren una importante extensión territorial del país, lo cual contribuye al cumplimiento de la Meta 11 de AICHI, faltando poco para alcanzar el 100 % de representatividad de los ecosistemas (Ministerio del Ambiente, 2015, p. 12).

No obstante, se reconoció que la lista roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN) «muestra un incremento en el número de especies amenazadas para el Perú, siendo una de las principales amenazas identificadas para las especies el cambio o pérdida de hábitats, seguida de la sobreexplotación de recursos» (Ministerio del Ambiente, 2015, p. 12).

De otro lado, en cuanto al objetivo estratégico C: Meta 12, reducción del riesgo de extinción, de acuerdo con el Índice Planeta Vivo (IPV), indicador sensible de los cambios en la abundancia de especies:

En general, el índice mostró una caída del 68 % en promedio entre 1970 y 2016 [...]. Esto significa que, en promedio [...], el tamaño

de las poblaciones de especies de vertebrados de todo el mundo es de aproximadamente menos de un tercio del tamaño que tenían en 1970. [...] A nivel regional, el IPV tuvo el mayor descenso, comparado con niveles de 1970, en América Latina y el Caribe (94 % desde 1970), impulsado por tendencias muy negativas en reptiles, anfibios y peces (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2020, p. 87).

## **2.2. Importancia de la biodiversidad en Latinoamérica y el Caribe**

Si nuestro enfoque legitimador de la tutela de la biodiversidad se amparase en la visión ecocéntrica, lamentablemente solo sería posible en el Ecuador, por mandato expreso de su Constitución<sup>1</sup>, y no sería necesaria una fundamentación mayor de por qué proteger a la biodiversidad<sup>2</sup>. No obstante, la gran mayoría de países de Latinoamérica y el Caribe tienen una orientación antropocéntrica. Por tanto, es dentro de esta tendencia que ha de ser legitimada la tutela jurídica de la biodiversidad.

Desde una visión antropocéntrica, la legitimidad de la tutela de la biodiversidad se respalda en encontrar alguna utilidad para el ser humano, pues solo así se justificaría la limitación de derechos fundamentales para su protección. Partiendo de esta premisa, incluso en un ordenamiento jurídico antropocéntrico, es posible legitimar la tutela jurídica de la biodiversidad. Su protección no reposa en meros factores estéticos, que bien han servido para justificar la tutela de ciertos paisajes o de determinado tipo de especies de poca

---

1 «Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales [...] estructura, funciones y procesos evolutivos».

2 La legitimidad al interior de un sistema ecocéntrico reposa en el valor intrínseco del ser o ente sujeto de protección, independientemente de si es o no valioso para el ser humano. En contraposición, un sistema antropocéntrico precisa encontrar una utilidad —de interés humano— para proteger a seres o entes distintos del hombre.

trascendencia para el ecosistema, pero de gran belleza (v. gr. el oso panda). Existen razones económicas de fondo: la protección de la biodiversidad es útil para asegurar la actual calidad de vida del ser humano y de las generaciones venideras.

En la historia existen muchas muestras de especies que han servido para grandes bonanzas en la historia de Latinoamérica. En el Perú, por ejemplo, es el caso del caucho, las aves guaneras o incluso el árbol que se encuentra en nuestro escudo nacional: la quina. En suma, especies que han tenido un gran valor para la humanidad y que si se hubieran extinguido, ello habría significado una merma económica muy importante para el erario.

De ahí que la legitimidad de la tutela de la biodiversidad haya sido objeto de pronunciamientos por las altas cortes constitucionales. Para muestra, podemos observar el caso de Colombia y del Perú.

El Tribunal Constitucional peruano, en esa línea interpretativa, se reafirma en la necesidad de hacer un uso sostenible de los componentes de la biodiversidad y la necesidad de evitar afectarla con otras actividades, al señalar que:

El uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de esta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras. De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarburos, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica (Tribunal Constitucional del Perú, 2009, fundamento jurídico n.º 13).

Asimismo, poniendo énfasis en la importancia de la protección de la biodiversidad para ayudar a solucionar un problema mundial, como lo es el hambre, la Corte Constitucional de Colombia (1994) mediante la sentencia C-519/94 resalta que:

Si bien la importancia de la discusión relacionada con la biodiversidad se centra en aquellas áreas de reconocida variedad —y la mayoría de las veces de gran fragilidad— ecológica, esta Corte es consciente de que las medidas administrativas, políticas y económicas que se tomen al respecto no deben cobijar exclusivamente estas situaciones. En otras palabras, al ser la humanidad —presente y futura— el sujeto jurídicamente interesado y, por ende, responsable por la conservación y preservación de un ambiente sano, entonces las decisiones que adopte deben estar encaminadas a la protección de esos intereses en todos los niveles del desarrollo. De ahí que, por ejemplo, sea necesario plantear la necesidad de buscar medidas de amparo para la biodiversidad agrícola, de forma tal que los recursos genéticos que se encuentren y se desarrollen en los países, puedan ser aprovechados en forma responsable para contribuir al problema del hambre y de la nutrición por el que pasan hoy en día la mayoría de las naciones del mundo.

En suma, la tutela jurídica de la biodiversidad se encuentra legitimada tanto desde una perspectiva ecocéntrica como antropocéntrica.

## **2.3. Instrumentos internacionales de protección del medio ambiente**

### **2.3.1. El Convenio sobre la diversidad biológica**

Todos los niveles (ecosistemas, especies y recursos genéticos) de la diversidad biológica son esenciales para sostener la existencia humana, por lo que nos encontramos ante una evidente necesidad mundial por preservarla y protegerla. Es por ello que durante la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992, se definen los alcances del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), que finalmente entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

Este instrumento normativo internacional se realizó con el fin de evitar el deterioro del planeta y que sus miembros dicten medidas que conduzcan a un futuro sostenible. Se trazaron tres principales

objetivos: la conservación de la biodiversidad, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

Posteriormente, en el año 2002, durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, el CDB fue reconocido como el instrumento principal para revertir el deterioro de la biodiversidad.

Si bien es cierto, aún falta fortalecer y lograr el cumplimiento de los objetivos trazados, al margen del CDB, los Estados de América Latina y el Caribe han señalado en sus respectivas cartas políticas la obligatoriedad que tienen como Estados para su conservación, como es el caso de nuestro país.

La Constitución peruana del año 1993, en su artículo 68, establece que «El Estado se encuentra obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas». En concordancia con dicho artículo, se promulgó la Ley n.º 26839, Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, para dar un mejor tratamiento a este importante tema.

También podemos mencionar que Cuba, en su reciente Constitución del año 2019, ha incorporado en su artículo 75 lo siguiente:

Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras.

### **2.3.2. Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América**

Los países que a nivel continental se adhirieron a este convenio, aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados

Americanos (OEA) (1940), entre ellos el Perú<sup>3</sup>, por su artículo 2.1 se obligaron a estudiar inmediatamente la posibilidad de crear, dentro del territorio de sus respectivos países, los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales y las reservas de regiones vírgenes. Asimismo, en su artículo 5.1 señala: «Los Gobiernos Contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y fauna dentro de sus respectivos territorios [...]». Y en el artículo VI, los gobiernos contratantes convienen en cooperar los unos con los otros para promover los propósitos de la Convención (OEA, 1940).

### **2.3.3. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)**

La convención, de la que Perú es suscriptor, reconoce que la fauna y flora silvestres constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, y que tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras; y exige en el artículo VIII, numeral 1: «Las Partes adoptarán las medidas apropiadas para velar por el cumplimiento de sus disposiciones y para prohibir el comercio de especímenes en violación de las mismas [...]» (CITES, 1973, p. 6).

### **2.3.4. Otras convenciones**

Entre otros instrumentos, pueden citarse la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, también conocida como Convención de Ramsar, de 1971, de la cual Perú es parte contratante; la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas, de 1996.

---

3 Suscrito el 10 de diciembre de 1940 y ratificado el 11 de diciembre de 1946.

### 2.3.5. Por un nuevo Acuerdo Mundial por la Diversidad

Ya en el marco de la segunda reunión del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Marco Mundial de la Diversidad Biológica posterior a 2020, WG2020, celebrado en Kunming, China, se elaboró un borrador preliminar del referido marco mundial con un enfoque de «teoría del cambio», un esquema de planificación estratégica utilizado para ayudar a planificar y ejecutar las medidas adoptadas y evaluar sus impactos, donde:

[se] advierte que, si se continúa con las trayectorias actuales no se podrán alcanzar los objetivos de conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica ni lograr la sostenibilidad. Además, el logro de los objetivos de diversidad biológica para 2030 y más adelante, solo será viable si se realizan cambios transformadores en todos los factores económicos, sociales, políticos y tecnológicos (PNUD Panamá, 2020, párr. 7).

Un aspecto resaltante del borrador preliminar es que considera un conjunto de condiciones propicias que facilitará la implementación del marco, entre ellas: «e) Sinergias con otros procesos y acuerdos ambientales multilaterales pertinentes» (FARN, 2020, p. 15).

De otra parte, la Cumbre sobre Biodiversidad, celebrada el 30 de septiembre de 2020, como parte del 75.º período de sesiones ordinarias de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abordó la propuesta presentada por el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), de llegar al 2030 con el 30 % del planeta en áreas protegidas. La propuesta «30x30» es parte de la estrategia dirigida a garantizar el sostenimiento de la vida de todas las especies del planeta.

Se postula la realización de la Visión de la Diversidad Biológica para 2050, en dicho año, de acuerdo con una serie de medidas, entre las que se encuentra:

intensificar las iniciativas destinadas a conservar y restaurar la diversidad biológica en todos los niveles, usando enfoques que dependerán del contexto local. Estas deben combinarse con grandes aumentos en la extensión y la eficacia de áreas protegidas bien conectadas y otras medidas eficaces de conservación basadas en áreas, la restauración a gran escala de hábitats degradados y mejoras en las condiciones de la naturaleza en los paisajes tanto agrícolas como urbanos, así como en las masas de agua continentales, las costas y los océanos (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2020, p. 18).

### **2.3.6. Alianza Latinoamericana para Fortalecer Áreas Protegidas (ALFA 2020). Pacto de Leticia por la Amazonía. Áreas Protegidas de Latinoamérica y el Caribe**

La Alianza Latinoamericana para Fortalecer Áreas Protegidas (ALFA 2020) fue lanzada con el objetivo de promover el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de áreas protegidas en América Latina, en particular la Meta 11 de Aichi. Dicha alianza nace en el marco de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, COP14, promovida por la Red Latinoamericana de Cooperación Técnica en Parques Nacionales, otras Áreas Protegidas, Flora y Fauna Silvestres, Redparques, mecanismo de carácter técnico constituido por instituciones y especialistas de la región que trabajan en el tema de áreas protegidas, flora y fauna silvestres; que en el aspecto de cobertura de áreas protegidas había propuesto que para el año 2020 «al menos el 17 % de las zonas terrestres y de las aguas interiores y el 10 % de las zonas marinas y costeras se habrán conservado por medio de sistemas de áreas protegidas» (Redparques, Pronatura México, 2018, p. 18).

De otro lado, en septiembre de 2019, los jefes de Estado y los jefes de Delegación del Estado Plurinacional de Bolivia, la República Federativa del Brasil, la República de Colombia, la República del

Ecuador, la República de Guyana, la República del Perú y la República de Surinam, reunidos en Leticia, Colombia, suscribieron el Pacto de Leticia por la Amazonía (2019), en cuyo punto 2 se alienta a «establecer mecanismos de cooperación regional y de intercambio de información que permitan combatir las actividades ilegales que atentan contra la conservación de la Amazonía» (p. 2).

Posteriormente, en el III Congreso de Áreas Protegidas de Latinoamérica y el Caribe, convocado por Redparques, donde se dio la Declaración del III CAPLAC «De la inspiración a la acción», se formulan recomendaciones con el enfoque innovador de:

La inmensa contribución de las áreas protegidas de América Latina y el Caribe al diseño, cumplimiento y puesta en marcha de estrategias contundentes frente a los compromisos internacionales de conservación de la naturaleza para el bienestar y el desarrollo sostenible, considerando el rol de estos espacios para la seguridad mundial y la posibilidad de escalar sus beneficios para el bienestar humano a escala global, a partir de decisiones políticas en el marco de las convenciones jurídicamente vinculantes, así como los espacios técnicos de formulación de estrategias efectivas que detengan los efectos de la emergencia global sin precedentes que vive el Antropoceno.

#### **2.4. La protección del medio ambiente desde la perspectiva de los derechos humanos**

La histórica Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1948, trajo consigo el ensalzamiento de la persona humana como valor supremo y, como consecuencia, la consagración de los derechos humanos. A ella le sucedieron posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en conjunto sentaron las bases del sistema de protección de los derechos humanos.

Pero la Declaración Universal de los Derechos Humanos [...] no hace referencia al medio ambiente. Tampoco lo hacen los dos pactos internacionales de derechos humanos, de los derechos cívicos y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, si bien se hace una breve referencia al medio ambiente en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Knox, 2017, p. 8).

Será el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador», que en el artículo 11 dispone que «“toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, asimismo establece la obligación para todos los Estados Partes de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente» (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, p. 18).

El hecho es que la ONU no ha consagrado todavía el derecho a un medio ambiente saludable a nivel de un tratado de derechos humanos, pero sí han sido reconocidos otros como el derecho a la salud, a la vida, a la alimentación y al agua, cuyo goce está íntimamente relacionado con la existencia de un medio ambiente sano; igualmente, la frecuente vulneración de dichos derechos a raíz de la alteración o daño al medio ambiente ha dado lugar a una nueva tendencia jurisprudencial de los derechos humanos del medio ambiente.

## **2.5. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe**

En virtud de lo mencionado líneas arriba, el acceso a la justicia ambiental es un derecho cuya protección merece reforzarse, en particular en nuestra región; de ahí que se haya suscrito el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales

en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, firmado por el Perú, que en su artículo 1 plantea como objetivo:

garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible (Naciones Unidas, 2018, p. 14).

Concretamente, a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, el artículo 8.3 del citado Acuerdo Regional establece que cada parte contará con: «a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos» (Naciones Unidas 2018, p. 29). Esto respecto a la jurisdicción interna de los países parte del Acuerdo Regional. No obstante, en cuanto controversia entre dos o más partes respecto de la interpretación o de la aplicación del acuerdo, prevé el mecanismo de la negociación o cualquier otro medio de solución de controversias; pero de tratarse de controversias que no se hayan resuelto conforme a lo anterior, según el artículo 19.2 se considera obligatorio uno o los dos medios de solución siguientes: «a) el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia; b) el arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establezca» (Naciones Unidas, 2018, p. 36).

Cabe precisar que la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, cuya sede es La Haya. En consecuencia, en el marco del Acuerdo de Escazú, la Corte Internacional de Justicia es el tribunal competente

para dirimir los conflictos entre partes en materia de acceso a la información, participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.

### **3. PROPUESTA DE UN TRIBUNAL AMBIENTAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

#### **3.1. Introducción**

En su encíclica *Laudato Si'*, el papa Francisco I (2015) refiere que «La conciencia de la gravedad de la crisis cultural y ecológica, necesita traducirse en nuevos hábitos» (p. 159).

Si bien el sentido original de la cita se circunscribe a la propuesta de una nueva cultura de protección y educación ambiental, nada obsta a que la invocación realizada por el Santo Padre también nos obligue —como juristas— a repensar la manera en que hemos venido operativizando la protección jurídica del ambiente y de la biodiversidad.

En ese sentido, ya habiendo definido en la parte precedente la importancia de tutelar la biodiversidad de Latinoamérica y del Caribe, es necesario también sentar las bases de cómo esta protección debe ser hecha en ambas regiones. Siguiendo la línea argumentativa establecida por Francisco I (2015), premonitoriamente señala que: «En este contexto, se vuelve indispensable la maduración de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos nacionales y dotadas de poder para sancionar» (pp. 134-135).

En esa misma línea de pensamiento, el sexto informe elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, denominado *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial (GEO 6)*, que tiene como idea central el eslogan «Planeta sano, personas

sanas», expresa en los puntos 23.11 y 24.2 que «La reparación de la degradación ambiental a través de mecanismos jurídicos, como el acceso a los tribunales y la justicia, constituye también un mecanismo importante para asegurar el acceso inclusivo a un medio ambiente limpio y saludable para todos» (2019, p. 27).

De ahí que en este trabajo planteemos como propuesta la creación de un Tribunal de Justicia Ambiental, al que denominaremos «Tribunal Ambiental para Latinoamérica y el Caribe», el mismo que, sobre la base del Acuerdo de Escazú, primer instrumento ambiental regional de carácter vinculante, que estandariza la tutela jurídica del ambiente y la biodiversidad latinoamericanas y caribeñas, indica que se cree dicho tribunal para dotarlo de mayor eficacia, ya que se contaría con un órgano de justicia especializado en la defensa del medio ambiente y la reparación de los daños a este en un contexto interregional.

En tal virtud, en el presente artículo se propone la enmienda del artículo 19, literal a, del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, a efecto de que toda controversia entre dos o más países partes sobre la interpretación o acerca de la aplicación del Acuerdo de Escazú, pueda ser sometida al conocimiento del Tribunal Ambiental para Latinoamérica y el Caribe, cuya creación se propone.

Respecto a esta enmienda y cómo ha de configurarse en concreto el Tribunal Ambiental para Latinoamérica y el Caribe, nos ocuparemos en las siguientes líneas.

## **3.2. ¿Qué elementos son necesarios para la tutela jurídica de la biodiversidad y del ambiente en Latinoamérica y el Caribe?**

### **3.2.1. La conciencia medioambiental como presupuesto para la adopción de políticas públicas ambientales**

Ya hemos sustentado la importancia que tiene la biodiversidad para Latinoamérica y el Caribe. Muchos son los motivos que justifican su tutela, pero quizá el más noble de ellos es el aseguramiento de la existencia, presente y futura, de todas las formas de vida que componen estas dos bendecidas regiones.

El deseo de tutela de la biodiversidad se justifica no solo como una aspiración noble e ideal, sino como un deber de nuestra generación para con las generaciones futuras. Ya en el pasado tenemos ejemplos de diversas especies que, a causa de la depredación indiscriminada y por la destrucción de sus hábitats, hoy no pueden ser apreciadas ni lo podrán ser en el futuro. De ahí que es imperativo tomar medidas para evitar que situaciones como esta se repitan.

Existe una relativa conciencia ambiental en Latinoamérica y el Caribe, y recién hace dos años se ha logrado concretar, a nivel regional, la firma de un mecanismo idóneo para la tutela del ambiente. Diversas causas vienen convergiendo para que la protección de la biodiversidad forme parte de las políticas públicas latinoamericanas y caribeñas; pero cabe preguntarse si son las nuevas políticas ambientales lo realmente eficaces que quisiéramos. Aún subsisten diversos obstáculos que hacen que el medio ambiente siga degradándose en la región.

En primer lugar, se encuentra el deseo de un sector humano que percibe a la tutela de biodiversidad como un escollo para el desarrollo económico. Es el caso, por ejemplo, de nuestro país, donde se produce un debate entre las múltiples personas que defienden la actividad minera a cualquier costo, incluso en la

Amazonía, y aquellas personas que buscan la protección de los bosques húmedos donde esta se realiza ilegalmente. Claro ejemplo de ello es la región de Madre de Dios, fronteriza con el Brasil, que ya evidencia los estragos de la minería ilegal en los ríos Madre de Dios y Malinowski, así como en la zona de amortiguamiento de la Reserva de Tambopata. Otro ejemplo es Brasil, donde actualmente se aprecia una clara contraposición de intereses entre aquellas personas que buscan la protección del bosque tropical amazónico y quienes buscan la expansión de la frontera agrícola y ganadera. En el Perú se presenta un panorama similar.

De igual importancia, pero menos perceptible, es la falta de visibilización de las bondades que tiene la biodiversidad y la necesidad de tutelarla. Muchos de quienes habitamos en Latinoamérica y el Caribe damos por sentado que estamos frente a un territorio bendecido por esta gran riqueza de especies de flora y fauna; sin embargo, no somos conscientes de que ella es producto de miles de millones de años de evolución. Si no hacemos nada para impedir la acelerada pérdida actual de biodiversidad, lo que hoy es una fuente de riqueza, mañana será una fuente de reclamos y será nuestra generación, la que es consciente del problema de fondo y que sí pudo hacer algo para cambiar el panorama, quien será responsabilizada por su falta de compromiso con el ambiente y especialmente con la biodiversidad.

Solo con un cambio de mentalidad y un deseo genuino de proteger estas riquezas de la naturaleza, se podrá impulsar decididamente las medidas políticas y normativas destinadas a asegurar la preservación de la actual biodiversidad para las generaciones futuras.

### **3.2.2. Tutela jurídica del medioambiente y la biodiversidad, y un tribunal ambiental especializado latinoamericano y caribeño**

Gracias a los movimientos actuales y la presencia de una ciudadanía cada vez más preocupada por la protección del ambiente, podemos

ser optimistas y afirmar que la actual conciencia ambiental es mayor que en el pasado y, con el transcurso del tiempo, crece aceleradamente. Como correlato normativo, los Estados latinoamericanos se han visto en la necesidad de adoptar medidas internas acordes con estas nuevas preocupaciones, lo que se ha materializado en acciones como la prohibición de bolsas de plástico en Chile o Perú, la ley boliviana del Buen Vivir, o el reconocimiento de la Pachamama como sujeto de derecho en la Constitución Política de Ecuador.

Cabe resaltar que la necesidad de proteger la biodiversidad no es un asunto que competa exclusivamente a un país. Por el contrario, exige la respuesta conjunta de todos aquellos países que nos beneficiamos o podemos tener algún tipo de influencia sobre ella. A diferencia de los países que tenemos fronteras territoriales que definen nuestra soberanía, la biodiversidad latinoamericana y caribeña no conoce de este tipo de fronteras artificiales. Ellas tienen otro tipo de fronteras físicas que las delimitan. Consecuentemente, una real protección de la biodiversidad exige que no solo sea un Estado el que tome cartas en el asunto para garantizar la protección jurídica de la biodiversidad.

¿Por qué Latinoamérica y el Caribe requieren un estándar común de protección ambiental? Porque son dos regiones o realidades geográficas existentes en América, sin solución de continuidad, es decir, naturalmente unidas, y las fronteras que separan nuestros países son meras creaciones artificiales hechas por el hombre. Hay una innegable unidad ambiental y ecológica. De allí que sea también natural y legítimo sujetarse a una protección común de su ambiente y de su rica biodiversidad.

Por ello, son todos los países de Latinoamérica y el Caribe quienes, directa o indirectamente, tienen influencia con sus acciones en la conservación de estas riquezas, y están obligados a respetar sus obligaciones comunes de tutela de nuestra biodiversidad.

La acción conjunta materializada en un instrumento internacional vinculante de alcance regional, como el Acuerdo de Escazú, conduce necesariamente a la configuración de una adecuada tutela jurídica del ambiente y la biodiversidad y de un tribunal especializado. Al contarse con un instrumento normativo vinculante, se definen claramente los deberes estatales, colectivos e individuales para afrontar este problema común.

De ahí que garantizar la eficacia de este acuerdo haría posible la solución común de los problemas ambientales en la región, pues las afectaciones a la biodiversidad latinoamericana tienen, en muchos casos, un carácter colectivo que traspasa nuestras fronteras. Gráficamente, la contaminación del río Amazonas producida en Perú no limita su efecto a este país, sino que se expande a otros como Colombia, Ecuador y Brasil. Igualmente, como lo demuestran los recientes problemas de incendios forestales en Brasil, un acto contra el ambiente no conoce de fronteras físicas y sus efectos pueden recaer en varios países.

### **3.3. De la implementación del Acuerdo Regional para la Defensa de la Biodiversidad en Latinoamérica y el Caribe**

A nivel nacional o interno, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo de Escazú, las partes se comprometen a facilitar los medios para la implementación de las actividades nacionales dirigidas a «cumplir con las obligaciones derivadas del Acuerdo». Pero a nivel general del acuerdo, el artículo 15 establece una Conferencia de las Partes (COP), a cargo de reuniones ordinarias y extraordinarias para que se consense todo lo relativo a la implementación del acuerdo y la aprobación de sus instrumentos y órganos subsidiarios; entre otras funciones, como la indicada en el numeral 5, literal d: «formular recomendaciones a las Partes relativas a la implementación del presente Acuerdo» (Naciones Unidas, 2018, pp. 33-34).

Empero, dicho tratado multilateral aún no inicia su funcionamiento, debido ya sea a la falta de voluntad política de algunas de las partes firmantes o a un doble discurso en el proceso de su puesta en marcha. Según información propalada en la plataforma Connectas:

De los 24 Estados firmantes —Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay— solo 11 lo han ratificado. Entre los pendientes se encuentran Colombia y Brasil, que ocupan el primer y tercer lugar, respectivamente, en número de asesinatos a defensores ambientales en el mundo durante el 2019 [...] (Hernández, 2020, párr. 4).

En tal sentido, es de lamentar que el Perú no haya ratificado el Acuerdo de Escazú, tras la decisión en mayoría de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, que

aprobó el dictamen de no aprobación y remisión al archivo del Proyecto de Resolución Legislativa n.º 4645/2019-PE que propone la Resolución Legislativa sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, denominado el Acuerdo de Escazú (Comisión de Relaciones Exteriores 2020, pp. 3-4).

El Proyecto de Resolución Legislativa n.º 4645/2019-PE, remitido por la Presidencia de la República mediante Resolución Suprema n.º 123-2019-RE, de fecha 26 de julio de 2019, tenía como texto, el siguiente:

#### **Artículo único. Objeto de la Resolución Legislativa**

Apruébase el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales

en América Latina y el Caribe, hecho el 4 de marzo de 2018 en Escazú, República de Costa Rica, con la siguiente declaración:

### DECLARACIÓN

La República del Perú, en concordancia con el artículo 19, párrafo 2 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, declara que, en lo que respecta a las controversias que no se hayan resuelto conforme al párrafo 1 del artículo 19, acepta considerar obligatorio el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia en sus relaciones con cualquier Parte que acepte la misma obligación (Presidencia de la República, 2019, p. 5).

Se aprecia de la declaración inserta en el citado proyecto de resolución legislativa que el Gobierno peruano no formula ningún reparo respecto a que las controversias con otros Estados partes sean sometidas ante la Corte Internacional de Justicia; sin embargo, este aspecto ha sido motivo de fuertes controversias en el sentido de que se estará afectando la soberanía de los Estados partes del acuerdo respecto a la resolución de los conflictos que involucren el manejo de los recursos naturales del propio país; supuesto peligro que la ministra del Ambiente, Kirla Echegaray Alfaro, descartó en su presentación ante la Sesión Ordinaria de fecha 17 de agosto de 2020, donde señaló claramente que la ratificación del Acuerdo de Escazú: «Fortalecerá la justicia ambiental, al establecer estándares mínimos en las instancias administrativas y judiciales» y que «las disposiciones respecto de las que podría haber una controversia no están referidas a la soberanía del territorio de los Estados, ni mucho menos a la soberanía de la Amazonía», toda vez que «el Acuerdo se rige por el **principio de soberanía permanente** de los Estados sobre sus recursos naturales; y el **principio de igualdad soberana**» (Echegaray, 2020).

Respecto a que se estaría permitiendo que tribunales internacionales se pronuncien sobre decisiones que interfieran contra el

desarrollo de los países partes del citado instrumento de Escazú, se sostiene que el artículo 19 del acuerdo no contraviene el orden jurídico interno de las partes, en materia ambiental, y que, por el contrario:

El Acuerdo de Escazú sigue la práctica internacional de los Acuerdos Multilaterales Ambientales en materia de solución de controversias [...].

El artículo 19, sin embargo, deja libertad a aquellos Estados que voluntariamente lo deseen, de someterse a la Corte Internacional de Justicia y/o al arbitraje, si así lo decidieran de manera expresa [...]. Este esquema es similar al de otros Acuerdos Multilaterales Ambientales con remisiones a la Corte Internacional de Justicia como el Convenio de Minamata (art. 25), Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que aplica al Acuerdo de París (art. 14), o el Convenio de Diversidad Biológica (art. 27). En lo que respecta, al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Acuerdo no reconoce la competencia de ninguno de sus órganos, CIDH o Corte IDH, en este sentido no podrá activarse su competencia en un pronunciamiento distinto al consultivo (Opinión Consultiva N.º 1 de 1982) (Alianza por el Acuerdo de Escazú en Colombia, 2020, pp. 6-7).

Podría pensarse de lo anterior que el Acuerdo de Escazú no obliga a las partes a aceptar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, no obstante, debe quedar claro que el artículo 19.2 considera obligatorio uno o los dos medios de solución en caso fracase la negociación o cualquier otro medio de solución del conflicto: a) el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia; y b) el arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establezca; empero esta obligatoriedad, consideramos, tampoco afectaría la soberanía de los países partes.

En tal contexto, la propuesta de creación de un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe, se justificaría en su

carácter especializado y en su alcance interregional; elementos que le otorgarían mayor eficacia al Acuerdo de Escazú y suprimirían del debate el cuestionamiento respecto al sometimiento a tribunales internacionales, toda vez que los Estados partes contarían con participación en la elección de los integrantes del Tribunal, como veremos más adelante.

Es verdad que cada país, en Latinoamérica y el Caribe, tiene una forma distinta de acercarse a la tutela jurídica de la biodiversidad. Mientras algunos la han previsto en su propia Constitución Política, como es el caso peruano y de muchos países hermanos, otros la han desarrollado en normas que se desprenden directamente del derecho a un ambiente sano y equilibrado. Asimismo, cada legislación tiene particularidades propias que abordan, desde una perspectiva local, un problema que es de alcance regional; de ahí que se hiciese imperativo un consenso entre los países latinoamericanos y caribeños para adoptar una respuesta regional a este problema.

Actualmente se cuenta con un mecanismo latino-caribeño, un acuerdo interregional firmado por veinticuatro Estados partes, dirigido a garantizar la adecuada tutela de la biodiversidad según un estándar mínimo de protección del ambiente por parte de los Estados latinoamericanos y caribeños.

Aparte de lo que se haya esbozado como núcleo básico del acuerdo, que es considerado en el ámbito interregional a nivel de tratado, proponemos, adicionalmente, una serie de temas para su análisis y discusión.

En primer lugar, debe existir un compromiso en torno a la tutela jurídica de espacios que todos los países reconocen como importantes centros de protección de la biodiversidad: las áreas naturales. Cada país tiene un sistema propio de áreas naturales protegidas, las cuales se categorizan en función del alcance que tiene esta área para los ciudadanos del país. En el caso peruano tenemos áreas naturales nacionales, regionales y municipales.

Siguiendo este caso, podría también preverse la tutela jurídica de áreas naturales protegidas de nivel latinoamericano o caribeño. Muestra de ello, por ejemplo, es el caso de la protección del bosque tropical amazónico, en cuyo territorio podrían establecerse espacios de protección para asegurar la tutela de la gran biodiversidad que este alberga. Estos espacios de protección no deberían limitarse a un país, sino que deberían abarcar uno o más países, pues, nuevamente, la biodiversidad no conoce de fronteras físicas.

En segundo lugar, además de la protección de áreas naturales latinoamericanas y caribeñas, podría establecerse un listado de especies de flora y fauna que es necesario tutelar ante el grave riesgo de su extinción, sea o no ocasionada por factores antrópicos. Es el caso de especies como el oso andino, el paiche, el colo colo, el jaguar, el tapir o la guacamaya bandera, los cuales no se encuentran en un solo país latino o caribeño, sino que están distribuidos a lo largo de ellos. El acuerdo-tratado debería prever la lista de especies en peligro de extinción, las que se hallan en vías de extinción en América Latina y el Caribe, así como las medidas que los Estados se encuentran obligados a implementar para garantizar la efectiva protección de estas especies.

En tercer lugar, la defensa de la biodiversidad no solo precisa de que se protejan espacios específicos o de especies de flora y fauna en peligro de extinción, también requiere de la protección de los factores ambientales. En buena cuenta, que se tutelen los medios de vida como los ríos o la calidad del aire y del suelo, de forma tal que se haga posible que el ecosistema que alberga a la biodiversidad no sea alterado de forma significativa.

El reto real es hacer compatibles estos deseos con las políticas de desarrollo interno de cada país, las cuales pueden, en muchas ocasiones, contraponerse a la tutela de ciertas especies, la creación de áreas naturales protegidas o el fijar estándares de calidad ambiental sobre agua, suelo y aire.

## **3.4. El Tribunal Ambiental latinoamericano y caribeño**

### **3.4.1. Objetivo**

Es necesario que un tribunal interregional se encargue de verificar si los países cumplen o no los compromisos indicados en el instrumento normativo regional. En la letra del acuerdo, y una vez ratificado, actualmente, el órgano competente para resolver las controversias a que se refiere el artículo 19.2, viene a ser la Corte Internacional de Justicia. Recordemos que el acuerdo no reconoce la competencia de la Comisión de Derechos Humanos (CIDH), ni de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), salvo en el caso de las opiniones consultivas; no obstante, creemos que a nivel interregional se requiere la tutela específica y especializada en materia ambiental. En atención a esta necesidad es que se justifica la creación de un órgano especializado en la tutela de las obligaciones de protección de la biodiversidad y del ambiente latinoamericano y caribeño.

El objetivo de este Tribunal, al que hemos venido a denominar Tribunal Ambiental para Latinoamérica y el Caribe, es ser el ente encargado de garantizar el cumplimiento del Acuerdo Interregional Ambiental o de la Biodiversidad por los Estados Partes, como órgano de justicia ambiental en el marco de la ejecución del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú.

### **3.4.2. Competencia**

Para alcanzar el objetivo antes señalado, el tribunal debe tener tres tipos de competencias:

En primer lugar, debe tener una competencia contenciosa, es decir, ejercer la labor tradicional de un tribunal: determinar si uno de los Estados suscriptores del acuerdo regional ambiental ha

incumplido o no las obligaciones a las que se ha comprometido; y, de comprobarse el incumplimiento, asignar la consecuencia jurídica por el incumplimiento declarado (sanciones pecuniarias, ordenar actos que aseguren el cumplimiento de la obligación, entre otros aspectos).

En segundo lugar, el Tribunal Ambiental latinoamericano y caribeño debería tener una función de supervisión del cumplimiento de sus propios fallos, esto es, debe determinar si el Estado al que se le impuso una obligación no pecuniaria, como por ejemplo crear una política destinada a la eficaz tutela de un determinado río frente a la minería ilegal, cumplió o no con lo ordenado. A la par, en caso se determine el incumplimiento de su fallo, se deberá asignar una consecuencia jurídica por dicho incumplimiento.

Finalmente, a efectos de evitar situaciones en las que alguna de las obligaciones del tratado sea incumplido, los Estados, las organizaciones que tengan por objeto la protección del ambiente, los representantes de las comunidades nativas, entre otros, tendrán el derecho a solicitar al Tribunal Ambiental que emita una opinión frente a un acto que, a su juicio, pueda significar una afectación a los compromisos del acuerdo.

El último punto no debe ser interpretado como una interferencia a la soberanía de cada Estado, en cuanto a sus decisiones de política interna, sino como un reconocimiento de que por encima de los temas que atañen a cada país se encuentra una agenda común con la protección del medio ambiente, que nos agrupa como latinos y caribeños, dentro de los objetivos globales de un desarrollo sostenible.

### 3.4.3. Integrantes

Desde nuestra perspectiva, este alto Tribunal, por la delicada función que se le encomendaría, debe ser integrado por juristas y exmagistrados latinoamericanos y caribeños, quienes ya no

se encuentren en actividad. Asimismo, desde una perspectiva multidisciplinaria, lo cual sometemos a discusión, puede pensarse en la incorporación de otros profesionales, como son ingenieros ambientales, forestales, entre otros que, por su especialidad, puedan dar un importante aporte técnico.

Existen muchos juristas y profesionales que podrían dar muy valiosos aportes para entender mejor el aspecto jurídico-abstracto de un proceso internacional ambiental. Por ello, naturalmente, quienes tengan esta gran aptitud pueden formar un órgano asesor y técnico permanente, a cuya opinión el Tribunal podrá acudir cuando encuentre algún aspecto jurídico que requiera un debate mayor.

La materia ambiental es bastante polémica y los fallos que se emitan en este campo pueden ser muy controversiales, dado que detrás de ellos se encuentran permanentes intereses en conflicto que es necesario ponderar. Por ello, quienes están en mejores condiciones para dilucidar la decisión y sus efectos son quienes, por muchos años, ya han tenido esta función, esto es, los jueces y los juristas, debido a su conocimiento sobre la gestión del proceso y la necesidad de ser prudentes en los fallos que se tengan.

Dado que se desea privilegiar la experiencia, y por las altas responsabilidades que implicaría ser parte de este Tribunal, postulamos que la edad mínima para pertenecer a él sea de 60 años, pues a esa edad se alcanza un grado de maduración profesional y prudencia que es difícil de encontrar en personas más jóvenes, quienes se caracterizan por su ímpetu.

En cuanto al período por el cual deban ser elegidos los jueces, es posible encontrar muchas opciones en la judicatura de distintas latitudes. Desde nuestra perspectiva, debido a la necesidad de actualizar los compromisos ambientales de las partes y, por ende, los consensos sobre quienes se encarguen de velar por el cumplimiento

de esos compromisos, proponemos que la elección de miembros del Tribunal sea realizada cada siete años improrrogables.

La elección de los jueces del Tribunal debe ser realizada a propuesta de los países partes del acuerdo, formulada por sus representantes ante Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 15 del citado acuerdo.

#### **3.4.4. Proceso ambiental**

##### **3.4.4.1. Proceso ambiental común**

El proceso ambiental debe tener como principal característica su transparencia y la mayor amplitud de las instituciones procesales clásicas, como la legitimidad y el interés para obrar.

En primer lugar, la acción de incumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Interregional podrá ser interpuesta por cualquier Estado parte, organización de intereses colectivos ambientales o cualquier persona que, individual o colectivamente, considere que se ha afectado, se afecta o puede afectarse alguna de las obligaciones del acuerdo-tratado.

Al igual que otros procesos internacionales, antes de que el proceso formalmente sea realizado, será posible el establecimiento de excepciones o acuerdos anticipados. Las primeras serán destinadas para evitar el conocimiento del Tribunal Ambiental y las segundas tendrán el mismo objetivo, pero por una diferente causa: la sustracción de la materia.

Los Estados partes son quienes tienen acceso privilegiado a la información de relevancia ambiental en un caso concreto. Por ende, son ellos los que tienen toda la posibilidad de aportar al proceso los elementos probatorios que demuestren que sus acciones afectan o no el Acuerdo Interregional. De este modo, una vez admitida la demanda, será responsabilidad del Estado demandado el demostrar que no ha incumplido alguna de las obligaciones ambientales por

las cuales ha sido emplazado. Aparentemente podría pensarse que esta medida no es legítima, porque invierte la carga de la prueba; sin embargo, para el análisis de su legitimidad debería tenerse en cuenta que esta inversión de la carga de la prueba ya se practica en otras áreas, como es el caso del derecho laboral, en el que, por la mejor posición informativa del empleador, es él quien debe acreditar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

En el contexto del cumplimiento de obligaciones ambientales, es también el Estado demandado quien tiene un mejor acceso a la información para demostrar que no ha incumplido sus obligaciones emanadas del acuerdo. Por ello, es a quien le corresponde demostrar el cumplimiento al interior del proceso ambiental. Seguir una vía distinta y requerir pruebas documentales o periciales, a través de exhorto, haría sumamente dificultosa la probanza del incumplimiento de la obligación ambiental.

Luego de postulada la defensa del Estado demandado, debería convocarse a una audiencia, la cual debe tener como intervinientes a ambas partes. En dicha instancia, oral, se debatirá si se produjo o no el incumplimiento de la obligación ambiental, sobre la base de las pruebas aportadas por el Estado demandado al proceso.

Concluidos los debates orales, será una facultad del Tribunal —y de forma muy excepcional— solicitar de oficio la actuación de algún tipo de medio de prueba que considere pertinente para esclarecer los hechos. Una vez actuado este medio de prueba, concluirá la etapa probatoria del proceso ambiental. Asimismo, dado lo especialmente complejo y técnico de este proceso, será facultativo para el Tribunal solicitar la opinión de un *amicus curie* en aquellos casos en los que, por razones técnicas o jurídicas, sea necesaria una apreciación técnica.

Finalmente, se iniciará la etapa deliberativa, en la cual los jueces del Tribunal Ambiental determinarán la existencia o no de un

incumplimiento de una de las obligaciones de tutela ambiental. En caso sea determinado el incumplimiento, el Tribunal establecerá la consecuencia jurídica más idónea que se aplicará.

De manera facultativa, sea antes de iniciar el proceso ambiental o con posterioridad a su inicio, ante la existencia de un altamente probable daño grave al ambiente, será posible la solicitud de una medida cautelar ambiental por parte del demandante.

#### **3.4.4.2. Proceso de ejecución**

Al finalizar cada año, el Tribunal Ambiental solicitará un informe detallado sobre el estado actual del cumplimiento de las sentencias emanadas de los procesos ambientales. El Estado requerido, dentro de un lapso no menor a tres meses, deberá emitir el informe y acreditar que ha cumplido o se encuentra cumpliendo con el fallo.

En caso de que la sentencia no se hubiera cumplido total o parcialmente, el Estado deberá señalar las razones por las cuales no se produjo el cumplimiento. Será una facultad del Tribunal determinar si esta negativa de cumplimiento puede ser justificada o, de ser el caso, ameritará algún tipo de reacción.

#### **3.4.4.3. Solicitud de opiniones consultivas**

Cualquier Estado parte o persona, individual o colectivamente considerada, podrá solicitar que el Tribunal emita una opinión consultiva sobre un acto que, potencialmente, pueda afectar al ambiente.

La opinión vertida será emitida en abstracto, vale decir, el Tribunal no adelantará opinión sobre un potencial caso que implique el incumplimiento de alguna de las obligaciones ambientales. La opinión se circunscribirá a emitir una opinión jurídica sobre si el acto señalado, en las condiciones en que fue solicitada la consulta, afectaría o no las obligaciones que el acuerdo prevé.

Si se desea emitir una opinión sobre un acto que estaría, en la práctica, afectando las obligaciones del acuerdo, deberá ser tramitada como un proceso ambiental y no como una opinión consultiva.

Dado que es una opinión abstracta y de exclusiva juridicidad, no es requerida la participación del Estado parte demandado.

#### **3.4.4.4. Propuesta de enmienda del artículo 19.2, literal a, del Acuerdo de Escazú**

En atención a lo anteriormente expuesto, formulamos la propuesta de enmienda del artículo 19.2, literal a, del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, en los términos siguientes:

### **Artículo 19**

#### **Solución de controversias**

[...]

2. Cuando una Parte firme, ratifique, acepte o apruebe el presente Acuerdo o se adhiera a él, o en cualquier otro momento posterior, podrá indicar por escrito al Depositario, en lo que respecta a las controversias que no se hayan resuelto conforme al párrafo 1 del presente artículo, que acepta considerar obligatorio uno o los dos medios de solución siguientes en sus relaciones con cualquier Parte que acepte la misma obligación:

a) el sometimiento de la controversia al Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe;

[...]

Dicha propuesta de enmienda —de ser recogida—, correspondería que sea presentada por el Estado peruano y canalizada de conformidad con el artículo 15, Conferencia de las Partes, inciso f, el cual prevé que dicha instancia «examinará y aprobará propuestas de

enmienda al presente Acuerdo, de conformidad con las disposiciones del artículo 20 del presente Acuerdo», a efectos de la ratificación, aceptación o aprobación de la enmienda.

#### **4. CONCLUSIONES**

**Primera.** Tanto Latinoamérica como el Caribe tienen una amplia diversidad de especies de flora y fauna, las cuales se encuentran en la obligación de proteger no solo pensando en las necesidades actuales, sino, sobre todo, pensando en el disfrute de las generaciones futuras. La legitimidad de su protección se sustenta, desde una perspectiva antropocéntrica, en la importancia de la biodiversidad para el desarrollo económico.

**Segunda.** La protección de la biodiversidad es un problema común a los países de Latinoamérica y el Caribe. Por ello, la respuesta que se da a este problema común es colectiva: la suscripción de un Acuerdo Ambiental vinculante que tutela a nivel interregional la biodiversidad. Aspectos claves de esta protección, son a) la tutela de especies, de flora y fauna, que se encuentren en peligro de extinción; b) la tutela de áreas naturales protegidas regionales, como el bosque amazónico; c) la tutela de la calidad del agua, aire y suelo, que permita la existencia de la biodiversidad.

**Tercera.** Para garantizar que los acuerdos regionales de tutela ambiental y de protección específica de la biodiversidad sean efectivos, debe crearse un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe, como órgano de justicia ambiental en el marco de la ejecución del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú. Su competencia abarcaría procesos contenciosos (demandas por incumplimiento de obligaciones ambientales regionales) y procesos ejecutivos (supervisión del cumplimiento de sus propias sentencias y

opiniones consultivas (opiniones jurídicas sobre un hecho abstracto que pueda significar una afectación de las obligaciones de un Estado parte).

El Tribunal se encontrará integrado por exmagistrados y juristas latinoamericanos y caribeños, elegidos por un período de siete años, quienes, con su amplia experiencia en la ponderación de intereses, puedan dar un sentido mucho más prudente al alcance de la normativa ambiental regional.

El Tribunal conocería tres tipos de procesos: contenciosos administrativos, en los cuales se propone la inversión de la carga de la prueba al Estado demandado y la posibilidad de dictar medidas cautelares ambientales; de ejecución, realizados cada año; y opiniones consultivas.

## **5. PALABRAS FINALES**

Para terminar, deseo formular la siguiente pregunta: ¿cuál sería la actitud de un juez o Tribunal Ambiental frente a esta pandemia desatada por la COVID-19 creada por la actividad humana, directa o indirectamente?

Planteadas estas ideas, observamos que aún sigue vigente esa poderosa frase que acuñara Gabriel García Márquez como vocero de la Alianza Ecológica para América Latina: «Solo una acción unitaria, enérgica y perseverante de nuestros gobiernos puede preservar estas riquezas de la catástrofe final» (El Nuevo Día, 2002).

## REFERENCIAS

- Alianza por el Acuerdo de Escazú en Colombia (2020). *Mitos y verdades del Acuerdo de Escazú en Colombia*. [https://escazuahora.com.co/wp-content/uploads/2020/10/Mitos-y-verdades-del-Acuerdo-de-Escazu%C3%BA\\_compressed.pdf](https://escazuahora.com.co/wp-content/uploads/2020/10/Mitos-y-verdades-del-Acuerdo-de-Escazu%C3%BA_compressed.pdf)
- Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República (2020). Período anual de sesiones 2020-2021. Acta de la Décima Sesión Extraordinaria. [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/RREE/files/actas\\_sesiones/extraordinaria\\_10\\_20.10.20.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/RREE/files/actas_sesiones/extraordinaria_10_20.10.20.pdf)
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2002). *La sostenibilidad del desarrollo en América Latina y el Caribe: desafíos y oportunidades*. CEPAL y PNUMA.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (2016). *Biodiversidad y derechos humanos*. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-06/folleto-Biodiversidad-DH.pdf>
- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) (1973). <https://cites.org/sites/default/files/esp/disc/CITES-Convention-SP.pdf>
- Cordero, D. (ed.) (2012). *Una mirada integral a los bosques del Perú*. Quito: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (UICN). [https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/una\\_mirada\\_integral\\_a\\_los\\_bosques\\_del\\_peru.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/una_mirada_integral_a_los_bosques_del_peru.pdf)
- Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia C-519/94. Santa Fe de Bogotá: 21 de noviembre de 1994.
- Echegaray Alfaro, K. (2020). *Acuerdo de Escazú*. [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/RREE/files/escazudocumentaci%C3%B3n/acuerdo\\_de\\_escazu\\_ministra\\_del\\_ambiente\\_17.08.2020.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/RREE/files/escazudocumentaci%C3%B3n/acuerdo_de_escazu_ministra_del_ambiente_17.08.2020.pdf)

- El Nuevo Día (2002). García Márquez reitera más berraqueras presidenciales. *El Nuevo Día*. <http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/inicio/ecologica/ecologicas/35534-garcia-marquez-reitera-mas-berraqueras-presidenciales.html>
- Francisco I (2015). *Carta Encíclica Laudato Si', del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común*. Tipografía Vaticana. [http://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si\\_sp.pdf](http://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_sp.pdf)
- Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) (2020, marzo). Biodiversidad 2020: avanzan negociaciones hacia un plan global a 10 años que revierta la crisis actual. Un repaso del Plenario en Roma. [https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/REPORTE-OEWG2\\_marzo-2020.pdf](https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/REPORTE-OEWG2_marzo-2020.pdf)
- Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Marco Mundial de la Diversidad Biológica posterior a 2020 (2020). Borrador preliminar del Marco Mundial de la Diversidad Biológica. <https://www.cbd.int/doc/c/62af/ca24/689ea8d7763cc7e7b937acc4/wg2020-02-03-es.pdf>
- Guerra, L. A. y Guerra, L. F. (2019). Protección y defensa del medio ambiente y la urgente necesidad de la constitución de un Tribunal Ambiental para América Latina. En *Por un tribunal de Justicia Ambiental para América Latina y el Caribe*. CONPAZ y E-Justicia.
- Hernández, M. C. (2020). El Acuerdo de Escazú y las contradicciones ambientales de América Latina. [https://www.connectas.org/analisis/acuerdo-de-escazu-contradicciones-ambientales-de-america-latina/?gclid=Cj0KCQiAifz-BRDjARIsAEELYGIj4u7WOn9Kur2rW7P1CrrrB\\_VKAilQw71BoZAnfObIr0K8\\_FjrTSkaAujDEALw\\_wcB](https://www.connectas.org/analisis/acuerdo-de-escazu-contradicciones-ambientales-de-america-latina/?gclid=Cj0KCQiAifz-BRDjARIsAEELYGIj4u7WOn9Kur2rW7P1CrrrB_VKAilQw71BoZAnfObIr0K8_FjrTSkaAujDEALw_wcB)

- Knox, J. (2017). El mandato de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente. En Laporte, V. (coord.). *Derechos humanos y medio ambiente. Avances y desafíos para el desarrollo sostenible* (pp. 7-14). <https://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/Repository/Uruguay/UNDP-RBLAC-Derechos HumanosMedioAmbienteUY.pdf>
- Lapresa, J. (2018, 4 de mayo). ¿Nos acercamos a la sexta extinción? *El País*. [https://elpais.com/elpais/2018/05/04/planeta\\_futuro/1525430276\\_043703.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/04/planeta_futuro/1525430276_043703.html)
- Ministerio del Ambiente (2015). *Quinto Informe Nacional ante el Convenio sobre la Diversidad Biológica - Años 2010-2013*. <https://sinia.minam.gob.pe/download/file/fid/62484>
- Naciones Unidas (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf)
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1940). *Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América*. <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/BELLEZAS%20ESCENICAS.pdf>
- Pacto de Leticia por la Amazonía (2019). <https://id.presidencia.gov.co/Documents/190906-Pacto-Leticia-Amazonia-Espanol.pdf>
- Presidencia de la República (2019). *Proyecto de Resolución Legislativa n.º 4645/2019-PE*. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0464520190805..pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0464520190805..pdf)
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2019). *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial, GEO 6. Resumen*

*para responsables de formular políticas.* <https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/LecturasRecomendadas/2019/GEO6Resumen-red.pdf>

PNUD Panamá (2020, 23 de mayo). Celebremos que la biodiversidad sustenta la vida y es motor del desarrollo sostenible. <https://www.pa.undp.org/content/panama/es/home/presscenter/pressreleases/2020/celebremos-que-la-biodiversidad-sustenta-la-vida-y-es-motor-del-.html>

Redparques, Pronatura México (2018). *Progreso de cumplimiento de la 11 de Aichi en los países de la Redparques: resultados y perspectivas al 2020.* CDB, Proyecto IAPA, Unión Europea, WWF, FAO, UICN, ONU Medio Ambiente. Bogotá, Colombia. [http://www.pronatura.org.mx/pdf/Informe\\_Meta\\_Aich.pdf](http://www.pronatura.org.mx/pdf/Informe_Meta_Aich.pdf)

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2010a). *Perspectiva Mundial sobre la Diversidad Biológica 3.* <https://www.cbd.int/doc/publications/gbo/gbo3-final-es.pdf>

\_\_\_\_ (2010b). *Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las Metas de Aichi.* <https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/2011-2020/Aichi-Targets-ES.pdf>

\_\_\_\_ (2020). *Perspectiva Mundial sobre la Diversidad Biológica 5.* <https://www.cbd.int/gbo/gbo5/publication/gbo-5-es.pdf>

\_\_\_\_ (s. f.). *Convenio sobre la Biodiversidad Biológica.* <https://www.cbd.int/undb/media/factsheets/undb-factsheets-es-web.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2019). Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n.º 03343-2007-PA/TC Lima. Lima: 19 de febrero de 2019.

# Los tribunales constitucionales frente a la emergencia sanitaria por la COVID-19

## The Constitutional Courts in the face of the Health Emergency due to COVID-19



JESÚS ÁNGEL CADENA ALCALÁ

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México  
(Ciudad de México, México)

Contacto: [jesus.cadena@te.gob.mx](mailto:jesus.cadena@te.gob.mx)

<https://orcid.org/0000-0002-6676-6880>

### RESUMEN

El presente texto tiene por objeto analizar la posición privilegiada de los tribunales constitucionales frente a la custodia integral y la estabilidad de los textos constitucionales. Los recientes escenarios a nivel mundial han puesto de manifiesto la necesidad de que dichos tribunales respondan a las exigencias sociales, sobre todo, cuando el actuar de los poderes públicos tiende a menoscabar el ejercicio adecuado y eficaz de los derechos, libertades y principios reconocidos en los textos constitucionales y en el derecho internacional de los derechos humanos. Para ellos la interpretación y argumentación constitucional es un bastión que les permite analizar la validez de los actos de los poderes públicos en su búsqueda

por contener sus actuaciones, aunque estas limiten o restrinjan derechos fundamentales y resulten, por tanto, contrarias a los valores sobre los que se sustenta el Estado constitucional de derecho.

**Palabras clave:** tribunales constitucionales, derechos fundamentales, restricciones al ejercicio de derechos y libertades, pandemia, COVID-19.

## ABSTRACT

The purpose of this text is to analyse the privileged position of the constitutional courts in regards to the full custody and stability of constitutional texts. Recent world scenarios have shown the need for such courts to respond to social demands, especially when the actions of public authorities tend to undermine the proper and effective exercise of the rights, freedoms and principles recognized in constitutional texts and international human rights law. For them, the interpretation and constitutional argumentation is a bastion with which they can analyze the validity of the acts of the public powers that limit or restrict fundamental rights, seeking to contain their actions when they are contrary to the values on which it is based the constitutional State of Law.

**Key words:** Constitutional Courts, fundamental rights, restrictions on the exercise of rights and freedoms, health pandemic by COVID-19.

Recibido: 29/10/2020    Aceptado: 05/11/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

¿En tiempos contemporáneos cómo deben actuar los tribunales constitucionales para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales? Sin duda, esta es una de las grandes interrogantes que se presentan en las sociedades democráticas, más aún cuando nos enfrentamos a contextos tan poco alentadores como la pandemia

sanitaria por la COVID-19 que se vive recientemente en el mundo. El rol de los tribunales constitucionales necesita un incentivo mayúsculo y ello puede visualizarse a través de la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales y la preservación del Estado de derecho. Dichos elementos generan condiciones adecuadas para la consolidación de la Ley Fundamental y su posición primigenia o preponderante en el sistema normativo de los Estados constitucionales de derecho.

El presente artículo se distingue por el análisis de tres aspectos predominantes que están presentes en el constitucionalismo contemporáneo: la protección y defensa de los derechos fundamentales por los jueces constitucionales, el proceder de los tribunales constitucionales como contrapeso al actuar de los poderes públicos, y su actuación ante nuevas exigencias sociales que reclama un ejercicio interpretativo evolutivo, consecuencialista y principista.

Diversos cuestionamientos surgen al analizar tales tópicos de relevancia constitucional, como ¿cuál es la función del juez constitucional en la protección efectiva de los derechos fundamentales?, ¿de qué metodologías contemporáneas debe auxiliarse?, ¿cuál es la posición de los tribunales constitucionales frente al actuar de los poderes públicos?, ¿cómo deben actuar ante situaciones anormales que pongan en riesgo la estabilidad de los textos constitucionales?, ¿qué técnicas de interpretación constitucional deben emplearse para responder a las nuevas exigencias sociales?, y ¿cómo se han comportado los tribunales constitucionales ante las limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos fundamentales que han surgido ante la pandemia sanitaria por COVID-19?

Sin el ánimo de dar respuestas inapelables a las interrogantes que se plantean, pretendo abordar la necesidad de contar con tribunales constitucionales reactivos, racionales y coherentes que, ante el dictado de estados de emergencia, alarma o excepción, ejerzan

sus funciones y atribuciones constitucionales para evitar que los contextos sociales anormales produzcan límites o restricciones arbitrarios al ejercicio de los derechos fundamentales.

## **2. LA DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS JUECES CONSTITUCIONALES. UNA RELACIÓN PROPIA DEL CONSTITUCIONALISMO REMATERIALIZADO**

Durante el periodo sucesivo a la Segunda Guerra Mundial, las constituciones en el mundo, principalmente en Occidente, se dieron a la tarea de incluir una serie de normas sustantivas destinadas principalmente a proteger los derechos fundamentales de las personas. Así, las dotaron de la máxima jerarquía normativa y de instrumentos como pautas autoaplicativas cuyo reconocimiento constitucional basta para generar una observancia o vinculación de cumplimiento hacia todas las autoridades en el Estado constitucional contemporáneo.

Este fenómeno de rematerialización constitucional, según señala Prieto Sanchís (2013), comprende:

no solo la incorporación de normas formales, de competencia o de procedimiento, sino también, normas sustantivas, que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos principalmente para los poderes públicos, construidos como valores superiores, principios y derechos fundamentales (p. 26).

Así, es claro que el nuevo orden constitucional contemporáneo (sustantivo) no debe entenderse en términos taxativos, sino que está destinado a enriquecerse por el quehacer especialmente de los tribunales constitucionales que, a través de la interpretación constitucional principista, incorporan o crean «nuevos derechos» (Pino, 2018, p. 38). Bajo esa premisa, surge una primera interrogante: ¿a qué agente del Estado constitucional contemporáneo

le corresponde por excelencia la tutela y defensa de los derechos fundamentales?

Sin duda, el juez constitucional asume la tarea primigenia de protección de los derechos fundamentales, es decir, de aquellas normas de producción sustantiva previstas en el orden constitucional, que requieren de múltiples garantías judiciales para controlar (limitar) tanto el actuar de los poderes públicos como el de los actores del derecho privado, dada la relevancia objetiva y subjetiva que presentan los textos constitucionales. Como lo sostiene Giorgio Pino (2018), la centralidad del Poder Judicial contrae la administración de los derechos fundamentales, lo que se configura como una «tarea compleja que tiene como propios protagonistas no solo al legislador y a la administración, sino también a los jueces, tanto constitucionales como comunes» (p. 41).

Al asumir dicha labor preponderante, ¿qué modelo de Estado constitucional contemporáneo es acorde con la labor de protección principista?, ¿cuáles son las dimensiones sustantivas que deben advertir los jueces constitucionales en la protección de los derechos fundamentales?, y ¿qué herramientas interpretativas y argumentativas debe acoger el juez constitucional para ofrecer una tutela judicial efectiva e integral?

## **2.1. El pospositivismo y el modelo de Estado constitucional de los principios**

Uno de los postulados filosóficos más relevantes del pospositivismo es la distinción entre reglas y principios constitucionales. A respecto, Josep Aguiló Regla (2007) señala que en el constitucionalismo los principios:

dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultado de un «balance,

ponderación o compromiso» entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan» (pp. 669-670).

A propósito de dicha relación, los principios van condicionando la aplicación de las reglas con el objeto de que tengan una relación de regularidad con los elementos axiológicos que se tutelan desde el orden constitucional. Además, las reglas también se aprecian como normas no escritas (concretización) para generar la aplicación del principio que eventualmente resultó vencedor derivado de un ejercicio ponderativo. Manuel Atienza (2017) sostiene que en el Estado constitucional el vínculo entre reglas y principios es eminente, por lo que se necesita:

conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios: es precisamente en los principios en donde se encuentra la justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones —implícitas, no formuladas en el texto de la ley— a las reglas (p. 140).

El sano equilibrio entre reglas y principios brinda certeza jurídica a la vigencia y aplicación de las normas integrantes en los sistemas constitucionales, al grado de que su correcta aplicación provoque ajustes razonables de actualización normativa (prescriptiva y descriptiva).

Otro de los factores relevantes del pospositivismo es la lectura moral de los textos constitucionales debido a la inclusión de principios abstractos que tienden a proteger diversos derechos fundamentales inherentes a la condición natural de la persona. Sobre el particular, Ronald Dworkin (2019) señala que, «según la moral, estas cláusulas (constitucionales) deben ser entendidas de la forma que más naturalmente sugiere su redacción: se refiere a

principios morales abstractos y los incorpora por referencia, como límites al poder del Gobierno» (p. 14). No obstante, es preciso acotar dicha lectura moral objetiva a normas sustantivas de naturaleza abstracta, mas no a la totalidad de las cláusulas constitucionales. Para lograrlo, el juez constitucional debe concebirse como un agente filosófico que conoce el contenido esencial de los derechos fundamentales, su espectro de protección y sus límites proporcionales susceptibles de configurarse a través de la libertad configurativa del legislador democrático.

Finalmente, hablar de pospositivismo es dejar de lado el formalismo y el activismo judicial para adentrarnos en el análisis de las posibilidades normativas y fácticas que posee un juez activo en la defensa de los derechos, libertades, principios y valores de orden constitucional. Así, el juez constitucional podrá definirse como un «juez argumentativo que toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones, y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho» (Atienza, 2017, p. 142). Y esto no es únicamente aplicable al derecho, pues debe buscar crear derecho a partir de sus determinaciones, y doblegar así la idea de que solamente es un mero anulador o invalidador de aquellas normas contrarias a los clausulados constitucionales.

Las sentencias constitucionales, para estar debidamente construidas y legitimadas, requieren de un argumento de coherencia y dinamismo que despliegue su justificación interna y externa, a fin de lograr en alguna medida la satisfacción de sus receptores y eventuales críticos.

## **2.2. La dimensión constitucional y supranacional principista**

La conformación de los textos constitucionales no se limita a su configuración expresa o implícita (interpretativa-creativa) desde su concepción doméstica, sino que también contempla la

inclusión de normas de derecho internacional que, *prima facie*, reconocen el contenido esencial de un derecho o libertad; además, prevé las interpretaciones que al efecto realizan tanto los jueces constitucionales como los encargados de la protección de derechos humanos a nivel internacional (regionales). Dicha reordenación constitucional, sin duda, busca afianzar la supremacía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos (Sagüés, 2011, p. 147).

En ese sentido, la defensa de las normas sustantivas, a razón del reconocimiento de derechos, libertades, principios y valores, posee un espectro expansivo conformado por las garantías de protección previstas tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos, las mismas que generan una plenitud deóntica con el ejercicio de las cláusulas constitucionales (Ferrajoli, 2014, pp. 58-59).

Aunado al reconocimiento de garantías de protección para materializar el ejercicio de las normas sustantivas, la inserción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos provoca una convergencia interpretativa a la hora de definir el contenido esencial de los derechos, libertades, principios y valores por parte de los jueces constitucionales, los que están sujetos a la aplicación del control de convencionalidad.

Bajo esas premisas, la lectura ampliada y no taxativa del texto constitucional conforma un bloque de constitucionalidad que sirve de parámetro de control de la constitucionalidad de los enunciados normativos y demás actos que transgredan el ejercicio de una norma que, desde una posición primigenia, reconozca algún derecho, libertad, principio o valor (Ferrer Mac-Gregor, 2017, p. 671). Este control jurídico que realiza el juez constitucional tiene como objetivo salvaguardar la prevalencia y estabilidad de la Ley Fundamental no solo desde la perspectiva doméstica, sino también desde una

visión supranacional que vela por el estricto cumplimiento de los derechos de orden internacional, en tanto aquellos sean aceptados y ratificados por los Estados.

La dimensión supranacional es pieza clave para la actualización de un transconstitucionalismo que concibe al juez constitucional como un guardián convencionalizado cuya principal defensa recae en salvaguardar el efecto útil de los tratados internacionales y garantizar la aplicación interpretativa adecuadora de la norma nacional frente al *corpus iuris* interamericano.

### **2.3. La interpretación y argumentación principista**

Como se ha sostenido a lo largo del presente texto, la inserción de normas sustantivas en los textos constitucionales requiere de la reformulación de los métodos de interpretación y argumentación principista. El silogismo subsuntivo resulta un método inacabado para resolver los conflictos que se generan entre derechos, libertades, principios y valores. Por ello, la ponderación:

se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios (Bernal, 2003, p. 5).

La teoría relativa presupone la posibilidad de que el contenido esencial de los derechos, libertades, principios y valores se fije de manera casuística estableciendo cuáles son sus límites razonables y necesarios, es decir, admisibles constitucionalmente, los mismos que busquen en todo momento la extensión más amplia posible para su ejercicio. En ese sentido, la aplicación de la ponderación y la proporcionalidad como métodos de interpretación y argumentación principista resulta imprescindible (Silva, 2012, p. 23).

Así, la actuación del juez constitucional resulta imperativa para atender el contenido de los principios como normas limitables o restringibles, a través del empleo de la ponderación para resolver conflictos o tensiones individuales (personales) entre normas con contenido que, *prima facie*, resultan incompatibles, o bien mediante la implementación del principio de proporcionalidad que permite verificar la validez constitucional de una restricción general frente a la posible afectación de un principio.

La ponderación implica que los enunciados que operen como mandatos de optimización ordenen «que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (Alexy, 1993, pp. 86-87). Por otra parte, el principio de proporcionalidad «constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos» (Carbonell, 2008, p. 10).

En tal virtud, tanto la ponderación como la proporcionalidad son metodologías contemporáneas para resolver casos de conflictos normativos en los que se encuentre en juego el contenido esencial de algún derecho, libertad, principio o valor de jerarquía constitucional previsto en el bloque de constitucionalidad. Dichos problemas normativo-interpretativos se presentan como problemas de relevancia o clasificación que requieren de un argumento consecuencialista y principista para ofrecer una solución jurídica debidamente razonada, fundada y motivada (MacCormick, 2018, pp. 248-249).

Por lo tanto, la tarea del juez constitucional será resolver cuestiones como ¿qué argumentos principistas son idóneos para solucionar el caso sometido a su conocimiento?, ¿qué metodología contemporánea debe utilizar para ofrecer una

respuesta suficientemente legitimada?, y ¿si el papel de juez activo es paralelo a la protección de los derechos fundamentales?

A partir de las premisas anunciadas es dable proponer que la tarea del juez constitucional será valorizar el caso de relevancia planteado desde dos perspectivas: (i) la filosófica-dogmática, para visualizar, *prima facie*, la naturaleza de la norma constitucional; y (ii) la jurídica, para brindar una respuesta interpretativo-normativa coherente, es decir, «sujeta a una exigencia de racionalidad» ante un eventual conflicto o colisión normativa de naturaleza sustantiva (Gascón, 2014, p. 319).

### **3. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SU QUEHACER COMO CONTRAPESO AL ACTUAR LOS PODERES PÚBLICOS**

Hans Kelsen (2017), en su propuesta científica para la implementación de los tribunales constitucionales (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), dispuso que dichos órganos autónomos del parlamento y de cualquier otra autoridad estatal sean los encargados de anular aquellos actos o normas generales inconstitucionales, con el fin de defender la regularidad de la Constitución (pp. 29 y 37). Así, el principio de constitucionalidad es el que somete el actuar del legislador sujetándolo a su cumplimiento y observancia irrestricta (Zagrebelsky, 2020, p. 729).

Dicho principio, apoyado del progreso del derecho procesal orgánico y de la libertad, ha revolucionado la actuación de los tribunales constitucionales ante la obligación de tutelar el ejercicio de normas de contenido *prima facie*, ya que no basta con que anulen o invaliden aquellos actos o normas generales que las contradigan—lo que los constituiría en una especie de legisladores negativos—, sino que también deben pugnar por la inserción de nuevos derechos que actualicen el contenido constitucional, dando pauta para que dichos tribunales se conviertan en una especie de legislador positivo.

Tomando en cuenta esa visión disruptiva y no taxativa, la justicia constitucional empezó a tener como misión primigenia la defensa de la constitución y de sus valores democráticos, así como sus principios fundamentales, además de los derechos y garantías en ella consagradas (Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar, 2008, p. 832). Así, la función contenedora y controladora que, de origen, dio vida a los tribunales constitucionales para limitar racionalmente el poder político transitó hacia un proyecto innovador y creativo que propone una lectura integral en la protección de los derechos fundamentales, situando a dichos tribunales como agentes de cambio social.

Diversos son los elementos que mutaron para la actualización de los tribunales constitucionales, entre los que se destacan (i) el transitar del Estado liberal hacia un Estado social y constitucional, cuyo fin transcendental es la protección subjetiva y objetiva del contenido constitucional; (ii) la rematerialización del contenido constitucional para situar en jerarquía preponderante a diversos derechos, libertades, principios y valores, y (iii) la reformulación de sus funciones y atribuciones para concebirlos como los auténticos guardianes de los aspectos sustantivos en los Estados constitucionales de derecho.

Sin duda, la función creativa del juez constitucional está íntimamente relacionada con la defensa efectiva de los derechos fundamentales; tal como sostiene Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2017), «en la actualidad parecen irrefutables los argumentos [...] a favor de la legitimidad creadora de los jueces [...] debido a la rica interpretación de las normas fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo» (p. 168). Esta verdadera función productora es la que nos sitúa en la siguiente interrogante: ¿cómo deben actuar los tribunales constitucionales ante nuevas exigencias o realidades sociales?

La pandemia por la COVID-19 ejemplifica el perfecto escenario en el que la actividad de los tribunales constitucionales resulta

imprescindible para evitar abusos en el ejercicio del poder político, al tenor de la posibilidad de suspender, restringir o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales. Los Estados, a través de las diversas facultades constitucionales, han dictado estados de emergencia o alarma sanitaria para poder contener los efectos devastadores de la crisis que se vive actualmente en el mundo.

El Poder Ejecutivo ha intentado legitimar su actuación mediante la ejecución de medidas restrictivas o suspensivas del contenido esencial de múltiples derechos fundamentales, en aras de garantizar el derecho a la salud de todas las personas. Sirve de ejemplo a lo aseverado, el análisis de los decretos de emergencia o alarma sanitaria dictados por algunos Estados, los que se presentarán a continuación.

### **3.1. Colombia**

El 12 de marzo del año en curso el Ministerio de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley n.º 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por COVID-19, y con dicho decreto se restringieron o limitaron los siguientes derechos fundamentales: (i) reunión o asociación; (ii) trabajo, comercio o empresa; (iii) libre tránsito; (iv) religión o culto; (v) educación de manera presencial, entre otros.

Sumado a lo anterior, los decretos n.ºs 417 y 457 del 17 y 22 de marzo, respectivamente, emitidos por el Poder Ejecutivo, sirvieron de sustento para dictar también un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, los que buscaron establecer bases formales y de ejecución para mitigar los efectos de la pandemia sanitaria. Asimismo, se emitieron las directrices n.ºs 02 y 002 con medidas de prevención y contención de la pandemia sanitaria existente, destinadas a establecer el uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, así como para instaurar una guía de actuación para las instituciones

o poderes públicos del Estado en aras de garantizar el derecho a la salud de sus funcionarios.

### **3.2. Costa Rica**

El pasado 16 de marzo, el Gobierno de Costa Rica, por conducto de la Presidencia y el Ministerio de Salud, emitió el Decreto n.º 42227-MP-S, mediante el cual se dictó el estado de emergencia nacional en todo el territorio nacional debido a la pandemia de la COVID-19. Dicho decreto tuvo como fundamento lo previsto en los incisos 6 y 8 del artículo 140, y los artículos 146 y 180 de la Constitución Política, así como los artículos 18 y 29 de la Ley Nacional de Emergencia y Prevención del Riesgo.

Al tenor de la determinación adoptada y al margen del Decreto n.º 42221-S, así como de la Directriz n.º 074-S, emitidos el 10 y 12 de marzo, respectivamente, se restringió el ejercicio de los siguientes derechos fundamentales: (i) reunión o asociación; (ii) libre tránsito; (iii) educación; (iv) trabajo, comercio y empresa de manera presencial, entre otros. Dichas limitaciones buscan cumplir con un fin constitucionalmente legítimo, representado por la protección del derecho a la salud y la mitigación de los efectos de la pandemia sanitaria.

### **3.3. España**

El estado de alarma generado por el Gobierno español tuvo lugar en el Real Decreto n.º 463/2020, del 14 de marzo de 2020, generado debido a la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Con dicho decreto se limitaron o restringieron parcialmente los siguientes derechos y libertades: (i) tránsito; (ii) educación; (iii) de comercio o empresarial; (iv) trabajo; (v) culto; (vi) reunión o asociación; (vii) manifestación, y (viii) acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (lo que implicó la suspensión o interrupción de plazos procesales).

Lo conducente tuvo como fundamento el artículo 116.2 de la Constitución española, así como el apartado b) del diverso cuarto de la Ley Orgánica n.º 4/1981, del 1 de junio (sobre los estados de alarma, excepción y sitio). Así pues, el estado de alarma de mérito no supone la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la propia Constitución.

### 3.4. México

En el caso del Estado mexicano, el artículo 73 (fracción XVI, numerarias 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>) de la Constitución Federal establece que el Consejo de Salubridad General dictará las medidas preventivas indispensables para enfrentar una epidemia sanitaria, las cuales serán sancionadas posteriormente por el presidente de la República. Para ello, implícitamente, habrá de conformarse un estado de emergencia sanitaria susceptible de imponer ciertos límites o restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, a través de un fin constitucionalmente imperioso, como lo es la protección del derecho a la salud.

Entre los múltiples decretos que ha dictado el Ejecutivo Federal destacan los conducentes:

- i) Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de marzo de 2020.
- ii) Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de 2020.

iii) Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de marzo de 2020; y acuerdo que lo modifica, publicado en el mismo medio el 21 de abril del mismo año.

Dichos decretos limitaron explícita o implícitamente las libertades de reunión o asociación, manifestación, trabajo o comercio (empresarial) y de tránsito, así como los derechos a la educación y de acceso a la justicia (tutela judicial efectiva). Estas restricciones afectaron, especialmente, a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, a menores de cinco años, a personas con discapacidad, y a personas con enfermedades crónicas no transmisibles (personas con hipertensión arterial, pulmonar, insuficiencia renal, lupus, cáncer, diabetes mellitus, obesidad, insuficiencia hepática o metabólica, enfermedad cardiaca) o con algún padecimiento o tratamiento farmacológico que les genere supresión del sistema inmunológico.

### 3.5. Perú

El Estado peruano, mediante el Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM y el de Urgencia n.º 026-2020, ambos del 15 de marzo de este año, estableció diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la COVID-19 en el territorio nacional. Con dichos decretos —y los que siguieron: n.º 029-2020, del 20 de marzo; n.º 031-2020, del 23 de marzo; n.º 033-2020, del 27 de marzo; n.º 034-2020 del 1 de abril; n.º 037-2020 del 12 de abril; n.º 039-2020 del 16 de abril; n.º 042-2020 del 19 de abril; n.ºs 049-2020 y 048-2020, ambos del 27 de abril; n.º 083-2020-PCM del 9 de mayo, y n.º 094-2020-PCM del 23 de mayo— se limitó o suspendió el ejercicio de diversos derechos fundamentales, con el objeto de contener los efectos de la pandemia sanitaria, para lo cual se dictaron estados de emergencia sanitaria y de emergencia nacional.

Inclusive, se instauró «la suspensión de toda actividad que no fuera esencial, e “inmovilización social obligatoria” restringiéndose el tránsito en horas de la noche y los días domingo» (Barceló, Díaz, García y Teixeira, 2020, p. 164).

Al tenor de lo descrito, es menester precisar que algunos de los derechos fundamentales que resultaron afectados fueron los siguientes: (i) tránsito; (ii) libertad de trabajo, empresa, comercio e industria; (iii) libertad y la seguridad personal; (iv) derecho a la inviolabilidad del domicilio; (v) derecho de reunión; (vi) derechos a la educación y acceso a la justicia de manera presencial, entre otros.

Finalmente, el fundamento constitucional empleado recae en los artículos 7, 9, 135 y en el numeral 1 del artículo 137, todos de la Constitución Política del Perú, que faculta al presidente de la República para que dicte decretos de urgencia y a la Comisión Permanente del Congreso Nacional en aquellos casos de graves circunstancias que afecten la vida de la nación.

Con la emisión de los decretos ejecutivos ante la emergencia sanitaria que nos aqueja, nace el ejercicio de control constitucional por parte de los tribunales constitucionales, ya sea en virtud de una facultad constitucional explícita (análisis de regularidad), o bien derivado de la eventual restricción o suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales que legitima su actuación represora o restitutoria ante un actuar ilícito o arbitrario. La tarea de los tribunales constitucionales surge tanto del imperativo constitucional de tutelar el adecuado ejercicio de los derechos o libertades fundamentales ante ciertos límites implícitos o explícitos derivados del dictado de estados de emergencia, alarma o excepción, como de la contingente custodia del Estado de derecho evitando su ruptura cada vez que se presenten situaciones de anormalidad (Nogueira, 2018).

Garantizar el respeto por las normas constitucionales ante nuevos escenarios sociales que tienden a corromper el equilibrio de los poderes públicos es una misión correlativa a la funcionalidad adecuada del Estado de derecho y de los tribunales constitucionales, quienes, desde una perspectiva sustantiva, son los auténticos guardianes o custodios de la Constitución y de sus valores reconocidos.

#### **4. LA LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19. ¿CÓMO HAN ACTUADO LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES?**

Sin duda, los derechos fundamentales han sido los más menoscabados con los efectos que ha traído consigo la emergencia sanitaria que atraviesa el mundo entero. Su ejercicio se ha visto limitado o restringido y, en algunos contextos, suspendido temporalmente a través del dictado de estados de excepción constitucional.

Esto conlleva que el papel de los tribunales constitucionales se active para dotar de «nuevo contenido transformador a los textos constitucionales, adaptándolos a las nuevas exigencias de la sociedad» (Pegoraro, 2017, p. 705), en tanto aquellas se presentan como escenarios anormales que buscan contenerse o regularse por parte de los poderes públicos y que dichas actuaciones son controlables por la intervención de los tribunales constitucionales.

Para ello, la revisión de regularidad constitucional de los decretos que han establecido estados de alarma, emergencia sanitaria o de excepción constitucional deviene en un imperativo protector por parte de los tribunales constitucionales, el que tiende a validar la actuación de los poderes públicos frente al orden constitucional.

El análisis de algunas sentencias dictadas por los tribunales constitucionales, relacionadas con los estragos que ha causado la

crisis por la COVID-19, resulta obligatorio para responder esta pregunta: ¿cómo han actuado los tribunales constitucionales frente a la pandemia sanitaria? Antes de abordar el análisis conducente debemos precisar que el camino de acceso a los tribunales constitucionales ha sido variado, ya que en algunos existe una apertura directa, mientras que en otros su llegada es derivada de un proceso constitucional instaurado ante órganos judiciales de menor jerarquía.

#### **4.1. Corte Constitucional de Colombia**

Uno de los tribunales constitucionales más activos durante esta pandemia sanitaria ha sido la Corte Constitucional de Colombia, la que ha dictado una pluralidad de sentencias relacionadas con la revisión constitucional de decretos emitidos por los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Una de las sentencias más emblemáticas es la del Expediente C-145/20, donde dicha Corte analizó la validez constitucional del Decreto n.º 417, del 17 de marzo de 2020, por el cual «se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional». En dicha sentencia constitucional se declaró *exequible* el decreto de mérito, estimando que el «Gobierno nacional utilizó de la manera requerida las atribuciones ordinarias para atender las dimensiones sanitarias, económicas y sociales de la pandemia desde múltiples frentes antes de declarar el estado de emergencia» (Corte Constitucional de Colombia, 2020a). Expresa, además, que las medidas legislativas que se dicten *a posteriori* con relación a la emergencia sanitaria deberán atenerse al contenido del artículo 215 de su Constitución Política, esto es, «que estén destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, además que se refieran a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia» (Corte Constitucional de Colombia, 2020a).

Otra de las sentencias emblemáticas de dicha Corte Constitucional durante esta pandemia sanitaria es la emitida en el Expediente C-193/20, en que se revisó la constitucionalidad del Decreto n.º 567, del 15 de abril de 2020, por el que se adoptaron:

medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes y se asignan a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción, como autoridades jurisdiccionales transitorias, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica [por COVID-19] (Corte Constitucional de Colombia, 2020b).

En dicha resolución se declaró *inexequible* el decreto de mérito, debido a que no superaba los juicios de motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación, en esencia, porque:

El Decreto 567 de 2020 no contribuye a la satisfacción de los derechos fundamentales de la población; de hecho, podría poner en riesgo los derechos de los NNA debido a la alteración de las competencias de los jueces. Las medidas estudiadas no se restringen a conjurar la crisis, pues parecen perseguir otros objetivos derivados indirectamente de la misma (Corte Constitucional de Colombia, 2020b).

En tal sentido, la Corte Constitucional de Colombia realizó un control concentrado de constitucionalidad que limita el actuar del Poder Legislativo al considerarlo violatorio de diversos principios constitucionales.

#### **4.2. Sala Constitucional de Costa Rica**

Dicho órgano jurisdiccional que opera como tribunal constitucional ha dictado una pluralidad de sentencias relacionadas con los efectos de la emergencia sanitaria por la COVID-19, de lo

que se tiene como dato aproximado un total de 522 resoluciones (a la fecha de elaboración del presente texto). Examinar la totalidad de las resoluciones constitucionales sería una tarea titánica que no tendría cabida pormenorizada en el presente ensayo; por ello, es prudente analizar aquellas que devienen como relevantes.

Una de las sentencias de mayor preeminencia, dada la proximidad con los grupos en situación de vulnerabilidad durante esta crisis pandémica, es la dictada en el Expediente n.º 20-009015-0007-CO, el 12 de junio del presente año. La Sala Constitucional tenía que resolver la siguiente cuestión: ¿es arbitrario y lesivo del ejercicio de derechos fundamentales de las personas migrantes el retraso en las deportaciones que debe hacer la Dirección General de Migración y Extranjería, en vista de la pandemia mundial por la COVID-19? Al respecto, se determinó que:

Una persona extranjera que haya perdido su derecho a permanecer de manera legal en el país, se encuentra sujeta a la actuación de las autoridades migratorias y al respeto de lo establecido en la legislación nacional sobre su permanencia en el país, sin que la existencia de vínculos familiares con costarricenses pueda inhibir la actuación de las autoridades administrativas y las consecuencias de la pérdida de la habilitación para permanecer en el país (Sala Constitucional de Costa Rica, 2020a, p. 13).

En tal sentido, atribuyó actuación legítima a la Dirección General de Migración y Extranjería, dado que han tomado las medidas necesarias para resguardar la integridad física del personal de aquella dirección, así como de las personas que se encuentran aprehendidas en el Centro de Aprehensión Los Lagos de Heredia, de acuerdo con los lineamientos del Ministerio de Salud por la pandemia de la COVID-19; así, el retraso en las deportaciones se encuentra justificado por la emergencia sanitaria vigente, sin que este pueda ser considerado arbitrario.

Otra sentencia a la que nos referiremos es la dictada en el Expediente n.º 20-007803-0007-CO, en la que la aludida Sala Constitucional se pronunció sobre las medidas adoptadas por las instituciones de salud frente a la pandemia sanitaria por la COVID-19, específicamente respecto de comunidades indígenas (Territorio Indígena Cabécar de Alto Chirripó). Aquí se consideró que el Ministerio de Salud sí había dado atención a la comunidad indígena de Chirripó, en lo que concierne a la situación de emergencia que ha generado la pandemia producida por la COVID-19, mediante las siguientes acciones: (i) giras en la zona por parte de las autoridades itinerantes en materia de salud, con el objeto de comprobar el estado de salud; (ii) establecimiento de ubicaciones especiales para la atención de los posibles casos de COVID-19, y (iii) el cabal cumplimiento de las recomendaciones emanadas para los servicios de atención primaria en materia de salud ante la emergencia nacional.

Adicionalmente, se intensificaron las muestras (de cinco a quince diarias) para pruebas de COVID-19, y se tomaron diversas acciones basadas en los protocolos establecidos por el «Plan de trabajo abordaje de la emergencia del virus COVID-19 en territorios indígenas», elaborado por el Viceministerio de la Presidencia en Asuntos Políticos y Diálogo Ciudadano, el Ministerio de Salud, Caja Costarricense de Seguro Social y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (Sala Constitucional de Costa Rica, 2020b, p. 9). De esto, se concluyó la improcedencia del recurso de amparo, al no actualizarse la vulneración al ejercicio de los derechos fundamentales de la comunidad indígena de Chirripó.

### **4.3. Tribunal Constitucional español**

El Tribunal Constitucional español ha sido uno de los órganos de control constitucional más inactivos durante la pandemia sanitaria por COVID-19. Únicamente a través del auto del 30 de

abril del presente año dictado en el Recurso de Amparo n.º 2056-2020, se pronunció sobre un tópico constitucional relacionado con la pandemia, analizando brevemente la proporcionalidad de la limitación al derecho de reunión de la Central Unitaria de Trabajadores/ras (CUT), derivada del dictado del Real Decreto n.º 463/2020 por el que se estableció el estado de alarma en aquel país.

Los argumentos para inadmitir el recurso de amparo en cuestión fueron en esencia los conducentes: (i) el derecho de reunión no es absoluto en términos de lo establecido en el artículo 21.1 de la Constitución española, por lo que encuentra límites constitucionalmente válidos o legítimos; (ii) el fin que persigue la limitante no solamente es legítimo, sino de cobertura constitucional ampliada, ya que tiende a proteger la integridad física y la protección a la salud, en términos de los artículos 15 y 43 de la propia Ley Fundamental; (iii) la finalidad constitucionalmente imperiosa confluye con la justificación de la declaración del estado de alarma sanitaria; (iv) existe una relación entre el fin legítimo y el objeto que pretende proteger dicha medida restrictiva, en esencia, evitar la propagación del virus y la posibilidad de contagio que haga colapsar los servicios públicos de asistencia sanitaria, y (v) la restricción en cuestión no lesiona de manera injustificada el derecho de reunión de la Central Unitaria de Trabajadores/ras (CUT), por lo que debe estimarse que supera el juicio de proporcionalidad.

Dicho auto da pauta a considerar que las posibles restricciones que se generen del Real Decreto n.º 463/2020, por el que se estableció el estado de alarma en España, pueden alcanzar un cauce constitucional siempre y cuando sean legítimas y superen el principio de proporcionalidad.

#### **4.4. Suprema Corte de Justicia de la nación mexicana**

Dicho Tribunal Constitucional ha recibido veinticuatro asuntos relacionados con la emergencia sanitaria que atraviesa actualmente el Estado mexicano por la COVID-19. El único pronunciamiento realizado a la fecha del presente trabajo es el emitido en la contradicción de tesis 127/2020, donde se determinó que el juez de distrito en materia de trabajo es el competente para conocer de la negativa de aplicar a favor de una persona trabajadora las medidas implementadas para mitigar y controlar los riesgos para la salud originados por la COVID-19 en los centros de trabajo (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 21).

Cabe señalar que, a pesar de que dicho asunto no englobó un tema propiamente constitucional, se trata de la única resolución donde ese máximo tribunal analizó alguna cuestión relacionada con la emergencia sanitaria por la COVID-19.

En ese contexto, es posible visualizar la inacción que ha mantenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación para revisar los diversos decretos que ha emitido el Ejecutivo Federal por conducto del Consejo de Salubridad General en términos de lo previsto en el artículo 73 (fracción XVI, numerarias 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>) de la Constitución Federal, los mismos que han limitado explícita o implícitamente el ejercicio de derechos fundamentales en aras de mitigar los efectos de la pandemia sanitaria, y todo ello a pesar de que se han presentado diversas controversias constitucionales para cuestionar su validez constitucional e incluso la posible invasión de esferas competenciales.

#### **4.5. Tribunal Constitucional del Perú**

El Tribunal Constitucional del Perú, al emitir la Sentencia n.º 359/2020, resolvió sobre la constitucionalidad del artículo único de la Ley n.º 31018 («Ley que suspende el cobro de peajes

en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19»). Dicho tribunal dispuso que, si bien el fin de la norma reclamada tiene como objetivo generar un beneficio económico a las actividades de transporte, consistente en eximir las del pago de peaje, este resulta contrario al artículo 62 de la Constitución, conforme al cual los términos contractuales no se pueden modificar por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Además, se señaló que:

la ley impugnada infringe también la Constitución al prohibir la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada, desconociendo los derechos, las obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión (Tribunal Constitucional del Perú, 2020b, párr. 88).

Se declaró, en consecuencia, fundada la demanda de inconstitucionalidad presentada por el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo.

Otro asunto notable de control constitucional es el emitido en el Recurso de Agravio Constitucional n.º 243/2020, en el que dicho Tribunal Constitucional analizó el alcance del contenido esencial del derecho fundamental de protección a la salud frente a la COVID-19, en términos del reconocimiento previsto en los artículos 7 y 9 de la Constitución Política. Sobre el particular, se sostuvo que:

El derecho a la salud es un derecho de especial relevancia por su especial conexión con la dignidad humana y con los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica. La privación de la libertad personal que realiza en ocasiones el Estado, por causas legítimas y de conformidad con la Constitución y las leyes, no puede implicar la suspensión o restricción de este derecho fundamental. Por tanto, será el Estado quien asuma la responsabilidad por la salud de estas personas (Tribunal Constitucional del Perú, 2020a, párr. 7).

Atendiendo al caso en concreto, el propio tribunal señaló que el recurrente se encuentra privado de su libertad en el Establecimiento Penitenciario Ancón II, y que es responsabilidad del Estado procurar su derecho de protección a la salud frente a la pandemia que se vive por la COVID-19. Por tanto, se analizó la proporcionalidad y razonabilidad del tratamiento brindado por el Estado a la persona privada de su libertad por la dolencia derivada de los efectos de la COVID-19, en aras de establecer si se estaban salvaguardando de manera efectiva sus derechos a la salud y a la vida.

Se concluyó —a partir del Informe Médico n.º 019-2020-INPE/18-EPM.ANCON II-SDSP (ff. 302), emitido por el médico cirujano Asunción Calluche Ceró— que la situación clínica del recurrente, a pesar de haber contraído COVID-19, era estable, y que se le estaba brindando tratamiento local en aislamiento. En consecuencia, se declaró infundada la acción constitucional presentada vía *habeas corpus*.

Sin duda, de los pronunciamientos generados por los tribunales constitucionales de referencia, podemos resolver parcialmente la interrogante formulada al inicio del presente artículo: ¿cómo han actuado los tribunales constitucionales frente a la pandemia sanitaria por COVID-19? Si bien quedan muchos espacios pendientes de resolver cuando nos acercamos al control de validez constitucional de las restricciones o limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales que se han originado por la pandemia sanitaria, consideramos que los tribunales constitucionales —con sus notorias excepciones— han apostado por controlar las actuaciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y con ello han logrado garantizar el contenido esencial de los derechos y libertades básicas reconocidos en sus textos constitucionales, en aras de que no pierdan su vigencia y eficacia normativa o queden vaciados de contenido, lo cual no sería permisible en un Estado constitucional de derecho.

## 5. CONCLUSIONES

Los tribunales constitucionales han evolucionado desde su configuración contemporánea a razón de la eficacia y aplicación directa de las constituciones rematerializadas, ya que las mismas dejaron de ser normas programáticas para conformarse como normas sustantivas que tienden a proteger y garantizar el ejercicio adecuado de los derechos, libertades y principios que reconocen.

La defensa de los textos constitucionales como principal función de los tribunales constitucionales ha sido un detonante para transformar su quehacer proteccionista respecto del ejercicio adecuado y efectivo de las normas de contenido *prima facie*. Asimismo, su misión de consolidarse como un contrapeso para evitar las actuaciones arbitrarias de los poderes públicos y privados refleja su papel protagónico en el Estado constitucional de derecho.

El tiempo y el contexto en el que se ha desarrollado el constitucionalismo contemporáneo han convenido para establecer la relevancia de los tribunales constitucionales en la defensa de los derechos fundamentales, no solo de aquellos de fuente nacional, sino también de los que emanan del derecho internacional de los derechos humanos. El pospositivismo es una teoría que, sin duda, refleja la necesidad de contar con tribunales constitucionales activos que, a través de sus determinaciones, legitimen su posición superior en la defensa de los textos fundamentales.

La custodia integral de los derechos y libertades básicas conlleva la reinención de la interpretación constitucional con el objeto de lograr una conveniente adecuación a las nuevas exigencias sociales. La pandemia por la COVID-19 ha sido un factor determinante para entender cómo deben actuar los tribunales constitucionales a fin de cumplir con las demandas que imperan la salvaguarda eficaz de los derechos, libertades y principios constitucionales.

Las limitaciones implícitas o explícitas al ejercicio de derechos fundamentales derivadas de la pandemia por la COVID-19 que han dictado los Poderes Legislativo y Ejecutivo deben ser revisadas por los tribunales constitucionales, en aras de contener los efectos que pudiesen vaciar su contenido esencial y que, en consecuencia, se presenten como determinaciones arbitrarias o no justificadas, eventualmente inválidas.

Finalmente, se debe precisar la claridad con la que operan actualmente los tribunales constitucionales, toda vez que, como se mencionó, no se limitan a invocar las palabras de ley o limitar sus efectos cuando estos son contrarios a los textos constitucionales; en cambio, y gracias a la interpretación constitucional principista, asumen un rol creativo que les permite analizar las exigencias sociales o contextuales; así, con base en ellas, adaptan, mutan o actualizan los textos normativos e incluso crean nuevos derechos que velen adecuadamente por las circunstancias que imperen en los Estados constitucionales de derecho.

## REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Revista Doxa*, (30), 666-675. <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Trotta.
- Barceló, D., Díaz, S., García, J. y Teixeira, M. (coords.) (2020). *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio>.

juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6225-covid-19-y-parlamentarismo-los-parlamentos-en-cuarentena

Bernal, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Revista Doxa*, (26), 225-238. <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-estructura-y-limites-de-la-ponderacion>

Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Corte Constitucional de Colombia (2020a). Expediente C-145/20. Bogotá: 20 de mayo de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-145-20.htm>

\_\_\_\_\_ (2020b). Expediente C-193/20. Bogotá: 24 de junio de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-193-20.htm>

Dworkin, R. (2019). *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*. Palestra.

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2017). *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Marcial Pons.

Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar, A. (coords.) (2008). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Gascón, M. (coord.) (2014). *Argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch.

Kelsen, H. (2017). *La garantía jurisdiccional de la constitución*. Centro de Estudios Carbonell.

- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Palestra.
- Nogueira, H. (2018). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pino, G. (2018). *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Zela.
- Pegoraro, L. (2017). *Derecho constitucional comparado*. Tirant lo Blanch.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta.
- Sagüés, N. (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la «constitución convencionalizada». *Parlamento y Constitución. Anuario*, (14), 143-152. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4259243>
- Sala Constitucional de Costa Rica (2020a). Expediente n.º 20-009015-0007-CO. San José: 12 de junio de 2020. [https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-291372//1/\\_score/undefined/9](https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-291372//1/_score/undefined/9)
- \_\_\_\_ (2020b). Expediente n.º 20-00703-0007-CO. San José: 12 de junio de 2020. [https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/ext-1-0007-282007/undefined/0/\\_score/undefined/6](https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/ext-1-0007-282007/undefined/0/_score/undefined/6)
- Silva, F. (2012). *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*. Miguel Ángel Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020). Contradicción de tesis 127/2020. Ciudad de México: 8 de julio de 2020. <https://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/DetallePub.aspx?AsuntoID=272196>

Tribunal Constitucional español (2020). Recurso de Amparo n.º 2056-2020. Madrid: auto del 30 de abril de 2020. <https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2020/05/2020-2056ATC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2020a). Recurso de Agravio Constitucional n.º 243/2020. Lima: 18 de junio de 2020. <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=F&search=COVID-19&demandante=&demandado=&numexpediente=&anoingreso=&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

\_\_\_\_\_ (2020b). Sentencia n.º 359/2020. Lima: 25 de agosto de 2020. <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=F&search=COVID-19&demandante=&demandado=&numexpediente=&anoingreso=&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>

Zagrebelsky, G. (2020). *Manual de derecho constitucional*. Zela.



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 93-147

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u12i14.268>

# Política criminal, juzgamiento e inmediación en tiempos de la COVID-19

Criminal policy, trial and immediacy  
in the time of the COVID-19



MIGUEL TOYOHAMA ARAKAKI  
Fiscal adjunto titular de Lima  
(Lima, Perú)

Contacto: [mtoyohama@mpfn.gob.pe](mailto:mtoyohama@mpfn.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-4988-587X>

## RESUMEN

El estudio analiza la importancia de gestionar una política criminal para el control del crimen organizado en tiempos de pandemia, esto debido a la expansión de dicho fenómeno criminal. A su vez, resalta la importancia del desarrollo de audiencias y juzgamientos con el sistema de videoconferencia en casos simples y de organización criminal. Para ello, se examinan los aportes doctrinales, legislativos y jurisprudenciales respecto a las instituciones estudiadas.

**Palabras clave:** política criminal, delincuencia transnacional, juzgamiento, intermediación, pandemia.

## ABSTRACT

The study analyses the importance of managing a criminal policy for the control of organized crime in times of pandemics, due to the expansion of this criminal phenomenon. At the same time, at the hearings and trials, the video conference system is used in simple and complex (criminal organizations) cases. For the purpose explained, doctrinal, legislative and jurisprudential of these institutions will be examined.

**Key words:** criminal policy, transnational crime, oral trial, immediacy, pandemic.

Recibido: 30/10/2020    Aceptado: 05/11/2020

### 1. ANTECEDENTES

La política criminal en los tiempos actuales enfrenta diversos retos, entre ellos, afinar las estrategias adecuadas de prevención y represión del delito, con mayor énfasis en aquellos cometidos por las organizaciones criminales transnacionales y nacionales, como las dedicadas al tráfico ilícito de drogas, trata de personas, tráfico de armas, minería ilegal y a otras nuevas formas de criminalidad<sup>1</sup>, propias de los riesgos que conlleva el avance tecnológico y científico que se produce en la sociedad.

En el escenario de pandemia que nos toca vivir, con las políticas económicas, sociales, sanitarias y otras aplicadas a combatir y

---

1 Ver Zúñiga (2001), quien sostiene que «la criminalidad moderna es una criminalidad del riesgo. Vivimos en una sociedad que asume para su bienestar una serie de riesgos para bienes jurídicos provenientes del desarrollo tecnológico. Muchos de estos riesgos sociales son los que producen finalmente daños a bienes jurídicos. La posibilidad de contenerlos con una serie de normas de control social es un deber político y ético, pero dicha contención se presenta difícil de delinear sin caer en posturas normativas totalizadoras. En esa tarea, las propuestas penales deben ser el último recurso, por lo que hay que delinear políticas criminales integrales según el tipo de riesgo» (p. 270).

disminuir los efectos del coronavirus SARS-CoV-2, es necesario contar con una política criminal adecuada a estos tiempos de emergencia nacional y mundial<sup>2</sup>, con mayor razón cuando se trata de criminalidad organizada<sup>3</sup>.

Además, resulta importante analizar la manera en que los órganos del sistema de justicia penal del país se han adaptado a esta nueva forma de vida en pleno confinamiento ciudadano, sobre todo en cuanto al desarrollo de juzgamientos y audiencias exclusivamente por vía virtual y en casos penales de diversa naturaleza, como parte importante de la ejecución de las políticas penales.

Esto servirá para tomar conocimiento de si los actos procesales desarrollados con empleo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) respetan los principios de inmediación y publicidad, y preservan el derecho a la defensa de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

- 
- 2 Al respecto, Hurtado (2020), de manera crítica, señala que «todo esto muestra que la pandemia no solo es un problema sanitario, sino fundamentalmente de injusticia social. Pues, se trata, en buena parte, de acuartelar personas que, por ser actores económicos informales o independientes no pueden dejar de trabajar en la vía pública, que se les exige respetar reglas de higiene estrictas como lavarse, con frecuencia y con jabón, las manos cuando, en realidad, viven en barrios que carecen de los servicios de agua y de desagüe, que se les impone punitivamente no salir de sus casas cuando residen en locales minúsculos y en una gran promiscuidad, callando que se trata de familias numerosas. Lo que obliga a dudar seriamente si los planes y estrategias concebidas para un “sector urbano normal”» (pp. 2-3) puedan ser adecuados y efectivos para las zonas urbano-marginales.
  - 3 Hurtado (2020) precisa: «Aunque carezco de la información mínima sobre lo que puede estar aconteciendo en las zonas en que la autoridad del Estado no se ejerce plenamente, no extrañaría que los propios pobladores o poderosos grupos delictivos traten de imponer ciertas normas de conducta. Esto último puede darse en las prisiones en las que el orden interno está de manera importante bajo el poder de mafias organizadas. Situación que se asemejaría a lo que sucede en ciertas zonas de las favelas de Río de Janeiro, en las que los traficantes de drogas, preocupados de las consecuencias negativas para sus negocios criminales, imponen un estado de urgencia en las noches» (p. 2).

Sobre este tema, debe señalarse que en nuestro país se encuentra en vigencia el artículo 119-A del Código Procesal Penal (CPP), que prevé el desarrollo de audiencias por videoconferencia, lo que constituye un avance importante en la modernización del sistema de justicia penal.

## **2. LA EXPANSIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRASNACIONAL**

Después de la culminación del periodo de la historia mundial conocido como Guerra Fría<sup>4</sup>, iniciado fundamentalmente en marzo de 1947 hasta la desintegración de la URSS en diciembre de 1991, observamos el desarrollo y triunfo del sistema de libre empresa<sup>5</sup> impulsado por los Estados Unidos de América, con la concurrencia de factores vinculados al avance económico y tecnológico, la fluidez en las comunicaciones, así como la generación de novedosos productos y servicios bancarios, lo que ha generado el nacimiento del fenómeno de la globalización o mundialización, que trajo consigo el desarrollo económico de ciertos países<sup>6</sup>.

---

4 Sobre el periodo de la historia denominado Guerra Fría, acontecida después de la Segunda Guerra Mundial, señala Fontana (2018) que uno de los objetivos fundamentales por parte de ambos bandos (EE. UU. y Unión Soviética) fue mantener el modelo de orden social que les interesaba y controlar la disidencia (p. 92).

5 El sistema de la libre empresa es un concepto frecuentemente empleado, a diferencia del término *capitalismo* que nunca ha sido utilizado en los Estados Unidos de América, pese a que dicho término es empleado por el bando socialista. Incluso en el Estado de Texas, en marzo de 2010, se proponía que en los libros de texto se utilice el término *libre empresa*, ya que el término *capitalismo* tiene connotaciones negativas, como lo precisa Fontana (2018).

6 Existe una clasificación de las economías de países donde destacan los denominados «económicamente inviables» y las entidades caóticas ingobernables; al respecto, dudamos de que la mundialización haya proporcionado efectos benéficos a cualquiera de los dos antes mencionados. Sobre esto ampliamente se puede consultar De Rivero (2001).

Pese al avance económico<sup>7</sup>, también observamos que el fenómeno criminal se ha desarrollado, progresado y hasta consolidado, de manera rápida y continua, y no solamente ciñéndose al ámbito de actuación en ciertos sectores de una ciudad o país, ya que se han derribado fronteras<sup>8</sup>. Esto se advierte debido a que las organizaciones criminales operan en diversos países, más allá de sus lugares de origen o constitución<sup>9</sup>, pues hacen del delito un negocio que les

---

7 Ver Corcuera (2017), para quien, contrariamente a lo que se suele pensar, la globalización no es un fenómeno nuevo ni se inició con la caída del muro de Berlín. La integración económica data de mucho tiempo atrás. La sonora promoción que se le ha hecho al crecimiento económico regional europeo antes de la reciente crisis nos puede hacer creer que la integración económica es un proceso inédito; sin embargo, la data estadística del comercio entre continentes nos muestra una interpretación distinta (p. 47).

8 Desde el ámbito operativo, en nuestro país se ha detectado, investigado, procesado y condenado a personas de varias nacionalidades (mexicanos, colombianos, argentinos, italianos, chinos, entre otros), quienes actuaban como integrantes de organizaciones criminales transnacionales vinculadas al delito de tráfico ilícito de drogas, principalmente relacionados con cárteles de la droga mexicanos y europeos. En los siguientes enlaces encontrará algunas notas periodísticas al respecto: <https://www.20minutos.com.mx/noticia/18387/0/mexicanos/sentenciados-peru/narcotrafico/>, <https://larepublica.pe/sociedad/485956-operador-de-carteles-mexicanos-coordino-en-el-peru-envio-de-droga/>, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-303904> y <https://larepublica.pe/politica/745146-la-cocaina-decomisada-en-paita-tenia-como-destino-lituania/>.

9 Como muestra, tenemos a las organizaciones criminales transnacionales desarrolladas en Italia. Entre las más representativas se encuentran Cosa Nostra (en Sicilia), 'Ndrangheta (en Calabria), Camorra (en Campania) y Sacra Corona Unita (en Apulia). Además de la influencia en su provincia italiana de origen, controlan la mayor parte del crimen organizado transnacional en los cinco continentes, conforme precisa Pardo (2019), jueza española que incluso señala que, a partir de la sentencia del 11 de septiembre de 2018, también habrá de considerar a la denominada Mafia Capitale (en Roma) (p. 181). Asimismo, agrega que lo antes mencionado no será posible debido a que el 22 de octubre de 2019 la Sala Sexta del Tribunal de Casación italiano ha dictado sentencia por la que excluye la aplicación y condena por el artículo 416 bis CPI a los diecisiete condenados en apelación, ratificando dicha sentencia, pero con la corrección de la imputación delictiva acorde

provee de exorbitantes ganancias —claro está que dicha forma de criminalidad responde a una actuación propia de una estructura u organización criminal<sup>10</sup>, y no a la tradicional delincuencia común o, si se desea denominar, tradicional o no estructurada—.

En cuanto a la vinculación entre criminalidad moderna y globalización, Zúñiga Rodríguez (2001) señala:

La criminalidad moderna es una criminalidad globalizada. Es decir, los fenómenos de organización, comunicación y trasnacionalización de las relaciones económicas y sociales, están conllevando

---

con la afirmación de la sentencia de primera instancia, en cuanto a que se trataba de dos asociaciones criminales que carecían de la naturaleza de organización mafiosa prevista y penada en el artículo 416 bis CPI. En consecuencia, esto desvanecía la existencia de una quinta organización mafiosa (Pardo, 2019).

- 10 Ver Toyohama (2014), quien presenta un panorama de las organizaciones criminales trasnacionales consideradas tradicionales debido a su permanencia y enraizamiento social, sus orígenes, estructuras internas y acciones delictivas, como sucede con el caso de Italia, China, Estados Unidos y Rusia. Además, señala algunos factores criminológicos que favorecen el crimen organizado, entre ellos el mejoramiento de los servicios financieros y bancarios, adelantos tecnológicos vinculados a la masificación de los medios de comunicación (webcam, WhatsApp, Skype, mensajería instantánea SMS, telefonía móvil y satelital), la apertura de fronteras y el aumento de mercancía a nivel internacional, producto directo de la globalización, el fin de los países comunistas de la Unión Europea, el auge del tráfico ilícito de drogas, entre otros (pp. 97-98). Revisar también Bermejo (2009), quien efectúa un análisis criminológico de la criminalidad organizada señalando los factores de la globalización del crimen organizado, así como una revisión de los principales grupos criminales. Y precisa que «los exorbitantes beneficios obtenidos con el tráfico de drogas, de armas, de personas, de productos falsificados de marcas elitistas o el tratamiento de residuos tóxicos, así como el blanqueo de capitales en empresas lícitas que funcionan como tapaderas e incluso generan beneficios han convertido a los principales clanes criminales en imperios con patrimonios superiores al PIB de muchos países. Estas organizaciones funcionan con un implacable y deshumanizado criterio empresarial tratando siempre de atajar los caminos trazados por la legislación. Para progresar en estos atajos disponen de varias herramientas de entre las cuales destacamos dos: la corrupción y el empleo de la violencia» (pp. 112-113).

que muchos comportamientos delictivos se realicen aprovechando las redes internacionales del comercio y de la información. La criminalidad organizada y empresarial, principalmente aprovecha los mecanismos del libre comercio para buscar ventajas comparativas que le otorgan las diversas legislaciones penales en materia de impunidad, lagunas penales y demás facilidades para delinquir. La caída de fronteras entre los países de bloques económicos es aprovechada por esta criminalidad para transportar mercancías y ganancias ilícitas. Por el contrario, los bloques de países suelen carecer de homogeneidad en las legislaciones penales, por lo que se dificulta la persecución penal. La cooperación internacional en materia penal es una necesidad de la Política Criminal moderna (p. 270).

Esta autora destaca la crisis del llamado «estado de bienestar» y señala los factores que finalmente desembocan en la delincuencia:

La criminalidad moderna es buena muestra de los conflictos sociales que se muestran en las sociedades postindustrializadas, caracterizadas por una crisis del modelo económico del Estado del Bienestar. El desempleo, los recortes en gastos sociales, las políticas neoliberales que aumentan las desigualdades sociales, los cambios culturales que propician comportamientos insolidarios, las grandes urbes en las que conviven diversas culturas, son todos caldos de cultivo de una conflictividad social en cuyo vértice puede observarse la delincuencia (Zúñiga, 2001, pp. 270-271).

Frente al avance, al parecer, incontenible de la delincuencia, y los intentos de expansión y consolidación del fenómeno criminal, observamos que esta se ha perfeccionado. Se ha dado lugar a nuevas formas de criminalidad, donde ya no se efectúa mayor referencia a los típicos delitos patrimoniales (como estafa o apropiación ilícita) o contra la vida, el cuerpo y la salud; más bien nos encontramos con acciones insoportables que vulneran nuevos bienes jurídicos sociales e individuales, de ahí la naciente necesidad de que el

legislador proceda con las tipificaciones respectivas<sup>11</sup> y abra paso al control penal como último recurso.

Así, tenemos el delito de lavado de activos o blanqueo de capitales<sup>12</sup>, que es el preferido de todas las organizaciones criminales

---

11 En muchas oportunidades, el legislador procede tardíamente y, en otras, actúa con un denominado populismo penal, lo que genera la idea de que el derecho penal es la única solución viable a los delitos, pues impone penas elevadas, lo que vulnera el principio de proporcionalidad. Incluso el discurso político va desde la necesidad de aplicación indiscriminada de la pena de muerte o la masificación de la cadena perpetua.

12 Al respecto, Mendoza (2017) efectúa un riguroso análisis dogmático del tipo base de lavado de activos, con referencias actualizadas al derecho penal peruano y español. Empieza por el bien jurídico penal y la procedencia delictiva de los bienes (objeto material, delito fuente y los sujetos), y concluye con la conducta típica y aspecto subjetivo. Asimismo, precisa que su investigación constituye un estudio del tipo base del lavado en el Perú, e incorpora adicionalmente las discusiones y soluciones que han sido formuladas por la doctrina y jurisprudencia de España, en lo relativo al blanqueo doloso de capitales (artículo 301 de su CP). Los apuntes desde el derecho español efectuados sobre cada elemento dogmático del tipo base permiten enriquecer el análisis del precepto penal peruano, toda vez que ambas legislaciones se encuentran debidamente armonizadas con la normativa internacional que las vincula. Ambos ordenamientos internos tienen por fuente a las convenciones internacionales precitadas. La equivalencia estructural de los tipos penales de lavado permite emplear la doctrina y jurisprudencia española —emitidas a partir de la interpretación de su derecho nacional en su dimensión europea—, como referente hermenéutico, en cuanto sea aplicable a los problemas comunes que presenta el tipo delictivo peruano. Esto, corresponde enfatizar, no implica un traslado acrítico de posiciones doctrinales de otro sistema jurídico al que constituye objeto de análisis (p. 47). Por otro lado, con una visión comparativa y crítica, Abanto (2017) señala haber recurrido primordialmente a la dogmática penal alemana porque, si bien su ley antilavado se diferencia en la «forma» del modelo peruano (ubicación en el Código Penal, descripción típica algo diferente, etc.), también esta ley se basa en los mismos documentos de derecho internacional público y, por ello, presenta problemas equivalentes a los discutidos bajo la ley peruana. Además, la actitud de la doctrina alemana es mucho más crítica que la hispana (que en muchas ocasiones recurre a la primera) y permite, por ello, observar mejor hasta dónde es posible hacer una interpretación constitucionalmente correcta de una ley tan amplia, compleja y represiva como la

que actúan por lucro, que incluye a aquellas que tienen fines políticos empleando medios armados (terrorismo)<sup>13</sup>; otro delito en el que incurren de manera permanente las organizaciones criminales es la corrupción. Por ello, a ambas se les debe tratar no solamente desde el aspecto represivo, sino también, y con la misma intensidad, desde el ámbito preventivo<sup>14</sup>.

Con todo, la concurrencia de los delitos de corrupción como forma de actuación de las organizaciones criminales<sup>15</sup>, al igual

---

peruana. También se sugiere revisar el trabajo de Gálvez (2014), pues efectúa un análisis dogmático-crítico de la nueva Ley de Lavado de Activos (Decreto Legislativo n.º 1106), e incide en el tratamiento de la autonomía del delito de lavado de activos y en las consecuencias jurídicas aplicables a este delito, consecuencias patrimoniales y accesorias y las medidas aplicables a las personas jurídicas comprometidas con estos delitos. Resultan destacables las interpretaciones al delito de lavado de activos realizadas por los especialistas Percy García Cavero, Juan Rosas Castañeda, Marcial Páucar Chappa, James Reátegui Sánchez, Luis Alberto Bramont-Arias Torres, Luis Lamas Puccio, y Víctor Prado Saldarriaga, quien fue uno de los primeros en analizar dicho tipo penal, vinculado en un comienzo al delito de tráfico ilícito de drogas.

13 Después del 11 de septiembre de 2001, los Estados Unidos principalmente, y otros países, endurecieron su política de lucha contra el terrorismo y contra la financiación del terrorismo, según el *hard law* conformado por los tratados internacionales y por las recomendaciones del GAFI/FATF (*soft law*). Josep Fontana efectúa un análisis histórico de los atentados del 11 de septiembre contra las torres gemelas del World Trade Center de Nueva York y contra el edificio del Pentágono (Fontana, 2018, pp. 842 y siguientes). Las 40 Recomendaciones del GAFI/FATF están relacionadas con aspectos preventivos y represivos del lavado de activos, así como las 9 Recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo.

14 Rose-Ackerman y Palifka, en su libro *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*, precisan: «Reconocemos que el Derecho penal es un disuasivo importante y aplaudimos las investigaciones impulsadas por las fiscalías latinoamericanas. Sin embargo, nuestro mensaje fundamental es que el Derecho penal punitivo no es suficiente y puede incluso resultar contraproducente. Las reformas en las que hacemos hincapié exigen esforzarse por disminuir las oportunidades para la corrupción, no solo controlar y sancionar a los infractores» (2019, pp. 15-16).

15 Rose-Ackerman y Palifka (2019) precisan que «la corrupción y la delincuencia organizada van juntas con frecuencia. Es probable que la existencia de negocios

que el delito de lavado de activos, se constituyen en signos característicos de la operatividad de la delincuencia organizada transnacional<sup>16</sup>.

### **3. ASPECTO CRIMINOLÓGICO Y PENAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

Sobre el concepto de criminalidad organizada, con sus diversos matices y tratamientos teóricos, precisa Zúñiga (2016):

la concepción de criminalidad organizada se ha desarrollado primero en el ámbito sociológico o criminológico y su trasvase a la legislación penal ha planteado serias dificultades porque las herramientas conceptuales del derecho penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee. La falta de acuerdo en la regulación, la utilización de técnicas de investigación que constituyen limitaciones a derechos fundamentales, son todas pruebas de dichas dificultades. Las dificultades estriban en consideraciones de orden metodológico que han sido objeto de controversia durante todo el desarrollo histórico del derecho penal: cómo conocer un fenómeno social con el método jurídico-penal (p. 86).

Continúa dicha autora, señalando que:

El derecho penal se enfrenta ante el desafío de aprehender un fenómeno social con unas herramientas conceptuales propias de

---

ilegales a gran escala tenga una influencia corruptora en el gobierno, especialmente en lo que concierne al cumplimiento de la normativa y el control de las fronteras. Los gobernantes corruptos se alimentan los unos a los otros. Los sobornos reducen el costo de los proyectos empresariales ilegales y les ayudan a juntar el capital, alimentando su crecimiento en comparación con los negocios legales y generando más arreglos corruptos» (p. 319).

16 Para enfrentar esta situación, Rose-Ackerman y Palifka (2019) sugieren que «la corrupción, las ganancias provenientes del crimen organizado y el lavado de dinero se alimentan mutuamente y deberían ser atacadas simultáneamente» (p. 336).

un comportamiento individual, en el que, seguramente, los fines, los principios y las categorías que conocemos no son idóneos para prevenir la constelación de comportamientos criminales que subyacen en esa dimensión social. Efectivamente, la óptica del criminólogo sería muy distinta a la de las agencias de control social. Mientras que para el criminólogo se trataría de buscar una definición que posea la utilidad de comprender dicha realidad, para el jurista se trataría de elaborar definiciones que corresponden a fines de tipo jurídico y judicial, con el objetivo de proporcionar instrumentos de lucha contra el comportamiento ilícito que se intenta evitar. La primera óptica corresponde más a la búsqueda de causas, factores, características, en suma, a la prevención o la *reacción proactiva*; mientras que la óptica jurídica incide más en la represión, en la *reacción reactiva* (p. 86).

No obstante, Prado (2006) formula un concepto operativo en el que indica lo siguiente:

La criminalidad organizada comprende toda actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tiene un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico (p. 44).

Por su parte, Jesús María Silva Sánchez (2005) señala:

El delito de organización fue recepcionado por la política penal mediante diferentes modos de expansión penal: el del remozamiento del ya existente delito de asociación para delinquir o asociación ilícita; la creación de tipos autónomos como nuevas cualificaciones de este delito, asignadas a tradicionales delitos comunes; la incorporación de circunstancias de agravación punitiva a un buen número de delitos. [Precisa que] el fenómeno criminológico de

la criminalidad organizada se aborda en la mayoría de las legislaciones a través de tres vías diversas: en primer lugar, mediante la tipificación de los delitos más característicos de tal forma de criminalidad; en segundo lugar, mediante la introducción del elemento agravante de «organización» en una serie de delitos más o menos tradicionales, para atender a la especial peligrosidad de las formas estructuradas de actuación antijurídica; y en tercer lugar, mediante los, no infrecuentes criticados, clásicos delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas o bien los nuevos tipos de pertenencia a organizaciones criminales (pp. 211-212).

Conforme al planteamiento efectuado por Silva Sánchez, advertimos que la legislación nacional la ha asumido, debido a que en el Código Penal y en normas penales especiales se han tipificado aquellos delitos considerados graves como nítidas expresiones de la criminalidad organizada, como en el caso del lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, entre otros. Además, el elemento de pertenencia a una organización delictiva se ha tipificado en la normatividad sustantiva como circunstancia agravante («agente activo que actúa como integrante de una organización delictiva»), como se aprecia del delito de robo agravado y otros.

Así, se ha tipificado el delito de organización criminal como tipo autónomo<sup>17</sup>, previsto en el artículo 317 del código punitivo, como

---

17 El artículo 2 de la Ley n.º 30077 (Ley Penal contra el Crimen Organizado) únicamente define lo que debe entenderse como organización criminal: no es un tipo penal, no contiene sanción punitiva, su valor es pedagógico y de descripción legal. Al respecto Prado (2019) destaca que se trata de una simple operativización de conceptos; no es, pues, la tipificación de un delito ni está destinada a integrar o esclarecer el contenido punitivo de una ley penal en blanco. El artículo 317, en cambio, es un tipo penal que describe, como ya se ha precisado, cuatro conductas delictivas alternas donde, cuando menos, para la realización de una de ellas, es suficiente la intervención conjunta de dos personas, lo que ocurre con el acto fundacional o de constitución de la organización criminal, mientras que, para que sea posible la materialización del acto también punible de integración o adhesión

parte de la modificación introducida por el Decreto Legislativo n.º 1244, publicado el 29 de octubre de 2016. También tenemos la Ley n.º 30077 (Ley Penal contra el Crimen Organizado), que prevé aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios contra organizaciones criminales. Por último, debido a su menor intensidad y reproche penal, se ha incorporado el delito de banda criminal, conforme precisa el artículo 317-B del Código Penal, según el Decreto Legislativo n.º 1244.

Cabe señalar que la legislación nacional sobre organización criminal y banda criminal ha sido pasible de críticas y propuestas de *lege ferenda*<sup>18</sup>, que deberían ser tomadas en cuenta por el legislador para una mejor optimización de la normatividad nacional y su aplicación por los órganos del sistema penal.

---

a una organización criminal, ella ya debe estar constituida. Por tanto, el autor de esta hipótesis delictiva siempre ha de ser el número tres del mínimo necesario que fija el artículo 317. Los dos constituyentes, por tanto, no integran la organización, sino solo quien se adhiere luego a ella. Este autor precisa que, con la promulgación de la Ley n.º 30077, surgieron nuevas dudas referidas a que el artículo 2 de la citada ley se refería a tres o más personas, y en el artículo 317 del Código Penal se mantenía en dos personas el número mínimo de componentes; sin embargo, señaló que no existía incompatibilidad legal, ya que se requerían cuando menos dos personas para constituir la organización criminal y tres para materializar la conducta de integración en la estructura criminal ya formada. Sobre ello se indicó también que era pertinente y justificado reprimir las conductas constitutivas en función de solo dos personas y los actos de integración en torno a no menos de tres (pp. 59-60). El mismo autor, en su momento, precisó que «el nuevo adherente debe ser cuando menos el tercer miembro de la organización. Si ya es inverosímil pensar en la actualidad en la existencia real de una organización compuesta por solo dos personas, deviene en absurdo entender que podría haber una estructura criminal unipersonal» (Prado, 2006, p. 82).

18 Prado (2019) precisa que, lamentablemente, reformas recientes en dicho artículo, así como la inclusión del artículo 317-B, han puesto en evidencia notables deficiencias e inconsistencias tanto teóricas como prácticas, que motivan que este artículo deba concluir señalando nuevas recomendaciones respecto a la actual regulación de los delitos de organización criminal y de banda criminal, sobre todo con la finalidad de promover las modificaciones legislativas necesarias para un mejor rendimiento de aquellas disposiciones penales (p. 90).

#### 4. POLÍTICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

La política criminal se constituye en la línea de acción de todo gobierno, independientemente de si se trata de un régimen democrático o dictatorial, y —claro está— lleva impreso los principios e ideologías de quien detenta el poder. Por ello, el tratamiento del fenómeno criminal varía según la clase de Estado en la que se ubique.

En ese sentido, la política criminal de un régimen democrático será totalmente distinta a la de un régimen totalitario, este último muchas veces influenciado por las ideologías de corte político, como en el caso de doctrinas de defensa de los intereses del régimen o la supremacía de determinada ideología, lo cual es contrario al régimen democrático y de defensa de los derechos fundamentales.

Zúñiga indica que la política criminal, como parte de la política en general de un Estado, tiene las características básicas de cualquier actuación política: es un conjunto de estrategias para un determinado fin. Como líneas directrices de los gobiernos, tenemos que su campo de acción está definido por aquellas actividades que regula, como las políticas educativas, económicas, laborales, culturales, sanitarias, entre otras (2001, p. 23).

Asimismo, la política criminal está vinculada a las acciones de prevención, así como a las acciones represivas ante los hechos punibles; de esa manera, el Estado tiene la obligación natural de brindar respuesta a aquellos hechos relacionados con el terrorismo<sup>19</sup>,

---

19 Después de los atentados contra las Torres Gemelas y el edificio del Pentágono (11/09/2011), la política norteamericana contra el terrorismo se endureció, al igual que sucedió en otros países. El Perú ya contaba con una legislación antiterrorista desde 1992; con una posterior modificación legislativa ocurrida el 2012, se contempla el delito de financiación del terrorismo como uno de carácter autónomo, según el artículo 4-A del Decreto Ley n.º 25745 («Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio»), publicado el 6 de mayo de 1992 e incorporado por la

## tráfico ilícito de drogas<sup>20</sup>, violación de la libertad e intangibilidad

Ley n.º 29936, publicada el 21 de noviembre de 2012. El delito de financiación del terrorismo consiste en la provisión, el aporte, o la recolección de fondos, recursos financieros o económicos, servicios financieros o servicios conexos para cometer (i) cualquiera de los delitos previstos en Decreto Ley n.º 25475, (ii) cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, o (iii) la realización de los fines de un grupo terrorista o terroristas. Los fondos o recursos, a diferencia del lavado de activos, pueden tener origen lícito o ilícito. El artículo 4-A del Decreto Ley n.º 25475 penaliza el financiamiento del terrorismo con una pena privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 25 años. Esta sanción es mayor a la fijada para los delitos de lavado de activos (artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo n.º 1106), que prevé una pena de 8 a 15 años de privación de libertad. En el Decreto Ley n.º 25745, de 1992, se encuentran además tipificados el delito de terrorismo (artículo 2) y las circunstancias agravantes (artículo 3), los actos de colaboración con el terrorismo (artículo 4), el delito de asociación a organizaciones terroristas (artículo 5), la instigación al terrorismo (artículo 6) y el delito de obstaculización de acción de la justicia (artículo 8).

20 Sobre el problema de las drogas y los aspectos políticos, históricos, económicos, biológicos y culturales se puede consultar ampliamente a Escotado (2018), para quien un factor que iba a tener una importancia creciente en la evolución política de los países andinos, y en su relación con los Estados Unidos, sería el auge de la producción y tráfico de drogas (primero de marihuana y después, muy especialmente, de cocaína). Este del narcotráfico, cuyo motor fundamental es la demanda de los consumidores norteamericanos, es un asunto difícil de explicar, donde no todo es lo que parece, puesto que los esfuerzos de prohibición, destinados a disminuir el tráfico de drogas en los Estados Unidos, han sido asociados en muchas ocasiones a la necesidad por parte de la CIA de tolerar el tráfico para tener el apoyo de determinados grupos —como, según veremos más adelante, ocurrió con la «contra» en Nicaragua—, en una actitud semejante a la que se practicó en el Sudeste Asiático (y la que, al parecer, se practica todavía hoy en Afganistán). Aunque la «guerra contra las drogas» la había anunciado ya Nixon en 1972, y pese a que Carter realizó una primera intervención en Colombia en 1978 en nombre de la lucha contra la producción de marihuana, fue en tiempo de Ronald Reagan, el 6 de abril de 1986, cuando el NSC aprobó el texto secreto de la NSDD (National Security Decision Directive) n.º 221 («Narcotics and national security»), que formulaba toda una política de intervención en los países productores de cocaína. Los resultados de esta «guerra» dirigida por la DEA (Drug Enforcement Administration), en la que se ha gastado más de un billón de dólares, son desalentadores. La intervención en Colombia, por ejemplo, no ha conseguido más que causar sufrimientos a los campesinos. La desaparición de los dos grandes cárteles de Medellín (con la muerte

sexual<sup>21</sup>, lavado de activos<sup>22</sup>, sicariato<sup>23</sup>, y otros delitos graves,

---

de Pablo Escobar en 1993) y de Cali (con la captura de los hermanos Rodríguez Orejuela en 1995) no hizo más que dar paso a una nueva estructura más diversificada y flexible, de modo que el país sigue siendo el mayor productor de droga del mundo (pp. 528-529). Más adelante, este autor señala que la lucha contra el narcotráfico permite además encubrir otras formas de intervención. El Plan Colombia, en el que los Estados Unidos invirtió unos 5 mil millones de dólares entre 1999 y 2007, no parece haber servido para disminuir la producción de drogas, pero sí para hacer más eficaz la lucha contra las FARC. Y es que, como reconocía *The Economist* a fines de 2007, «aunque se haya pretendido venderlo como un programa contra la droga, el Plan Colombia es en realidad un ejercicio de contrainsurgencia». Sobre cambios de paradigmas contra las drogas y por el control específico, se puede consultar a Sánchez (2020), quien indica que la guerra contra las drogas ha tenido resultados poco exitosos y trae consigo cada vez más críticas, especialmente aquellas que ahora ven con interés los beneficios de la legalización y la consecuente formación de una verdadera industria de marihuana que genere ingresos al Estado y trabajo a los ciudadanos (p. 123), y continúa señalando, con cita de Vidart, que hay que entender los enormes potenciales que puede tener el tema de la legalización de una droga como la marihuana con respecto a la reducción de la delincuencia, los gastos en seguridad y la mejora de los problemas de salud pública y educación. Hoy se torna una necesidad leer este problema no con los anteojos de la moral, sino con los de la salud pública y las herramientas de la economía moderna. Es importante comprender que el «enemigo» que nos han inculcado hace muchos años solo está en el imaginario del conservadurismo estadounidense de finales del siglo XIX, acompañado, evidentemente, de un cargamontón de carácter económico-industrial que no necesita ser exagerado o deformado hasta convertirlo en una conspiración (p. 127).

- 21 En el Perú, los delitos sexuales presentan penas privativas de libertad severas, en especial los casos en que se vulnera la indemnidad sexual.
- 22 Al respecto, Fontana (2018) señala que la lucha contra las drogas se suele dirigir contra quienes la cultivan, la transportan o trafican con ella, pero es mucho menos eficaz en lo que se refiere a perseguir a los que participan en las complejas operaciones de lavado de dinero. La lucha contra el blanqueo se presenta como uno de los frentes fundamentales de estas campañas, pero los resultados obtenidos parecen pequeños y marginales, lo que invita a suponer que una gran parte de los beneficios acaban legitimados en las cuentas de empresas e instituciones financieras (como señalaba el *Wall Street Journal* en marzo de 2011, los bancos se resisten a identificar al beneficiario individual de sus cuentas).
- 23 Para Delgado (2014), el sicariato al igual que la extorsión son dos delitos comunes que en esta última década vienen registrando mayor incidencia delictiva en

especialmente aquellos que causan conmoción y alarma en la sociedad. La respuesta que se brinda a través de la política criminal debe enmarcarse en el respeto de los derechos fundamentales, y no en objetivos o cálculos electorales o de otra naturaleza incompatible.

Sanz (2019) señala que la política criminal tiene dos perspectivas, como ámbito político y como disciplina. La primera la define como la medida o conjunto de medidas (jurídicas, sociales, educativas, económicas, etc.) que adopta una sociedad políticamente organizada para prevenir y reaccionar frente al delito, a efectos de mantenerlo en unas cuotas tolerables. Esto es, son las decisiones que una sociedad toma frente al delito, el delincuente, la pena, el proceso y la víctima (pp. 19-20).

De su parte, y desde una perspectiva académica, la política criminal también es una disciplina encargada de explorar, buscar y hallar soluciones legales que vengán a mejorar la eficacia y justicia del ordenamiento penal en una sociedad y momento histórico determinados: como resolver el conflicto entre el derecho a decidir sobre la propia maternidad y el derecho a la vida del feto en el delito de aborto, o el conflicto habido entre el derecho a disponer sobre la propia salud y el delito de tráfico de drogas. Y ello se debe a que no solo interesa analizar la concreta orientación político-criminal seguida por el legislador, sino si esta es o no adecuada a los valores y al concreto modelo social y político que se defiende (Sanz, 2019, p. 19).

Según Zúñiga (2001), la política criminal es la disciplina que estudia cuáles son los mecanismos más idóneos para hacer frente a

---

nuestro país. Además, citando a Carrión, señala que es absolutamente necesario construir el perfil del sicariato en sus distintas versiones para registrarlo, conocerlo y enfrentarlo. Pero también es importante conocer las redes que lo conforman porque el sicariato es una relación social y un eslabón importante dentro de la cadena del crimen homicida y de la violencia en general (p. 25).

una determinada criminalidad desde un punto de vista preventivo y no solo represivo, y que para seleccionarlos se rige por una serie de principios que se derivan de las características del Estado social y democrático de derecho en que se inscribe. De ello se colige que la política criminal no puede pertenecer simplemente al ámbito de la política jurídica o la política penal, sino que tiene que pertenecer al ámbito más amplio de la política social de un Estado determinado (p. 63).

La política criminal debe ofrecer por parte del investigador penal aquellas herramientas jurídicas que sirvan para que el operador político pueda realizar de manera mínimamente correcta y efectiva su trabajo legislativo. La intervención penal debe respetar los principios y reglas de un Estado constitucional y democrático de derecho<sup>24</sup>, con limitaciones propias derivadas de la defensa y respeto de los derechos fundamentales, por lo que se debe descartar de plano una aparente contradicción entre eficacia y garantías<sup>25</sup>.

Frente a la delincuencia organizada y su desarrollo vertiginoso, y ante la necesidad de respuesta de los operadores políticos y legisladores, es que se aprecia la expansión del derecho penal, que debe ir de la mano del respeto de las garantías penales y procesales del investigado, ya que bajo el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada no se pueden relajar u omitir las garantías fundamentales de los imputados ni de las víctimas.

---

24 Ese fin general en el que se enmarca toda política criminal tendrá que ser necesariamente el modelo de Estado personalista de realización positiva de los derechos fundamentales, limitado negativamente en su actuación por el respeto de estos por encima de cualquier interés general (Zúñiga, 2001, p. 24).

25 Señala Zúñiga que el sistema penal está resultando insuficiente para hacer frente a las demandas sociales de lucha contra las nuevas formas de criminalidad, nuevas maneras de actuar de la criminalidad, a las que el legislador sí tiene que responder inminentemente (2001, p. 19).

La delincuencia organizada unida a la delincuencia económica, como dos caras de la misma moneda delictiva, es uno de los más importantes retos de la política criminal, más aún en los tiempos de pandemia. Por eso, los doctrinarios de las ciencias penales deben trabajar y ofrecer productos reales y aplicables a nivel normativo para combatir el crimen organizado, sin que esto signifique el relajamiento de las garantías constitucionales y penales que protegen a los imputados.

En ese sentido, deben analizarse, como se está haciendo por los especialistas, las formas de imputación del derecho penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la participación de los abogados y otros profesionales en el delito de lavado de activos, la transnacionalidad y expansión del crimen organizado, la imputación en estructuras sofisticadas, las nuevas formas de criminalidad, el lavado de activos y las criptomonedas, y otras formas de blanqueo, entre otros temas fundamentales.

En cuanto a medidas de carácter político criminal frente a la criminalidad organizada, como señala Sanz, siguen siendo aún necesarios los esfuerzos en materia de armonización penal y cooperación policial (intercambio de información, unidades conjuntas, sistemas de ayuda, etc.) y judicial (reconocimiento de resoluciones extranjeras), pues son aún insuficientes las leyes procesales para investigar y probar este tipo de delitos. Y ello por no hablar de los conflictos de jurisdicción y los problemas de asignación de la investigación y el enjuiciamiento penal (2019, pp. 174-175).

También se debe reforzar el ámbito operativo y mejorar la efectividad<sup>26</sup> vinculada al Ministerio Público y al Poder

---

26 Toyohama (2019) resalta que, entre los años 2014 y 2018, existe una baja emisión de sentencias por delito de lavado de activos a nivel nacional (p. 78), sean condenatorias o absolutorias. Concluyó que existe un bajo nivel de efectividad del sistema de justicia penal de nuestro país frente al delito de lavado de activos, tomando los datos del Informe de Evaluación Mutua de la República de Perú, realizado por el Grupo de

## Judicial en el tratamiento de la persecución y sanción de delitos, además de implementar las políticas de recuperación de activos

Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat), a la fecha de la visita que tuvo lugar del 21 de mayo al 1 de junio de 2018, y uno de los factores es el nivel de capacitación de los operadores de justicia especializado. Las debilidades técnicas y tácticas de las agencias de persecución y sanción para materializar con eficiencia sus competencias y objetivos en el tema de la investigación y procesamiento del lavado de activos fueron resaltadas por el juez supremo Víctor Prado Saldarriaga en una investigación publicada en 2016. Este autor precisa lo siguiente: **«Resulta preocupante el escaso grado de eficacia que, en la represión del lavado de activos provenientes de la criminalidad organizada, vienen exhibiendo las diferentes agencias estatales de persecución y sanción de tales delitos.** Al respecto, una explicación etiológica de esta realidad parece relacionarse como la todavía ingente desinformación de policías, jueces y fiscales sobre los aspectos técnicos que corresponden a la criminalización de los actos de lavado de activos; así como, también, con la poco sólida y fluida coordinación e interoperatividad estratégica que muestran aún las unidades estatales competentes. En ese contexto, las altas cifras de sobreseimientos que generan las denuncias por delitos de lavado de activos compatibilizan, de algún modo, con los modestos y bajos registros de condenas que por dichos delitos imponen los tribunales nacionales. Estando próximo el Perú a ser evaluado por el Gafisud el 2016, **la actual situación puede generar riesgos de descalificación o de ingreso a la “lista negra”, lo cual perjudicaría gravemente el futuro hasta ahora promisor de la economía emergente peruana.** Esta problemática y sus riesgos latentes han sido advertidos por los propios líderes de las instituciones responsables de la prevención y control del lavado de activos como la UIF-Perú, la Procuraduría Antidrogas y del Poder Judicial. Sin embargo, la anotada debilidad en las prácticas de judicialización y sanción de operaciones de lavado de activos muestran aún un panorama inquietante y que debe ser superado en el corto plazo con mayores cuotas de eficiencia, pero siempre en el marco del respeto a la ley y al debido proceso. **El cambio requerido demanda, pues, un mejor adiestramiento de los operadores del sistema penal; pero, sobre todo, de una ampliación de las acciones de inteligencia sobre la presencia grisácea de la economía ilegal en la expectante economía del Perú. Claro está, en ese replanteamiento de estrategias y funciones, los criterios hermenéuticos en torno a la nueva legislación deben, también, difundirse y practicarse.** Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la producción de jurisprudencia vinculante sobre la materia, ha brindado importantes aportes para superar problemas hermenéuticos frecuentes, como los concernientes al rol del delito precedente, a la punibilidad del autolavado y a la utilidad de la prueba indiciaria (Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116, Lima: 16 de noviembre del 2010)» (Prado, 2016, pp. 382-383) (resaltado nuestro).

ilícitos<sup>27</sup>, el decomiso<sup>28</sup> y la extinción de dominio<sup>29</sup> como forma de decomiso sin sentencia, a fin de evitar el nacimiento, desarrollo, consolidación y expansión del patrimonio criminal que, a la larga, contamina los activos de origen lícito que circulan en el mercado económico y financiero. Incluso a nivel nacional, sería interesante la introducción de la figura del decomiso ampliado, que sí se encuentra legislado en España y en otros países —claro está con las mejoras respectivas, debido a los comentarios<sup>30</sup> que recibe dicha figura—.

La política criminal en el ámbito penitenciario también debe adoptar medidas para contribuir al deshacinamiento de las cárceles, además de controlar y evitar contagios no solo de la COVID-19, sino también de otras enfermedades.

En lo que concierne a la corrupción, la cual es empleada de manera constante por las organizaciones criminales, y estando a la necesidad de prevención y represión de la corrupción que servirá para mejorar la prestación de servicios y el cuidado de los bienes públicos, resultan interesantes las propuestas formuladas por Rose-Ackerman y Palifka (2019), quienes indican lo siguiente:

Los reformadores deberían revisar el Derecho penal aplicable a la corrupción para asegurarse de que tanto su alcance como

---

27 Ver Greenberg, Samuel, Grant y Gray (2009).

28 El decomiso se ha convertido en una herramienta forense de la máxima actualidad: de ser un perfecto desconocido, e incluso una figura cuya legalidad despertaba dudas, ha pasado a ser una institución aceptada —en términos generales— por los *beneficios* que supone en el combate a los *delitos de la globalización* (Rodríguez, 2017, p. 25).

29 Al respecto, consultar Herrera (2019).

30 Rodríguez (2017) formula diversas cuestiones críticas, conforme a la normatividad española que lo prevé en el artículo 127 bis del Código Penal, y precisa con varias referencias que es cuestionada no la oportunidad —loable de todo punto— de estrangular financieramente a los grupos delictivos organizados, sino su regulación y alcance por poder ser vulneradora de derechos y garantías constitucionales, tales como el debido proceso y la presunción de inocencia (p. 169).

las sanciones que impone son suficientes, y de que las leyes que no están directamente relacionadas con corrupción incluyen componentes anticorrupción, como disuasivo. Un sistema de aplicación del Derecho honesto es esencial, incluidas la Policía, el sistema de prisiones, la fiscalía y la judicatura. Si la judicatura es corrupta, la ley se aplicará arbitrariamente; eliminar la impunidad judicial es un paso importante. Los departamentos de policía y el sistema de prisiones deberían profesionalizarse y contar con fuertes códigos de ética, programas de formación y un salario comparable al que se tiene en el sector privado, con el objetivo de garantizar que la ley se aplicará imparcialmente. Todas las ramas relacionadas con el cumplimiento del Derecho deberían asimismo recibir capacitación en materia de lavado de dinero y grupos organizados de criminalidad, para evitar separaciones competenciales bruscas en los casos relacionados con la corrupción. De modo similar, si se crea una agencia anticorrupción, debería tener suficiente financiamiento y poderes para actuar, además del apoyo de otras agencias. Si las instituciones financieras internacionales proporcionan asistencia, deberían hacer compromisos de largo plazo, en lugar de marcharse tan pronto concluyen las actividades de formación. Reestructurar el gobierno y cambiar las expectativas de la gente lleva tiempo (p. 544).

Las mismas autoras, en cuanto al tratamiento que debería darse a los recursos humanos que cumplen funciones en el sector público, como parte de una política contra la corrupción, recomiendan:

La profesionalización de la función pública debería ser diseñada para cambiar cómo los servidores públicos se ven a ellos mismos y cómo interactúan con el público. En último extremo, despedir departamentos enteros y reemplazarlos con nuevas contrataciones puede ser más efectivo que purgar unas cuantas «manzanas podridas» (Rose-Ackerman y Palifka, 2019, p. 544).

Estando al panorama antes precisado, vinculado a las organizaciones criminales, su desarrollo y expansión, así como a la

necesidad de gestionar una política criminal adecuada a estos tiempos, conforme al estado de emergencia sanitaria a nivel mundial<sup>31</sup>, resulta necesario investigar desde la criminología, la criminalística y los observatorios de la criminalidad<sup>32</sup> —en el caso del Perú, del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)<sup>33</sup>

---

31 En varios países de la órbita europea se observan situaciones de rebrote del coronavirus SARS-CoV-2, muchas veces maximizado debido al levantamiento de las medidas restrictivas a la libertad y de confinamiento absoluto propio de un estado de emergencia o alarma, y al incumplimiento de las medidas sanitarias. En el momento que escribimos, se informa que el Consejo de Ministros ha aprobado en la mañana de este viernes la declaración de estado de alarma contra el coronavirus en la comunidad de Madrid con las mismas medidas que había vigentes. Horas después se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Real Decreto n.º 900/2020 del 9 de octubre, por el que se declara durante 15 días el estado de alarma en nueve municipios de Madrid, incluida la capital. Las medidas entraron ya, por tanto, en vigor. El confinamiento supone el cierre de la capital y de otros municipios madrileños de más de 100 000 habitantes, donde la incidencia de contagios es superior a 500. La aprobación de esta figura excepcional se ha producido pese a que la presidenta madrileña, Isabel Díaz Ayuso, con la reunión del Gobierno ya iniciada, ha mantenido una conversación con el jefe del Ejecutivo, Pedro Sánchez, para intentar pactar una orden conjunta (Hernández, 2020). Se ha tomado conocimiento de la existencia de ideologías que abogan por no observar el cumplimiento estricto de medidas sanitarias y de distanciamiento social, incluso existen movimientos contra el uso de mascarillas y otras medidas sanitarias; se ha señalado que el uso obligatorio de mascarillas al aire libre está ganando terreno rápidamente en varias ciudades francesas, por el miedo a un resurgimiento de la epidemia de coronavirus en el país. Al mismo tiempo, el movimiento «antimascarilla», ya arraigado en Estados Unidos, Canadá y Reino Unido, está cobrando impulso en Francia, dirigido por grupos adeptos a teorías conspirativas (Linares, 2020).

32 Observatorio de Criminalidad existente en el Ministerio Público, Ministerio de Justicia y otras instituciones.

33 Los datos estadísticos y cuadros sobre seguridad ciudadana formulados a partir de información pública e incidencia en la comisión de diversos delitos como tráfico ilícito de drogas, robo de vehículos, control de armas, indultos, derecho de gracia y conmutación de pena, y otros rubros, pero hasta el 2018 pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/seguridad-ciudadana/>. También resulta relevante el trabajo interinstitucional realizado

y entidades relacionadas con la política criminal<sup>34</sup>— las circunstancias referidas al desenvolvimiento de las organizaciones criminales en esta época de pandemia, así como verificar si estas han mantenido sus actividades delictivas; o si, por el contrario, han paralizado las mismas o si han mutado a hechos punibles similares<sup>35</sup>.

---

conjuntamente con el Comité Estadístico Interinstitucional de la Criminalidad (CEIC), pero referido entre los años 2011 a 2016 (véase Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017). Estas investigaciones demuestran una buena práctica estatal, previa coordinación interinstitucional entre los organismos vinculados al sistema de justicia penal y el Instituto Nacional de Estadística e Informática, ya que demuestran cifras objetivas para el tratamiento político criminal, lo cual es importante para el análisis de la delincuencia organizada y los delitos graves vinculados como lavado de activos, corrupción, trata de personas, minería ilegal, entre otros.

34 Consejo Nacional de Política Criminal que depende del despacho del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

35 En las diferentes conferencias y *webinars* de expertos internacionales a las que ha tenido acceso el suscrito, existe cierto consenso de que, en plena pandemia, las organizaciones criminales han continuado con sus actividades criminales —claro está con ciertas restricciones por temas de limitación a la libertad de tránsito—; por ejemplo, tenemos las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas y terrorismo. Y ahora con el levantamiento del confinamiento en casi todo el territorio nacional, desde julio del presente año, es altamente probable que las organizaciones delictivas continúen operando, aunque de manera restringida. Estos aspectos fueron desarrollados en el *webinar* internacional «Impacto de la pandemia COVID-19 sobre los grupos terroristas en el mundo», vía Zoom, organizado por el Centro de Estudios sobre Crimen Organizado Transnacional de la Universidad de las Américas Puebla el 18 de junio de 2020; y en la conferencia internacional «Dinámicas criminales y perspectivas de ajuste a nuevas realidades: aproximación prospectiva», vía Zoom, organizada por la Pan American Development Foundation (PADF), Ecuador, el 17 de junio de 2020. Asimismo, se sugiere revisar Estepa (25 de junio de 2020), donde se describe el accionar de las organizaciones transnacionales del tráfico ilícito de drogas en plena época de pandemia y durante la vigencia de restricciones a la libertad de tránsito; incluso se hace referencia a que en el Perú los narcos han encontrado más dificultades para continuar sus operaciones, debido a que las comunidades de las zonas productoras se han declarado en una férrea cuarentena, deteniendo sus actividades y encerrándose en sus casas, y

Así pues, es posible plantear la hipótesis inicial de que las organizaciones criminales no han abandonado sus planes criminales debido al afán de lucro con el que actúan, y de que la pandemia es solo un escollo pasajero en el logro de sus objetivos delictivos, conforme la incidencia delictiva que divulgan los medios de comunicación masiva.

También resultaría necesario difundir el tipo de acciones que, desde la política criminal, se han efectuado durante este tiempo y a futuro, en cuanto a la prevención y represión de delitos, en especial de los vinculados con la delincuencia organizada. La lucha contra la delincuencia organizada también significa orientar esfuerzos para reconocer buenas prácticas y detectar las fallas y malas prácticas del sistema de prevención<sup>36</sup>

---

que en regiones tan importantes para el narcotráfico como el VRAEM (como se conoce al valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro), de donde sale el 75 % de la coca peruana, la producción y distribución del narcótico se ha detenido casi por completo, con una caída de un 90 % en el conjunto del país. Pedro Yaranga afirma que «no hay a estas alturas tráfico aéreo, que era constante con Colombia y Brasil. Eso se ha paralizado». Diferente es la situación en Colombia, donde la siembra y posterior elaboración del narcótico no se ha detenido, según creen los expertos, a pesar de los cierres de carreteras y de la escasez de materiales necesarios para el proceso, como la gasolina. Por su parte, Daniel Rico sostiene que «la cuarentena no cambia sistemáticamente las reglas de acceso a las zonas rurales de Tumaco o el Catatumbo, donde las autoridades no hacían presencia antes, ni tampoco ahora, que lo más que puede pasar es que se alarguen los períodos de cosecha. Hasta donde sabemos, ha seguido migrando la población de *raspachines* (recolectores)», y la mayor dificultad es para la exportación desde Colombia con rumbo a Europa, debido a la suspensión de vuelos.

36 Como ente rector del sistema de prevención contra el lavado de activos, sin perjuicio de la responsabilidad de los oficiales de cumplimiento de las entidades obligadas y la ejecución de los programas de cumplimiento normativo (*compliance*), debe resaltarse el papel de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el valor procesal de los reportes que emite, de cara a la investigación penal. Estando al valor de la información que manejan, y al ser el primer receptor de reportes de actividades u operaciones sospechosas o inusuales que luego será materia de tratamiento especializado, su accionar debe mostrar gran coordinación

y criminalización<sup>37</sup> de delitos, especialmente en el caso del lavado de activos y de la criminalidad organizada. En ese sentido, resulta esclarecedor lo señalado por el juez supremo Prado (2016):

El crecimiento constante y la inserción discreta de la criminalidad organizada y el lavado de activos en un Perú de economía emergente, contrastan con la poca sensible y relativa capacidad del sistema estatal de prevención y control para revertir o disminuir dicha tendencia. Al respecto, las percepciones oficiales y psicosociales de dicho fenómeno se muestran aún tímidas o confusas. Si bien no proyectan una actitud de desánimo o fracaso, sí dejan entrever su marcada incertidumbre y frustración por las malas prácticas e indecisiones observadas en el tratamiento penal de los casos judicializables o judicializados por delitos de lavado de activos, los cuales marcan una preocupante proyección hacia la impunidad. Esto se refleja, por ejemplo, en las expresiones y valoraciones que al respecto han emitido secuencialmente importantes líderes de opinión como la procuradora antidrogas Sonia Medina; el

---

interinstitucional con el Ministerio Público y otros sectores vinculados al sistema antilavado del país.

37 Ante problemas hermenéuticos en la aplicación de la ley penal contra el lavado de activos, se advierte la existencia de pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República, vía acuerdos plenarios y sentencias plenarias casatorias, como el Acuerdo Plenario n.º 3-2010/CIJ-116 (El delito de lavado de activos), el Acuerdo Plenario n.º 7-2011/CJ-116 (El delito de lavado de activos y medidas de coerción reales) y la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017/CIJ-433 (Alcances del delito de lavado de activos —artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1249— y estándar de prueba para su persecución procesal y condena), del 11 de octubre de 2017, que deja sin efecto el carácter vinculante de la Casación n.º 92-2017-Arequipa. En dicha sentencia los ponentes fueron los jueces supremos Prado Saldarriaga y Neyra Flores, con intervención de San Martín Castro; y se dictó en mérito del requerimiento del señor fiscal de la nación mediante el Oficio n.º 287-2017-MP-FN, del 29 de agosto de 2017, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria Vinculante n.º 92-2017-Arequipa, del 8 de agosto de 2017, con sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia, entre ellas las signadas con los números 2071-2011-Lima, 4003-2011-Lima, 244-2013-Lima y 399-2014-Lima.

superintendente adjunto de la Unidad de Inteligencia Financiera Sergio Espinoza; el actual embajador del Perú en la OEA y ex presidente del Consejo de Ministros Juan Jiménez Mayor; y Augusto Álvarez Rodrich, uno de los más connotados periodistas de análisis político de la prensa local (pp. 381-382).

De otro lado, la época de pandemia mundial plantea el reto de continuar con el funcionamiento del sistema de justicia penal<sup>38</sup> y la ejecución de la política criminal estatal, adaptados a las nuevas reglas de convivencia social<sup>39</sup>, distintas a la época prepandemia. En el caso del Perú, al igual que en otros países, las acciones tomadas por las autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público han optado por la continuidad de los procesos e investigaciones penales y de otra naturaleza jurídica<sup>40</sup>, pero con el auxilio de las herramientas de las tecnologías de la información y comunicación.

Por ello, a continuación, se analizará lo concerniente al estado de los juzgamientos y audiencias en el sistema procesal penal nacional, así como su compatibilidad con los principios de inmediación y publicidad.

---

38 Nos enfocamos en el aspecto represivo del delito como tratamiento de la política criminal del Estado.

39 Se trata de las recomendaciones sanitarias que plantean los organismos internacionales ante el virus que se propaga por vía respiratoria, entre las que destacan el distanciamiento social, el empleo de mascarillas, entre otras medidas importantes (véase World Health Organization, 2020). Los operadores políticos nacionales e internacionales y los medios de comunicación hacen referencia a que nos encontramos ante una nueva normalidad, donde se deben priorizar otros patrones de conducta individual y social.

40 La continuidad del sistema de justicia penal se observa en la mayoría países como Argentina, México, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Uruguay, entre otros, pero para casos de urgencia y con empleo de medios tecnológicos (véase Arellano, Cora, García y Sucunza, 2020).

## 5. EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL EN EL PERÚ

En el ámbito procesal penal, en gran parte de las regiones del Perú, se encuentra vigente el Código Procesal Penal de 2004, que contiene principios y normas que implican una ideología del modelo acusatorio con ciertos rasgos adversariales, pues no se trata de un modelo adversarial puro. Tal como lo resalta Salinas (2008) en los siguientes términos:

Por primera vez se regula en forma orgánica y sistemática en nuestra normatividad procesal que ahora se fundamenta en los pilares ideológicos del modelo procesal penal acusatorio con rasgos adversariales. Modelo adoptado por el legislador nacional siguiendo la tendencia de la legislación comparada cuya razón de ser es la necesidad de adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El modelo procesal penal acusatorio<sup>41</sup> —que se erige como contraposición al modelo inquisitivo del cual es signatario el Código de Procedimientos Penales de 1940— está acorde con las tendencias procesales de la época y próximamente estará en vigencia en todo el territorio nacional<sup>42</sup>.

La introducción del Código Procesal Penal en nuestro país significó la modernización del proceso penal, conforme a los

---

41 El modelo procesal penal acusatorio no está exento de críticas. Sobre el particular, revisar Arocena (2016).

42 Está pendiente la implementación de la vigencia de dicho cuerpo de leyes en pocas regiones del país, como es el caso de los distritos fiscales de Lima Sur y Lima Centro, cuya vigencia estuvo prevista para el 1 de julio del presente año, pero mediante el Decreto Supremo n.º 07-2020-JUS fue suspendida para el 1 de diciembre del presente año.

avances doctrinarios y normativos a nivel mundial, con el afán de dejar de lado el modelo inquisitivo por el modelo acusatorio. Ello no significa que el aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940 (en el distrito judicial y fiscal de Lima) no protege los derechos de los sujetos procesales o no cuenta con suficientes garantías procesales<sup>43</sup>.

Frente al nuevo modelo procesal penal, se debe tener en cuenta lo que señala el juez supremo César San Martín (2004), en tanto:

la pretendida oposición *garantías vs. eficacia* es falsa en sí misma y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Un Código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado —garantizar la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes— sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona (p. 64).

## **6. EL PROCESO PENAL PERUANO Y LA NORMATIVIDAD DE EMERGENCIA**

Con la declaración efectuada por la Organización Mundial de la Salud respecto a la pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19), el Poder Ejecutivo de nuestro país decretó

---

43 Algunos comentaristas destacan las bondades del nuevo modelo procesal penal, minimizando el Código de Procedimientos Penales. No obstante, omiten precisar que con dicha normativa se investigó, procesó, condenó o absolvió, con todas las garantías procesales, a personas involucradas en innumerables hechos delictivos, y a integrantes de organizaciones criminales transnacionales y nacionales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, extorsión, entre otros. Como muestra de casos relevantes, tenemos el de Abimael Guzmán Reinoso, por delito de terrorismo y otros; el del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, como autor mediato del delito de homicidio calificado y otros; «Los Norteños»; «La Gran Cruz del Norte de Piura»; «La Gran Familia de Chiclayo» (todas estas condenas en revisión por el alto Tribunal Supremo), y otros.

el estado de emergencia sanitaria y dispuso un confinamiento obligatorio que fue prorrogado sucesivamente hasta el 30 de junio del presente año.

A partir del mes de julio, se reabrieron ciertas actividades económicas, pese a que se mantenía la situación de emergencia sanitaria y no se observaba un descenso en el nivel de personas infectadas, conforme informan los medios de comunicación oficiales y los que no lo son (redes sociales reconocidas y cuentas de Twitter de científicos y especialistas en materia sanitaria y epidemiológica)<sup>44</sup>.

El estado de emergencia, las medidas de confinamiento estricto y todo lo que ello conlleva ha sido pasible de análisis desde el ámbito epidemiológico<sup>45</sup>, antropológico<sup>46</sup>, económico<sup>47</sup>, político<sup>48</sup> y jurídico<sup>49</sup>. Sin embargo, el mayor impacto se ha producido a nivel sanitario, económico y jurídico, pero estos dos primeros aspectos no serán materia de análisis en el presente artículo, sino solamente el ámbito jurídico, específicamente en cuanto al desarrollo del juzgamiento y audiencias propias del proceso penal durante la pandemia y su confrontación con los principios de inmediación y publicidad.

---

44 Se pueden revisar las estadísticas oficiales emitidas de manera diaria sobre el número de ciudadanos infectados y recuperados, donde se detalla un número creciente de personas infectadas por el mencionado coronavirus: [https://covid19.minsa.gob.pe/sala\\_situacional.asp](https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp). Las páginas sociales de Facebook y Twitter de científicos nacionales también hacían eco de dicha situación.

45 Basta con efectuar una revisión de los análisis publicados en portales científicos. Al respecto véase el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (s. f.).

46 Véase Romero (2020).

47 Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2020).

48 Diversos análisis promovidos por los actores políticos, que son transmitidos por los medios de comunicación masiva.

49 González (2020) brinda un análisis sobre el papel del *ius puniendi* en época de pandemia y el populismo penal.

En cuanto al Ministerio Público, tenemos las normas administrativas que ordenaron la suspensión de los plazos procesales. Así, mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 588-2020-MP-FN, del 16 de marzo de 2020, se suspendieron las labores y actividades del Ministerio Público a partir de dicha fecha y por el plazo de 15 días calendario, con excepción del personal fiscal y administrativo que ejerza funciones en las fiscalías penales y fiscalías provinciales de familia de turno y posturno.

Asimismo, se dispuso la suspensión de los plazos procesales, así como la suspensión de los plazos en los trámites administrativos que se encuentren en curso durante el estado de emergencia nacional, situación que fue prorrogada mediante las siguientes resoluciones emitidas por la Fiscalía de la Nación: n.º 593-2020-MP-N, del 29 de marzo de 2020; n.º 605-2020-MP-N, del 12 de abril de 2020; n.º 614-2020-MP-N, del 26 de abril de 2020; n.º 632-2020-MP-N, del 10 de mayo de 2020; n.º 668-2020-MP-N, del 24 de mayo de 2020; n.º 733-2020-MP-N, del 29 de junio de 2020; n.º 748-2020-MP-N, del 30 de junio de 2020; y n.º 668-2020-MP-N, del 24 de mayo de 2020. Con esta última se suspendieron los plazos hasta el 16 de julio de 2020 en el distrito fiscal de Lima, luego de lo cual se reactivaron los plazos procesales, aunque en otros distritos fiscales continúan estas medidas debido a que aún se mantiene la situación de estado de emergencia.

En lo que concierne al Poder Judicial, se emitieron las disposiciones administrativas de cumplimiento obligatorio, de manera que, por Resolución Administrativa n.º 115-2020-CE-PJ, del 16 de marzo de 2020, se suspendieron los plazos procesales desde dicha fecha por un plazo de 15 días, situación que fue prorrogada por las siguientes resoluciones administrativas: n.º 117-2020-CE-PJ, del 30 de marzo de 2020; n.º 118-2020-CE-PJ, del 16 de marzo de 2020; n.º 61-2020-CE-PJ, del 26 de abril de 2020; n.º 62-2020-CE-PJ, del 10 de mayo de 2020; n.º 157-2020-CE-PJ, del 25 de mayo de

2020; n.º 000179-2020-CE-PJ, del 30 de junio de 2020, y n.º 90-2020-P-CE-PJ, del 27 de julio de 2020 —suspensión que se mantiene en aquellos lugares donde persiste el estado de emergencia—.

## **7. EL JUZGAMIENTO Y LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y PUBLICIDAD**

El juicio oral es la etapa principal del proceso penal, conforme se advierte de la normatividad procesal y como lo remarcan los especialistas en el tema. A criterio de Rosas (2018):

Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, e identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor (p. 401).

Por su parte, Cafferata et al. (2004) señala que:

el proceso penal no se lleva a cabo porque se haya cometido un delito, sino para permitir que los órganos de la acusación demuestren ante los tribunales de justicia, y en las condiciones de garantías constitucionales preestablecidas, que un delito en realidad y probadamente se cometió y, en caso afirmativo, se disponga (si corresponde) la aplicación por parte de los tribunales, de la sanción prevista por la ley penal para el responsable. El imputado no deberá probar su inocencia o circunstancias eximentes o atenuantes de culpabilidad, pero podrá hacerlo, por lo que esta posibilidad también debe ser considerada como uno de los fines del proceso (pp. 194-195).

Según García (1984), «la audiencia es la discusión de la prueba reunida en el proceso. Se lleva a cabo en forma acusatoria: y según los dictados del contradictorio, de la publicidad, de la oralidad, de la inmediación y de la continuidad» (p. 275).

El juez supremo José Neyra (2007) señala que:

Un sistema acusatorio otorga la importancia debida a la inmediación del juez con la prueba, razón por la que inclusive si se trata de un testigo clave y no aparece en el juicio oral, el fiscal o defensa que lo requiera no podrá presentar como prueba la declaración que este prestó en la fase de investigación o instrucción, ya que se realizó de forma escrita y reservada. Ya que al aceptarla, la Sala solo tendrá una inmediación con el papel y no con el órgano de prueba, y esta vendría a ser un contrasentido. La única excepción a esta regla viene a ser la prueba anticipada y la prueba pre-constituida, quienes tienen su fundamento en la necesidad y la urgencia, la inmediación rige plenamente para el resto de la actividad probatoria. Los jueces no son jueces de papel (p. 33).

Al respecto, el fiscal supremo Pablo Sánchez señala que el juez del juicio debe ser el mismo que conoce de la prueba de manera directa (2009, p. 178). Por otro lado, para Mixán (1998):

la inmediación facilita principalmente tanto al acusado como al juzgador conocerse *de visu*; el juzgador puede conocer directamente la personalidad, las actitudes y las reacciones psicósomáticas del interrogado (acusado, testigo, perito, agraviado, tercero civilmente responsable). Además, es conveniente hacer constar que la inmediación se aplica también en la etapa investigatoria en todas las diligencias que, por su naturaleza, exigen la presencia física de los sujetos procesales y terceros citados a ellas. La diferencia está en que en la etapa del juzgamiento oral (audiencia) la inmediación es de aplicación indeludible: quienes deben o pueden intervenir en audiencia tendrán que acudir en persona; esto es, no pueden valerse, por ejemplo, de un medio técnico de

comunicación a distancia para eludir su presentación en audiencia, salvo que en el futuro el avance tecnológico permitiere tratar directamente sin interpósita persona, pero a distancia con el acusado citado (p. 87).

Esto último adquiere relevancia, toda vez que, con las modernas tecnologías de la información y comunicación, es factible desarrollar audiencias y juzgamientos en tiempo real, pero con distanciamiento físico por motivos de pandemia (y antes por dificultades en el traslado de internos y seguridad), sin menoscabo del principio de inmediación ni de la contradicción, ya que las partes pueden ejercer su derecho a la defensa en todo momento —claro está que por vía virtual y en tiempo real— con participación de los demás sujetos procesales. Es decir, hay una transición desde el tribunal físico y tradicional al tribunal virtual, propio de la modernidad y del estado de necesidad, sin que se vulneren los principios procesales.

## **8. EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

Antes de la época de pandemia, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú emitió la Resolución Administrativa n.º 042-2013-CE-PJ, el 13 de marzo de 2013, mediante la cual se aprobó la Directiva n.º 001-2013-CE-PJ sobre el procedimiento para la ejecución de audiencias virtuales. Allí se señala que la videoconferencia es la tecnología que proporciona un sistema de comunicación bidireccional de audio, video y datos que permite que las sedes receptoras y emisoras mantengan una comunicación simultánea e interactiva en tiempo real. Esto a fin de realizar audiencias mediante el uso del sistema de videoconferencias, para una adecuada y oportuna administración de justicia. Se fundamentó su implementación en los principios procesales de

respeto al debido proceso, eficacia, celeridad, economía y justicia oportuna; claro está que, con dicha normativa, se trató de dar cumplimiento del principio de inmediación procesal, ya no física —como tradicionalmente se conocía—, sino virtual. Esta medida administrativa fundamentalmente fue para evitar el peligro de fuga de los internos al momento de ser conducidos a las audiencias judiciales.

Luego de esta norma administrativa, se incluye el artículo 119-A<sup>50</sup> al Código Procesal Penal y se instituye el sistema de videoconferencia para el juicio oral de manera excepcional cuando existen presos preventivos, siempre que haya peligro de fuga o situaciones dificultosas en sus traslados.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa n.º 004-2014-CE-PJ el 7 de enero de 2014, la cual aprobó la Directiva n.º 001-2014-CE-PJ, sobre los lineamientos para el uso del sistema de videoconferencia en los procesos penales. De este modo, se reguló dicho sistema en cuanto al desarrollo de las audiencias penales cuando no fuese posible la concurrencia física del imputado, víctima, testigo o perito.

Posteriormente, el Poder Judicial precisó los lineamientos para el desarrollo de las audiencias utilizando las redes sociales, videoconferencias y otros aplicativos tecnológicos en los juicios con el Código Procesal Penal, conforme a la Resolución Administrativa n.º 084-2018-CE-PJ, que aprueba la Directiva n.º 002-2018-CE-PJ, denominada «Lineamientos para el

---

50 El artículo 119-A del Código Procesal Penal sostiene: «1. La presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia del juicio, conforme al inciso 1) del artículo 356, así como en aquellos actos procesales dispuestos por ley. 2. Excepcionalmente, a pedido del fiscal, del imputado o por disposición del juez, podrá utilizarse el método de videoconferencia en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga».

Desarrollo e Instalación de Audiencias Realizadas en los Procesos Penales bajo los Alcances del Nuevo Código Procesal Penal, mediante el Uso de Videoconferencia y otros Aplicativos Tecnológicos de Comunicación-Redes Sociales». Con ella, se deja sin efecto la Directiva n.º 001-2013-CE-PJ, aprobada mediante Resolución Administrativa n.º 042-2013-CE-PJ. En los nuevos lineamientos se hace referencia a los aplicativos tecnológicos WhatsApp, Skype, Google Hangouts y otras redes sociales, las cuales permitirían evitar reprogramaciones innecesarias y propiciarían el ahorro de tiempo, la disminución de costos y un acceso a la justicia de mayor calidad.

Ante ello, y debido a alegaciones de presunta vulneración de la intermediación procesal y otros, en el año 2004 se generó ante el Tribunal Constitucional del Perú, el Expediente n.º 02738-2014-PHC/TC (caso Carlos Mauro Peña Solís), respecto a una impugnación de sentencia. En este caso, los imputados se encontraban detenidos en tres cárceles del país, por lo que la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, sede Nasca, dispuso que la audiencia de apelación se realice vía videoconferencia, lo cual motivó que el abogado de un imputado presente un *habeas corpus* argumentando que se vulneraba el derecho de defensa y el principio de intermediación, debido a que su detenido no estaba presente físicamente en la audiencia.

El Tribunal Constitucional emitió sentencia, señalando, principalmente, los siguientes fundamentos:

18. A juicio de este tribunal, el sistema de videoconferencia no impide que el procesado y el juzgador puedan comunicarse oralmente; antes bien, posibilita la interacción y el diálogo entre las partes, pudiéndose observar que cuando se realiza bajo las condiciones técnicas adecuadas no obstaculiza la mejor percepción sensorial. Asimismo, en la medida que se permita el acceso al contenido de las audiencias no se afecta la publicidad. Mientras que, respecto

de la contradicción, se aprecia que con las partes comunicadas en tiempo real, estas pueden expresarse fluidamente, tal y como si estuvieran presentes físicamente el procesado y el juzgador en el mismo ambiente.

19. Por ello, este Tribunal considera que la utilización del sistema de videoconferencia no transgrede, *prima facie*, los principios referidos, constituyéndose, más bien, en un instrumento tecnológico que coadyuva a los fines del proceso.

20. Corresponde analizar ahora si con el uso del sistema de videoconferencia se lesiona el principio de inmediación como elemento del derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal aprecia que el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente «no se encuentre presente físicamente» una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal.

Además, el Tribunal Constitucional sostuvo que el empleo del sistema de videoconferencia no debe ser la regla general, sino una medida aplicable, pero de empleo excepcional. En ese sentido, observamos que en el Perú ya existió la validación por el supremo intérprete de la Constitución, en tanto el sistema de videoconferencia aplicado en los procesos penales no vulnera los principios de inmediación procesal, contradicción y publicidad<sup>51</sup>.

---

51 Al respecto, Tayro (2016) precisa: «el futuro de las TIC y en especial la videoconferencia es prometedor, ya que en menos de un siglo han revolucionado el mundo, si bien por el momento el artículo 119-A del Código Procesal Penal, establece que el método de la videoconferencia puede utilizarse en forma excepcional

El desarrollo de audiencias y juzgamientos en los procesos penales de manera virtual mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación cumple con los requisitos de la inmediación, ya que garantiza la proximidad de los sujetos procesales y los órganos de prueba en tiempo real y no de forma diferida (todos se ven y escuchan al mismo tiempo).

Los sujetos procesales intervienen, pueden argumentar y debatir inmediatamente, sin ningún inconveniente, ya que se encuentran presentes en tiempo real. Pese a que están distanciados físicamente, se ven y escuchan a través de las pantallas y parlantes de su ordenador o teléfono *smart* y, esencialmente, el juez puede dirigir el debate, así como los sujetos procesales pueden percibir directamente los actos probatorios (declaraciones de testigos, peritos, entre otros) y hacer uso de la contradicción oportunamente<sup>52</sup>.

---

en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades o porque exista peligro de fuga; en un futuro no muy lejano cuando el audio y la imagen sean de alta definición, se mejore el ancho de banda de las señales portadoras, los costos de su implementación y uso se abaraten, se implemente y mejore otros medios como el holograma, el uso de esta tecnología será la regla general para acercar las distancias, permitiendo una justicia pronta, oportuna, garantizando plenamente los principios antes tratados». Encontrándonos en una situación de pandemia donde debe preservarse el distanciamiento social, y contando con modernas herramientas digitales (Google Meet, Zoom, etc.), resulta imperativo el empleo del sistema de videoconferencia para audiencias y juzgamientos virtuales, lo cual servirá para lograr la celeridad en los procesos penales, garantizando los principios constitucionales, los que, conforme ya precisó el Tribunal Constitucional, no son vulnerados.

52 Según Tayro (2016): «La videoconferencia también materializa la bilateralidad tanto pasiva como activa, el primer supuesto hace posible que el juez y demás sujetos procesales perciban en forma directa el discurrir de las actuaciones probatorias, ya sea escuchando la declaración del acusado, testigos, peritos, en si el debate contradictorio, posibilita ver las variadas reacciones psicofisiológicas de los órganos de prueba, su personalidad, credibilidad entre otros aspectos; de igual modo es posible la bilateralidad activa, en tanto que la contraparte, puede conainterrogar a los testigos y peritos, el juez dirigir la audiencia, solicitar a los sujetos procesales las aclaraciones pertinentes» (p. 555).

El Poder Judicial y el Ministerio Público del Perú han dictado diversas normas administrativas con respecto al desarrollo de los actos de investigación y de juzgamiento en estos tiempos de pandemia. En ese sentido, a efectos de evitar la paralización del sistema de justicia penal nacional, ambas instituciones priorizan el trabajo remoto<sup>53</sup>, por lo que las audiencias y juzgamientos se desarrollan con el aplicativo Google Meet.

De la misma forma, los actos de investigación preliminar y preparatoria, generalmente declaraciones de testigos, imputados y víctima, se efectúan mediante Google Meet, y para los actos administrativos se emplea la firma digital y la carpeta electrónica administrativa en el caso del Ministerio Público.

## **9. EL JUZGAMIENTO Y LAS AUDIENCIAS EN ÉPOCA DE PANDEMIA: EL CASO DEL PERÚ**

En cuanto al derrotero asumido en el sistema de justicia penal peruano, desde la fecha del estado de emergencia nacional, tenemos que actualmente las diligencias preliminares, juzgamientos y audiencias en casos penales se desarrollan empleando las tecnologías de la información y comunicación (TIC), y continuarán hasta que culmine el estado de emergencia sanitaria.

Se emitieron protocolos de actuación conjunta en el distrito fiscal de Lima<sup>54</sup> y en toda la república, y se suprimieron las diligencias

---

53 Esta práctica no es del todo homogénea, pues algunos magistrados obligan al personal a concurrir al centro de trabajo, sin observarse mayores medidas sanitarias, exponiendo a peligro la vida y salud de sus colaboradores y la de ellos mismos, lo que implicaría responsabilidad penal, civil y administrativa, pues estarían violando las normas laborales y de higiene y seguridad (por ejemplo, no respetar el aforo de las oficinas), pese a la elevada tasa de letalidad (incluyendo magistrados y personal administrativo).

54 Autorizados por el despacho de la fiscal de la nación, Dra. Zoraida Ávalos Rivera, y en el caso del distrito fiscal de Lima, la presidenta de la Junta de Fiscales Superiores

o actos de investigación presenciales (salvo excepciones), donde la normalidad —por lo menos en estos tiempos— significa practicar actos de investigación vía plataformas digitales, como Google Meet (videoconferencia), el empleo de la firma digital, o, en su defecto, solamente se deja constancia de las personas que participaron en las diligencias. Y a nivel de juzgamiento, se desarrollan los juicios orales mediante videoconferencias, incluso desde el mes de abril del presente año.

Para efectos de tener un mayor conocimiento de la realidad en el sistema de justicia penal peruano, y poder contrastar la doctrina procesal penal con la práctica en los órganos jurisdiccionales y fiscales, se efectuaron entrevistas por videoconferencia mediante la plataforma de WhatsApp a magistrados y especialistas, quienes brindaron sus opiniones sobre el tema.

Se entrevistó al Dr. Luis Alberto Pajares Rubiños<sup>55</sup>, quien litiga ante la Tercera Sala Penal de Lima (especializada para reos en cárcel). Precisó que, en cuanto a la intermediación:

Desde inicios de la etapa de emergencia sanitaria que vive nuestro país, su despacho participa en juicios orales en procesos judiciales bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 (juicio orales), y con el Código Procesal Penal de 2004 (audiencias de apelación fundamentalmente). Los juicios orales, con anuencia de las partes, se han desarrollado con normalidad, y se ha reemplazado lo presencial por lo virtual, mediante el empleo del sistema Google Meet. Cada sujeto procesal se encuentra en su domicilio, es decir, los jueces superiores, fiscal, procurador público, y los imputados en el establecimiento penitenciario. [Uno de los problemas advertidos es con respecto] a la declaración de

---

de Lima, Dra. Aurora Castillo Fuerman, se dictaron protocolos y directivas de desarrollo de las medidas.

55 Fiscal adjunto superior titular de Lima, quien participa en diversos juzgamientos penales.

los órganos de prueba, especialmente con los testigos ofrecidos por la defensa, debido a que no se puede observar en toda su amplitud la conducta que adopta cuando presta su testimonio en el plenario (nerviosismo, movimientos involuntarios, etc.), ya que cuando presta su declaración se encuentra sentado y mirando a la cámara. [No obstante, señala que] se subsana esa aparente falta de intermediación cuando enfoca directamente al rostro del testigo y puede observar nítidamente sus expresiones al momento de declarar. [Además, refiere que] existen situaciones que perturban el juicio oral a nivel virtual, pero que se han subsanado progresivamente, en un ánimo de la judicatura de actuar con eficacia y con respeto de las garantías fundamentales, así señala que existen casos donde el testigo no posee el servicio de internet en su domicilio, y para brindar su testimonio ha tenido que recurrir a una cabina pública de internet, que fue declarado válido, y sirvió para fundamentar la sentencia condenatoria.[De igual forma] se presenta en el caso de testigos que son miembros de la Policía Nacional, que brindan su testimonial desde el interior de un vehículo policial, ya que en aquel momento están prestando servicio policial.

En cuanto a la publicidad, señala que:

El Tribunal acepta la participación de cualquier persona que desee observar el juicio oral (en los delitos de acción penal pública), solo que previamente tiene que solicitarlo al auxiliar jurisdiccional, y de esa forma se le brinda el código de acceso a la videoconferencia y puede presenciar todo el plenario.

Con todo, para el magistrado mencionado:

Se respetan las garantías del juicio oral de publicidad e intermediación, ya que se emplea la videoconferencia para suplir tal carencia, y, si bien implica un flexibilización, no existe otra forma más idónea de desarrollar los juicios orales y respetar los principios de intermediación y publicidad, además teniendo en cuenta la carga procesal que afronta su oficina (más de 50 juicios orales desde mediados de

marzo del presente año), se han obtenido sentencias condenatorias, varias impugnadas, pero ninguna fundamentada por vulnerar los principios de inmediación y publicidad.

También se entrevistó al Dr. César Augusto Vásquez Arana<sup>56</sup> en cuanto al principio de inmediación, y señaló que:

El colegiado que integra desarrolla los juicios orales con apoyo del sistema Google Meet, con anuencia de las partes procesales. Que lo virtual es la única forma de suplir la concurrencia física al tribunal de los acusados, testigos y peritos. Personalmente tiene sus reparos a esta forma de actuación, ya que no hay inmediación física, pero se debe flexibilizar en esta época de pandemia

Incluso propone:

Que, si en un futuro las partes no están conformes con dicha forma virtual, se comisione al auxiliar jurisdiccional para que concurra al domicilio del testigo y del perito y dé fe de que declaran sin ayuda, o que el tribunal concurra al domicilio del testigo y perito para la actuación procesal. [Además precisa] que desde abril de este año —en pleno aislamiento obligatorio decretado por el gobierno— y hasta la actualidad, se han desarrollado múltiples juicios orales sin mayor objeción de los sujetos procesales.

Asimismo, se efectuó una entrevista al Dr. Jorge Rosas Yataco<sup>57</sup>, quien indicó:

Que por la pandemia se ha afectado el sistema de justicia penal, se paralizaron las audiencias, pero en nuestro país se han reactivado, como en el caso de los juzgamientos. La realización virtual de estas,

---

56 Juez superior titular de Lima integrante de la Segunda Sala de Apelaciones Anticorrupción y la Cuarta Sala Penal de Lima, a cargo del caso Fujimori-Montesinos y en materia de corrupción de funcionarios.

57 Experto nacional en derecho procesal penal.

si no afectan el debido proceso, su continuidad y culminación no serán pasibles de planteamiento de nulidad alguna. Esto es que se garantice correctamente la defensa eficaz del imputado, y la comunicación entre ambos no sea interferida o afectada en tiempo real, del mismo modo, a los demás sujetos procesales. [Y a su criterio] lo importante es que el imputado esté acompañado físicamente de su abogado defensor, y desarrollarse de esa manera el juicio oral, ya que se preserva el derecho a la defensa.

A nivel nacional, se ha tomado conocimiento de que las audiencias de prisión preventiva, y también las de otra naturaleza, se efectúan vía virtual (Google Meet) en casos que suponen delincuencia organizada, como tráfico ilícito de drogas<sup>58</sup>, terrorismo<sup>59</sup> y corrupción de funcionarios<sup>60</sup>. En dichas audiencias se han desarrollado varios juzgamientos en materia penal, incluyendo emisión de sentencias condenatorias<sup>61</sup> mediante vía virtual, sin cuestionamientos por las partes en cuanto a la vulneración del principio de inmediación procesal, contradicción, publicidad u otros.

---

58 Dato proporcionado por el fiscal provincial antidrogas Miguel Velásquez Cabrera, quien incluso manifiesta que en el periodo comprendido entre marzo a julio del presente año ha realizado diversas intervenciones por presuntos delitos de tráfico ilícito de drogas en las zonas de producción de alcaloide de cocaína (Kimbiri-La Convención-Cusco), y las audiencias de prisión preventiva y otras diligencias preliminares se efectúan de manera virtual, sin objeción por parte de los sujetos procesales.

59 En la lucha de la Fiscalía Supraprovincial contra el terrorismo, el fiscal provincial Luis Enrique Valdivia Calderón precisa que desde mediados de abril del presente año ha desarrollado audiencias de prisión preventiva, entre otras, mediante vía virtual, sin observaciones de las partes.

60 Aquí se encuentran los casos del equipo que trata los presuntos hechos delictivos vinculados a la empresa brasileña Odebrecht, entre otros.

61 Las referencias son brindadas por el fiscal provincial Marcos Arévalo Torres de la Séptima Fiscalía Provincial Corporativa Penal de San Juan de Lurigancho-Lima Este, quien señala que las diligencias fiscales y judiciales se practican por medio virtual, sin mayores observaciones por el tema de la inmediación.

El suscrito, en el desempeño de la magistratura penal, también efectúa diligencias de declaraciones de testigos, vía Google Meet, sin ningún tipo de inconvenientes, con participación de los abogados defensores y del abogado de la Procuraduría Pública del Estado, quien representa al Estado agraviado en los casos lavado de activos. Excepcionalmente, estando a la naturaleza del caso, también se han efectuado declaraciones de testigos de manera presencial, en espacios amplios, y preservando el distanciamiento social, las medidas sanitarias respectivas y respetando el aforo permitido por la institución.

Es más, la toma de declaraciones testimoniales vía Google Meet facilitó el desarrollo de la diligencia y evitó que los testigos incurran en mayores gastos, de transporte y tiempo, que hubieran generado sus desplazamientos desde las ciudades de Puno, Ilave y Arequipa, a la ciudad de Lima, como ocurría antes de la pandemia.

## **10. ANÁLISIS**

Frente a la delincuencia organizada, y al encontrarnos en pandemia, la política criminal enfrenta un mayor reto respecto al cumplimiento de sus objetivos de prevención y represión del delito. El sistema de justicia penal nacional no es ajeno al cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, lo cual debe resaltarse, ya que los niveles delictivos pospandemia se han elevado, apreciándose un nivel elevado en la incidencia de delitos.

Conforme se ha señalado, en estos tiempos de pandemia, las organizaciones criminales del narcotráfico han continuado sus actividades, y es probable que las dedicadas a otros rubros delictivos también hayan continuado con sus actividades ilícitas, por lo que el Estado debe emplear todas aquellas herramientas que sirvan para alcanzar los objetivos de la política criminal estatal, incluso se puede

flexibilizar la aplicación de los principios sin que signifique relajar las garantías sustantivas y procesales.

En el desarrollo de los juzgamientos penales y audiencias públicas o privadas (prisión preventiva, entre otras), ya sea con el Código de Procedimientos Penales de 1940 o con el Código Procesal Penal de 2004, se observa el cumplimiento de los principios de oralidad e inmediatez, como pilares fundamentales y garantías de una tutela procesal efectiva y del derecho a la defensa.

En el ámbito procesal penal, en el caso peruano, los magistrados han replanteado la forma de desarrollar los juzgamientos penales con las garantías procesales mínimas y posibles, utilizando la tecnología y los programas de conferencias en tiempo real (Google Meet), como sucedáneo de la inmediatez «física». En dicha audiencia, pública o privada, se conectan digitalmente en la fecha y hora previamente programada todos los sujetos procesales (jueces, imputado, abogado, fiscal, procurador), y se conforma así una sala de audiencias virtual<sup>62</sup>. En cuanto a la publicidad del juzgamiento, salvo excepciones legales como delitos contra menores de edad, está autorizada la participación de cualquier persona (familiares, periodismo, estudiantes), para lo cual se les facilita el código de acceso a la audiencia virtual.

El desarrollo de audiencias y juzgamiento virtuales no vulnera los principios de oralidad e inmediatez, siempre que se permita que el imputado se encuentre acompañado y asesorado por su abogado —quien puede estar físicamente, pero las con medidas sanitarias maximizadas, o de manera virtual—, y, tratándose de un juzgamiento virtual, siempre se permita que el público en general tenga acceso libre y sin restricciones al código de ingreso de la sala

---

62 Se puede seguir en tiempo real los casos emblemáticos del Poder Judicial transmitidos por señal de televisión abierta en el canal oficial Justicia TV y en redes sociales: <https://www.youtube.com/channel/UCwsURxTXqGqijgu98ndod3A/featured>.

de audiencias. Estimo que estos parámetros se cumplen en la actualidad en los juzgamientos desarrollados en el sistema de justicia peruano en época de pandemia, y se preserva el debido proceso judicial y el derecho a la defensa.

Han surgido opiniones respecto a que el empleo de la tecnología y la videoconferencia puede servir únicamente para los casos simples, y no para los que impliquen personas vinculadas a presuntas organizaciones criminales. Esto no lo consideramos adecuado, ya que no podría efectuarse una diferenciación en el tratamiento del juzgamiento por tipos de casos penales. Lo suficiente y básico es respetar los principios de oralidad, publicidad, inmediación y garantizar el derecho a la defensa del imputado, independientemente de que los casos sean catalogados en la doctrina, como simples, trágicos y difíciles.

En los casos observados, los tribunales nacionales procuran al máximo respetar los principios de inmediación y publicidad, así el juzgamiento y los exámenes a los órganos de prueba se efectúan de manera virtual, de la misma forma que los demás actos procesales que integran el juzgamiento, con lo que se respetan las garantías de un debido proceso judicial. Tal es así que los magistrados sometidos a entrevista señalaron que ningún abogado defensor se opuso al desarrollo del juzgamiento de la manera planteada, y que, finalmente, los medios impugnatorios en casos de sentencias condenatorias desfavorables para sus clientes no han sido sustentados en violación a los principios de inmediación y publicidad, con lo que se brinda legitimidad a dicha forma de actuación procesal de emergencia.

Así, la solución asumida por los tribunales peruanos resulta adecuada a las reglas y principios<sup>63</sup>, y se preservan los derechos

---

63 En el Perú, desde el inicio de la emergencia sanitaria (16 de marzo del presente año), se desarrollan diversas audiencias y juzgamientos en todas las instancias jurisdiccionales vía Google Meet, desde el juez de investigación preparatoria,

del persecutor penal, del imputado y del agraviado, con lo que respetamos los parámetros establecidos en las garantías procesales y que están señalados en los instrumentos internacionales.

Con todo lo citado, en el juzgamiento o plenario se deben respetar los principios de inmediación y publicidad, y al no haberse previsto la existencia de una pandemia u otra situación extraordinaria que dificulte la concreción de dichos principios, estimo que la solución debe adecuarse razonablemente al estado de emergencia nacional y sanitaria, por medio de las audiencias y juzgamientos mediante videoconferencias en tiempo real. Incluso el empleo de la videoconferencia para el desarrollo de audiencias se encuentra previsto en el artículo 119-A del Código Procesal Penal.

Por otro lado, es imprescindible en estos tiempos de trabajo remoto y juicios orales virtuales, que el sistema de justicia encuentre un decisivo apoyo en la modernidad digital. Por ello, es necesaria la implementación del expediente o carpeta virtual, donde todos los actos se encuentren digitalizados, no solo por tratarse de un tema de emergencia sanitaria, sino más bien como parte de la anhelada modernización del sistema de justicia del siglo XXI, que contribuirá a obtener procesos céleres y con garantías procesales.

## **11. CONCLUSIONES**

a) La política criminal del Estado, como línea de actuación estatal en materia de prevención y represión de delitos, debe fortalecerse y adaptarse a la nueva normalidad en época de pandemia, sobre todo si las organizaciones criminales transnacionales y

---

unipersonal y colegiado, hasta los jueces superiores y supremos, sin mayor objeción de los sujetos procesales en cuanto a la inmediación, contradicción y publicidad. El artículo 119-A del Código Procesal Penal está referido al desarrollo de audiencias mediante videoconferencias en determinados supuestos fácticos.

nacionales continúan operando debido al afán de lucro con el que proceden sus integrantes. Por ello, la línea de acción contra la delincuencia organizada deberá comprender el tratamiento de los delitos de corrupción y lavado de activos de manera indisoluble, además de gestionar lo relativo a la medición de la efectividad de los operadores del sistema de justicia penal frente a dichos delitos graves, para lo cual el trabajo de los observatorios de la criminalidad y del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) resultará fundamental.

- b) Al encontrarnos en imposibilidad material de desarrollar juicios orales, audiencias y diligencias preparatorias de manera presencial debido a la pandemia provocada por el coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19), se deben emplear sucedáneos que garanticen el respeto de los principios de publicidad e inmediatez mediante el uso de las TIC (Google Meet, Zoom, Facebook Live y otras redes sociales).
- c) En cuanto al juzgamiento, se debe preservar de mejor manera el derecho a la defensa del imputado. Lo ideal sería que el abogado se encuentre junto a su patrocinado, ya sea desde el establecimiento penitenciario o el domicilio real, con las medidas sanitarias respectivas, a fin de que aplique una defensa eficaz, aunque todo el juzgamiento sea desarrollado de manera virtual; o que el defensor se encuentre en su domicilio u oficina, y se conecte virtualmente a la sala de audiencias, como se realiza actualmente, sin mayores objeciones.
- d) Los planteamientos deben ir por el sentido de preservar las garantías del juzgamiento, audiencias y del proceso penal en general (matizados por la situación que nos convoca a nivel mundial) y detectar la solución mediante el empleo de la tecnología en tiempo real u otros sucedáneos que garanticen dicha inmediatez y publicidad. No se trata de una sala de audiencia en

físico, pero se deben tomar las previsiones para que dicho espacio se reproduzca en la mayor medida posible, y para esto ayuda la tecnología.

- e) Las demandas de aplicación estricta y tradicional de los principios procesales —entre ellos los de intermediación— durante el estado de emergencia nacional y sanitaria resultan irracionales; por temas de distanciamiento social, se deben evitar las aglomeraciones de personas y respetar el aforo de las oficinas. Estas demandas significarían prácticamente la paralización de juzgamientos y del sistema de justicia penal en general, por lo menos hasta que se invente la vacuna para la COVID-19. Todo ello afectaría los derechos de los sujetos procesales (acusado y agraviado), quienes necesitan que se resuelva su situación jurídica dentro de un plazo razonable, más aún en el caso de los presos preventivos que ingresan al proceso penal como presuntos inocentes.
- f) En caso de no existir consenso en los sujetos procesales sobre el desarrollo del juicio oral vía Google Meet, el tribunal puede concurrir al domicilio del testigo, perito, testigo experto, y proceder con el examen. Y si desean pueden asistir los demás sujetos procesales, con las medidas sanitarias respectivas, o seguir el juicio oral vía virtual. Si se desea ser mucho más garantista, se podría comisionar al auxiliar jurisdiccional para que —previas medidas de higiene y distanciamiento social— concorra al domicilio del testigo y perito u otro órgano de prueba, para efectos de las conexiones tecnológicas, y proporcione el servicio de computadora con internet, y, además, para que supervise que el órgano de prueba no esté coaccionado o se intenten actos de mala fe al momento de brindar su declaración.
- g) Esta forma de desarrollo de los juicios orales debe ser aplicada a los casos de pequeña criminalidad y gran criminalidad

(criminalidad organizada), debido a que no podría efectuarse una diferenciación en el tratamiento del juzgamiento o audiencias por la naturaleza de los casos penales (simples o difíciles). Lo suficiente y básico es respetar los principios de oralidad, publicidad, inmediación y garantizar el derecho a la defensa del imputado.

- h) La política criminal, frente a la represión de delitos graves (especialmente en lo referido a la criminalidad organizada), no se verá mermada siempre que esté bajo el cumplimiento de los principios y reglas del debido proceso judicial y derecho a la defensa de los sujetos procesales, quienes deben adaptarse con medidas sucedáneas dentro del marco de la legalidad y legitimidad hasta que culmine el periodo de pandemia y pueda retornarse a la normalidad previa a dicha situación sanitaria mundial. Incluso, las audiencias virtuales y el empleo de las TIC pueden ser tomadas como casos de buenas prácticas cuando se retorne a lo que conocemos como vida prepandemia.
- i) No debemos olvidar lo que señaló el gran procesalista español Niceto Alcalá-Zamora Castillo respecto a que «dentro de las imperfecciones humanas, el proceso constituye el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres»; por ello, los jueces y fiscales deben respetar los principios del Código Procesal Penal de 2004 en la época de pandemia, y cautelar el cumplimiento de las reglas y principios del juzgamiento en la mayor medida posible, en especial los principios de publicidad e inmediación, valiéndose de las tecnologías de la información y comunicación.

## REFERENCIAS

- Abanto, M. (2017). *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*. Grijley.
- Arellano, J., Cora, L., García, C. y Sucunza, M. (2020). Reporte CEJA. Estado de la justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales. <https://cejamericas.org/que-hace-ceja/estudios-y-proyectos/estudios-y-proyectos/tecnologia-de-la-informacion-y-comunicaciones-tics/reporte-ceja-estado-de-la-justicia-al/>
- Arocena, J. y Balcarce, F. (2016). Oral litigación de técnicas. Adversarial proceso. En Arocena, J. y Cuarezma, S. (dirs.), *Luces y sombras de los procedimientos penales en América* (pp. 329-353). INEJ. [http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2017/06/Luces\\_sombras.pdf](http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2017/06/Luces_sombras.pdf)
- Bermejo, F. (2009). La globalización del crimen organizado. *Eguzkilore*, (23), 99-115. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/10-Bermejo.indd.pdf>
- Cafferata, J. et al. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2020, 3 de abril). La pandemia del COVID-19 profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45335>
- Corcuera, J. (2017). De los años dorados a la crisis internacional: de cómo la globalización económica ha reorientado el destino de la economía mundial. En Sánchez, O. (comp.), *La inevitable globalización. Enfoque cultural y económico del escenario mundial*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

- Delgado, C. (2014). *El sicariato como una modalidad del crimen organizado. Origen, desarrollo y situación actual*. Grández Ediciones.
- De Rivero, O. (2001). *El mito del desarrollo. Los Estados inviables en el siglo XXI*. FCE.
- Escohotado, A. (2018). *Historia general de las drogas*. Espasa.
- Estepa, H. (2020, 25 de junio). Los narcos se reinventan con el COVID-19. El tráfico de drogas sorteas las dificultades generadas por la pandemia en Latinoamérica. *La Voz de Asturias*. [https://www.lavozdeasturias.es/noticia/actualidad/2020/06/25/narcos-reinventan-covid-19/0003\\_202006G25P24993.htm](https://www.lavozdeasturias.es/noticia/actualidad/2020/06/25/narcos-reinventan-covid-19/0003_202006G25P24993.htm)
- Fontana, J. (2018). *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*. Pasado & Presente.
- Gálvez, T. (2014). *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo n.º 1106*. Instituto Pacífico.
- García, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. EDDILI.
- González, R. (2020, 11 de junio). La pandemia como oportunidad para repensar el derecho penal. El caso mexicano. <https://www.northesis.com/post/rge-art2>
- Greenberg, T., Samuel, L., Grant, W. y Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial; Mayol Ediciones.
- Hernández, M. (2020, 9 de octubre). Pedro Sánchez decreta el estado de alarma en Madrid e Isabel Díaz Ayuso denuncia que se niega a negociar. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/espana/2020/10/09/5f803b4ffc6c83ee748b4627.html>
- Herrera, M. (2019). La extinción de dominio conforme al D. Leg. n.º 1373. Algunos aspectos fundamentales. *Actualidad Penal*, (60).

- Hurtado, J. (2020). Pandemia y política criminal. Fribourg. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr\\_20200408\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20200408_01.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2017). Anuario Estadístico de la Criminalidad y de Seguridad Ciudadana 2011-2016. Visión Departamental, Provincial y Distrital. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1446/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1446/libro.pdf)
- Linares, V. (2020, 7 de agosto). ¿De dónde viene el movimiento anti-mascarilla, que cobra impulso en Francia? *RFI*. <https://www.rfi.fr/es/francia/20200807-de-d%C3%B3nde-viene-el-movimiento-anti-mascarilla-que-cobra-impulso-en-francia>
- Mendoza, F. (2017). *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*. Instituto Pacífico.
- Mixán, F. (1998). *Juicio oral*. Ediciones BLG.
- Neyra, J. (2007). El juicio oral en el nuevo Código Procesal Penal. En *Academia de la Magistratura Código Procesal Penal. Manuales Operativos*. Super Gráfica.
- Pardo, Y. (2019). *Las mafias italianas. Estudio criminológico y de los principales procesos judiciales: del maxiproceso de Palermo a la Mafia capitale romana*. Dykinson S. L.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (s. f.). COVID-19: la pandemia. La humanidad necesita liderazgo y solidaridad para vencer a COVID-19. <https://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/coronavirus.html>
- Prado, V. (2006). *Criminalidad organizada*. Idemsa.
- \_\_\_\_ (2016). Criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú. En Mendoza, F. (coord.), *Ley contra el crimen organizado*

(Ley n.º 30077). *Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Instituto Pacífico.

\_\_\_\_\_. (2019). Delitos de organización criminal en el Código Penal peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 9(11), 53-91. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/3/40>

Rodríguez, N. (2017). *El decomiso de activos ilícitos*. Thomson Reuters.

Romero, I. (2020, 8 de junio). El COVID-19, nosotros, el país, Latinoamérica, su gente. *Khipu Data*. <https://www.khipudata.org.pe/l/el-covid-19-nosotros-el-pais-latinoamerica-su-gente-1ra-parte/>

Rosas, J. (2018). *Derecho procesal penal*. CEIDES.

Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2019). *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*. Marcial Pons.

San Martín, C. (2004). La reforma procesal peruana: evolución y perspectivas. En Hurtado, J., *Anuario de Derecho Penal. La Reforma del Proceso Penal Peruano* (pp. 27-68). Fondo Editorial PUCP.

Salinas, R. (2008, 25 de junio). La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/25/la-etapa-intermedia-en-el-codigo-procesal-penal-del-2004/>

Sánchez, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. IDEMSA.

Sánchez, O. (2020). De la prohibición a la legalización: el caso de la marihuana y sus usos recreativo y medicinal. En Corcuera J. y Sánchez, O. (eds.), *Oscura globalización. Ensayos sobre el crimen*

como fenómeno mundial. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Sanz, N. (2019). *Política criminal*. INEJ.

Silva, J. (2005). ¿«Pertenencia» o «intervención»? Del delito de «pertenencia a una organización criminal» a la figura de la «participación a través de organización» en el delito. En Yacobucci, G. J., *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Ara Editores.

Tayro, E. (2016). La videoconferencia. Un nuevo enfoque del principio de inmediación procesal. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 547-560. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b032180042efffd8d65bfd49215945d/23.+La+videoconferencia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b032180042efffd8d65bfd49215945d>

Toyohama, M. (2014). El crimen organizado transnacional. Alcances sobre un fenómeno global. *Actualidad Penal*, (2), 88-104.

\_\_\_\_ (2019). La efectividad del sistema de justicia frente al delito de lavado de activos en el Perú. En *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 1(1), 193-220. <http://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/7/7>

World Health Organization (2020). Questions and Answers on COVID-19 and related health topics. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub>

Zúñiga, L. (2016). El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(86), 62-114. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3646/2923>

\_\_\_\_ (2001). *Política criminal*. Colex.



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 149-170

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u12i14.189>

# **Pandemia y derecho romano. Remembrando al emperador Justiniano y el *Corpus Iuris Civilis***

Pandemic and Roman Law. Remembering  
Emperor Justinian and the *Corpus Iuris Civilis*



JULIO SANTIAGO SOLÍS GÓZAR

Universidad Privada del Norte

(Lima, Perú)

Contacto: [julio.solis@upn.pe](mailto:julio.solis@upn.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-9478-4912>

## **RESUMEN**

Vivimos un tiempo de crisis intelectual, pues se cree que el estudio del derecho romano es innecesario y confiamos vehementemente en el aforismo *orabunt causas melius*. Esta frase define a un rábula, pero no así a un jurista, ya que este último no presta atención exclusiva a la ley porque sabe que se convertirá en un ser inanimado, esto es, en un instrumento de repetición de decretos y códigos o, asimismo, en alguien que ha perdido tanto el interés por conocer el origen de las instituciones jurídicas como el gusto por la cultura jurídica y, como consecuencia, en alguien que también ha perdido

*auctoritas* para ejercer la profesión. En esta ocasión, invitaremos al lector a reflexionar sobre la importancia del derecho romano, brindaremos información sobre la pandemia acaecida en el siglo VI, y recordaremos a Justiniano y su máxima empresa: el *Corpus Iuris Civilis*.

**Palabras clave:** derecho romano, pandemia, Justiniano, *Corpus Iuris Civilis*, Procopio, Teodora, Yersinia pestis.

### ABSTRACT

We live in a time of intellectual crisis, where it is believed that the study of Roman law is unnecessary and we vehemently trust in the aphorism *orabunt causas melius*. This phrase defines a rabble, but not a jurist since the latter does not pay exclusive attention to the only positive law because he knows that if he does, he will become an inanimate being, that is, an instrument of repetition of decrees and codes, or, likewise, someone who has lost both interests in knowing the origin of legal institutions and a taste for legal culture, and, as a consequence, someone who has also lost *auctoritas* to practice the profession. On this occasion, we will invite the reader to reflect on the importance of Roman law, provide information on the pandemic that occurred in the sixth century, and remember Justinian and his greatest undertaking: *Corpus Iuris Civilis*.

**Key words:** Roman Law, pandemic, Justinian, *Corpus Iuris Civilis*, Procopio, Theodora, Yersinia pestis.

Recibido: 27/10/2020 Aceptado: 09/12/2020

## 1. EL DERECHO ROMANO EN LA FORMACIÓN JURÍDICA ACTUAL

El derecho atraviesa una crisis académica e intelectual; en tal sentido, hoy sus principales artífices, sean estos estudiantes, profesores, notarios, magistrados, abogados que ejercen defensa técnica u otros afines, están cautivados o quizá hipnotizados por el positivismo, por el estudio y por la aplicación de la ley en solitario, y esto último conduce a la formación de abogados, rábulas y leguleyos, pero de ninguna manera es el camino que avizora a un jurista.

Otra consecuencia de esta crisis es que muchas facultades desdeñan materias como derecho comparado, filosofía del derecho, sociología y antropología jurídica, aun cuando estas son las bases que se requieren para que la profesión del abogado no caiga en el desprestigio y sea considerada —con el respeto que se merecen— como una labor manual y mecánica realizada por un fontanero (Cuenca, 1992). En la misma línea el escritor escocés Walter Scott aseguraba que un abogado sin formación histórica y literaria era un simple mecánico o albañil cuyo destino cambiaría si se formaba en estas disciplinas, y solo recién ahí podría aspirar a ser un arquitecto.

Por lo tanto, no nos privemos injustificadamente de los conocimientos conexos al positivismo y esmerémonos por una formación integral, transversal, multidisciplinaria e interdisciplinaria del derecho.

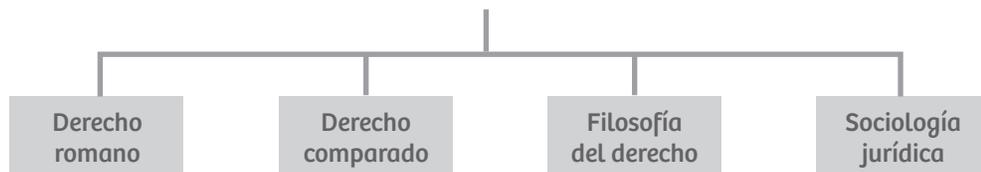
Lamentablemente, en estos tiempos de crisis, es mayoritaria la opinión negativa sobre el estudio del derecho romano, quizá representada por Gerardo Laveaga, quien asegura —en un texto intitulado «Por qué no conviene estudiar derecho romano en la universidad» (1 de julio de 2020)— que los defensores técnicos —mal llamados litigantes— y los estudiantes no deben esforzarse por saberes como el derecho romano, ya que es un terreno estéril

e inútil si de aprender y ejercer la profesión se trata. El autor en mención no concibe cómo en el siglo XXI se demanden horas académicas para explicar la manumisión de los esclavos. Pero líneas seguidas —quizá contradiciéndose a sí mismo— deja claro que no rechaza la trascendencia de la historia; es más, menciona expresamente que tiene a su cargo un seminario sobre historia constitucional y considera que analizar textos históricos es funcional para la instrucción universitaria. Retorna a su discurso y persiste en que el derecho romano tiene una finalidad distinta de aquella de la historia y en que su contenido no es pertinente en el siglo XXI. Luego brinda datos sobre criptomonedas, delitos informáticos y otros asuntos de nuestra época como base justificante de que el *Corpus Iuris Civilis* —ya que menciona a Justiniano— no es importante en el derecho contemporáneo.

El texto de Laveaga causará un daño irreparable a sus lectores si es que los convence de la inutilidad del derecho romano. La consecuencia será una masificación de rúbulas que por naturaleza tienen un conocimiento banal alejado de una formación jurídica humanista. Laveaga asegura conocer a jueces, defensores técnicos y hasta académicos que tienen éxito sin requerir del derecho romano, y es honesto al llamar a todos ellos operarios del derecho, porque un exponente del derecho —sin la consistencia del derecho romano— es un operador, un instrumentalista, pero no un pensador ni aportante crítico del derecho.

Rechazo de inicio a fin sus argumentos, salvo la referencia que hace de la importancia de la historia. A continuación, comparto un cuadro en que se mencionan algunas de las bases formativas del jurista.

#### BASES PARA LA FORMACIÓN DEL JURISTA



## 2. PANDEMIA, EPIDEMIA Y PESTE

El origen del término «pandemia» es griego y tiene diversas aristas. Iniciemos con la composición tripartita de esta palabra que está conformada por *pan-*, cuyo significado es «todo» y «totalidad» —este término también representó a un dios griego, protector de pastores y enamorado por defecto—; *-demos*, «pueblo», y el sufijo *-ía* que forma sustantivos femeninos abstractos (Maldonado, 2020). En una sencilla fusión, podríamos entenderla como el pueblo entero.

Para la mitología griega, la diosa Afrodita, cuyo equivalente para los romanos sería Venus, tenía como apelativo Pandemia, ya que era común y para todo el pueblo, tal como se puede evidenciar en el diccionario español de 1788 y en la obra artística del pintor suizo Charles Gleyre intitulada *Venus Pandemos*.

La idea de una pandemia —propagación de una novísima enfermedad con raudo alcance mundial— es angustiante. Quizá, por ello, en los albores del coronavirus la OMS prefirió usar el término «epidemia» —brote sorpresivo de una enfermedad con alcance limitado, por lo general, en uno o pocos países— para no agitar o preocupar a la población mundial por esta enfermedad que avanzaba al compás de la globalización y que ha involucrado a los cinco continentes.

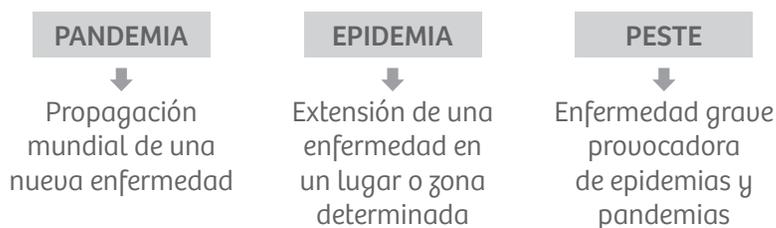
Por lo tanto, pandemia es un término griego y de reconocimiento mitológico que en el ámbito de la salud representa una enfermedad nueva de propagación mundial, tal como lo fueron en su momento el VIH y la tuberculosis.

Por su parte, el término «epidemia» también es de origen griego y fue utilizado por pensadores notables como Homero, Platón y Aristóteles con un significado distante del que hoy conocemos. En efecto, era considerado por Platón como la visita o llegada de alguien a quien no veíamos hace mucho; también era entendido como

hogar, calidez y amor. Para el orador ateniense Demóstenes, era afín a la inmigración de extranjeros. Pero el término fue reconducido por los médicos de la Antigüedad (Ventura, 2020) —con alusión a Hipócrates— como «enfermedad» que viene de afuera con destino al interior del ser humano o de un pueblo (Pino y Hernández, 2008); por tanto, será un *morbis popularis*, es decir, una «enfermedad popular o colectiva».

En lo referente al término «peste» —a diferencia de pandemia y epidemia—, este tiene un origen latino, y prueba de ello es la palabra *pestis*, cuya traducción es ruina, insalubridad, plaga u olor nauseabundo proveniente de una enfermedad de alto contagio. Este término se popularizó en el siglo XIV con la peste negra, cuya causa fue la bacteria denominada *Yersinia pestis*, que provocó una enfermedad epidémica sobre la cual detallaremos en la presente investigación. Sin embargo, adelantaremos que no fue la única peste en la historia: también está la peste de Atenas que osciló entre los años 430 y 426 a. C., relacionada con la fiebre tifoidea, que fue mencionada superfluamente por Tucídides; la peste Antonina relacionada con la viruela o el sarampión, que data del año 165 d. C., y la peste de Justiniano o peste del siglo VI, cuya causa fue —según las investigaciones de Turinga de 2011— la ya citada *Yersinia pestis*, la cual se instala en los roedores (*Rattus rattus*) y es transportada por las pulgas, causantes de millones de muertes en los cinco continentes.

A continuación, una síntesis de los términos.



### 3. PANDEMIA DEL SIGLO VI

Las afectaciones masivas en la salud de las personas, entendidas hoy como pandemias, son parte de nuestra historia. Además de las ocurridas en 1348 (que afectó a Europa y fue conocida como peste muerte o peste negra, pues ocasionó la pérdida de más del 50 % de la población del continente europeo) y en 1855 (conocida como peste bubónica, que tuvo su origen en China, causó la muerte de más de once millones de personas, y su propagación se dio por el comercio, razón por la que llegó a los cinco continentes), está la del siglo VI, para ser preciso, la pandemia ocurrida en el año 541, etapa perteneciente al Imperio bizantino de Justiniano, de la cual hay testimonio escrito: los historiadores que registraron los efectos nocivos que provocó la bacteria *Yersinia pestis* fueron Ioannes Ephesius y Procopius Caesarensis. El primero narró la angustia de los infectados que deambulaban por las calles en un estado de locura y dolor, ladrando o cacareando, mordiendo a otras personas, olvidando cómo regresar a su hogar. También narran el olor nauseabundo que provenía de los miles de cadáveres sin sepultar, y es que la cantidad de muertos era inversamente proporcional a la posibilidad de ser enterrados. Una medida para solucionar ello consistió en llevar a los cadáveres en barcos y arrojarlos al mar.

Por su parte, Procopius hizo referencia al estado famélico de las víctimas, pues, según indicó, no era fácil conseguir alimentos. También denunció la conducta inhumana de Justiniano al exigir el pago de impuestos, con los que se buscó responsabilizar a los deudos y hasta a los vecinos del fallecido. Es de notar que a diferencia del griego Tucídides, Procopius se esmeró en narrar los síntomas de la enfermedad y llegó a estimar que cada día perecían diez mil personas.

La pandemia de Justiniano del siglo VI se extendió hasta las épocas del emperador Mauricio entre los años 594 y 597. Durante

el periodo de estos emperadores se vieron afectados el comercio, la agricultura y los ingresos que percibía el Estado a través de los impuestos.

Si bien la época de Justiniano fue fulgorosa en las artes, arquitectura y el derecho, se vivieron momentos difíciles no solo por la pandemia, sino también por la ocurrencia de cambios climáticos y la misteriosa reducción de la luz del sol, que provocó un frío atípico, lo cual terminó de garantizar la subsistencia de la infame *Yersinia pestis* —ya que goza de estabilidad a menos 27,5 °C—. Todo este cambio trajo como consecuencia la carencia de alimentos y el desequilibrio económico y político; e hizo imposible el sueño de Justiniano de unificar el Imperio romano. Peor aún, Justiniano fue víctima de la bacteria *Yersinia pestis* y fue traicionado por el general de nombre Belisario, quien quería ocupar su lugar. Sin embargo, y contra todo pronóstico, Justiniano logró salvarse de esta enfermedad mortal y castigó ejemplarmente a Belisario despojándolo de todos sus bienes y honores.

Lo que se vivió en el siglo VI es similar a lo que hoy se vive producto de la COVID-19. Vemos, como ejemplos, el aislamiento social, la falta de una cura eficiente, fracturas en el sistema económico y laboral, y, lo más lamentable, millones de vidas perdidas.

#### **4. JUSTINIANO, EL ÚLTIMO EMPERADOR ROMANO**

Flavius Petrus Sabbatius nació el 482 d. C. en una aldea llamada Iliria, cerca de la actual ciudad de Shiplje, en la Macedonia próxima a Serbia. Todo parecía indicar que su destino sería labrar la tierra como lo hizo su padre Sabacio; no obstante, a causa de su tío por línea materna llamado Justino, quien lo adoptó, llegó a ser un hombre imborrable en la historia y renombrado como Iustinianus.

Gracias a la educación y a la oportunidad brindada por su tío Justino de hacerle partícipe directo de su labor de emperador,

logró convertirse en un hombre virtuoso para el trabajo; además, era inteligente, meticulado y de copiosa cultura (Ribas, 2010). Justiniano accedió al poder a los 45 años, el 1 de agosto de 527. Él tuvo dos ideales. El primero fue reconstruir el Imperio romano, por lo que se le llamó el último emperador romano. Según Stein (2001), «Justiniano, a conciencia, volvió la vista hacia la edad de oro del Derecho romano y se propuso restaurarlo hasta elevarlo al nivel que había alcanzado tres siglos antes» (p. 48). Su segundo ideal fue afianzar el cristianismo. Para lograr ello tomó medidas como cerrar la famosa Escuela de Atenas y reconstruir la iglesia de Santa Sofía, conocida también como Hagia Sophia, obra atemporal que refleja la importancia y temeridad de la arquitectura bizantina.

Sabía que la concreción de sus anhelos sería posible con un sistema jurídico eficiente, una legislación común. En opinión de Luis Robles (2010), ese es el origen del *Corpus Iuris Civilis*, instrumento jurídico del cual vivimos orgullosos en el siglo XXI. El aporte jurídico de Justiniano fue de gestión, ya que la recopilación y estudio del derecho clásico estuvo a cargo de notables hombres como fueron Isidoro de Mileto, Teófilo (profesor de Constantinopla), Doroteo (profesor de Berito) y Triboniano, originario de Asia Menor, hombre de gran cultura a quien se le atribuyen diversos tratados de retórica, astronomía y otras materias.

Este último también contribuyó a través de su biblioteca privada, que facilitó un buen número de obras usadas en el Digesto, cuya redacción y elección de colaboradores se le confiaba. En síntesis, Triboniano fue la gran figura en la elaboración de las distintas partes de la obra jurídica de Justiniano, aunque, en lo personal, haya sido tachado de avaro y adulador —vicio este, tal vez, difícil de evitar en la corte de Bizancio—. Los romanistas destacan sus «dotes de jurista» (Benítez, 1999, p. 137) y técnica en legislación, que lo hacen ocupar «sin práctica interrupción, el más alto puesto

de la burocracia bizantina —*quaestor sacri palatii*— asesorando al emperador en todo lo jurídico» (Panero, 2008, pp. 110-111). La actividad legislativa de Justiniano decae, notablemente, a partir de la muerte de Triboniano.

Justiniano contrajo nupcias con Teodora en el año 525 d. C., quien «resulta elevada por Justino a la dignidad de “Augusta”, actuando, después, con Justiniano, como corregente hasta el fin de sus días» (Panero, 2008, pp. 109-110). Teodora fue bailarina de circo, donde al parecer lucía con despreocupado impudor sus encantos personales. Sin embargo, ya en su matrimonio, tuvo una irreprochable conducta, y actuó hasta su muerte como Augusta y apoyando a su cónyuge en sus ideales legislativos y de estado. También influyó en sus decisiones, por ejemplo, en la derogación de las leyes de Augusto (que impedían a las personas de rango senatorial casarse con artistas) o en reformas a favor de las gentes, sobre todo de las mujeres de teatro y algunas disposiciones relativas al derecho matrimonial. El mérito de ella fue ayudar a Justiniano a preservar su poder y gozar de reconocimiento. Justiniano falleció el 14 de noviembre y fue sucedido por el sobrino de su cónyuge, llamado Justino II.

## **5. SU ENTORNO**

### **5.1. Justino I. El inicio**

Nacido en la aldea de Iliria y posteriormente residente en la ciudad de Constantinopla, fue un iletrado. «Tenía 70 años y no sabía escribir, pero su rectitud y carácter le hicieron agradable al ejército, que había mandado en las guerras de Anastasio, y le ayudó en su elevación» (Benítez, 1999, p. 135). Fue jefe de las guardias de palacio y luego accedió al trono, y así inició la dinastía justiniana. Al no tener hijos, adoptó a Uprauda, quien luego sería llamado Justiniano.

## 5.2. Teodora. Pasión y admiración

Adelantamos que Teodora estaba dedicada al espectáculo y la comedia. Su padre fue un cuidador de osos y su madre trabajó en el teatro. Desde muy joven —15 años aproximadamente— se dedicó a la prostitución. Cuando fue corregente de Justiniano no se olvidó de su pasado, el cual consideró un problema social más que moral. Cerró prostíbulos y defendió los derechos de las trabajadoras sexuales. Era una mujer hermosa y tuvo romances con personas influyentes; sin embargo, su forma de vida cambió a razón del cristianismo y decidió dejar su vida pasada e iniciar una nueva dedicándose a la hilandería.

En esa nueva etapa conoció a Justiniano, quizá a sus 21 años. Aún siendo trece años menor, entre ellos se produjo un equilibrio en todo el sentido de la palabra; sin embargo, su romance no era posible a causa del pasado de Teodora, pues, pese a que había cambiado, su pasado la condenaba. La ley era expresa: prohibía a un funcionario público contraer matrimonio con una actriz, que era lo mismo que decir prostituta. Todo quedó en manos del tío de Justiniano, quien eliminó de la ley aquel impedimento.

Fue Teodora una cortesana que cautivó el corazón de Justiniano seduciendo cada fibra de su ser. Ella tuvo cualidades personales, sobre todo, su carácter firme fue fundamental para su participación y decisión en el gobierno de su cónyuge. En la revolución denominada «Nika» —revuelta que puso en riesgo la estabilidad y continuidad del imperio de Justiniano—, se evidencia lo vacilante que era Justiniano y la influencia que tenía Teodora sobre él al convencerlo de quedarse, bajo riesgo de muerte, sustentándose en el argumento de que para un rey no hay mejor lugar para terminar sus días que en el trono, con lo que pudo dejar claro que es mucho mejor la muerte que vivir en el desarraigo. Esta terminó siendo una buena elección, ya que el imperio de Justiniano se mantuvo.

Teodora falleció muy joven, en el 548 d. C., cuando tenía 48 años. Dejó a un viudo melancólico y casi inerte en su actividad como legislador (Stein, 2001).

### **5.3. Las semblanzas ácidas de Procopio**

Procopio fue secretario de un líder militar —nos referimos al general Belisario—, quien estuvo a las órdenes de Justiniano. Como historiador le fue inevitable pronunciarse sobre Justiniano y su entorno. Sus opiniones fueron ácidas: aseguró que el gran emperador estuvo seducido por el dinero y era carente de clemencia con sus súbditos a la hora de cobrar impuestos, y consideró que la obsesión de Justiniano por recuperar la Roma antigua propició guerras irrazonables y perennes (Castro, 2005). También aseguró que el emperador bizantino estuvo dominado por Teodora, quien lo manipulaba a su antojo. Procopio tenía poco respeto por Teodora. En su libro intitulado *Historia secreta* alude a Teodora con un desdén recurrente llamándola «Teodora del prostíbulo». Este calificativo también fue mencionado por otro historiador, Juan de Éfeso.

### **5.4. Isidoro y su indiferencia a Justiniano y Bizancio**

Isidoro fue un obispo y brillante intelectual perteneciente a la Roma de Occidente, en cuya obra enciclopédica, pese a estar destinada a contar los acontecimientos ocurridos en los tiempos de Justiniano, curiosamente no lo menciona en absoluto. Es como si, para Isidoro, Justiniano, su código, las Institutas y el Digesto nunca hubiesen existido.

Esto parece ser un acto doloso, ya que Isidoro era un hombre bien enterado y su cultura estaba garantizada por una variada biblioteca. Era casi imposible que no hubiese escuchado y conocido de las hazañas bélicas y codificadoras del gran emperador bizantino. Por lo tanto, es válida la posición de que Isidoro solo reconoció el reino visigodo y consideraba a Bizancio como un pueblo forastero, distante

y extraño, «un apéndice monstruoso de expansión desquiciada, algo definitivamente extraño a Hispania» (Castro, 2005, p. 412), que no valía la pena mencionar.

### **5.5. Belisario, el general**

Colaborador militar de Justiniano, quien le dio gratos momentos, ya que acercó sus sueños de recuperar el antiguo Imperio de Occidente. Tuvo la fortuna de «celebrar en Constantinopla un triunfo, algo que ningún súbdito había podido hacer desde la época de Augusto» (Ribas, 2010, p. 192). Enfrentó a los ostrogodos y llegó a ocupar Roma y su capital, Rávena, en el 540 d. C. Tiempo después fue sustituido por Narsés, quien llegó a conquistar la península hispánica.

### **5.6. Triboniano, el hacedor de la prosperidad jurídica**

Triboniano fue un erudito y coleccionista de textos jurídicos, un símil de los grandes juristas de la Antigüedad, como Ulpiano o Gayo. Inició su labor a favor de la empresa de Justiniano recopilando leyes, pero en virtud de su gran talento fue nombrado ministro de justicia y líder de una comisión codificadora en compañía de Juan de Capadocia y Teófilo.

Este selecto grupo aportó gratuitamente en el 529 d. C. con una magna obra denominada *Código Justiniano*, llamado también *Codex Vetus* o código antiguo, que reemplazaría al *Código Teodosiano* e incluiría las novísimas constituciones imperiales. También fue artífice de legislaciones posteriores como el Digesto y las Institutas. «La decisión de Justiniano de hacer una relación oficial de la literatura jurídica clásica, esto es, el plan del Digesto parece provenir de iniciativa suya. Justiniano dejó también en manos de Triboniano la elección de los colaboradores para esta ingente tarea» (Kunkel, 1981, p. 172).

Por lo tanto, fue uno de los personajes más trascendentales del imperio justiniano, y le debemos gran parte de la elaboración del *Corpus Iuris Civilis*.

## **6. EL CORPUS IURIS CIVILIS**

La denominación *Corpus Iuris Civilis* no corresponde a la época del emperador Justiniano. En el siglo XII se denominaba *Corpus Iuris* o cuerpo de derecho; fue recién en el siglo XVI que se añadió el termino *Civilis*, ya que era necesario diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici*. El artífice de esta adhesión fue el monje Dionisio Godofredo en 1583. A continuación, brindaremos información de su constitución.

### **6.1. Codex**

#### **6.1.1. Antecedentes**

##### **A. Codex vetus**

Justiniano y Napoleón creían que las guerras exitosas no garantizaban la gloria, y vieron en el derecho una vía para immortalizarse. El resultado, la creación del *Corpus Iuris Civilis* y el Código Civil francés: dos herramientas que alumbran al derecho contemporáneo. José Zubiri, discípulo del filósofo alemán Martin Heidegger, decía que una de las tres grandes creaciones del espíritu occidental fue el derecho romano.

En el caso de Justiniano, su primer aporte se llevó a cabo en los siete primeros meses de su imperio, exactamente el 13 de febrero del 528 d. C., mediante la emisión de la constitución *Haec quae necessario* («se hace necesario»), con la cual se pretendía crear un nuevo código, ya que el Teodosiano, con un siglo de antigüedad, contenía disposiciones no concordantes con los tiempos de Justiniano y la realidad económica, política y religiosa de su imperio. Ello dificultaba el estudio y aplicación del derecho.

Para tal efecto, en ese año confió en Juan de Capadocia —*quaestor sacri palatii*— y lo nombró líder de esta primera comisión, que estaba conformada por «diez juristas para que sistematizaran, aclararan y reformaran las leyes acomodándolas a la nueva época» (González, 2003, p. 110). A ellos se les «autorizó para hacer todas las modificaciones necesarias, a fin de que tuvieran un carácter sobre todo práctico» (Camus, 1941, pp. 212-213).

Catorce meses después, exactamente el 7 de abril del 529, bajo la constitución *Summae rei publicae* («conjunto de las cosas públicas») ve la luz el *Código de Justiniano* o *Codex Iustinianus*, conocido también como código antiguo o *Codex vetus*. Este no ha llegado a nuestras manos; sin embargo, Wolfgang Kunkel (1981) asegura que se posee «únicamente un fragmento de un índice en un papiro egipcio» (p. 174). Este pedazo de papiro es conocido como uno de los papiros de Oxirrincó.

La consecuencia del *Codex vetus* fue la derogación inminente de códigos sustanciales como el Teodosiano, Gregoriano, Hermogeniano y cualquier otra norma que no esté contemplada en este *Codex vetus*. Según González (2003), «quedó prohibido recurrir a anteriores colecciones de leyes» (p. 110).

## **B. Quinquaginta decisiones**

Luego de la vigencia del *Codex vetus* fue publicado la *Quinquaginta decisiones*, aproximadamente en 530 o 531 d. C. Este sería un precedente de lo que vendría, una producción jurídica fértil acorde con las ambiciones de Justiniano. Las cincuenta decisiones resolvían las dudas y «cuestiones importantes discutidas por los viejos juristas» (Camus, 1941, p. 213).

### **6.1.2. Codex repetitae praelectionis**

Luego de concretados el Digesto y las Institutas, Justiniano vio conveniente reelaborar el *Codex vetus*. Este fue un momento

oportuno para incorporar las novísimas constituciones, y evitar antinomias y repeticiones inútiles que generasen confusiones, a fin de que sea sistemático con el Digesto y las Institutas.

En esta ocasión, sería Triboniano el líder de la comisión —trabajó conjuntamente con Constantino, Teófilo, Mena, Juan y Doroteo—, que se instauró el 534. En ese mismo año, el 16 de abril, vio la luz el *Codex repetitae praelectionis* (llevaba este título porque su objetivo era repetir el código viejo que fue extraviado), que se confirmó por la constitución *Cordi nobis* el 29 de diciembre, la cual prohibía el uso de las *Quinquaginta decisiones* ante los jueces.

Por lo tanto, este código era el único referente ante los jueces y comprendía las constituciones dictadas desde Adriano hasta el infatigable Justiniano. Entre ellos hubo más de un centenar de emperadores de Oriente y Occidente, y más de mil doscientas constituciones.

## 6.2. *Digestum*

Se puede entender el *Digestum* o *Pandectae* (término de origen griego debido a que su creación se llevó a cabo en el territorio que correspondía a la Roma oriental, y estaba influenciado por la cultura griega) como una obra de alcance universal, que contiene el pensamiento y las respuestas de determinados jurisconsultos pertenecientes al derecho clásico. Estos desarrollaron las preguntas o consultas de los particulares y magistrados que recurrían a su sapiencia a fin de argumentar su defensa o resolver conflictos jurídicos. Esta obra ha permitido conocer en gran medida el pensamiento jurídico de íconos del derecho y de la jurisprudencia clásica romana.

Las respuestas de estos juristas fueron publicadas y consideradas fuente de derecho, ya que gozaban de legitimidad al ser autorizadas por el emperador mediante el *ius publice respondendi ex auctoritate*

*principis* o derecho de responder públicamente por la autoridad del emperador. Este derecho fue concedido a determinados juristas. Se dice que con la reforma del emperador Augusto se dividieron las opiniones de los juristas entre aquellos que estaban autorizados para hacerlo y los que opinaban sin permiso.

Estos juristas pertenecientes a la época clásica (desde el siglo I a. C. hasta el siglo IV d. C., entre Scaevola y Hermogeniano) gozaban de gran prestigio entre sus coterráneos; entre ellos, podemos mencionar a Ulpiano (se dice que sus opiniones ocupan un tercio del Digesto), Paulo (aporta un sexto del Digesto), Papiniano, Gayo, Marciano, Modestino, Juliano, entre otros.

Labeón, por ser parte de la escuela proculeyana, no fue autorizado por el emperador; sin embargo, su pensamiento, a propósito de la definición del contrato, fue citado por Ulpiano e incorporado en el Digesto. De igual manera, el jurista Gayo no gozó del *ius publice respondendi*, pero eso no fue óbice para la consideración de su pensamiento en el Digesto, ya que Gayo gozaba de un prestigio incalculable. Como ya mencionamos, con sus opiniones o respuestas («*responsa*») reflexivas sobre casos judiciales concretos o inventados, han dado origen al Digesto, considerada la parte más importante del *Corpus Iuris Civilis*.

Mediante la constitución *De Auctore*, emitida por Justiniano el 15 de diciembre del 530, se le encarga al jurista Triboniano, quien en aquel momento era *quaestor sacri palatii*, la empresa de construir el Digesto en base a las respuestas recopiladas de los juristas clásicos que gozaban del *ius publice respondendi ex auctoritate principis* y de algunos otros que gozaban de absoluto prestigio, como Gayo o Labeón.

Dada la cantidad de fuentes a consultar, se pensó culminar esta obra en diez años; sin embargo, la responsable labor de Triboniano permitió concluir el Digesto en tres años y un día. La teoría de

Bluhme (1820) plantea las siguientes cuestiones: ¿cómo se pudo realizar una obra tan densa en breve tiempo? ¿Cómo el ojo humano pudo repasar más de tres millones de líneas en tres años? ¿Cuál fue la técnica para ordenar las fuentes? ¿Fue posible llevar a cabo esta empresa de manera personalísima? Él sostiene que esto fue posible gracias a la conformación de tres subcomisiones encargadas de analizar las tres masas fundamentales: la masa sabiniana, la masa edictal y la masa de apéndice.

Es importante aclarar que no solo era una labor compilatoria, sino también de interpolación, dado que muchas de las frases o palabras emitidas por los jurisconsultos clásicos no eran concordantes con la realidad social y política, como tampoco con las costumbres y formalidades vigentes en el imperio de Justiniano. Por lo tanto, tenían la facultad para adecuarlas, hacer añadiduras, supresiones y sustituciones. A esa manipulación de las respuestas de los juristas clásicos se la conoce como interpolación. Los que descubrieron las interpolaciones fueron Pacobo Cuyas y Antonio Faber entre los años 1500 y 1600, y son conocidas desde el siglo XVI como *Emblemata Triboniani*.

El Digesto se publicó mediante la constitución *Tanta* el 16 de septiembre de 529, y tuvo plena eficacia a partir del 30 de diciembre de dicho año. Ulteriormente apareció la constitución *Omnem rei publicae*, la cual tuvo como destinatarios a los profesores de Constantinopla y Berito —Teófilo y Doroteo—, a quienes se les conminó a estudiarlas y ponerlas en práctica.

El Digesto se compone de siete partes. A continuación, compartimos un gráfico que explica el contenido de cada una de ellas.



### 6.3. *Institutas*

Justiniano dedica sus *Institutas* a la juventud empeñosa por conocer las leyes y el derecho en general —*cupida legum iuventus*— (Panero, 2010). Por lo tanto, dicho material está «destinado a los estudiantes de las escuelas imperiales de derecho, pero al que por expresa voluntad de Justiniano se debería atribuir también valor legislativo» (Ortesano, 1997, pp. 56-57). Asimismo, se dice que «sustituyó a la *gayana* como manual de introducción en el primer curso de las universidades justinianas» (Castro, 2005, p. 420).

Su elaboración estuvo a cargo de una comisión de notables juristas, como Triboniano, Doroteo y Teófilo, la cual fue proclamada por la constitución *Deo Auctore*. Los miembros de la comisión tomaron como referencia dos obras del jurista Gayo: sus instituciones *Gai institutionum comentarii quattuor* y la *Res cottidianae*. Así también recogieron las instituciones de Ulpiano, Marciano, Florencio y Paulo. Por lo tanto, la estructura de las instituciones es afín a la clasificación que hace Gayo del derecho (personas, cosas y acciones) (Di Pietro, 2001).

Las *Institutas* de Justiniano están constituidas por cuatro libros, que se subdividen en títulos y párrafos. Compartimos un esquema genérico:



Esta fue publicada con la constitución *Imperatoriam maiestatem*, y su eficacia fue coetánea con el Digesto. Ambos datan del 30 de diciembre del año 533 en virtud de la constitución *Tanta*.

#### 6.4. *Novellae*

Luego de publicado el código, que fue una compilación de las constituciones imperiales que provenían desde la época del emperador Adriano, Justiniano siguió promulgando constituciones y el conjunto de estas se llamó novelas. Por lo tanto, las novelas están compuestas por las constituciones posteriores al código, de ahí el término *novellae constitutiones* o leyes nuevas.

Esta compilación de más de ciento veinte constituciones bilingües —en latín y griego— estuvo a cargo de editores privados, como Juliano, quien elaboró el *Epitome Iuliani* o *Epitome Novellarum*, el *Codice Florentino*. También se menciona el *Authenticum*, compendio de más de ciento treinta novelas. No hubo una publicación oficial a cargo de Justiniano y su comisión de juristas.

### 7. CONCLUSIONES

1. La crisis que hoy vivimos en la esfera jurídica se debe al desdén que los estudiantes, profesores y facultades de derecho muestran por las materias que son formativas, como derecho romano,

derecho comparado, filosofía del derecho, sociología jurídica, entre otras. La consecuencia será el crecimiento inversamente proporcional de juristas y rúbulas.

2. El significado original de las palabras *pandemia* y *epidemia* nada tiene que ver con *enfermedad*.
3. El siglo VI y el siglo XXI tienen mucho en común, a propósito de la pandemia.
4. Justiniano fue un hombre laborioso, pero su éxito fue gracias a su entorno personal, donde podemos citar a Justino I, Teodora, Belisario y Triboniano.
5. El *Corpus Iuris Civilis* reúne, en esencia, el pensamiento de los grandes juristas del derecho clásico y las constituciones del gran emperador bizantino Justiniano. Es una obra que puede alumbrar el camino de todo joven inquieto por saberes jurídicos.

## REFERENCIAS

- Benítez, A. (1999). *Derecho romano*. Ediciones y Arte S. R. L.
- Camus, E. (1941). *Curso de derecho romano. Historia y fuentes del derecho romano*. Universidad de la Habana.
- Castro, A. (2005). *Compendio histórico de derecho romano. Historia recepción y fuentes*. Tébar.
- Cuena, F. (1992). ¿Por qué estudiar derecho romano? *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (10), 189-196. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119298>
- Di Pietro, A. (2001). *Derecho privado romano*. Ediciones Depalma.
- González, E. (2003). *Manual de derecho romano*. Cordillera.
- Kunkel, W. (1981). *Historia del derecho romano*. Ariel.

- Laveaga, G. (2020, 1 de julio). Por qué no conviene estudiar derecho romano en la universidad. *El Mundo del Abogado*. <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/por-que-no-conviene-estudiar-derecho-romano-en-la-universidad>
- Maldonado, L. (2020, 18 de marzo). Todo lo malo que viene de «Pan»: el dios griego que pudo dar nombre a la palabra pandemia. *El Español*. [https://www.elespanol.com/cultura/20200318/malo-viene-pan-griego-nombre-palabra-pandemia/475454465\\_0.html](https://www.elespanol.com/cultura/20200318/malo-viene-pan-griego-nombre-palabra-pandemia/475454465_0.html)
- Ortesano, R. (1997). *Introducción al estudio del derecho romano*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Panero, R. (2008). *Derecho romano*. Tirant lo Blanch.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Epítome de derecho romano*. Tirant lo Blanch.
- Pino, L. y Hernández, J. (2008). En torno al significado original del vocablo griego *epidēmia* y su identificación con el latino *pestis*. *Dynamis*, 28, 199-215. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0211-95362008000100009](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-95362008000100009)
- Ribas, J. (2010). *El derecho en Roma*. Comares.
- Robles, L. (2010). *Unidades didácticas de derecho romano privado*. Tirant lo Blanch.
- Stein, P. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Siglo Veintiuno de España editores.
- Ventura, D. (2020, 29 de marzo). Coronavirus. «Epidemia» y «pandemia»: de dónde vienen y como las usaban Homero y Platón antes de que fueran términos médicos. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51951050>

## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 171-207

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.298>

# Elementos de la jurisdicción del futuro: una experiencia web, una propuesta y una visión

Elements of the jurisdiction of the future:  
a web experience, a proposal and a vision



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

Contacto: [jjimenezui@pj.gob.pe](mailto:jjimenezui@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0001-7972-2804>

## RESUMEN

Las herramientas de internet influyen cada día más en la sociedad, en el derecho y en la función jurisdiccional (aún más en el contexto de pandemia por el SARS-CoV-2). La influencia de la primera generación web fue contundente, pero la segunda generación ofrece ventajas y especificaciones aún no advertidas ni valoradas a futuro, pese a su potencial para producir valor público y construir una nueva relación entre justicia y sociedad. En ese sentido, en el presente artículo explicaremos la propuesta de transformación digital acontecida entre los años 2017 y 2020 (fundamento,

finalidad y proyección) y expondremos nuestra visión a futuro de la transformación organizacional, digital y social.

**Palabras clave:** función jurisdiccional, internet, valor público, futuro, nueva relación justicia-sociedad.

## ABSTRACT

The tools of the internet are increasingly influencing society, law and the jurisdictional function (even more so in the context of the SARS-CoV-2 pandemic). The impact of the first web generation was overwhelming, but the second generation offers advantages and specifications which it seems will not be detected or appreciated in the future, despite its potential to produce public value and to build a new relationship between justice and society. In this sense, this article explains the proposed digital transformation that has taken place between 2017 and 2020 (basis, purpose, and projection). Finally, we will set out our vision for the future of organizational, digital, and social transformation.

**Key words:** judiciary function, internet, public value, future, new justice-society relationship.

Recibido: **07/11/2020** Aceptado: **13/11/2020**

## 1. IDEAS PRELIMINARES

Tras casi doscientos años de independencia inició el proceso de la interoperabilidad del Estado con una Ley del Gobierno Digital y otros instrumentos. En sede jurisdiccional el expediente judicial electrónico (EJE) encontró sus primeros espacios, mientras la forma de comunicación oral de los actos procesales continuó abriéndose camino. Y ocurrió: el virus SARS-CoV-2 apareció, traspasó fronteras, golpeó nuestras economías, causó desempleo, puso en jaque los sistemas sanitarios y reclamó muchas vidas.

También tocó las puertas de las sedes judiciales, las que respondieron cerrándose inmediatamente. El espacio reducido apenas a algo más que nuestros domicilios y el tiempo exigiendo una total nueva gestión, como en la física astral, parecían confundirse: ¿qué hacer?

Desde sus inicios, el derecho ha servido para ordenar las conductas, los valores y las normas de los seres humanos en sociedad; ha sido un instrumento de dirección, ordenación y control social que se ha transformado a través de la historia. ¿Estamos acaso ante el inicio de otra transformación —esta vez necesaria, imperiosa y sorpresiva— de la sociedad y del derecho?

Muchas ideas y alternativas, como tantas voces y opiniones, surgieron desde todas partes, circulando en los medios periodísticos y en las redes a una velocidad que hacía imposible situarlas en una única agenda seria. El consenso social se concentró en algunas pocas ideas: la necesidad de reforzar los hábitos de limpieza, el distanciamiento social, el cierre de toda instalación o medio capaz de servir al contagio, la asistencia económica de amplios sectores de la sociedad, la migración agresiva de muchas actividades hacia la internet (información, comunicación, educación, compraventas, etc.). ¿Cuál sería el futuro de la función jurisdiccional en ese nuevo entorno?

Por muchas razones de diverso tipo, el camino hacia el desarrollo de una gobernanza tecnológica en nuestras instituciones ha transitado con lentitud. No estábamos preparados para el nuevo escenario como personas ni como organización. No sabíamos la distancia ni la altura, pero teníamos que dar el salto: el potenciamiento de algunos aspectos del expediente judicial electrónico, el trabajo remoto y determinadas herramientas informáticas llenaron el nuevo horizonte. Una vez más, ciencia, tecnología, sociedad y derecho refundaron sus lazos, ya inescindibles. En la actualidad, se han dado importantes pasos —ninguno definitivo

ni totalmente seguro—, que significan un paulatino despertar y reaccionar de la función jurisdiccional. La nueva etapa de la función jurisdiccional tiene como premisa un nuevo ideario, pero una idea es la más importante: en adelante, todo proceder, decisión y acción respecto de esta función se cumplirán mediante la tecnología, a la cual ha quedado unida en matrimonio indisoluble.

¿Cuáles son las condiciones tecnológicas de esta unión?, ¿cuáles los recursos que articularán y regularán esta comunión en el futuro servicio de justicia a nuestra sociedad?, ¿existen riesgos y zonas oscuras? Su conocimiento y comprensión, importantes para la función jurisdiccional, son ahora vitales para la construcción de un mejor futuro y de una renovada relación con la sociedad. En su presentación y explicación se concentra el presente trabajo.

## **2. CIENCIA, TECNOLOGÍA E INTERNET**

La ciencia es el conjunto de conocimientos que el ser humano adquirió desde sus inicios como especie, que ha madurado a lo largo de los siglos y en las distintas civilizaciones. Dicho conocimiento —generado por el azar, la curiosidad, la creatividad, la investigación, la experimentación y la necesidad— es luego ordenado y clasificado de acuerdo con diversos criterios, así como sometido a posteriores revisiones y cuestionamientos. La teoría resultante es llevada a la práctica para atender a las necesidades de la realidad, lo que genera nueva información que retorna. La ciencia es una realidad dinámica: es el producto de la suma, estudio, aplicación y mutua renovación de la teoría y de la práctica (Jiménez, 2019, pp. 302-303).

La ciencia nunca se aplicó directamente, sino que lo hizo a través de la tecnología. El trabajo lítico, el control del fuego, la puela, la rueda, la escritura, la pólvora, la imprenta, la electricidad, etc., han

realizado la ciencia en la práctica y la han retroalimentado<sup>1</sup>. Ese rol ha sido asumido actualmente por la internet (Jiménez, 2019, p. 303).

Podemos identificar cuatro tipos de tecnologías. La primera aumenta nuestra fuerza o resistencia física, destreza y capacidad de recuperación; son ejemplos el arado, la aguja de zurcir, el avión de combate. Un segundo grupo extiende el alcance o la sensibilidad de nuestros sentidos; encontramos aquí al microscopio y al amplificador. El tercer grupo de tecnologías nos permite remodelar la naturaleza para que sirva mejor a la satisfacción de nuestras necesidades o deseos; es el caso del embalse hidráulico, la píldora anticonceptiva o el maíz genéticamente modificado. En el cuarto grupo figuran las herramientas que nos sirven para ampliar nuestra capacidad mental, para encontrar y clasificar la información, para formular y articular ideas, para compartir métodos y conocimientos, para tomar medidas y realizar cálculos o para ampliar la capacidad de nuestra memoria; por ejemplo, están el ábaco, el sextante, el globo terráqueo, el libro, la máquina de escribir, la escuela, la biblioteca, la computadora o la internet (Carr, 2016, pp. 61-62).

La internet, al parecer, tuvo su origen el 29 de octubre de 1969, cuando la agencia Arpanet del Departamento de Defensa de los Estados Unidos<sup>2</sup> envió un mensaje entre dos computadoras a través de la red telefónica. En Lima, la primera conexión entre dos computadoras la hizo la Red Científica Peruana (RCP) el 1 de diciembre de 1991 (Manrique, 2016, p. 33).

Como producto de la ciencia y como desarrollo de la tecnología, el avance de la red de internet —cada vez más fluido y rápido— permite identificar algunos hitos importantes, no excluyentes

---

1 Solo a manera de ejemplo, la aparición de la escritura (cuneiforme en Mesopotamia y jeroglífica en Egipto) permitió el nacimiento de la historia.

2 Arpanet (siglas del inglés Advanced Research Projects Agency Network).

entre sí, sino más bien agregados, alineados e interconectados. Estos momentos han caracterizado a la red en modos y aspectos específicos, que han servido para redibujar a la sociedad a su paso y para reinterpretar las diversas disciplinas sociales, entre estas, el derecho. ¿Y la función jurisdiccional? Todos sabemos que esta debe cambiar y que, en efecto, lo está haciendo, pero ¿advertimos hasta qué punto debe ocurrir esta transformación?, ¿nuestra cultura organizacional, nuestro estilo gerencial y manejo de la información permanecerán indemnes?, ¿imaginamos el nuevo escenario? Veamos cuáles son esos hitos o generaciones en la historia de la red de internet, cómo se originaron y en qué consisten. Todo ello permitirá luego evaluar cómo afectan al derecho y de qué manera impactarán a la función jurisdiccional del futuro<sup>3</sup>.

### **3. PRIMERA GENERACIÓN DE LA RED**

El carácter intersubjetivo de la ciencia, su necesidad de ser transmitida para su empleo, su aprendizaje y su protección han estado en la base del desarrollo de la tecnología, que ha servido para viabilizar a la ciencia. Por tal motivo, ciencia y tecnología siempre estuvieron vinculadas a la comunicación, la cual, a su vez, ha recibido una fuerte influencia del desarrollo tecnológico.

No debemos pensar en la tecnología de la comunicación solo a partir de los aparatos técnicos proporcionados por la informática. Por ejemplo, una importante tecnología de la comunicación inventada por el ser humano fue la escritura, la cual permitió

---

3 Las «generaciones web», identificadas por distintos especialistas, hasta el día de hoy son cinco. En este trabajo desarrollamos solo las dos primeras por ser aquellas las que ya han marcado una influencia en la sociedad, en el derecho y también en la función jurisdiccional, sobre todo en su futuro. Acerca de las otras, consultar nuestro trabajo: «Las generaciones de la red internet frente al derecho y a la sociedad» (2019).

separar el momento de la elaboración y transmisión del mensaje del momento de la recepción del mismo (Manetti y Fabris, 2011, p. 238)<sup>4</sup>.

El desarrollo de las tecnologías de la comunicación se ha producido en dos sentidos. Por un lado, busca perfeccionar el soporte del registro de la información permitiendo una comunicación diferida tanto en el tiempo como en el espacio. Por otro lado, apunta a recuperar la unidad del tiempo ante la diversidad del espacio, lo que propicia el fenómeno de la comunicación en «tiempo real», que consiste en la inmediatez no solo entre la enunciación y la recepción de la información, sino también entre dicha recepción y la posibilidad de réplica del destinatario (Manetti y Fabris, 2011, p. 239).

Lo anterior nos permite presentar a la web 1.0 o web informativa. Esta se caracteriza por albergar y permitir la interacción con documentos exclusivamente de lectura. Plantea un discurso lineal, de emisor a receptor, colocando a los usuarios en el rol de lectores consumidores. Proporciona información producida por otro, como síntesis de ideas, artículos, libros de texto, videos y otros, a un receptor pasivo (Mosches y Volfzon, 2015, p. 11).

La principal herramienta de la web 1.0 es la página web, o espacio a través del cual cualquier sujeto (Estado, empresa, institución, investigadores, políticos, etc.) puede compartir información a partir de criterios de clasificación, de especialización y ordenación, con un público objetivo (prosélitos, feligresía, profesionales, estudiantes, clientes, etc.), sin perjuicio de su acceso universal (Jiménez, 2018b,

---

4 Realizamos una traducción libre para todas las citas de Manetti y Fabris (2011) a partir el texto original en italiano. Los autores citados señalan a la escritura como la primera tecnología de la información creada por el ser humano. Nosotros preferimos considerarla como una de las tecnologías con mayor trascendencia en general y respecto de la comunicación en específico.

p. 143). Otro elemento es el correo electrónico, que revolucionó la mensajería, la volvió mucho más directa al permitir adjuntar diversos tipos de información, como textos, audios, videos, etc. Con todo ello, venció a las distancias y al tiempo, que limitaban en algún grado a todas las formas anteriores de comunicación (Jiménez, 2018b, p. 143).

Actualmente, el Poder Judicial emplea la web 1.0 mediante su portal web principal y las páginas web de todas las cortes superiores. También lo hace a través de su correo institucional. Podemos considerar dentro de ese entorno web a los portales de las demás instituciones estatales integrantes del sistema de justicia (Ministerio de Justicia, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, etc.).

#### **4. SEGUNDA GENERACIÓN DE LA RED**

La situación descrita cambió a finales del siglo XX y en la primera década del nuevo milenio. La difusión de nuevas tecnologías generó un nuevo concepto del «compartir digital» gracias a la capacidad de interacción cada vez mayor. Asimismo, se gestaron medios de comunicación digital que permitieron a los usuarios generar y compartir contenidos mediante una suscripción o adhesión a una red social (Rimedio, 2017, p. 57)<sup>5</sup>. El mundo de la web 2.0 se caracteriza por basarse en sistemas de gestión de contenidos, tarea en la que los mismos usuarios asumen un rol protagónico gracias al empleo de herramientas simples (Mosches y Volfzon, 2015, p. 14).

Debemos el término web 2.0 a Dale Dougherty y Craig Cline (2004). En resumidas cuentas, se trata de un conjunto de iniciativas dirigidas a cambiar el entorno antes descrito por uno más dinámico, en continua actualización debido al alto nivel de

---

5 Realizamos una traducción libre para todas las citas de Rimedio (2017) a partir del texto original en italiano.

interacción de los usuarios. Más que un cambio tecnológico se trata de un cambio de actitud de estos, apoyado en el despliegue de un impresionante arsenal de aplicaciones disponibles en red, las cuales permiten compartir información a gran escala y han generado proyectos de la envergadura de Facebook, Twitter, Instagram, Wikipedia, Youtube o los entornos de almacenamiento y gestión de blogs (Manrique, 2016, p. 167).

La web 2.0 implica un cambio tecnológico, pero también uno conceptual. Es una nueva forma de usar la tecnología, con predominio del componente social (Tourinho, 2014, p. 18). No se trata de mejorar el soporte del registro de la información, sino que busca recuperar la unidad del tiempo ante la diversidad del espacio, apostando por la comunicación en tiempo real, por la casi instantaneidad entre la enunciación y la recepción de la información, como entre dicha recepción y la posibilidad de réplica del destinatario, y todo ello con contenidos generados por los propios usuarios de la red (Jiménez, 2019, p. 307).

A diferencia de la web 1.0, que es un mundo virtual, la web 2.0 es más bien una realidad paralela, en la cual se busca información creada por los servidores y por otros usuarios, pero también se aportan los propios contenidos y se aprende a generar y a compartir otros nuevos. La variedad, cantidad e incremento de la información disponible y de sus fuentes, transforma la manera en que la sociedad se comunica, pues se constituye en un nuevo ámbito o entorno de socialización, en el cual lo que se aprende, los valores, las sensaciones y los criterios son expuestos, compartidos y cuestionados de manera permanente (Jiménez, 2019, p. 307).

El Poder Judicial también emplea elementos de la web 2.0., concretamente Facebook, Twitter, Youtube y WhatsApp (la que, en diferentes medidas y nichos, se desenvuelve como red social). Sin embargo, el empleo que se hace es lineal; es decir, el Poder Judicial interviene en cada una de estas redes de manera independiente y

paralela. No nos referimos a alguna imposibilidad de utilizar más de una o que no se pueda transitar entre estas, sino a su empleo bajo la mera condición de «usuario» sin generar algún valor producto de la combinación en puntos de equilibrio distintos a los de los servidores de cada red social. Dicho de otra manera, las finalidades organizacionales no alcanzan a conformar nuevas finalidades conjuntas para las redes (no se plantea un escalamiento finalista). Solo se busca transparencia, pero no basta porque se puede hacer mucho más. Sobre estas ideas volveremos luego.

## **5. LA RED INTERNET COMO FENÓMENO SOCIAL**

La red internet ha transformado a la sociedad y al ser humano en más de una ocasión. Otra forma de ver a las generaciones de la web es esta: cada una ha sido, es o será la inserción de un nuevo conjunto de elementos y características en el entramado social. Las generaciones de la internet no son excluyentes de las anteriores, todo lo contrario, cada una representa una adición a lo previamente existente. En ese sentido, los cambios generados por la internet constituyen una sola, gran y permanente transformación, pero podemos identificar lo aportado por cada generación (Jiménez, 2019, p. 310)<sup>6</sup>.

La web informativa llevó a nuestra sociedad al primer mundo virtual. Tecnológicamente, estábamos ante una revolución en el soporte del registro de la información, lo que posibilitaba una comunicación diferida tanto en el tiempo como en el espacio; también permitía recuperar la unidad del tiempo ante la diversidad del espacio. Junto a la capacidad de almacenar muchos más datos, surgió aquella de comunicar todo ese bagaje en tiempo real. El ser humano transformó su manera de informarse: los clásicos medios

---

6 Ver nota al pie n.º 3.

de comunicación (prensa escrita, radio, televisión) fueron superados por las páginas web, que permiten acceder a cualquier información de manera rápida, desde casi cualquier lugar, leyéndola, oyendo audios o visualizando fotos y videos. La posibilidad de disponer de distintos tipos de archivos (texto, hojas de cálculo, audio, video, etc.) en poco o mínimo tiempo y sin costos de traslado daban a la web una ventaja incontestable (Jiménez, 2019, p. 310).

La web colaborativa permitió diferenciar los *social media* y los *social network*. Los primeros representan a aquellas plataformas informáticas utilizadas por las personas que se inscriben en estas, en las que se les permite compartir contenidos. Los segundos son aquellas relaciones establecidas para compartir información entre personas pertenecientes a determinados grupos u organizaciones. Mientras *social media* es un término tecnológico, *social network* es un vocablo de ciencias humanas (Rimedio, 2017, p. 58). El primer paso consiste en la inscripción en los grupos; el segundo, en la observación de la actividad ajena a fin de comentarla con acuerdo o disenso; el tercer paso consiste en permitir la participación de los demás en la propia vida, en las publicaciones de aquello que se esté pensando o haciendo; finalmente, está la posibilidad de dialogar mediante chats privados o grupales (Rimedio, 2017, pp. 58-59).

Siguiendo con nuestro tema, en la segunda década del siglo XX comenzó a difundirse el interés hacia aquellas capacidades que no se referían directamente a la producción de bienes y servicios, sino a las competencias orientadas a las relaciones, a la comprensión del ambiente de trabajo y a la gestión de las personas. Las primeras fueron llamadas *hard skills* o competencias específicas para un trabajo, relacionadas con conocimientos y habilidades adquiridos a través de estructuras educativas para desarrollar una determinada tarea. Dichas habilidades se caracterizan por ser fácilmente cuantificables, observables y medibles. Las segundas se denominaron *soft skills* o competencias transversales no

relacionadas con trabajos específicos, pero sí con los comportamientos en parte innatos y en parte adquiridos para desarrollar diversas tareas, difícilmente cuantificables, observables y medibles (Xhaet y Derchi, 2018, pp. 9-10)<sup>7</sup>.

Pero existe un tercer tipo de competencias: los conocimientos y habilidades sin los cuales es difícil vivir junto a las demás personas, pues sin ellos una persona difícilmente encontrará un trabajo. Son competencias de base, caracterizadas por variar de acuerdo con el tiempo y el contexto. Un ejemplo es la escritura, que en sus inicios fue una *hard skill* reservada solo para una élite intelectual (escribas, sacerdotes, amanuenses, etc.); sin embargo, con el transcurso del tiempo se tornó en una *soft skill*, pues se volvió transversal al aplicarse cada vez a más actividades. Actualmente, la escritura es una competencia de base, pues, si bien no basta para que alguien asegure su empleo, se da por sentado que la posee: es un punto de partida obvio y necesario. Las competencias digitales están recorriendo un camino similar a la escritura. Iniciadas como *hard skills*, propias de una vanguardia de técnicos, se han transformado en *soft skills*, y actualmente en competencias de base (Xhaet y Derchi, 2018, pp. 58-60).

En la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, realizada en Ginebra en 2004, se elaboró la «Declaración de principios. Construir la sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio», en cuyo numeral 8 se señala que:

[Los países participantes] reconocemos que la educación, el conocimiento, la información y la comunicación son esenciales para el progreso, la iniciativa y el bienestar de los seres humanos. Es más, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) tienen inmensas repercusiones en prácticamente todos los aspectos de

---

7 Realizamos una traducción libre para todas las citas de Xhaet y Derchi (2018) a partir del texto original en italiano.

nuestras vidas. [...] La capacidad de las TIC para reducir muchos obstáculos tradicionales, especialmente de tiempo y la distancia, posibilitan, por primera vez en la historia, el uso potencial de estas tecnologías en beneficio de millones de personas en todo el mundo.

En adición a lo recién expuesto, recomendamos el empleo consciente y responsable de la web. En efecto, la internet es un instrumento que sirve para muchas cosas, pero no es la vida real: se trata de un mundo virtual o paralelo por aprovechar, no uno que nos deba privar de rasgos básicos de socialización y humanidad, o que nos aleje de nuestras familias o de nuestro yo biológico y ético. Sobre esto, cabe puntualizar que la ética se reactualiza en la red: la tecnología está al servicio de la sociedad y del ser humano dentro de un necesario entorno ético, fuera del cual pueden surgir diversos peligros.

¿Qué tanta influencia de la web podemos identificar hasta hoy en el trabajo de los abogados y de los jueces? Sigamos.

## **6. LA RED INTERNET COMO FENÓMENO JURÍDICO Y JURISDICCIONAL**

Actualmente, todas las firmas de abogados, los departamentos legales, las asesorías jurídicas y las dependencias del Estado utilizan a diario la red Internet para consultar normas jurídicas y jurisprudencia, compartir su información en las redes sociales, recibir notificaciones electrónicas y utilizar firmas digitales. Todo ello se enmarca dentro de un proceso de cambio que ya lleva varios años, pero cuya máxima intensidad aún no conocemos, pues aún no llega.

Un fácil ejemplo lo encontramos en el mercado de trabajo. La inicial transformación de los profesionales del rubro tecnológico ha alcanzado también a los de otras áreas del conocimiento, incluidos los abogados. Una zona fronteriza ha surgido entre tecnología y

el derecho, que, cual gran agujero negro, transforma todo lo que ingresa en ella, pues exige nuevas competencias a los abogados. Dicha área, en franco crecimiento y diversificación, ha generado nuevos ámbitos iusinformáticos como el Legaltech, Ciber Law, Legal Design, Legal Operations, por poner algunos ejemplos.

¿Esta transformación del quehacer jurídico también alcanza a la función jurisdiccional y a los jueces? La respuesta es mucho más contundente y variada de lo que podemos preliminarmente imaginar.

En la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia se aprobó la «Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano» (2002). En el numeral 4 de esta carta se reconoce que: «Todas las personas tienen derecho a conocer el contenido actualizado de las leyes de su Estado y de la normativa internacional mediante un sistema electrónico de datos fácilmente accesible». Y en el segundo párrafo de su numeral 18 se dispone que: «Se implantarán sistemas para posibilitar las quejas y sugerencias de las personas sobre el funcionamiento de los órganos judiciales. Se implantarán sistemas para garantizar el ejercicio de este derecho por vía telemática».

En el Perú, el miércoles 27 de julio de 2011 fue publicado el Decreto Supremo n.º 066-2011-PCM, en el que se aprobó el «Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú. La Agenda Digital Peruana 2.0». Dicho plan se estructura en ocho objetivos, cada uno con varias estrategias. Por ejemplo, el objetivo 3 busca: «Garantizar mejores oportunidades de uso y apropiación de las TIC que aseguren la inclusión social, el acceso a servicios sociales que permitan el ejercicio pleno de la ciudadanía y el desarrollo humano en pleno cumplimiento de las metas del milenio», y contiene como estrategia 2: «Fortalecer el acceso a la información y los servicios de Justicia mediante el uso intensivo de las TIC».

El jueves 13 de septiembre de 2018 fue publicado el Decreto Legislativo n.º 1412, con el que se aprobó la Ley de Gobierno Digital. Sus finalidades, según su artículo 4, son: «4.1 Mejorar la prestación y acceso de servicios digitales en condiciones interoperables, seguras, disponibles, escalables, ágiles, accesibles y que faciliten la transparencia para el ciudadano y personas en general» y «4.2 Promover la colaboración entre las entidades de la Administración Pública, así como la participación de ciudadanos y otros interesados para el desarrollo del gobierno digital y sociedad del conocimiento».

Entonces, en el ejercicio de sus funciones, los jueces pueden explorar la red internet en su doble calidad de ciudadanos y de sujetos prestadores del servicio público de justicia. Esto es reafirmado en las 100 Reglas de Brasilia (2008), en cuya regla n.º 51 se señala: «Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias de su vulnerabilidad». Se trata de garantizar el derecho a la información de tales personas, al menos en cuanto a los aspectos más importantes de su intervención; es un estándar que puede ser objeto de mejoras o especificaciones. Más adelante, en la regla n.º 55 se señala que: «resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad». Actualmente, al terminar la segunda década del siglo XXI, no es prudente renunciar a tales recursos.

Entonces, las 100 Reglas de Brasilia empoderan a los jueces para que, dentro de sus facultades, implementen y brinden facilidades a las personas en condición de vulnerabilidad, de acuerdo con las características de cada caso y empleando los recursos con los que cuentan. Por otro lado, siendo la información un derecho

de toda persona en tales condiciones, puede facilitarse su entrega mediante el empleo de nuevas tecnologías de la información, siempre que resulten aptas para las personas vulnerables. De este modo, los jueces pueden recurrir al uso de elementos de la web 1.0 como también de la web 2.0 que se encuentren a su alcance.

No nos equivoquemos. Las redes sociales no son un espacio solo para jóvenes, para personas que publican su vida entera, algo banal o un pasatiempo. Ninguna tecnología es buena o mala: solo es útil a los fines de las personas que se sirven de esta. En ese sentido, las redes sociales pueden servir tanto a las intenciones más irresponsables como a fines realmente positivos. Queda claro que suscribimos lo segundo. Un mayor conocimiento de las diferentes configuraciones posibles nos permitirá destinar las redes a finalidades importantes, además de guardar las debidas seguridades. No existen mitos en este aspecto.

A propósito de ello, la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (2015)<sup>8</sup> resolvió una consulta de la Suprema Corte de Costa Rica sobre el empleo ético de las redes sociales por parte de los jueces, y concluyó que:

1. Los jueces tienen los derechos que asisten a todas las personas, pero esos derechos pueden ser restringidos en resguardo de la función jurisdiccional.
2. Las redes sociales no están expresamente contempladas en CE ni puede entenderse que están en sí mismas prohibidas. Sin embargo, al ser un instrumento de comunicación que permite transmitir contenidos, no deben estos vulnerar los principios consagrados en la CE.

---

8 Esta comisión fue creada por el artículo 83 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, reformado el 2 de abril de 2014, en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, efectuada en Santiago de Chile.

3. El uso de las redes sociales de manera adecuada, se constituye en un elemento útil para la difusión de propósitos institucionales y personales legítimos; siempre que el juez se ajuste a los deberes previstos en el CE.
4. El juez que se incorpora a una red social no solamente debe evitar manifestaciones que importen incumplimiento de los deberes previstos en el CE, sino que debe evaluar la posibilidad de que sus manifestaciones queden fuera de su capacidad de disposición y sean manipuladas fuera del plan de comunicación originalmente previsto.

Entonces, no digamos más que el empleo de la internet y los emprendimientos web «no son temas para jueces». Tampoco digamos que hace falta «cambiarnos el chip», pues no somos computadoras, sino seres humanos que brindan un servicio a otras personas. Lo que necesitamos, como jueces, es asumir el nuevo rol que la ciencia, la tecnología y nuestro tiempo nos imponen. La noción del juez de su expediente, de su oficina, aquel que del derecho sustancial viajaba al derecho procesal de ida y de vuelta debe ir quedando en el pasado. El siglo XXI y el próximo inicio de nuestra tercera centuria como país independiente nos enseñan que un retorno a las ciencias sociales, una visión interdisciplinaria, un enfoque tecnológico cambiante y la necesidad de mejorar la experiencia de nuestros usuarios son variables que en adelante acompañarán nuestro trabajo planteándonos diversos retos. No asumirlos puede resultar grave para nuestros usuarios y para nuestra propia organización.

Pero no nos adelantemos. Veamos ahora en qué punto nos encontramos actualmente, así como qué peligros guarda y qué posibilidades ofrece la red internet a la función jurisdiccional del futuro.

## **7. LUCES Y SOMBRAS EN LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL JUDICIAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN**

La ciencia es intersubjetiva y, por ello, la comparten, aprenden y difunden las personas a través del espacio y el tiempo como parte de su desempeño social. Las sociedades se organizan, y parte de ese orden y de su control es el derecho. Pero las sociedades también se comunican o, mejor dicho, los sujetos interactúan dentro de estas. Así como a la aplicación de la ciencia atiende la tecnología, al empleo del derecho sirve la función jurisdiccional y a la comunicación la información da contenido. Tecnología, jurisdicción y comunicación siempre anduvieron de la mano. Pero solo ahora podemos entender cuán interrelacionadas se encuentran y, sobre todo, valorar e imaginar cuál será la ruta que esa comunión recorrerá en las próximas décadas. El nefasto virus SARS-CoV-2 nos ha ayudado a esa comprensión.

La red internet 1.0 supuso la creación de un mundo virtual de información que superó las diferencias de espacio, gracias a lo cual todas las organizaciones buscaron y encontraron su propia identidad a partir de su portal o su página web. El Poder Judicial peruano siguió esa línea, subiendo su información básica a su página principal y a sus diversas páginas subalternas, entre estas, las correspondientes a la Corte Suprema y a las distintas cortes superiores de justicia de la república; así, la información mostrada fue cada vez más abundante y específica. Posteriormente, la red internet 2.0 propuso un mundo paralelo de información que venció las distancias, así como las diferencias de tiempo; en este las organizaciones buscaron cobrar vida cada día mediante la constante publicación y renovación de dicha información, acercándose y casi mezclándose con sus clientes y usuarios. El Poder Judicial peruano transitó el mismo camino a través de sus cuentas en Facebook, Twitter, Youtube y WhatsApp, todas destinadas a compartir distinta información de diversas maneras.

Pero algo falta: aún existen riesgos no advertidos e inmensas potencialidades no explotadas. Sigamos.

El Poder Judicial emplea todos los días la web 1.0 mediante sus páginas web, además de tener un correo electrónico institucional; también aprovecha los recursos de la web 2.0 en los que ha ingresado. Encontrar nuevos empleos para los elementos de la red 1.0 no es imposible, pero sí difícil. Identificar nuevas aplicaciones para las *social media* de la red 2.0 es lo que hasta el día de hoy no ha aparecido como un objetivo organizacional. Además de la experiencia personal (presentada en anteriores trabajos y que luego describiremos en su estado actual), no conocemos otros casos en los que estos últimos recursos hayan sido potenciados mediante su empleo conjunto, a través de un punto de equilibrio distinto al que cada red social ofrece. Sin embargo, es allí donde radica su mayor potencial, donde pueden proponer usos distintos a los ofrecidos por sus prediseñadas configuraciones a los usuarios. La red internet 2.0 es capaz de servirnos para la construcción de una nueva relación entre el servicio de justicia y sus usuarios, a partir de la construcción de un nuevo equilibrio entre las nociones de derecho, tecnología e información.

El Poder Judicial utiliza hoy la web 2.0 como un usuario que participa activamente del carácter colaborativo de esta, tomando parte de una comunicación bidireccional y, luego, también multidireccional. Si bien la información de nuestra organización a través de estas redes se emite en un solo sentido, llega a una pluralidad de destinatarios, quienes «colaboran» asintiendo, discrepando, compartiendo y generando su propia información a partir de aquella recibida. Desde su ingreso a las redes sociales, sin embargo, dicha conducta ha sido siempre la misma; en otras palabras, las redes sociales del Poder Judicial solo son empleadas para la finalidad asignada por el proveedor de la red (esto es, por las empresas propietarias de los diversos derechos de tales redes),

mas no para las finalidades de nuestra organización. Para encontrar los fines en la coyuntura de la actual pandemia, no hay que leer la visión y misión institucionales, sino evaluar desde otra óptica la realidad del servicio de justicia que se presta, su variedad material y territorial, las diferencias de infraestructura y logística, así como las limitaciones de nuestra arquitectura digital.

El empleo que hace el Poder Judicial de las herramientas de la red 2.0 presenta otro problema. Dado que las redes sociales llevan, traen, guardan y gestionan información de distintos aspectos de nuestra vida, se relacionan con cada una de nuestras actividades, metas y problemas, como también con nuestros gustos y desagrados, entornos familiares, amicales o laborales. Ante esta situación, no todas las *social media* resultan idóneas para el tipo de información que nos interesa o somos capaces de gestionar. En ese sentido, cualquier organización considerando diversa información de sus clientes o usuarios, así como el producto o servicio que ofrezca— decidirá una o más redes como herramienta para sus fines organizacionales. ¿Sabemos por qué el Poder Judicial participa en Facebook, Twitter, Youtube o WhatsApp?, ¿conocemos por qué no participa, por ejemplo, en Snapchat, Instagram, Skype, Telegram o WeChat?, ¿el que las primeras puedan ser más populares —por ahora— las hace automáticamente idóneas para los fines de nuestra organización?, ¿consideramos tales fines en la elección de nuestras redes?

Cuidado: la conducción de la comunicación diaria de una organización tan grande y de rango constitucional como el Poder Judicial descarta respuestas rápidas o basadas en el conocimiento o preferencia personal. Es necesario, primero, saber cuáles son los objetivos organizacionales ante la sociedad y el servicio de justicia que se presta, así como las características, configuraciones ideales y riesgos que pueden deparar las redes sociales postuladas. Solo un estudio de este tipo nos podría decir dónde comunicar

mejor nuestra información, bajo qué conceptos confiar nuestra transparencia, cómo recrear el mejor ambiente y de qué manera obtener retroinformación que no se convierta en burlas, insultos o cuestionamientos sin fundamentos y propalados en las redes por cualquier persona. Todo pasa por tomar muy en serio a las redes sociales y a nuestra calidad de usuarios.

Lo anterior es crucial, pues el objetivo principal del Poder Judicial debería ser la generación, conservación o recuperación de una nueva relación con la ciudadanía, potencial usuaria del servicio de justicia. Dicha relación debe ser pensada hacia el 2030, en cuya construcción y cuidado desempeñarán un rol cada vez más importante, de un lado, las grandes arquitecturas digitales como el expediente judicial electrónico —uniformizando el acceso, la vista, las firmas y las notificaciones en torno al expediente—, así como también las herramientas web ligeras, aptas para enfrentarse a las inmensas diferencias existentes en todo el territorio nacional, capaces de ingresar a los hogares y oficinas tanto como de operar a un costo menor, incluso igual a cero, como veremos.

## **8. NUESTRA PROPUESTA: EXPERIENCIA WEB, FUNDAMENTO, FINALIDAD Y PROYECCIÓN**

A continuación, expondremos cuál es, en qué consiste y cómo se compone nuestra experiencia de transformación digital. Si bien sus detalles técnicos son importantes, lo son más su fundamento, su finalidad y, sobre todo, su proyección.

El variado sustento principista, legal y de instrumentos de gestión antes expuesto, sumado a otros criterios constitucionales y de servicio público, nos permitió plantear en la web desde el 1 de julio de 2017 la entonces llamada Plataforma Multicanal de Información General, citada en anteriores trabajos, que ya escaló como herramienta de transformación digital, manifestación de

transparencia, servicio, innovación, distanciamiento social y aporte de valor público en sede judicial (Jiménez, 2018a, pp. 176-185). A esta propuesta web —desarrollada y renovada— hoy la denominamos simplemente Tercer Juzgado Civil de San Juan de Lurigancho, la cual, si tuviésemos expediente judicial electrónico en la Corte Superior de Lima Este, nos habría permitido llevar a la red el 100 % del juzgado en 2020, de modo deslocalizado, desmaterializado, ecoeficiente y con distanciamiento social. A continuación, brindaremos algunos detalles de nuestra experiencia.

La estructura de la propuesta (informada a la Presidencia de la Corte de Justicia Lima Este el 11 de julio de 2017 y —luego de renovada— reiterada el 21 de septiembre de 2020) tiene como primera herramienta un blog que organiza y transparenta la «información general» del juzgado en base a servicios que presta esta entidad (<https://tercerjuzgadocivil.wordpress.com/>). Dicho blog se ha actualizado y ha introducido subtítulos en quechua. Nuestra segunda herramienta es una *fanpage* (que reemplaza a la página de Facebook original), la cual recoge la información del blog (mediante sus enlaces), comparte información coyuntural e introduce diversos elementos técnicos y de medición (<https://www.facebook.com/tercerjuzgadocivildesanjuandelurigancho>). Se apoya también en instrumentos gráficos (pizarra, por ahora en desuso) y en un correo electrónico, que aparece en el blog como herramienta de retroinformación y de contacto diferenciado con los usuarios. La *fanpage* permite publicar y renovar la información de los servicios, lo cual es relevante durante la emergencia sanitaria nacional, pues nos ha permitido ofrecer servicios diferenciados, fijar turnos y gestionar su cumplimiento por anticipado al interior del juzgado. Sobre esto último volveremos con más detalle párrafos más adelante.

Las ventajas de nuestra propuesta web son varias: forma de acceso multicanal (pluralidad de medios: desde la computadora hasta el celular), en todo momento (las 24 horas de todos los días del año) y desde todo lugar (tenemos ingresos desde 30 países, a la fecha), lo que reduce la brecha informativa y permite los enfoques inclusivo (especial atención a grupos vulnerables), ético (transparencia e imparcialidad), principista (simplicidad, previsibilidad, confianza legítima), sanitario (distanciamiento social, desde el 2017), de *paperless* (cero contaminación), legal (Ley del Gobierno Digital y otras normas), de política y de gestión (alineamiento a instrumentos respectivos). Asimismo, contribuye a la retroinformación de usuarios, promueve una mejora de la experiencia y, en el mediano plazo, forja una nueva relación entre nuestra función y los usuarios. Todo ello a costo cero: la propuesta opera sin presupuesto. El insumo «información general» es central.

Complementando lo anterior, a mediados de 2020 hemos introducido por primera vez en sede judicial la herramienta digital de equipos de trabajo Slack, que desmaterializa y deslocaliza parte del despacho, con sentido *paperless*, manteniendo conectado al equipo de trabajo de manera ágil en torno al juzgado, uniendo los respectivos accesos remotos de cada miembro del grupo y llevando adelante todas las tareas (de cada secretaría o individuales, de manera paralela, intersectada y, ante todo, informada). Además, funciona como un control concurrente del cumplimiento de tareas y una medición 360° no invasiva del desempeño. La web ofrece otras herramientas asimilables. Como parte del enfoque inclusivo, en este año también hemos incorporado la lengua de señas mediante breves videos, y pronto incrementaremos la cuota de la lengua quechua. La intersección entre derecho y tecnología es un espacio para explorar y crear en favor de nuestros usuarios y de nuestra organización. Hay más ideas.

Expuesto ello, se entiende que, con el expediente judicial electrónico, este mismo año 2020 se hubiese podido poner en la red el 100% del juzgado a costo cero. El sustento normativo de la propuesta —muy variado— aparece expuesto en nuestras herramientas. Pasemos ahora a revisar los fundamentos de nuestra propuesta web para indicar a qué llamamos «información general», ver sus finalidades y, sobre todo, sus proyecciones. Creo que esto es lo más importante pensando en el futuro.

Toda buena relación humana se sustenta en la verdad, la honestidad, la sinceridad y, tratándose de asuntos no reservados, también en la transparencia. Estas características no caen sobre objetos inertes o ideales, sino sobre la información. La relación entre los órganos jurisdiccionales y la sociedad se sostiene —o se debería sostener— sobre similares pilares, pues por varios motivos una vinculación con esas características no se produce cuando falta confianza. Con la información específica de cada proceso judicial —que se encuentra en la intranet llamada Sistema Informático Judicial (SIJ) y migrará al expediente judicial electrónico—, se presentan problemas específicos referidos a las actividades sucesivas de implementación (ninguno extraño o que comprometa un esfuerzo de transformación digital adicional o marginal): la mesa de partes electrónica, el visor del expediente, la firma electrónica y la notificación electrónica (las secciones del expediente judicial electrónico) son desarrollos técnicos coherentes y encaminados.

Cosa distinta sucede con la información que sirve a los usuarios para relacionarse a diario con los juzgados, respecto de concretas actuaciones que estos brindan con iguales características a cualquier ciudadano en similar posición (entrevistas con el juez, lectura de expedientes, recojo de documentos, programación de actuaciones externas, legalizaciones de firma, atención a notarías públicas y cualquier otra que sirva por igual a las partes de un proceso cuando se ubiquen bajo determinada situación; existente con variantes en

los juzgados de las distintas especialidades). Esta «información general» —distinta de aquella específica (de cada expediente)— es conocida y utilizada desde siempre, y la encontramos en vitrinas y periódicos murales de los pasillos o en papeles adheridos a las puertas de las sedes judiciales, pero no más: desde ese nivel no hemos escalado. Nunca se le ha reconocido la importancia a la información general, razón por la cual nunca ha sido bien identificada, ordenada, redactada ni publicada. No se la ha valorado como instrumento de gestión ni de servicio. La información general nunca ha sido vista como insumo generador de valor público.

Una adecuada gestión de la información general (identificación, ordenación, redacción y publicación) con inclusión de combinaciones de herramientas de la web 2.0, en torno a puntos de equilibrio determinados por los objetivos institucionales, permitiría el desarrollo de una nueva relación con los usuarios del servicio. Instrumentos amigables sin costos adicionales, sin fuertes exigencias de banda de internet ni grandes arquitecturas digitales, convenientemente interrelacionados pueden superar brechas informativas brindando un acceso multicanal a la información (computadora de escritorio, laptop, tableta o celular), durante todas las horas del año, desde cualquier lugar del planeta, con distanciamiento social, favoreciendo en especial a las personas en condiciones de vulnerabilidad y con costos mínimos, sino iguales a cero. Podríamos alimentar a la nueva relación con más y nuevo valor público, dentro de un entorno ecoamigable, *paperless* y sanitariamente más serio.

La «información general» es un insumo que nos permite explorar y crear, adaptarnos, renovarnos, saber qué publicaremos esta semana y qué la siguiente, diseñar una línea de acción. Nos permite identificar fines, dar forma a una propuesta y construir una proyección futura. Existen en Perú despachos y sedes judiciales que han ingresado a la web; sin embargo, como dicho movimiento no se sostiene

en un insumo de trabajo diferenciado, no resulta posible hacer escalar a tales planteamientos, encontrarles nuevas funcionalidades, generar valor público y proyectarlas a futuro (Jiménez, 2020). Hablamos de un insumo que va más allá de la función jurisdiccional, pues es generado por diversas oficinas del Estado en la relación con sus respectivos usuarios. Su identificación y aprovechamiento es tarea pendiente también fuera de juzgados y tribunales. Se sugiere no perder de vista este dato. El tema sigue.

La pandemia llegó y golpeó todo y a todos, también a nuestra propuesta al cerrar el juzgado. El reinicio parcial de las labores judiciales ha significado el replanteamiento del empleo de nuestra propuesta web, que se ha focalizado en tres servicios de información general: legalización de firmas, entrega de documentos y atención a notarías públicas (sin perjuicio de agregar más servicios en el futuro). Para ello, internamente organizamos las labores del personal (gestión de procesos internos) a fin de publicar y preparar con anticipación las fechas de atención. Ante la emergencia sanitaria, focalizamos la información general y la convertimos en servicio puro. Teníamos un sistema de programación virtual de entrevistas presenciales, el cual hemos reemplazado por la herramienta «El juez te escucha», que ha servido como un firme aliado en el mantenimiento de la comunicación con los usuarios ante la emergencia sanitaria nacional.

El planteamiento que hacemos se asocia perfectamente con el expediente judicial electrónico y las nuevas estructuras al servicio de la litigación oral. En el primer caso, estamos ante una plataforma que, por su estructura, constituye una tecnología web 1.0. Si bien la misma está destinada a tolerar el permanente ingreso de información también por parte de sujetos distintos al órgano jurisdiccional, ello no la convertirá en un elemento de web 2.0, pues toda aprobación o desaprobación, cuestionamiento o discusión, corresponderán al espacio del proceso judicial, que cada vez estará más sumido en la

técnica de la oralidad. En otras palabras, todo el manejo volitivo de la información (característico en la web 2.0) no se realizará en el expediente judicial electrónico, sino entre los sujetos del proceso en uso de la oralidad. Y esto sin perjuicio de que el proceso se registre en dicha plataforma para su empleo posterior.

En cualquier caso, la web 1.0 y la web 2.0 se complementan: una sirve a la otra, una aloja la información que la otra comparte, una puede servir de módulo informativo a la otra. Mientras esta puede servir para retroinformar el contenido de la primera, ambas pueden intergestionarse. Requisito esencial será encontrar un punto de equilibrio para tal coexistencia a partir de los objetivos organizacionales, de las necesidades de los órganos jurisdiccionales y de la población usuaria en los diferentes territorios (cortes superiores) y materias (especialidades jurídicas). La postura de mero usuario pasivo de las redes se limita a la búsqueda de transparencia. Hay insumos no explotados, como la «información general», que pueden orientar el trabajo organizacional del presente y del futuro.

En este punto nos situamos ante un problema. La diversidad de todo tipo existente en nuestro país es base de riqueza, pero es un problema para cumplir la función jurisdiccional. Las distancias, los climas, el transporte, la lengua, la ubicación y tamaño de las sedes, la accesibilidad, la arquitectura digital, el soporte técnico, la densidad poblacional, el número de trabajadores (magistrados, jurisdiccional y administrativos), las materias jurídicas, las competencias territoriales y otras son variables incluso dissociativas. El expediente judicial electrónico será perfecto como base informativa modular, como herramienta de registro del ingreso, labor, camino y final de toda la información específica de los expedientes judiciales. Para gestionar cualquier otra información frente a tamaña variedad, disponemos de las herramientas web 2.0. Los conceptos de materia y territorio pueden ayudarnos en dicha gestión. ¿Cómo?

Las nuevas estructuras al servicio de la litigación oral (y aquellas que las acompañen, apoyen o reemplacen) son unidades operativas que, debido a su cercanía a los usuarios del servicio de justicia, pueden servir para identificar la información general correspondiente a su materia y al territorio de su competencia. Ello resulta evidente en el texto del Reglamento de Funcionamiento del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral, aprobado por Resolución n.º 049-2020-CE-PJ. Su artículo 5 contempla el «Principio de adecuación a las innovaciones tecnológicas», según el cual: «El Módulo [...] deberá adecuarse a futuros cambios tecnológicos que aporten valor a su funcionamiento» (Poder Judicial del Perú, 2020). En el mismo artículo aparece el «Principio de calidad» de acuerdo con el cual: «Las actividades realizadas dentro del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral están inspiradas en brindar una respuesta idónea a las necesidades y requerimientos de los ciudadanos» (Poder Judicial del Perú, 2020). Casi al final del reglamento citado figura la Quinta Disposición Complementaria Final, que especifica: «La implementación del Módulo [...] en las Cortes Superiores de Justicia, se realizarán con las adecuaciones, especificaciones y ajustes que resulten necesarios, de acuerdo a sus condiciones de sede o distrito judicial, carga de trabajo, competencia especializada, entre otros» (Jiménez, 2020).

Dicho reglamento nos muestra que la estructura del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral no solo tiene que estar lista para recibir novedades e innovaciones tecnológicas, sino también para leer su entorno, la situación y circunstancias de los usuarios de su servicio de justicia, distintas en cada corte superior, para realizar las necesarias adecuaciones y ajustes según tales condiciones, muy variadas, entre las cuales figuran su materia y territorio. Los Módulos Corporativos de Litigación Oral de toda especialidad, por igual, pueden hacer de las herramientas web 2.0 las mejores aliadas del expediente judicial electrónico.

Algo más. A la fecha que culminamos la redacción de esta colaboración, nuestra propuesta web ha tenido ya una réplica. La Cuarta Sala Contenciosa Administrativa de Lima está siguiendo los conceptos de la propuesta estructurada a partir del insumo «información general», tanto en la presentación de esta ante el público (<https://www.facebook.com/socrates.unamuno>) como en la organización del personal del tribunal en red (grupo de trabajo Slack, el segundo de tipo judicial en todo Perú). Este ha sido un caminar que está dando sus primeros pasos. Habrá oportunidad para hablar de esa experiencia (distinta, por tratarse de una sala superior), así como para detallar sus avances y muchos aspectos más. El trabajo continúa y otros órganos jurisdiccionales se irán sumando para mejorar la propuesta, para encontrarle variantes y para generar valor público en favor de nuestros usuarios.

Cabe aquí una precisión. Así como no debe confundirse la ciencia que sustenta (sobre todo, de tipo social) con la tecnología que aplica, tampoco debe confundirse nuestra propuesta, sus finalidades y proyecciones con el modesto entregable efectuado hasta hoy, mucho menos con nuestra visión del futuro: son temas ligados pero diferentes. Hasta aquí la estructura, ventajas, finalidades y proyecciones de nuestra experiencia de transformación digital. Resta exponer nuestra visión sobre la función jurisdiccional del mañana.

## **9. IDEAS FINALES: UNA VISIÓN DEL FUTURO**

Existen sucesos en la historia que marcan época. La llegada y arremetida del virus SARS-CoV-2 ha significado un hito que aún no se va, pero que ya dejó su huella para siempre. Aún ante la muerte y la crisis económica, un espíritu con modernas competencias gerenciales —como la interdisciplinariedad, por ejemplo— ve una oportunidad. Casi todos la ven en el renovado y fortalecido empleo

de las tecnologías de la información. De esto, la función jurisdiccional no se ha exceptuado: hoy todos hablan de la internet y de puntuales aplicaciones. Hay quienes lo hicimos desde antes en la teoría y en la práctica, por escrito y en la misma web: el antiguo y eterno girar de la ciencia siempre debe cumplirse, no solo a propósito de una catástrofe sanitaria como la vivida.

Nadie duda de la necesidad de impulsar el empleo de las tecnologías de la información en el mundo actual: la función jurisdiccional ha quedado íntegramente comprendida en esa ruta mundial. Sin embargo, cabe lanzar una alerta. La red internet es un infinito mundo paralelo lleno de posibilidades, toda una diversidad que debemos conocer —al menos en parte— para tomar decisiones. No todo es útil en internet o, mejor dicho, no todo es útil para todos. A partir de nuestros objetivos organizacionales, de la plena conciencia de las múltiples variables que afectan al servicio de justicia, del conocimiento de nuestras diversas limitaciones y de la lectura permanente de las necesidades de nuestros usuarios (de nuestra sociedad, también variada), estaremos en la capacidad de recorrer la red como organización, aprovechando lo mejor de ella y evitando aquello que solo nos cree una ilusión de transparencia y apertura, o se constituya en mera moda.

Imaginamos una función jurisdiccional que tenga como centro al expediente judicial electrónico, en el cual todas las consultas se realicen desde las oficinas de los abogados; en el que la lectura de un expediente sea solicitada, autorizada y efectuada de igual manera; en el que la primera actuación la efectúe el interesado desde la oficina de su abogado, a través del domicilio procesal electrónico de este asociado a su documento nacional de identidad electrónico. Imaginamos a dicha plataforma con la posibilidad de notificar a los sujetos intervinientes en su respectivo domicilio procesal electrónico, asignado por el Reniec e integrado en un único y gran listado, asociado a la obtención de la ciudadanía o a la constitución

(según la persona sea natural o jurídica) y al alcance de todo órgano jurisdiccional. Sería bueno asociar a dicho momento la obtención de una cuenta bancaria para facilitar el cobro y el pago de cualquier concepto (laboral, comercial, etc.) ya sea la persona natural o jurídica sujeto de derechos y de obligaciones ante un Estado interoperable digitalmente.

En ese sentido, proponemos que la identidad digital de personas naturales y jurídicas esté asociada a una gran cuenta de correo electrónico, casilla electrónica o similar, que reciba cualquier notificación judicial (todas las especialidades), administrativa (estados de cuenta de impuestos, boleta de pagos, etc.), información financiera o comercial (facturas, boletas de venta electrónicas, cuentas comerciales, etc.) y que, por lo mismo, sea de obligatoria y legal consulta frecuente. Un supracorreo electrónico con esas características aceleraría todo proceso judicial (y procedimiento administrativo) y permitiría garantizar la eficacia total de las notificaciones, desincentivando la rebeldía o la contumacia y reduciendo todo tipo de costo asociado. En la misma línea, cualquier cobro o pago tendrían certeza a través de la cuenta bancaria asociada.

Pensamos en un Estado totalmente interoperable junto a las instituciones del sector privado. Ello permitiría acreditar la identidad de todas las personas, en sus funciones, representaciones o como simples ciudadanos. También posibilitaría la circulación en red de toda la documentación necesaria en sede judicial y administrativa, mediante la solicitud y recepción por la web de historias clínicas, ocurrencias policiales, partidas registrales, escrituras públicas, certificados de necropsias o de registro migratorio, actas de nacimiento o de matrimonio, informes periciales, audios, videos, etc., sin los costos que en la actualidad están asociados a la obtención y presentación de tales elementos. Los procesos telemáticos serían una realidad en materias de menor cognición, de ejecución o de muy

urgente tutela judicial. El recurso tiempo adoptaría otra dimensión, y la función de rectoría un nuevo sentido.

Imaginamos a nuestros usuarios accediendo a toda la información general de sus sedes judiciales cercanas a través de herramientas web amigables, sin costos adicionales, ligeras en la red, sin grandes arquitecturas digitales, interrelacionadas, con acceso multicanal a la información, todas las horas del año, desde su casa u oficina, reduciendo el contacto social a lo estrictamente necesario y reservándolo como medio ideal para las personas en condiciones de vulnerabilidad. Quizá para ello se utilicen herramientas de diseño ajeno (*softwares* para conferencias virtuales, blogs y otras herramientas de la web 2.0, etc.), propio (desarrolladas como parte de un proyecto de transformación digital implementado), en la nube, entre otras. Si ya existen productos disponibles, veamos cuáles sirven mejor a nuestro servicio, individualmente o combinando sus funciones para brindar una mejor experiencia a nuestros usuarios. Si existen márgenes posibles de optimización, hagamos el preciso desarrollo a partir de una línea de base de las necesidades de estos y de los recursos del Poder Judicial, con los diseños web ajustados a ello.

Pensamos en los despachos judiciales gestionando su tiempo solo para labores estrictamente jurisdiccionales (de conocimiento de hechos y de análisis jurídico), operando en unidades ágiles ordenadas por materia y territorio con herramientas web de trabajo de equipos remotos —quizá *cloud* como sustento o tecnología *blockchain* de conexión (ofreciendo otros niveles en la validación de la información compartida, en la transparencia del comportamiento y en la eficiencia de los recursos)—, brindando una mejor experiencia a los usuarios con expedientes judiciales electrónicos y recursos de la web 2.0 de contacto con estos. Todo ello sería apoyado en sistemas interdisciplinarios compartidos con otras organizaciones bajo renovadas rectorías.

Consideramos posible el trabajo jurisdiccional sin emplear frases, palabras y estilos de redacción de nuestra etapa colonial; hace falta reemplazar dicho lenguaje por uno que no muestre cuán conservador es nuestro pensamiento<sup>9</sup>, sino que sea directo, ético y empático, forjado en la conciencia de que prestamos un servicio público para usuarios que en su gran mayoría no son abogados o no tienen conocimientos jurídicos. Un lenguaje con tales características es la premisa necesaria para forjar una mejor experiencia del usuario judicial. Las formalidades del derecho y su práctica son muy útiles para guardar orden, seriedad y respeto en el cumplimiento de una función que emana del pueblo y tiene rango constitucional, pero el idioma solo debe seguir las formalidades que garanticen la comunicación a la que atiende, pensando en su destinatario y evitando todo aquel elemento que la complique. Una redacción abstrusa o sobrecargada de terminología jurídica no es prueba de conocimiento ni de servicio a la comunidad, mucho menos para las personas con discapacidad o en un grupo de vulnerabilidad (edad, lengua u otro)<sup>10</sup>.

La atención a personas con discapacidad o integrantes de un grupo vulnerable es una agenda pendiente, perfectamente inscribible en una transformación social, organizacional y digital.

---

9 El empleo diario de las expresiones coloniales como «sobrecátese», «traslado», «tráigase para resolver», «fecho», «otrosí digo», «autos y vistos», entre otras (y ni qué decir de los latinismos), resulta contradictorio frente a la sana y generalizada convicción de que hoy «estamos con la tecnología» (digital, se entiende).

10 El Tercer Juzgado Civil de San Juan de Lurigancho, a la fecha, complementariamente a la renovación de la propuesta web descrita en esta colaboración, ha iniciado un plan de redacción empática y facilitadora en todas nuestras resoluciones. En cuanto a las personas con discapacidad y adultas mayores, tenemos específicas normas de trato y de contacto, informadas a nuestra Presidencia de Corte mediante Oficio n.º 040-2017-3ºJEC.SJL.CSJLE/PJ, del 2 de octubre de 2017, cuyo contenido y presentación se encuentran hoy en búsqueda de mejoras, pensando en una futura reapertura de las sedes judiciales y en un trabajo sujeto a nuevas reglas.

Sin perjuicio de diseños arquitectónicos accesibles, de ajustes en la logística y los recursos, o de precisiones normativas (legislativas y reglamentarias), el mundo digital ofrece un sinnúmero de herramientas generales y específicas para también mejorar la experiencia de los usuarios pertenecientes a estos segmentos de la población. Solo es tema de informarse bien y no pensar que lo hemos visto todo. Es usual escuchar a abogados —también a jueces— hablar sobre igualdad, inclusión o accesibilidad como si fuesen temas estrictamente normativos y atribuyéndoles una práctica siempre en torno a categorías jurídicas. El tema será más digital en el futuro.

Creemos en la posibilidad de un sistema de gestión de personas que reclute, seleccione e induzca el talento jurídico e interdisciplinario, que conserve una data cualitativa de este (capacidades jurídicas, técnicas, académicas, etc.), que abandone para siempre aquellas actividades sin perfil cualitativo (las planillas, por ejemplo) y que apueste por su tercerización. En esta última labor los *softwares* conocidos como inteligencia artificial podrían brindarnos muchas respuestas. En estricta labor jurisdiccional, también deberá preferirse las labores de perfil cualitativo, prestadas desde sedes judiciales tecnificadas y desde casa, según factores de tipo de carga y momento procesal, sobre la base de un expediente judicial electrónico y en contacto con la población —de acuerdo con los conceptos de materia y territorio— a través de herramientas de la red 2.0 interconectadas y con las ventajas de acceso, tiempo, espacio y costo ya explicadas. El seguimiento del funcionamiento de los módulos de oralidad puede generar interesante data para una ordenada retroinformación.

En síntesis, imaginamos nuestro trabajo generando valor público de manera ecoamigable y sanitariamente seguro, a partir de una cultura organizacional orientada a dar una buena experiencia a

nuestros usuarios o, lo que es igual, dentro de una nueva relación entre justicia y sociedad, siempre tomando como base la web 1.0, con el acompañamiento de la web 2.0, y con el auxilio de otras herramientas web y los aportes de las nuevas especialidades jurídicas. Frente a tales instrumentos y novedades no será necesaria mucha paciencia, pues ya se aproximan: antes de lo esperado las emplearemos en sede judicial. Al respecto, por ahora guardaré silencio; eso sí, el tema continúa. Una renovada ciencia social, otra conceptualización, así como nuevas instituciones y herramientas asoman. La teoría y la práctica transitarán a otro nivel.

La innovación es una mentalidad y una práctica; no basta con proclamarla o escribir sobre esta. En cuanto a nosotros respecta, hemos dado testimonio teórico y práctico, con específicos escritos, puntuales conceptos y herramientas tecnológicas a nuestra mano —desde el 2017 y renovándonos en 2020—, frente al entorno social de los usuarios del servicio de justicia de una materia y de un territorio. Solo se trata de una experiencia que ha cambiado con el tiempo y que queda al servicio de cualquier otra futura, pequeña o grande, semejante o diferente, pero que agregue valor público para nuestros usuarios, que mejore su experiencia y que permita la construcción (recuperación y mantenimiento) de una nueva relación entre justicia y sociedad, pensando en el 2030 y en la sustentabilidad y legitimidad de la función jurisdiccional y del Estado mismo, que para entonces ya encontrará atravesado su tercer siglo de independencia.

Son muchas las innovaciones que diversos sectores profesionales han concretado en los últimos cincuenta años, con diversas proyecciones en la sociedad. ¿Puede usted enumerar aquellas desarrolladas por los abogados o por los jueces durante el mismo periodo y con similar efecto? Tengo una convicción: algo podemos hacer. Algo más, claro; algo diferente, también.

## REFERENCIAS

- Carr, N. (2016). *Superficiales. ¿Qué está haciendo internet con nuestras mentes?* Taurus.
- Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (2002). [Elaborada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, los días 27 al 29 de noviembre de 2002 en Cancún, México]. [http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/cartade\\_derechodelaspersonas.pdf](http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/cartade_derechodelaspersonas.pdf)
- Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (2015). Segundo dictamen de 30 de noviembre de 2015, sobre el uso de las redes sociales por los jueces. Consulta de la Suprema Corte de Costa Rica. Buenos Aires: 9 de diciembre de 2015. [http://www.poderjudicial.es/stfls/CIEJ/FICHEROS/Dictamen\\_CIEJ\\_2015\\_Jueces\\_y\\_redes\\_sociales.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/CIEJ/FICHEROS/Dictamen_CIEJ_2015_Jueces_y_redes_sociales.pdf)
- Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (2004). Declaración de Principios. Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio. Ginebra: 12 de mayo de 2004. <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>
- Jiménez, J. (2018a). Un juzgado en internet. La tutela judicial efectiva, la información general y los usuarios del servicio de justicia en un nuevo entorno. *Gaceta Constitucional*, (122), 176-185.
- \_\_\_\_ (2018b). Bases para el desarrollo de la función jurisdiccional dentro de un entorno web 2.0. *Revista del Foro*, (105), 141-155.
- \_\_\_\_ (2019). Las generaciones de la red internet frente al derecho y a la sociedad. *Revista del Foro*, (106), 301-320.

- \_\_\_\_\_ (2020, 14 de octubre). Hacia un servicio de justicia en la red: propuesta, sustento y proyección. *The Crypto Legal*. <https://thecryptolegal.com/hacia-un-servicio-de-justicia-en-la-red-propuesta-sustento-y-proyeccion/>
- Manetti G. y Fabris, A. (2011). *Comunicazione*. Editrice La Scuola.
- Manrique, N. (2016). *Una alucinación consensual. Redes sociales, cultura y socialización en internet*. Fondo Editorial PUCP.
- Mosches, M. y Volfzon, G. (2015). *Escuela y conectividad*. Bonum.
- Poder Judicial del Perú (2020). Reglamento de Funcionamiento del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral, aprobado por Resolución n.º 049-2020-CE-PJ. Lima: 29 de enero de 2020.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). [Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Rimedio, E. (2017). *Digital P2R. L'importanza delle persone nelle relazioni pubbliche digitali*. Dario Flaccovio Editore.
- Touriño, A. (2014). *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Los Libros de la Catarata.
- Xhaet, G. y Derchi, F. (2018). *Digital skills*. Ulrico Hoepli Editore.



# La ratificación de jueces en el Perú: ¿es compatible con la independencia judicial?

The ratification of judges in Peru: is it compatible with judicial independence?



EDWIN FIGUEROA GUTARRA  
Corte Superior de Justicia de Lambayeque  
(Lambayeque, Perú)

Contacto: [efigueroag@pj.gob.pe](mailto:efigueroag@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

## RESUMEN

El régimen de ratificación de jueces, que se efectúa cada siete años desde el inicio de la carrera judicial en el Perú, se ha tornado una realidad compleja, y a ello se suma la configuración de una nueva modalidad de evaluación parcial de jueces, que se realiza cada tres años y medio. Por esta razón, en el presente artículo buscamos explicar la incompatibilidad de estas figuras con el principio de independencia judicial, la misma que en el derecho comparado se expresa en un estatuto de nombramiento indefinido en el cargo de juez.

**Palabras clave:** independencia judicial, ratificación de jueces, evaluación parcial de jueces, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, test de proporcionalidad.

## ABSTRACT

The regime of ratification of judges, which has been carried out every seven years since the beginning of the judicial career in Peru, has become a complex reality, and this is compounded by the configuration of a new modality of partial evaluation of judges, which is carried out every three and a half years. For this reason, in this article we seek to explain the incompatibility of these figures with the principle of judicial independence, which in comparative law is expressed in a statute of indefinite appointment to the position of judge.

**Keywords:** judicial independence, ratification of judges, partial evaluation of judges, inter-American human rights system, proportionality test.

Recibido: 27/10/2020    Aceptado: 09/12/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

La independencia judicial representa una noción clave de la institucionalidad del *corpus iuris* en todo ordenamiento jurídico que asuma una línea de vinculación material con un estado democrático y social de derecho. Son indispensables los jueces cuya independencia no sea puesta en tela de juicio para que, en rigor, las decisiones jurisdiccionales merezcan una validación de consenso desde la filosofía del derecho; esto es, toda sociedad democrática demanda una mínima dosis de aceptabilidad de las decisiones judiciales. Se podría incluso, en casos extremos, dudar de la versación del juez, pero es indispensable considerar, de entrada, el valioso elemento de la independencia judicial para que a su vez sea

sólido, una vez más, el *Rule of Law* o Estado de derecho, punto de partida de un Poder Judicial institucionalmente fuerte.

Nuestro estudio pretende examinar, de un lado, y a la luz del avance de la doctrina internacional en materia judicial, el contexto situacional que hoy reviste, desde la perspectiva de los derechos humanos, la institución de la ratificación de jueces, noción inserta en el artículo 154 de la carta fundamental de Perú, de 1993, en tanto se trata de un proceso de evaluación integral, una de cuyas posibilidades es la terminación de la carrera judicial.

Por otro lado, analizamos cuál es su incidencia con relación a la necesaria garantía de la independencia judicial, partiendo de la tesis de que la ratificación, como exigencia, no representa el más óptimo escenario para una judicatura *per se* cohesionada, más aún cuando se ha reinstaurado en nuestro país un denominado régimen de evaluación parcial cada tres años y medio, procedimiento que acompañaría en plazos intermedios los procesos integrales de ratificación, que se dan cada siete años.

Por último, constituye un segmento final de este análisis fijar algunos esbozos sobre la viabilidad de un examen de esta institución desde el derecho internacional de los derechos humanos, habida cuenta de que el sistema interamericano, desde decisiones de la Corte Interamericana misma, ha fijado pistas de razonamiento a considerar desde la misma noción de independencia judicial. Aquí nos extenderemos a un examen referencial de los siguientes casos: Tribunal Constitucional versus Perú; Apitz Barbera, Reverón Trujillo, y Chocrón Chocrón, los tres procesos versus Venezuela, y Cuya Lavy y otros versus Perú.

Con estos elementos de juicio estamos en condiciones de realizar un examen equilibrado, más certero y menos apasionado de la ratificación de jueces, habida cuenta de dos tendencias encontradas: aquella que propone la expulsión de esta institución

del ordenamiento constitucional, por tratarse de una modalidad de evaluación incompatible con la independencia judicial, y otra que defiende su permanencia, en el alegato técnico de que estos procesos ayudan a los jueces a mejorar sus competencias, su preparación y sus habilidades, razón por la cual debería conservarse, se propone, el *statu quo* de su vigencia en la Constitución peruana.

Una premisa de orden debe ser establecida: en propiedad buscamos un análisis de racionalidad y razonabilidad de esta institución, meta para la cual es necesario, así lo consideramos, partir de las realidades que exhibe el derecho comparado. Ese espejo de las experiencias foráneas nos permite una mirada más integral de la noción de permanencia en el cargo, una de cuyas aristas en el caso peruano es la ratificación más en clave de cuestionamiento, pues afecta el principio de independencia judicial.

Con ello superamos en nuestra mirada el riesgo de un *localismo* cerrado, entendida esta figura como una noción muy centrada en premisas solo nacionales, y circunscrita únicamente a un examen de la realidad del propio país. Es, pues, necesario verificar las experiencias comparadas que ofrecen en esta materia otros ordenamientos jurídicos, a modo de la denominada *judicial cross fertilisation* o fertilización judicial cruzada, premisa que debe ser entendida como un aporte de la jurisprudencia internacional en su conjunto para producir mejores fallos, mejores decisiones, mejores dictámenes, en aras de realizar el fin último de los derechos humanos y la justicia: dar a cada quien lo que le corresponde. De esta forma, apreciemos que el nombramiento indefinido en el cargo de juez en ordenamientos extranjeros posee una justificación sólida, cual es la de reforzar la independencia judicial, y ese aporte enriquecedor debe valorarse inclusivamente en la *Norma Normarum* de Perú.

En suma, tratamos de aducir que el nombramiento indefinido de jueces en el derecho comparado es la moneda corriente, y se trata de valorar realidades jurídicas en las cuales se fortalece el principio de inamovilidad judicial desde una perspectiva de favorabilidad de existencia de una judicatura independiente. Esta variable será el elemento de mayor valor en el análisis a desarrollar.

## **2. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. UN ANÁLISIS DE PRINCIPIOS**

Señala Binder (2017) que «la debilidad del Poder Judicial ha sido —y lamentablemente continúa siendo— uno de los graves problemas del sistema político latinoamericano» (p. 11). ¿Cómo combatimos ese escenario pesimista al que alude el autor? Precisamente a través del reforzamiento de la independencia judicial como basamento central para asumir la existencia de un *vero stato di diritto* o un verdadero estado de derecho.

En esa línea, un valioso estudio sobre independencia judicial es desarrollado por el profesor sudafricano Jan van Zyl Smit, a través del Centro Bingham para el Estado de Derecho. En ese instrumento, el autor afirma que la independencia judicial tiene una relación directa con el Estado de derecho (Van Zyl Smit, 2016, p. iii) que se expresa a través de tres vertientes: la independencia real de los propios jueces, la independencia percibida que da a la ciudadanía la confianza de llevar sus disputas ante un juez, y la independencia a través de garantías legales, las mismas que sostienen tanto la independencia real como la percibida.

Añade Jan van Zyl Smit (2016) que «la opinión internacional se ha vuelto cada vez más crítica ante la falta de estabilidad laboral y los conflictos de interés que se derivan de los nombramientos por períodos específicos, particularmente si este mandato es renovable», puesto que un criterio añadido es que «el nombramiento

de un buen número de jueces temporales o provisionales es de especial cuidado, ya que daña la protección del cargo y con ello la independencia judicial» (p. iii).

Ilustremos las circunstancias arriba graficadas y ciñámonos al caso peruano, país en el cual el nombramiento del cargo de juez corresponde a un periodo de siete años, sujeto a ratificación: ¿tendrá el mismo nivel de independencia el juez que inicia su carrera que aquel cuyo mandato está próximo a vencer y debe someterse a un proceso de ratificación? Desde una perspectiva teórica, debemos aseverar que en ambos casos debe mantenerse incólume el principio de independencia judicial, pues esta, además de un principio, es una obligación, en la cual la esfera personal del contenido material de independencia debe manifestarse en toda su dimensión, en todas las actuaciones de los jueces y ante todos los escenarios posibles.

Sin embargo, es pertinente preguntarnos: ¿la conservación de la independencia gozará de la misma fortaleza enunciada *supra* cuando un juez esté próximo a alcanzar los siete años de servicios en el *corpus iuris*, dado que el proceso de ratificación en rigor implica, en el mejor de los casos, la permanencia y renovación de confianza por otros siete años, y en la menos óptima de las situaciones expresa la no prosecución en el cargo o, más en específico, el cese en el cargo de juez?

Los jueces son seres falibles, como sucede con todas las demás profesiones, mas resulta meridianamente cierto, y no podemos negarlo, que todo proceso de ratificación añade una cuota de incertidumbre a la perspectiva de la carrera del juez, en tanto la atingencia de término en la responsabilidad judicial es una manifiesta posibilidad.

Añade Van Zyl (2016) que «si se protege la seguridad de los jueces en sus cargos al dificultar su destitución, los jueces ten-

drán menos razones para temer un despido arbitrario, y esto les facilitará emitir resoluciones que sepan que serán impopulares en el gobierno» (p. 5).

Las resoluciones impopulares nos llevan a un plano neurálgico de debate. Las decisiones de los jueces deben estar arregladas a ley y a la carta fundamental de un Estado. Y de suyo, una resolución impopular nos lleva, por extensión de referencia, a una obra del profesor noruego Jon Elster (2002), quien utiliza la alegoría de un Ulises atado para representar los controles que significa una democracia constitucional. En desarrollo extensivo nuestro de esa idea, si Ulises está atado, entonces la democracia está sujeta a controles, y los jueces representan las cuerdas que atan al guerrero. Sin embargo, si Ulises se desatara, entonces cualquier resultado adverso podría ocurrir en esa democracia no sujeta a controles.

Los jueces, desde nuestra visión, deben estar preparados para emitir resoluciones impopulares, cual fuera su resultado, pues antes goza de preeminencia la observancia de la ley y la Constitución, y no la satisfacción de un veredicto popular o los juicios paralelos que alguna vez los medios de prensa destacan. Ahora bien, aquí cabe la interrogante: ¿se ve reforzada la independencia judicial si ese juez no está sujeto a un proceso de ratificación? o, en otros términos, ¿pueden significar los cuestionamientos a un juez por sus decisiones, quizá impopulares, un factor que incline negativamente la balanza del resultado de un proceso de ratificación?

En rigor, una sentencia impopular no sería un argumento propio para una no ratificación, pero la variable de posibilidad en el sentido acotado sí existe. Pensemos incluso que ese contexto aludido pudiera recrearse en grado menor, entendámoslo así, pero ciertamente el riesgo es una posibilidad. En el otro escenario —nos referimos a un contexto de no existencia de procesos de

ratificación—, ese riesgo desaparece, pues el juez independiente no debe el sentido de sus decisiones al pueblo, sino a los principios que emanan de la ley y la carta magna.

Desde otra perspectiva, es importante advertir el rol que desempeñan las garantías legales en relación con la independencia judicial. Van Zyl (2016) acota que:

las garantías legales pueden fortalecer la percepción pública de la independencia judicial y, en consecuencia, la confianza pública en el poder judicial, lo cual, a su vez, hará que sea más probable que los jueces muestren una independencia real [...]. [A su vez] las garantías legales envían la señal de que el Estado se compromete a garantizar la independencia judicial (p. 5).

Lo afirmado *supra* nos permite reforzar la noción de un *gouvernement des juges* o gobierno de los jueces, en el mejor sentido que Fuchs (2018) le asigna, en tanto, si bien «la política decide en función de tendencias de opinión [...], en la sentencia jurídica en cambio, debe prevalecer, lo “racional”, es decir, el razonamiento, la argumentación» (p. VIII). En este norte de ideas, podemos afirmar que la independencia judicial consolida un gobierno de jueces desde la perspectiva de una buena argumentación, y es esa noción de decisiones sólidas la que nos permite hablar de independencia real y no nominal.

Hemos afirmado antes que las garantías legales sostienen tanto la independencia real como la percibida. Se trata de herramientas que, en el caso peruano, encuentran un desarrollo de importancia en el inciso 2 del artículo 139 de la norma fundamental de 1993, la cual señala que «son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional».

Esta independencia goza de un respaldo de *soft law* a través de los «Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura» (Naciones Unidas, 1985, p. 1), instrumento que señala en su artículo 12:

Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.

Los argumentos antes enunciados manifiestan diversas posturas respecto a la importancia de un nombramiento indefinido de los jueces para sus responsabilidades jurisdiccionales. De esa forma, enuncia Van Zyl (2016): «Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las designaciones por períodos cortos de tiempo disminuyen la estabilidad necesaria para llevar a cabo adecuadamente las funciones judiciales y debilitan la autonomía y la independencia judicial» (p. 9).

Varias instituciones vinculadas al tema refuerzan las tesis propuestas. De esa forma, la Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers (2009), órgano técnico de Naciones Unidas, señala:

54. The Human Rights Committee has repeatedly expressed concern at the lack of security of tenure. Particularly, it raised concern about short terms of office and requirements for regular review of judges' appointments by the executive. The Special Rapporteur concluded that a short term for judges weakens the judiciary, affects their independence and their professional development.

En traducción libre, se entiende que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones expresa su preocupación por los términos

cortos de nombramiento de jueces, y que efectivamente un periodo reducido debilita la independencia judicial.

Por otro lado, acota Van Zyl (2016) que:

la Comisión Interamericana ha señalado que para los jueces es problemático tener que enfrentar la posibilidad de ser reelegidos. De nuevo, es claro que la independencia real queda puesta en riesgo si los jueces tienen razones para temer que las decisiones impopulares que toman, tendrán consecuencias en la etapa de renovación (p. 10).

Se suma a esta línea de pensamiento la «Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina», más conocida como la Declaración de Campeche, adoptada en 2009 en el seno de la Asamblea General de la Federación Latinoamericana de Magistrados. En este instrumento se exhorta a que las designaciones de jueces sean permanentes, y que los mismos «han de ser nombrados a título definitivo, no pudiendo serlo a plazo» (Van Zyl, 2016, p. 10).

Suma a lo acotado Van Zyl (2016) las «Normas Mínimas de Independencia Judicial» de la International Bar Association, de 1992, las cuales acotan que «en general, las designaciones judiciales deben ser de por vida, sujetas a remoción por causa justificada y a jubilación forzosa a una edad fijada por la ley en el momento de la designación» (p. 11).

La cita específica original —por su importancia la incluimos aquí— corresponde al artículo 22 de la Declaración acotada en los términos siguientes: «Judicial appointments should generally be for life, subject to removal for cause and compulsory retirement at an age fixed by law at the date of appointment» (International Bar Association, 1982, p. 3).

Por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha declarado que los funcionarios judiciales no deben ser «nombrados por contrato por un período determinado». La cita específica es: «(n) Judicial officers shall not be: [...] 3. appointed under a contract for a fixed term» (African Union, 2003, p. 3).

En adición a lo expresado, señala Van Zyl (2016) que:

la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho («Comisión de Venecia») desaconseja las designaciones de jueces ordinarios por periodos específicos, debido a preocupaciones sobre la independencia judicial, aunque la Comisión hace una excepción en el caso de los jueces de cortes constitucionales nombrados por plazos predeterminados en algunos países europeos (p. 11).

Por su importancia, creemos pertinente la cita expresa del criterio invocado:

#### 4. Tenure - period of appointment

34. Opinion No. 1 of the CCJE adds (at 48): «European practice is generally to make full-time appointments until the legal retirement age. This is the approach least problematic from the viewpoint of Independence» and (at 53) «The CCJE considered that when tenure is provisional or limited, the body responsible for the objectivity and the transparency of the method of appointment or re-appointment as a full-time judge are of especial importance» (Comisión de Venecia, 2010, p. 8).

Los enunciados anteriores reflejan una línea común en la coincidencia de tendencia notoriamente mayoritaria respecto a los nombramientos indefinidos de los jueces en sus cargos. Esta es una variable de extraordinaria importancia para nuestro estudio, pues la vinculación entre independencia judicial y nombramientos de por vida es estrecha, en tanto que las limitaciones temporales, en

rigor, involucran una connotación de restricción preocupante respecto de la independencia de los jueces.

Nuestra percepción de la independencia judicial incluso es de carácter reforzado, dado que consideramos, adicionalmente, que la conclusión de la permanencia en el cargo de los jueces provisionales también debe ser justificada, a fin de reforzar el ámbito de transparencia de las decisiones administrativas. En ese sentido, el retiro de jueces provisionales de sus cargos debería cumplir un estándar mínimo de motivación en relación con la razón de retiro del juez provisional en el cargo.

Nuestra razón es muy puntual: la percepción del juez respecto a que su labor no se va a ver amenazada por ninguna coyuntura externa, menos aún política, va a consolidar una posición de independencia; por tanto, el retiro del cargo de un juez provisional, incluso, debería solo obedecer a una justificación que a su vez goce de dos estándares mínimos: razonabilidad y proporcionalidad. Y sobre esto mismo, si bien lo provisorio connota temporalidad, es relevante que los ceses en esta modalidad no obedezcan a decisiones esencialmente arbitrarias.

### **3. LA RATIFICACIÓN DE JUECES. CONTEXTO SITUACIONAL**

Un viejo debate propuesto por el profesor alemán Otto Bachof (2008) es si pueden existir normas constitucionales inconstitucionales. Este planteamiento nos conduce a un escenario complejo: ¿puede acaso la Constitución, como ley de leyes, albergar una norma *per se* inconstitucional? Podríamos replicar ante ello, *prima facie*, que sería un imposible jurídico que las reglas insertas en la *Norma Normarum* estén viciadas de inconstitucionalidad y, sin embargo, el contexto aludido es posible. Explicamos a continuación por qué.

La Constitución obedece a la decisión de un poder constituyente, que es aquel que establece una voluntad primigenia. Una asamblea constituyente expresa una intención de materialización y, en ese sentido, una carta fundamental expresa la concreción de la voluntad general. Sin embargo, la naturaleza humana ínsitamente es falible. Podemos convenir en una premisa a plasmar en una norma de normas, mas ese juicio general no constituye una validación *in extenso*, sin sujeción de control alguno. En consecuencia, es solo el control constitucional la fórmula a través de la cual existe una plasmación de compatibilidad con la Constitución, esto es, solo un alto tribunal de la primacía de la Constitución es el ente autorizado para validar, en último plano, una regla determinada en la carta fundamental misma.

Bajo ese razonamiento, es pertinente preguntarnos si podemos llegar a un dictamen de incompatibilidad de la institución de la ratificación de jueces con el ordenamiento constitucional. Al respecto, la respuesta a este cuestionamiento en nuestro ordenamiento constitucional es negativa, pues la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano viene admitiendo la validez de las ratificaciones. Sin perjuicio de ello, corresponde adicionalmente que indagemos un tanto más allá a fin de verificar si acaso cumple esta figura el requisito de convencionalidad, esto es, si esa noción puede entenderse, en relación directa, con estándares validados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

A tenor de lo señalado, desarrollaremos una visión general de la ratificación de jueces con énfasis en la experiencia peruana para, finalmente, optar por abordar un examen de convencionalidad respecto a esta institución.

La ratificación de magistrados en el Perú es una institución que corre inserta en nuestra Constitución de 1993, y es graficada en los siguientes términos:

Artículo 154.- Atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura  
Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: [...]

2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.

Una precisión es de importancia: en el Perú jueces y fiscales gozan de las mismas atribuciones constitucionales. En ese orden de ideas, los fiscales también están sujetos al proceso de ratificación. Para fines de generalización en este trabajo, la referencia a jueces implícitamente ha de conllevar la mención a fiscales del Ministerio Público.

En relación con nuestro tema y desde una perspectiva conceptual más rigurosa, la ratificación de jueces debe entenderse como una institución derivada de la noción de *permanencia en el cargo*, premisa que a su vez nos conduce a dos vertientes definidas: la permanencia en el cargo *ad vitam* (de por vida), como sucede en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo; y la otra dimensión del problema, como ocurre en Perú, es el escenario en el que el cargo de juez titular de la entidad judicial tiene una vigencia de siete años, término después del cual es necesario aprobar un proceso de ratificación para permanecer siete años más en el cargo, y así sucesivamente. La carrera judicial concluye a los 70 años de edad.

En relación con la permanencia en el cargo, noción a separar de la idea de nombramiento, el derecho comparado ofrece panoramas diferenciados respecto a los nombramientos de magistrados de cortes constitucionales, jueces federales, magistrados de tribunales supremos, etc., y jueces del Poder Judicial (Pásara y Feoli, 2011, p. 10).

Nuestro estudio, sin pretensiones de abarcar un examen exhaustivo de todas las figuras, se ha de centrar en los jueces del Poder

Judicial, asumiéndose, en una gran mayoría de casos en este ámbito, que se trata de regímenes de carrera, a diferencia de los nombramientos de magistrados de altos tribunales, los cuales suelen ocurrir por periodos específicos, dado que su designación es competencia del Poder Legislativo.

Son países cuyo nombramiento de jueces del Poder Judicial tiende a ser vitalicio (Pásara y Feoli, 2011, p. 10), entre otros —por referirnos solo al ámbito latinoamericano—, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá y Venezuela.

Admiten los nombramientos temporales: Guatemala (cinco años), México (seis años; si son ratificados, indefinido), Paraguay (cinco años; a los diez, hasta los 75 años) y Perú, país que —como ya hemos reseñado— exige un proceso de ratificación a sus jueces y fiscales cada siete años, y desde 2019 prevé un proceso adicional de evaluación parcial cada tres años y medio.

Respecto a la evaluación parcial, señala el artículo dos de la Ley n.º 30916, del 19 de febrero de 2019, que son competencias de la Junta Nacional de Justicia: «[...] c. Ejecutar conjuntamente con la Academia de la Magistratura la evaluación parcial de desempeño de los jueces y fiscales de todos los niveles cada tres (3) años y seis (6) meses» (Congreso de la República, 2019). Analizamos *infra* este ítem.

Conviene ahora abordar una visión de lo que denominaríamos las fortalezas de la ratificación, desde la perspectiva de lo avanzado, en esta materia, en la jurisprudencia peruana. Hacemos esta referencia porque requerimos de ese insumo de trabajo a fin de contrastarlo *a posteriori* con nuestras observaciones respecto de la ratificación judicial.

El Tribunal Constitucional de Perú ha consolidado una línea jurisprudencial a favor de la ratificación de jueces. Entre otros

fallos, la Sentencia n.º 006-2009-AI/TC, del 22 de marzo de 2010, señala:

55. Ante todo, se debe enfatizar que los jueces han de ser personas idóneas en el ejercicio funcional. Se ha garantizado su permanencia en el ejercicio de su cargo pero «[...] *mientras observen conducta e idoneidad propias de su función*» [artículo 146, inciso 3) de la Constitución]. Para comprobarlo, cada siete años están sometidos a una ratificación por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, siendo así evaluados [artículo 154, inciso 2) de la Constitución], procedimiento que ha sido avalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia. La gran pregunta que subyace a esta afirmación es si sólo es válido evaluarlos antes de una ratificación o si ello puede realizarse constantemente. *Prima facie*, conscientes de la necesidad de una buena judicatura, este Colegiado no puede sino estar de acuerdo con el constante control a la actividad de aquellas personas de las cuales depende la seguridad jurídica y la paz social. Mientras mejores jueces tengan los peruanos, mejor democracia habrá, más inversión llegará, y más protegida se sentirá la población. Incluso el propio Poder Judicial considera necesaria la evaluación permanente de sus trabajadores, aunque sea realizada por él mismo, la «*cual no debe ser diaria, sino horaria*» [Alegato del presidente de la Corte Suprema en la Audiencia Pública, del 11 de agosto de 2009], aunque no propone una fórmula específica alternativa a la Ley (Tribunal Constitucional del Perú, 2010).

Refuerza su tesis el Tribunal al acotar que:

56. [...] un control permanente de la judicatura no es inconsistente con el estatuto constitucional de los jueces, siempre y cuando se realice dentro de los parámetros de la razonabilidad y sensatez, buscándose concomitancia entre un adecuado estándar de control y una suficiente y probada calidad de los jueces en el país (Tribunal Constitucional del Perú, 2010).

Cabe destacar en estos párrafos que anteceden, y para fines de nuestro estudio, la relación entre idoneidad y control constante de los jueces, relación que se materializaría a través de los procesos de ratificación. En consecuencia, la premisa a construir en buena cuenta sería que estos mecanismos de control, sean procesos de ratificación integral o parcial, han de coadyuvar para lograr el objetivo de una judicatura idónea.

La premisa que construye el Tribunal resulta cierta en un primer ámbito material, pues efectivamente la existencia de jueces mejor capacitados, como premisa, nos conduce a la conclusión relevante de jueces mejor formados y, por consiguiente, han de ser esos jueces autores de decisiones que busquen fortalecer el Estado de derecho. Sin embargo, un segundo ámbito de examen, que debería también satisfacer el juicio de rigor que lograría la primera aseveración, nos dice con suficiencia: ¿será entonces que en el derecho comparado no existe un nivel de exigencia idóneo de mejora de los jueces al contemplar sistemas de nombramiento *ad vitam*? Y veamos que solo hemos reseñado parte de la experiencia latinoamericana, sin señalar los ordenamientos europeos, en los cuales el término de nombramiento es, en propiedad, indefinido.

Entre otras regulaciones europeas, y valga la mención explícita, sírvanos de referencia la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, que es muy puntual en su alcance sobre esta materia. Señala la norma acotada en su artículo 378 que «gozarán de inamovilidad los Jueces y Magistrados que desempeñen cargos judiciales» (España, 1985). Similar figura ocurre en los demás países europeos, los cuales no prevén el término de la carrera de juez sino por causales muy puntuales. Volvemos a la Ley Orgánica española citada, cuyo artículo 379 precisa que la condición de jueces o magistrados se pierde por las siguientes causas: por renuncia a la carrera judicial, por pérdida de la nacionalidad española, por sanción disciplinaria de separación, por condena a pena privativa de

libertad, por haber incurrido en alguna causa de incapacidad, y por jubilación. Es de notarse que no hay ninguna referencia a procesos de ratificación.

La cuestión es objetiva: o Perú no desarrolla un examen adecuado del problema que planteamos con la existencia de los procesos de ratificación, o no lo hace una gran mayoría de países en el derecho comparado, en los cuales sí es cierta la premisa de que la independencia judicial precisamente se refuerza cuando no existen factores externos que puedan afectar la independencia del juez.

De esta forma, si Perú somete a sus jueces a procesos de ratificación parcial e integral, cada tres años y medio y cada siete años, respectivamente, entonces cabe desentrañar la premisa de que estas instituciones puedan afectar —y creemos que sí lo hacen— el principio de independencia judicial.

Lo acotado no implica una exigencia menor a escrutar, pero de entre las bases conceptuales aportadas por la no viabilidad de existencia de los procesos de ratificación nos atenemos a que el caso peruano representa un contexto *sui generis*, en vía contraria de la tendencia internacional en materia de experiencias de los países que no contemplan sistemas de ratificación como el que tiene lugar en nuestro país.

En otro ámbito de este mismo debate, el supremo intérprete de la Ley de Leyes ha evaluado la relación entre evaluación e independencia judicial, y sobre la materia ha señalado, en el proceso de inconstitucionalidad aludido *supra*, lo siguiente:

59. [...] En general, no hay nada que haga suponer que evaluar signifique una vulneración a la independencia de los jueces [inciso 1 del artículo 146 de la Constitución], pues esta se encuentra sometida a la Constitución y a la propia ley. Además, sobre la independencia se puede predicar que el concepto «*se ha caracterizado por ser uno referencial, relativo e instrumental, ya que la concreción*

*jurídica de los factores o elementos a los que el juez, en el ejercicio de la función judicial, no puede someterse, tiene por objeto lograr que su actuación sea imparcial y con plena sujeción a la ley» [fundamento 10 de la STC n.º 3361-2004-AA/TC, siguiendo lo señalado en la STC n.º 1941-2002-AA/TC].*

Es pertinente preguntarnos: ¿incentiva la ratificación la mejora de la función jurisdiccional y propicia mayor institucionalidad? Desde nuestra perspectiva, proponemos una relación material inseparable entre las mejoras de la calidad de las funciones de los jueces y la exigencia de una institucionalidad fuerte del *corpus iuris*, premisa esta última que se concreta, como sucede en el derecho comparado, cuando no existen procesos de ratificación.

#### **4. PISTAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha abordado muchos asuntos relativos a los jueces desde la perspectiva de lesión de la independencia judicial, y ha vinculado este tema a la existencia de afectaciones a los derechos de inamovilidad que tienen los jueces. Analicemos algunas de sus decisiones más representativas sobre la materia. En esa dirección, recogemos algunos fallos emblemáticos, entre ellos, el caso del Tribunal Constitucional versus Perú, en 2001, así como los ceses no fundamentados en cargos provisorios, básicamente en los casos Apitz Barbera y otros, Reverón Trujillo, y Chocrón Chocrón, todos ellos versus Venezuela, entre los años 2009 a 2011. Adicionalmente, corresponde una mención del proceso aún en trámite de Cuya Lavy y otros versus Perú, en relación con procesos de ratificación.

En el caso del Tribunal Constitucional versus Perú, mediante la sentencia del 31 de enero de 2001, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, fundamento 2),

la comisión manifestó que el objeto de la demanda era que la Corte decidiera si el Estado había violado, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, magistrados destituidos del Tribunal Constitucional del Perú, los artículos 8.1, y 8.2.b), c), d) y f) (garantías judiciales), 23.1.c (derechos políticos), y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma. Igualmente, se solicitó a la Corte que ordenara al Perú «reparar integral y adecuadamente» a dichos magistrados y reintegrarlos en el ejercicio de sus funciones.

La Corte dejó sentado el criterio de que se veía afectada la independencia judicial al destituirse a un magistrado a causa de su posición en una controversia jurisdiccional. En el caso que nos ocupa, los destituidos declararon inaplicable la Ley de Reelección Presidencial del entonces mandatario Alberto Fujimori, por lo que, posteriormente, fueron destituidos por el Congreso de la República.

En el caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) versus Venezuela*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, por sentencia del 5 de agosto de 2008, criterios sobre la afectación de la independencia judicial en el caso de ceses de jueces provisorios. La demanda se vincula a la destitución de Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera, exjueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por haber incurrido, supuestamente, en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) añadió que la comisión había alegado que la destitución por dicho error:

resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho [...], [y que se los destituyó] por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable cuando lo que existía era una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada, en grave violación de su derecho a un debido proceso por la falta de motivación de la decisión que los destituyó, y sin que tuvieran a su disposición un recurso sencillo, rápido y efectivo que se pronunciara sobre la destitución de que fueron objeto (2009a, fundamento 2).

Una cuestión en debate aquí, según la Corte, fue:

determinar si los Estados deben ofrecer a los jueces provisorios un procedimiento de remoción igual o similar al ofrecido a los jueces titulares. La Comisión consideró que, «más allá de que los jueces en un país sean titulares o provisorios, deben ser y aparecer como independientes», razón por la cual «[s]u destitución debe realizarse en estricto apego a los procedimientos establecidos en la ley, respetando su derecho a un debido proceso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009a, fundamento 42).

Asimismo, la CIDH observó que los Estados:

están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial (2009a, fundamento 43).

Finalmente, la Corte declaró que el Estado lesionó, en perjuicio de los demandantes, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma. De igual modo, acota que el Estado incumplió con el deber de motivación derivado de las debidas garantías del artículo 8.1 de dicha convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

En el caso *Reverón Trujillo versus Venezuela*, con la sentencia del 30 de junio de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, la CIDH siguió una misma línea de razonamiento sobre la independencia judicial. La demanda estaba relacionada con:

la destitución arbitraria de María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba, ocurrida el 6 de febrero de 2002. El 13 de octubre de 2004 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución, por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero no ordenó la restitución de la presunta víctima a su cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir. Por tales razones, la Comisión alegó que el recurso de nulidad no proporcionó a la señora Reverón Trujillo un recurso judicial efectivo capaz de remediar, en forma integral, la violación a sus derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009b, fundamento 2).

Asimismo, en el fundamento 64 de esta decisión se señaló que:

El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos de carrera es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido. Lo anterior se debe a que los funcionarios públicos han ingresado por medio de concursos o algún otro método legal que determine los méritos y calidades de los aspirantes y forman parte de una carrera permanente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009b).

Luego, en el fundamento 79 de este fallo se estableció que:

Se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009b).

Finalmente, la Corte declaró que el Estado violó los artículos 23.1.c) y 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

En el caso *Chocrón Chocrón versus Venezuela*, en la sentencia de 1 de julio de 2011, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, la CIDH indicó que:

En la demanda se alegó una supuesta destitución arbitraria de la [presunta] víctima del cargo de Jueza de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en ausencia de garantías mínimas de debido proceso y sin una adecuada motivación, sin la posibilidad de ser oída y de ejercer su derecho de defensa, y sin haber contado con un recurso judicial efectivo frente a [presuntas] violaciones [de derechos], todo como consecuencia de la falta de garantías en el proceso de transición del Poder Judicial (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, fundamento 2).

En el fundamento 117 del fallo se señaló que:

La presunta víctima podía contar con la expectativa legítima de permanecer en su cargo hasta la realización de los concursos públicos de oposición establecidos en la Constitución. Esto implica que la remoción de la señora Chocrón Chocrón solo podía proceder

en el marco de un proceso disciplinario o a través de un acto administrativo debidamente motivado [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Finalmente, la Corte se pronunció señalando que el Estado violó los artículos 8.1 y 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Los fallos antes enunciados denotan una coincidencia común: existe afectación al principio de independencia judicial en escenarios de ceses de las funciones jurisdiccionales de los jueces si no existe una causal de justificación suficiente.

Tanto la destitución de magistrados de un Tribunal Constitucional, así como los ceses de jueces provisorios en el caso de Venezuela comparten una vertiente en común con la eventualidad de un proceso de ratificación en el caso peruano: el sometimiento del juez a la circunstancia de que pueda ver terminada su carrera, contexto en el cual sufre restricción grave el principio de independencia judicial. Reiteramos una vertiente ya acotada: este contexto no ocurre en un gran número de sistemas jurisdiccionales en el derecho comparado, y ello no sucede en otros países no porque no se busque mejores jueces, sino porque queda apuntalado en ellos una manifiesta tendencia a una observancia material de más amplios enunciados del principio de independencia judicial.

Podría ser válida una interrogante: ¿es la propuesta de derogación de la ratificación de jueces una afirmación de no querer someter a los jueces a estándares de mejora o de no sancionar las conductas que pudieran ameritar la terminación del cargo? En absoluto, pues, por un lado, la mejora de competencias de los jueces sigue siendo un imperativo categórico en todo sistema de justicia con estándares altamente democráticos; por otro lado, los procedimientos disciplinarios existen en todos los ordenamientos jurídicos, y, en propiedad, el mayor resultado gravoso de ellos es

la expulsión de la carrera judicial. Entonces, la ratificación *per se* deviene innecesaria cuando está garantizada la existencia de un proceso disciplinario.

Mención aparte merece el caso Cuya Lavy y otros versus Perú, y hacemos una separación del resto de casos antes aludidos, pues es una causa en trámite. Sobre esta materia, la CIDH ha advertido que los procesos disciplinarios contra jueces «deben estar orientados a procurar la rendición de cuentas y a determinar su idoneidad con criterios objetivos». Es pertinente destacar que este caso ha sido llevado por la CIDH ante la Corte; es decir, es un asunto justiciable en sede de derechos humanos, y, si existe denuncia de la CIDH, entonces presumiblemente existe responsabilidad del Estado encausado.

Al respecto, es pertinente acotar que todo proceso que evalúe la idoneidad de jueces suponga, objetivamente, la valoración de criterios de control jurídico y no la configuración de votos de confianza, pues esta última es susceptible de ser arbitraria. Por el contrario, delimitados los criterios jurídicos de valoración, sea de un proceso disciplinario o de otra naturaleza, el juez no se ve enfrentado al complejo contexto de depender de una apreciación subjetiva, como puede ocurrir potencialmente en el caso del voto de confianza.

## **5. OBLIGACIONES ADICIONALES: LA EVALUACIÓN PARCIAL DE JUECES**

Los ítems hasta aquí desarrollados nos permiten una apreciación crítica del régimen de ratificación de jueces y fiscales en nuestro país, y, sin embargo, es pertinente examinar las aristas de otra institución *sui generis* exigible respecto a los jueces en relación con su desempeño. Nos referimos a la evaluación parcial de jueces y fiscales en el caso peruano.

La STC 006-2009-AI/TC, del caso Ley de Carrera Judicial, aborda diversos cuestionamientos al nuevo régimen establecido legalmente respecto al régimen de los jueces, y nos interesa, a efectos de nuestro tema central, examinar la cuestión relativa a la evaluación parcial de jueces, cada tres años y medio, aspecto que finalmente fue declarado inconstitucional. Sin embargo, la observación central del Tribunal Constitucional sobre la materia fue la composición del cuerpo de evaluadores, que recaía en el fenecido Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Ergo, considera viable la existencia de la evaluación parcial. Al respecto, la discrepancia se centró en lo siguiente:

62. La «evaluación parcial del desempeño» afecta la autonomía y las facultades de gobierno y de administración del Poder Judicial, pues la competencia de organizar el «Cuadro de Méritos» le corresponde a dicho poder del Estado, tal como lo señalaban los artículos 219° y 220° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En definitiva, la evaluación sólo puede corresponder a quien ejerce el gobierno judicial, el cual está residenciado en el propio Poder Judicial (Tribunal Constitucional del Perú, 2010).

De lo anotado podemos hacer una importante inferencia: la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional considera compatible con la carta fundamental del Perú que exista un régimen de ratificación de jueces; sin embargo, observa el procedimiento adoptado al respecto, pues establece circunstancias de afectación a la autonomía y facultades de gobierno y de administración del Poder Judicial al alegarse que la referida evaluación parcial corra a cargo de un organismo mixto (tres miembros del CNM y tres del Poder Judicial) conforme preveía el artículo 88 de la Ley de Carrera Judicial.

La atingencia es más específica: la elaboración del cuadro de méritos, cuestión que se habría de vincular al mismo procedimiento

de evaluación parcial, debería ser de cargo solo del Poder Judicial, pues así lo manda la Ley Orgánica de este poder del Estado.

A pesar de lo sostenido respecto a la no constitucionalidad de la evaluación parcial de jueces, mas solo por un tema de composición del cuerpo de evaluadores, la Ley n.º 30916, del 18 de febrero de 2019 —Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia (JNJ), organismo que reemplaza al ex Consejo Nacional de la Magistratura—, al prever la evaluación parcial, incurre en el mismo enfoque de procedimiento que dio lugar a la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Ley de Carrera Judicial, pues se prevé, conforme antes hemos acotado, que sean la JNJ y la Academia de la Magistratura los órganos técnicos que se ocupen de la evaluación parcial de los jueces.

Una línea de reflexión que nos interesa destacar alude a que ya existen pautas directivas en la STC 006-2009-AI/TC para convenir en que la evaluación parcial, como sistema de examen, merecería, si fuera el caso, una estructura que no afecte de ningún modo la independencia judicial. Sin embargo, desde nuestra posición, esta no tan nueva institución también afecta a la independencia judicial. A ello debe sumarse que la función de evaluación parcial no está prevista expresamente en la Constitución y una modificación de esas condiciones debería implicar una reforma de la Constitución misma.

Por otro lado, es importante aquí rescatar la fundamentación de la existencia de la evaluación parcial de acuerdo con los alcances de la misma ley, y ella propone, según preveía la norma en su artículo 88: ascensos al CNM, promociones al Poder Judicial y medidas correctivas a ser implementadas. En consecuencia, la disyuntiva mayor radica en si esta función correctora corre a cargo de otros órganos técnicos cuando el Tribunal ya ha fijado una línea relevante de razonamiento, en el sentido de que esa función propositiva debe satisfacer una estructura idónea con otros estándares de desarrollo.

Desde esta perspectiva, resulta importante que nos ciñamos a un intento de aplicación del test de proporcionalidad, técnica de interpretación que determina si una norma, regla o conducta es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, tarea que a su vez conlleva un ejercicio implícito de ponderación entre derechos fundamentales no compatibles.

De esa forma, un análisis de la Ley n.º 30916 en el ámbito de la evaluación parcial de jueces podría bien hacernos llegar a la conclusión de que efectivamente es una regla idónea, pues cumple un fin de relevancia constitucional trascendente: la mejora de la judicatura. Sin embargo, no cumple el subexamen de necesidad, ya que se presenta un esquema gravoso de concurrencia de órganos que no corresponden al gobierno del Poder Judicial, en tanto desarrollan, primero, una función contralora de régimen (como ocurre con la Junta Nacional de Justicia) y, segundo, una función formativa (como sucede con la Academia de la Magistratura).

Dado que la evaluación parcial no es una modalidad que cumpla el subexamen de necesidad, entonces no deviene pertinente el desarrollo del tercer subexamen vinculado a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, aun cuando esta sea nuestra afirmación respecto al subexamen de necesidad —si acaso optáramos por desarrollar el subexamen de proporcionalidad en sentido estricto— advertiríamos que el grado de afectación del principio de potestades evaluadoras del Estado podría bien ubicarse —siguiendo la premisa de la escala triádica de afectación y satisfacción de un derecho fundamental (Alexy, 2007, p. 468)— en un nivel medio, en tanto el grado de satisfacción del principio de independencia judicial sería elevado. Esta precisión toma en cuenta la pauta del profesor de Kiel en cuanto a que el grado de satisfacción de un derecho fundamental siempre debe ser mayor que el grado de afectación del derecho fundamental opuesto.

Observemos, nuevamente, que no desvirtuamos la tesis de que debemos siempre apuntar al fin de relevancia constitucional respecto a una mejor judicatura, y que debemos coadyuvar para que alcancemos el objetivo de jueces mejor formados; sin embargo, esos objetivos también se pueden lograr en concordancia con los artículos 219 y 220 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales encomiendan la función de mejoras institucionales al propio Poder Judicial, con relación a la formación de jueces.

## **6. UN ANÁLISIS DE CONVENCIONALIDAD DE LA RATIFICACIÓN**

El control de convencionalidad es definido como «la concreción jurisdiccional de la obligación de los derechos humanos en el ámbito interno» (Nash, 2013, p. 490), y, además, «es una pieza clave para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional» (Nash, 2013, p. 506).

Llegado nuestro estudio a este punto, estamos en condiciones de dirigir una mirada a la ratificación de jueces y a la evaluación parcial de los mismos desde las premisas materiales propias de los derechos humanos. ¿Cuáles son las implicancias de verificar la convencionalidad de una institución jurídica? Creemos que, en perspectiva, toda figura jurídica debe ser compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, y en materia judicial, es aún más sensible esta cuestión.

Sobre este ejercicio de convencionalidad existen dos ámbitos. En primer lugar, es una exigencia verificar la compatibilidad de una figura con la Convención Americana de Derechos Humanos; y, en un segundo lugar, y como consecuencia de un examen de no favorabilidad de una regla, norma o conducta con la propia convención, procede adecuar la realidad de un país a los estándares implícitos y explícitos de la convención misma. Lo expuesto en el

primer punto tiene lugar a partir de un ejercicio de interpretación de una realidad mediante los principios de la Carta Americana. Y lo expuesto en segundo lugar acaece cuando concurre el ejercicio interpretativo de la CIDH para sancionar la conducta de un Estado parte del sistema, y cuando tiene lugar, en rigor, un sometimiento directo a la jurisdicción de la Corte misma.

Nuestra propuesta se decanta por la primera posibilidad. El ejercicio de configuración de una incompatibilidad entre la institución de ratificación de jueces en Perú y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto afecta, en forma tangible, el principio de independencia judicial.

¿Cuáles son las justificaciones que nos llevan a hacer esta afirmación? Una primera razón que aportamos, después de lo expuesto en los temas precedentes, es la afectación que existe de la garantía de inamovilidad judicial en el caso de las ratificaciones judiciales, pues, si no existe seguridad de permanencia, los decisores jurisdiccionales son vulnerables a presiones externas. Lo hemos constatado en los casos aludidos anteriormente, además de que, en esencia, la ratificación como institución implica una afectación directa del principio de inamovilidad judicial en cuanto esta conlleva la posibilidad directa de cese en el cargo de juez.

En un segundo orden de ideas, recogemos el aporte de un borrador de pedido de audiencia temática sobre independencia judicial, realizado por parte de jueces del Perú a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ver Asociaciones de Jueces Perú, 2020). Al respecto, el mismo documento que la ratificación vulnera, también acota el principio de imparcialidad en dos vertientes: por un lado, insta a que los jueces se comporten «de tal modo que busquen el apoyo de la autoridad encargada de la decisión de ratificación y, por otro lado, que dicho comportamiento sea percibido por los y las justiciables como tal» (Asociaciones de Jueces Perú, 2020, p. 3).

En rigor, la posibilidad de que esto ocurra existe en la medida que, (i) respecto al segundo aspecto, no refuerza el principio de independencia judicial que la comunidad jurídica advierta; (ii) que, en un proceso de ratificación, los jueces vean subordinado el resultado de su ratificación al criterio de evaluadores que van a dictaminar sobre la trayectoria como jueces; y (iii) fundamentalmente, que es atribución del evaluador disponer el cese del juez.

Como hemos señalado previamente, destacamos el valor intrínseco de una evaluación siempre que esta se produzca con fines sustantivos de mejora profesional, mas no a efectos de dictaminar el eventual cese del juez, pues esta circunstancia ha de ser percibida por la sociedad civil como un debilitamiento de la fortaleza de permanencia en el cargo, cuestión que solo debería obedecer, si acaso ocurriera una inconducta funcional del juez, a un proceso disciplinario, el cual representa la vía pertinente para, bajo los alcances de los principios de legalidad y taxatividad, corresponda que el juez cese en el cargo, pero bajo una justificación formal, además de material.

En un tercer ítem de razones, y volvemos a recoger el pedido anteriormente referido de audiencia temática, «el proceso de evaluación y ratificación tiene una naturaleza materialmente sancionatoria y no reúne las garantías del artículo 8 de la Convención Americana» (Asociaciones de Jueces Perú, 2020). Al respecto, advertimos que es esta una suerte de percepción generalizada del *corpus iuris* mayoritario respecto del proceso de ratificación, en tanto un resultado posible de dicho proceso es la exclusión de la carrera judicial. Entonces, asume este instituto un matiz de posible sanción. Por otra parte, el juez, cuya central responsabilidad es juzgar personas, se ve en la directa situación de, eventualmente, ser juzgado por su trayectoria en los últimos siete años de ejercicio en el cargo.

En cuarto lugar, añade el estudio que «el mecanismo de evaluación y ratificación supone afectaciones a la libertad de expresión y pueden llegar a constituir desviación de poder» (Asociaciones de Jueces Perú, 2020, p. 5). Aquí encontramos dos aspectos relevantes: por un lado, el proceso de ratificación supone evaluar, de igual forma que otros ítems, la posición del juez en los trabajos académicos que hubiera podido desarrollar en el plazo de evaluación a que se le somete; y, por otro lado, pueden tener lugar elementos de desviación de poder cuando los procesos relativos a medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo puedan tener una «aparente legalidad». Estos riesgos pueden ser tildados de menores y, sin embargo, son contextos potencialmente susceptibles de tener lugar en un proceso de ratificación.

Nos explicamos: el proceso de ratificación es una evaluación integral del desarrollo profesional del juez en sus siete años de experiencia jurisdiccional. Ello incluye, también, por cierto, cuáles han sido las posiciones asumidas en sus fallos, así como en trabajos de investigación. Confiaríamos, *prima facie*, en la imparcialidad de los evaluadores; sin embargo, ¿es este margen de imparcialidad un criterio objetivo? Consideramos que no en suficiente modo, pues no podemos excluir la posibilidad de una evaluación subjetiva cuando el proceso de ratificación es susceptible de abrir un espacio de esta naturaleza. En sí misma, la ratificación por sus alcances y connotación puede devenir subjetiva.

Igualmente, la cuestión relativa a la «aparente legalidad» se ha superado en parte, pues los procesos de ratificación hoy deben fundamentar el cese del juez no ratificado. Sin embargo, esta exigencia de justificación en el procedimiento recién tuvo lugar desde el 2006 en Perú, cuando —vía un acuerdo amistoso entre el Estado peruano y jueces defenestrados en procesos de ratificación (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006)— el Estado peruano aceptó su responsabilidad por los ceses

inmotivados de 52 jueces que no lograron aprobar el proceso de ratificación, todos ellos excluidos sin motivación del cese y separados solo a través de un voto de confianza. Sometido el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el acuerdo implicó, entre otras medidas, disponer la realización de nuevos procesos de ratificación.

En los casos aludidos comenzó a exigirse la motivación de las no ratificaciones de jueces. Ello fue un avance importante respecto a la independencia judicial, mas el proceso de ratificación sigue existiendo como tal, y su existencia, a juicio nuestro, plasma una forma de afectación al principio de inamovilidad en el cargo, figura vinculada en estrecho a la independencia judicial.

Lo afirmado arriba puede sintetizarse de otra forma: antaño, bastaba una expresión puntual de voto de no confianza para que el juez sea separado de la carrera judicial. Hogaño, los procesos de ratificación exigen una fundamentación de la causal de no ratificación; sin embargo, optamos por insistir en la no convencionalidad de esta figura, pues afecta el principio de independencia judicial, lo que, a su vez, implica la vulneración de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, relativos a garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

## **7. CONCLUSIONES**

Lo expuesto en este estudio surge de la importancia de atender al principio de independencia judicial para llegar a establecer, como propuesta, la incompatibilidad entre la institución de los procesos de ratificación judicial y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es cierto que la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Perú ha validado la vigencia de los procesos de ratificación, esto con el argumento de que se impulsa la mejora de la función

jurisdiccional. No obstante, la independencia judicial no supone una declaración nominal de la misma en un Estado de derecho, sino la adecuación de conductas, dentro de ese mismo Estado, para el fortalecimiento de la judicatura; y esta no debe ser más un «poder nulo», como solía alegar Montesquieu, barón de La Brède, sino constituirse en un verdadero poder del Estado.

Y de entre las varias causales que aportamos para una no vigencia del proceso de ratificación, recurrimos al argumento del nombramiento indefinido de jueces que ocurre en prácticamente todos los sistemas jurídicos del mundo, pues se entiende la existencia de una judicatura fuerte e independiente, sobre todo, cuando esta no es sometida a contextos que reduzcan su margen de acción y ejercicio, es decir, cuando no se ven sometidos los jueces a procesos que, potencialmente, pueden implicar el cese en el cargo, si acaso el resultado de la ratificación fuera negativo. Para sancionar al juez existen los procesos disciplinarios, que, a su vez, deben cumplir los principios de legalidad y taxatividad, a fin de que, si ocurre una causa justificada, sea cesado el juez dentro de los lineamientos del debido proceso.

Extendemos nuestro cuestionamiento al régimen de evaluación parcial de magistrados cada tres años y medio, figura instituida en el 2019 con la dación de la Ley n.º 30916, y al efecto aventuramos la aplicación del test de proporcionalidad, cuyo resultado, en el caso que nos ocupa, es contrario a esta institución por afectación de la independencia judicial.

Por otro lado, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ya ha trabajado importantes lineamientos sobre la independencia judicial. De esa forma, existen criterios referenciales de importancia en los siguientes casos: el Tribunal Constitucional versus Perú; y Apitz Barbera, Reverón Trujillo, y Chocrón Chocrón, los tres procesos versus Venezuela. También identificamos un importante

caso aún en trámite: Cuya Lavy y otros versus Perú, precisamente sobre un proceso de ratificación.

En consecuencia, un análisis de la convencionalidad de la institución de ratificación, desde la perspectiva de la Convención Americana, nos inclina a concluir que es predecible que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si acaso llegara a conocer un caso de esta naturaleza, eventualmente optara por declarar incompatible esta institución con los estándares jurisprudenciales de la corte misma sobre independencia judicial.

Por cierto, un camino menos oneroso sería el de una reforma constitucional peruana; sin embargo, como el mismo Otto Bachof (2008) reconocía, es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Estas, en muchos casos, existen por ausencia de una decisión que declare su inconstitucionalidad, o de un fallo que precise su no convencionalidad, si aludimos a la carta fundamental de un Estado o a la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

Frente a ello, es un deber moral de los Estados optar por la expulsión de normas del ordenamiento jurídico. En el caso peruano, la ratificación misma no es conforme, a juicio nuestro, con la Convención Americana, y no solo causales de razonabilidad y proporcionalidad justifican nuestra posición, sino el mismo juicio moral de la historia. El *volksgeist* o espíritu del pueblo, como solía decir Hegel, así lo enuncia.

## REFERENCIAS

- African Union (2003). *Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa*. [http://hrlibrary.umn.edu/research/ZIM%20Principles\\_And\\_G.pdf](http://hrlibrary.umn.edu/research/ZIM%20Principles_And_G.pdf)
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra Editores.
- Asociaciones de Jueces Perú (2020). Solicitud de audiencia sobre «Independencia judicial en el Perú después de la reforma de 2019», dirigida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Bachof, O. (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra Editores.
- Binder, A. (2017). Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento de los jueces. En *Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Chile.
- Comisión de Venecia. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho. (2010). Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006). Informe n.º 50/06. Petición 711-01 y otras. Solución amistosa. Miguel Grimaldo Castañeda Sánchez y otros. Washington D. C.: 15 de marzo de 2006. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Peru71101sp.htm>
- Congreso de la República (2019). Ley n.º 30916. Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia. Lima: 19 de febrero de 2019.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas).
- \_\_\_\_\_ (2009a). Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») versus Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- \_\_\_\_\_ (2009b). Caso Reverón Trujillo versus Venezuela, sentencia del 30 de junio de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- \_\_\_\_\_ (2011). Caso Chocrón Chocrón versus Venezuela, sentencia del 1 de julio de 2011 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- \_\_\_\_\_ (2019). Caso Cuya Lavy versus Perú. Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la corte el 6 de agosto de 2019. En trámite. [https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cuya\\_lavy\\_y\\_otros.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cuya_lavy_y_otros.pdf)
- Elster, J. (2002). Ulises desatado: las constituciones como restricciones. En *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Gedisa.
- España (1985). Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>
- Federación Latinoamericana de Magistrados. (2008). Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina. Declaración de Campeche (México). [https://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/Declaracion\\_Campeche\\_Mexico\\_2008\\_es.pdf](https://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/Declaracion_Campeche_Mexico_2008_es.pdf)

- Fuchs, M. y Bazán V. (2018). *Justicia y política en América Latina*. N.º 6. Fundación Konrad Adenauer.
- International Bar Association (1982). *Minimum standards of judicial independence*.
- Naciones Unidas (1985). Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>
- Nash, J. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XIX, 489-509.
- Pásara, L. y Feoli, M. (2011). *Prevalece la selección política en los nombramientos judiciales en América Latina*. DPLF Fundación para el Debido Proceso. <https://dplfblog.files.wordpress.com/2013/11/pc3a1sara-y-feoli-prevalece-la-selecccic3b3n-polc3adtica.pdf>
- United Nations (2009). Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Leandro Despouy. A/HRC/11/41. 24 March 2009. [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.41\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.41_en.pdf)
- Tribunal Constitucional del Perú (2010). Sentencia n.º 006-2009-AI/TC. Lima: 22 de marzo de 2010.

Van Zyl, J. (2016). *Judicial Appointments in Latin America: The Implications of Tenure and Appointment Processes*. Bingham Centre for the Rule of Law. [https://www.biicl.org/documents/1413\\_spanish\\_version\\_231116.pdf](https://www.biicl.org/documents/1413_spanish_version_231116.pdf)



## **El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado**

The principle of legality as a minimum requirement to legitimize the criminal power of the State



TEODORICO CRISTÓBAL TÁMARA  
Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo  
(Áncash, Perú)

Contacto: [tcristobalt@unasam.edu.pe](mailto:tcristobalt@unasam.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0001-8507-3222>

### **RESUMEN**

El presente artículo analiza el principio de legalidad y fundamenta que este constituye un pilar fundamental en la composición del derecho penal, cuya sustanciación está basada en ser un límite al *ius puniendi* estatal. Asimismo, este principio se manifiesta en los subprincipios de ley escrita, ley estricta y ley previa, que deben residir en todo delito y falta prescrita en la ley penal. Igualmente, el principio de legalidad limita la aplicación arbitraria de toda sanción penal, pues es un imperativo dentro de todo Estado

constitucional de derecho que deba irradiar el ordenamiento jurídico en general. La aplicación de este principio se traduce en seguridad jurídica eficaz y justicia que respeta irrestrictamente los derechos fundamentales de las personas.

**Palabras clave:** analogía, principio de legalidad, seguridad jurídica, taxatividad.

## ABSTRACT

This article analyses the principle of legality and argues that it constitutes a fundamental pillar in the theory of criminal law since it is a limit to the state's *ius puniendi*. Likewise, this principle is manifested in the sub principles of written law, strict law and the prior law, which must reside in every crime and offence prescribed in the criminal law. Finally, it explains how the principle of legality also limits the arbitrary application of any criminal sanction, because of its imperative nature within any constitutional state of law to be applied over the legal system. The application of this principle translates into effective legal certainty and justice that unreservedly safeguards people's fundamental rights.

**Key words:** analogy, principle of legality, legal security, taxativity.

Recibido: 30/10/2020    Aceptado: 05/11/2020

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde hace muchos años se ha realizado una serie de interpretaciones por parte de la doctrina especializada en torno a los principios que irradian el sistema jurídico-penal. Tal es el caso del principio de legalidad, cuya naturaleza jurídica se torna como aquella exigencia mínima de legitimación del poder penal, en tanto que este principio se encuentra regulado y forma parte del marco normativo punitivo nacional e internacional. En tal sentido,

ya en la actualidad es claro hablar de la primacía del principio de legalidad y, por ende, los especialistas y juristas están de acuerdo acerca de su necesidad. Consecuentemente, el principio de legalidad tiende a establecer exigencias en relación con la manera en que el legislador redacta las disposiciones legales penales.

En función de lo señalado, el principio de legalidad constituye la principal limitación al poder punitivo del Estado, pues este solo podrá aplicar la pena a las conductas que de manera previa estén definidas como delito por la ley penal. La limitación está en que el Estado solo podrá aplicar su pena a las conductas definidas por la ley penal y, sin embargo, las personas solo podrán verse afectadas en sus derechos fundamentales por acción de la pena, para lo cual únicamente se consideran las conductas prohibidas previamente por la ley penal. De este principio se derivan dos condiciones que limitan y controlan la potestad del Estado de criminalizar los comportamientos: la primera surge al señalar que solo el legislador penal puede crear la ley penal, y la segunda establece que este, al momento de redactar la ley, deba describir la conducta prohibida de manera completa, clara y precisa.

Entonces, la estructura del presente trabajo consta de siete subtítulos. En primer lugar, desarrollaremos el proceso histórico del principio de legalidad; en segundo lugar, el principio de legalidad desde una aproximación conceptual; en tercer lugar, el contenido del *nullum crimen nulla poena sine lege*; en cuarto lugar, se determinarán los subprincipios contenidos en el principio de legalidad dentro del ordenamiento jurídico; en quinto término, está el principio de taxatividad; en el sexto, tenemos a la prohibición de la analogía; y, en el séptimo apartado se encuentra la prohibición de retroactividad de la ley penal. Finalmente, arribaremos a una serie de conclusiones teniendo en cuenta los aportes que, sobre la temática propuesta, ha hecho la doctrina tanto nacional como internacional.

## 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: PROCESO HISTÓRICO

El principio de legalidad es fruto de intereses antepuestos y no nace en el seno del derecho penal propiamente dicho, sino del contexto y discusión filosófica propios de la Ilustración, en la que encuentra sus bases y justificación. Asimismo, se distancia del derecho natural que en dicha época imperaba; por ende, constituía imperativos de validez en todo tiempo y espacio.

En ese sentido, el derecho natural trasvasaba, sin más, sus categorías y las convertía en un derecho positivo dañado o modificado (las categorías del cielo se aplicaban en la tierra). Por ello, el legislador no necesitaba preocuparse por la justicia de sus leyes. Así, la filosofía política de la Ilustración significó un cambio radical en la percepción del derecho: se fundamentó en la voluntad del hombre racional, en la voluntad general, que se impone a través del contrato —idealmente imaginado— que realizarían todos los integrantes del Estado. De esta manera, el planteamiento de Rousseau citado por Hassemer (1984) cobró plena vigencia; dicho intelectual expuso lo siguiente:

La idea del contrato social es evidente y consecuente con sus antecedentes. Sin el apoyo normativo del Derecho natural, el hombre no tiene otro apoyo que él mismo. Y cuando se reúne con otros hombres formando un grupo, una sociedad o un Estado, todos quedan, al mismo tiempo, obligados entre sí, pues la soberanía y la libertad de unos quedan limitadas por la soberanía y la libertad de otros. Es decir, deben reunirse pacíficamente y acordar los límites de su libertad, los límites hasta los que están dispuestos a renunciar a su soberanía. Estos límites los traza el derecho y se reflejan en las leyes que, según el esquema ideal, se han dado todos y que, consecuentemente, todo el que las aplica queda estrictamente vinculado a ellas (p. 312).

Otro personaje de gran referencia y relevancia es Montesquieu, quien efectuó su principal planteamiento respecto a la división de

poderes, y sustentó, fundamentalmente, la necesidad de conservar en separación los poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), de ahí que dicha separación deba entenderse como el equilibrio de los mismos, sin ninguna anteposición. Esta fundamentación sería conocida en su obra más importante, *El espíritu de las leyes*.

Entonces, en función de lo señalado, el esquema que plantea Montesquieu y la estructura política que diseñó estaban encaminados a determinar la vinculación de la sociedad, las leyes y la forma de gobierno, cuya consecuencia directa está condicionada o bajo el dominio de la ley (Kelsen, 2008, p. 103).

El principio de legalidad penal también ocupó un destacado lugar en los debates que tuvieron lugar durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, donde surge la figura de Hans Kelsen (2008), quien reconocía que «dentro del entorno europeo existen varias constituciones que prohibían las leyes retroactivas, y que el principio de legalidad penal era reconocido por la mayoría de las naciones civilizadas, por lo tanto, se trataba de un derecho interno» (p. 103). Así, el citado jurista señalaba que: «No hay regla de derecho internacional general consuetudinario que prohíba la promulgación de normas con fuerza retroactiva, las llamadas leyes ex post facto» (Kelsen, 2008, p. 104).

La proyección del principio de legalidad trasciende la literalidad de la ley, pues esta constituye aquel mecanismo que frena o restringe la aplicación del poder punitivo estatal o su uso arbitrario. Al respecto, Percy García (2012) señala:

El principio de legalidad fue concebido en el Derecho penal liberal como un mecanismo para hacer frente a los abusos de los Estados despóticos, en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas mediante la ley impedía abusos por parte de los detentadores del poder [...]. En las exposiciones

de Beccaria y Feuerbach este principio adquirió además un fundamento racional desde la perspectiva del Derecho penal, en el sentido de un refuerzo necesario a su finalidad preventiva [...] (p. 139).

Entonces, el principio de legalidad surge dentro del contexto histórico como el control del poder de los jueces (el poder del Estado absolutista), lo que impedía cualquier forma de interpretación que no provenga de la letra de ley (interpretación literal y exegética). Así, se pasó a limitar cualquier intervención injustificada del poder que ostentaba; por consiguiente, solo se podía intervenir al ciudadano en cuanto exista la norma previa escrita, cierta y que contenga las formas impuestas para tal fin. De esa forma se desterró la arbitrariedad del ente estatal aplicador del *ius puniendi*.

Por eso, el principio de legalidad no concebía en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino que se quería darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces. Para ello eran necesarias regulaciones en forma de leyes exactas (Roxin, 1997, p. 142).

Por otra parte, Urquiza —citado por Villa Stein (2014)— afirma que el principio de legalidad debe entenderse conforme a la concepción liberal, en tal sentido constituye:

Un medio racional de lograr la seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de las personas, la sociedad o el Estado [...]. [Pues] el propósito de su fundamentación político criminal es [...] humanitario, de controles y de perfiles democráticos. Tiene su fundamento político de raigambre democrática y con base en la división de poderes; fundamento axiológico con base en la seguridad jurídica y fundamento preventivo general (p. 136).

### 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La sumisión del derecho penal a la ley, como única fuente creadora de delitos y penas, se conoce generalmente con el nombre de «principio de legalidad». Dice Bramont-Arias (2008) que el principio de legalidad consiste en:

No admitir otras infracciones penales ni otras sanciones de tal carácter que las previamente previstas por la ley, lo que vale tanto como la consagración del monopolio o monismo de la ley como fuente del Derecho penal. A la ley y nada más que a la ley se puede acudir cuando se quiere sancionar un hecho que estimamos susceptible de sanción penal (p. 2).

El principio de legalidad o primacía de la ley constituye un principio fundamental del derecho público, el cual tiene como contenido básico el sometimiento del poder público a la voluntad de la ley; de esta manera, se cristaliza la seguridad jurídica. Un sistema penal garantista, cognitivo o de estricta legalidad es aquel que, según Ferrajoli (2011) incluye los siguientes principios: «el principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto (*nullum crimen sine lege*)» (p. 245).

Del mismo modo, Soler, citado por el profesor Mir Puig (2008), postula las siguientes ideas:

No es un mero accidente histórico cuya garantía puede o no respaldarse, sino que asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que puede hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza (p. 165).

De esta manera, se puede afirmar que el principio de legalidad implica un criterio fundamental del derecho público, especialmente del derecho penal. En ese sentido, tiene un carácter que actúa como

parámetro para la actividad punitiva del Estado, de modo que se conciba como un Estado democrático de derecho, donde el poder estatal (*ius puniendi*) tiene su fundamento y límites en las normas jurídicas.

Es necesario enfatizar que hay una íntima conexión entre el principio de legalidad y lo que corresponde a la institución de la reserva de ley, la cual exige de manera concreta la regulación de conductas punibles mediante normas que posean rango de ley. En ese sentido, son materias restringidas a la regulación por medio de reglamentos, así como la normativa emanada del Poder Ejecutivo. Entonces, la reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder Legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes. La excepción es cuando el Congreso otorga al Ejecutivo facultades para legislar sobre determinada materia.

El principio de legalidad está consagrado en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el que se establece lo siguiente:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Además, el artículo 2 del Título Preliminar del Código Penal también hace alusión al principio de legalidad, en los siguientes términos: nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella.

El principio de legalidad también involucra una determinación taxativa (concreta) de los hechos punibles (tipos penales), los cuales constituyen un parámetro de garantía para los justiciables.

Esto canaliza una protección máxima para la dignidad y, consecuentemente, para la libertad de la persona. Todo ello, como ya se manifestó, debe estar expresado en la ley.

#### **4. NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE**

Esta locución latina es atribuida al jurista alemán Anselm von Feuerbach, quien, al desarrollar su teoría de la coacción psicológica, usó dicho término para decretar el contenido del principio de legalidad que hoy en día se conoce a nivel mundial.

Asimismo, Feuerbach también es conocido por propugnar su teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, en la que consideró los siguientes aspectos: que toda aplicación de una pena supone una ley previa anterior (*nulla poena sine lege*), que la aplicación de una pena supone la realización de la infracción prevista en la figura legal (*nulla poena sine crimene*), y que la infracción viene determinada por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Estos principios tienen su basamento en la filosofía de la Ilustración (Cerezo, 1996, p. 162).

De lo señalado, Maurach (1962) plantea los siguientes términos:

se derivan dos consecuencias para la configuración del derecho penal: por un lado, el principio de la determinación legal de la pena, de la clara sistemática y del tipo inequívocamente formulado; por otro, la invariabilidad, dureza de la conminación y adecuación de la amenaza penal a la mayor tendencia criminal (p. 70).

#### **5. SUBPRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

##### **5.1. *Nullum crime sine lege scripta, stricta y praevia***

Este aforismo contiene aspectos esenciales, tales como ley escrita y ley estricta. Al respecto, Bustos (1989) señala que «rige el principio

de certeza y se afirma la legalidad criminal» (p. 41). Esta regla tiene como base constitucional lo prescrito en el artículo 103, que señala que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. De la precisión normativa, se puede afirmar que se excluye la retroactividad de la ley penal. Empero, se exceptúa permisiblemente la retroactividad penal benigna (*favor rei*).

### **5.2. Nulla poena sine lege**

Significa que es nula toda imposición de una pena sin una ley anterior que la reprima. Igualmente, tiene su base constitucional en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 *in fine*, que refuerza el contenido global del principio de legalidad y es concordado normativamente con lo precisado en el artículo 2 del Título Preliminar del Código Penal. Así, señala García-Pablos de Molina (2009) que, «la garantía penal prohíbe pueda imponerse una pena al ciudadano que no se halle previamente establecida en la ley. Es la ley la que debe determinar la clase y duración de la pena» (p. 132). En tal sentido, no se pueden sustituir, crear o inventar penas.

### **5.3. Nulla poena sine iudicio praevia**

Implica que ninguna persona puede ser castigada sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, donde, además, se respeten las garantías establecidas en la ley. Esto tiene su fundamento en lo establecido en el artículo 138 de la Constitución, en que se establece lo concerniente al origen político de la administración de justicia que emana del pueblo. Al respecto, señala el profesor Hurtado (1987) que tal circunstancia refleja, a su vez, la necesidad de precisar que la administración de justicia se vincula a la ley, y se proscribe toda posibilidad de arbitrariedad (p. 166).

Este subprincipio tiene una íntima relación con el cumplimiento de los principios y derechos de la función jurisdiccional establecidos en la norma constitucional, en el inciso 3 del artículo 139, que trata de la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

#### **5.4. Imposibilidad de ejecutar las penas si no en la forma y el plazo previsto por la ley**

El principio de legalidad de la ejecución penal se encuentra previsto en el artículo 2 del Código de Ejecución Penal, que señala textualmente: «El interno ingresa al Establecimiento Penitenciario solo por mandato judicial, en la forma prevista por la ley».

Nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce el principio de legalidad tanto a nivel constitucional como legal; por ende, queda establecido que ningún hecho puede considerarse delito si una ley no lo ha declarado antes como tal. Asimismo, tampoco puede imponerse una pena o medida de seguridad si no se encuentra descrita en la ley con anterioridad.

De esta manera, lo expresado es el resultado del principio de reserva de ley. Recordemos que, en materia penal, la reserva de ley tiene como circunstancia preestablecida la regulación normativa, que debe darse únicamente por el ente o poder estatal facultado para ello (como el Poder Legislativo, y excepcionalmente el Poder Ejecutivo mediante la delegación de funciones para tal fin).

## 6. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

El principio de taxatividad deriva del principio de legalidad, y su noción normativa constitucional se extrae del literal a) del inciso 24 del artículo 2, que prescribe que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Al efectuar una interpretación de dicha norma se tiene que los hechos punibles y las penas aplicables pueden ser realizadas y ejecutadas mediante una determinación legal previa y escrita. Además, se exige que sea exacta y clara para su entendimiento por el ciudadano de a pie, a fin de que se garantice de esta manera la certeza de conocimiento de las leyes penales en el territorio nacional. De ahí, el legislador, para que cumpla con el mandato de seguridad jurídica, debe haber efectuado la labor de representar la ley penal sin ambigüedades, con un lenguaje de fácil comprensión y con el uso de términos claros (lenguaje común) para cualquier ciudadano, evitando tecnicismos innecesarios, el abuso de elementos valorativo-normativos, y conceptos vagos o indeterminados que puedan conllevar a interpretaciones diferentes a las que el legislador ha previsto.

Es preciso insistir en que el principio de taxatividad previene contra cualquier posibilidad de interpretación antojadiza y desleal de la ley penal, ya sea por consideraciones del lenguaje o por las variaciones respecto a sus significados (proposiciones jurídico-penales), ya que así se incurriría en una incertidumbre legal. Lo más importante es que, bajo este principio, la ley penal se perciba objetivamente, en claridad y precisión en la medida de lo posible, de modo que se cumplan los fines de garantía del derecho penal.

## 7. PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA

La prohibición de la analogía debe entenderse solo como la prohibición de crear un derecho perjudicial al imputado por parte del juzgador. En ese sentido, se deben señalar dos tipos de analogía:

*in bonam partem e in malam partem*. La primera se funda en el principio *pro libertatis*, que tiene como base funcional la protección de la dignidad de la persona y su libertad, y es aplicable en cuanto exista una circunstancia que más favorezca al reo. La segunda es aquella analogía prohibida como procedimiento para lograr la creación de nuevos delitos o para extender los límites de tipos penales ya existentes en perjuicio del reo; asimismo, no puede usarse para lograr la creación o agravación de las penas o de las medidas de seguridad.

Bramont-Arias (2005) destaca un punto relevante respecto a la analogía cuando sostiene que:

La analogía no es propiamente forma de interpretación legal, sino de aplicación. Con la analogía se procura aplicar como precepto a un caso que la ley no ha previsto. La interpretación se dirige a buscar la voluntad de la ley, la analogía prescinde de la voluntad, o mejor derecho, esa voluntad no existe. La analogía tiene, por lo tanto, función integradora de la norma jurídica y no interpretativa (pp. 31-32).

Igualmente, el citado autor también refiere que:

Se distingue la analogía de la interpretación extensiva porque cuando ella ocurre, el caso que se examina no está regulado ni existe implícitamente, lo que ocurre en la interpretación extensiva, el intérprete se torna señor de la voluntad de la ley, la conoce, dando un alcance más amplio a los vocablos empleados por el legislador, para que corresponda a esa voluntad; en la analogía lo que se extiende y amplía es la propia voluntad de la ley, con el fin de que se aplique a un caso concreto una norma que se ocupa de un caso semejante (Bramont-Arias, 2005, p. 32).

De lo señalado, se puede acotar que la fuente directa del derecho penal es la ley, la cual se caracteriza por ser la expresión de la

voluntad general, y tiene un carácter *erga omnes*, esto es, que rige para todos los ciudadanos del territorio nacional.

## 8. PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

Esta prohibición busca fortalecer la seguridad jurídica; por ende, exige que el ciudadano conozca, en la actualidad, qué conductas están prohibidas y cuáles son las penas aplicables en cada caso. Ni el legislador ni el juez pueden atribuir una vigencia retroactiva (*nulla crimen sine lege praevia*) a las leyes que fundamentan la pena ni a las que la agravan. Esta prohibición de retroactividad alcanza al sí y al cómo de la punibilidad (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 26).

La prohibición de aplicación retroactiva vale para todo el ámbito del derecho penal material, pero no para el derecho procesal penal. En consecuencia, está permitido aplicar retroactivamente la eliminación de la exigencia de una denuncia de parte como requisito para la persecución penal, o prolongar retroactivamente los plazos de prescripción para los asesinatos aún no prescritos. Sin embargo, el principio del Estado de derecho excluye, en perjuicio del afectado, la retroactividad de las modificaciones legislativas para los asuntos ya cerrados (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 26).

Al respecto, es pertinente la opinión de los profesores alemanes Jescheck y Weigend (2014), quienes señalan que:

La prohibición de retroactividad constituye la cuarta consecuencia del principio de legalidad («*nullum crimen sine lege praevia*»). [...] La prohibición del efecto retroactivo de las leyes penales supone que una acción que en el momento de su comisión era impune, no puede ser declarada posteriormente punible; implica, asimismo, la exclusión de que pueda ser castigada posteriormente con una pena más grave en caso de que ya fuera punible (p. 202).

La prohibición de la retroactividad se extiende, además, a *otras* medidas posteriores que puedan empeorar la posición del autor (Jescheck y Weigend, 2014, p. 202). Esta prohibición tiene rango constitucional y supraconstitucional, en ese sentido, está regulada en el artículo 103 de la Constitución Política de 1993, en la cual se dispone expresamente:

La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo; además está reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15 y en la Comisión Americana de Derechos Humanos en su artículo 9.

Podemos destacar que este principio posee los siguientes supuestos:

1. La imposibilidad de castigar penalmente con una ley de manera retroactiva; es decir, los delitos que no eran reprimidos y ahora sí lo son. Por ejemplo, castigar el adulterio en tiempos actuales, cuando dicha norma está suprimida en el ordenamiento jurídico-penal.
2. La imposibilidad de castigar penalmente y retroactivamente con una pena más grave, por ejemplo, reprimir con una pena privativa de libertad en lugar de penas de multa.
3. No se puede imponer y determinar la pena de manera retroactiva, es decir, efectuar un aumento cuantitativo de la pena al momento de la determinación judicial de la misma, por ejemplo, pasar de 2 a 5 años de pena privativa de libertad.

Por otro lado, si bien la aplicación de la retroactividad afecta el sentido de protección de la seguridad jurídica, no está prohibida la retroactividad de las leyes penales más favorables al reo. Claros ejemplos de ello son los casos en los que se suprime algún delito

o se atenúan las penas o medidas de seguridad. En tal sentido, también podemos afirmar que la aplicación retroactiva de la ley penal que favorece al reo tiene la condición de garantía, no solo procesal (su infracción transgrede el debido proceso), sino también constitucional. Esto ocurre, por ejemplo, con la despenalización de las relaciones sexuales de menores de 14 años.

Es interesante señalar las ideas de Mir Puig (2008), quien afirma:

La retroactividad de la ley penal más favorable para el reo no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó, con una determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley posterior le deja sin castigo o le disminuye la pena. De ahí que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad, siendo así resultaría inadmisibles seguir aplicando la ley anterior más desfavorable para el reo cuando, ya derogada ha dejado de considerarse necesaria para la protección de la sociedad (p. 116).

## 9. CONCLUSIONES

El principio de legalidad o primacía de la ley constituye un principio fundamental del derecho penal; en tal sentido, todo ejercicio del poder público (*ius puniendi*) está limitado a la voluntad de la ley y a la Constitución, lo que establece, efectivamente, una sólida seguridad jurídica.

El principio de legalidad designa a la ley como configuradora del derecho penal, pues esta tiene como objetivo la creación de delitos y penas. Por esta razón, no se admiten otras infracciones penales ni sanciones adicionales a las previamente establecidas por la ley penal para poder sancionar un hecho que se estime como delito.

Del mismo modo, el principio de legalidad está ligado a la determinación taxativa de las incriminaciones, lo que la convierte

en una de las principales garantías de justicia y respeto a la dignidad y libertad humana, la que no puede ser penalmente limitada salvo que se incurra en una conducta expresamente prohibida en la ley penal.

## REFERENCIAS

- Bramont-Arias, L. A. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Eddili.
- \_\_\_\_ (2008). El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú. *Derecho Penal. Université de Fribourg*. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obras\\_juridicas/oj\\_20080609\\_09.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obras_juridicas/oj_20080609_09.pdf)
- Bustos, J. (1989). *Manual de derecho penal. Parte general*. Ariel.
- Cerezo, J. (1996). *Curso de derecho penal español*. Tecnos.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- García, P. (2012). *Derecho penal. Parte general*. Jurista Editores.
- García-Pablos, A. (2009). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*. Inpeccp/Jurista Editores.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Bosch.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de derecho penal. Parte general*. Eddili.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte general*. (vol. I, traducción de la 5.<sup>a</sup> edición alemana, renovada y ampliada por Miguel Olmedo). Instituto Pacífico.
- Kelsen, H. (2008). *La paz por medio del derecho*. Trotta.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de derecho penal*. Ariel.
- Mir, S. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Reppertor.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Civitas.

Villa Stein, J. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Ara Editores.

Wessels, J., Beulke, W. y Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. Instituto Pacífico.

# Imputación subjetiva del tipo dolo eventual en el caso Thomas Restobar

Subjective imputation of a possible type of fraud in the Thomas Restobar case



ROGER SISNIEGAS RODRÍGUEZ  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: [roger.sisniegas@pucp.pe](mailto:roger.sisniegas@pucp.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4903-1812>

## RESUMEN

En las siguientes líneas se analizará un caso de relevancia jurídico-penal que aconteció en Perú durante el estado de emergencia ocasionado por la pandemia de la COVID-19. Trece jóvenes fallecieron al interior de una discoteca que funcionaba con más de ciento veinte asistentes, tragedia que recordó varios casos similares que conmocionaron al país. Por ese motivo, el presente artículo se detendrá en el análisis del caso Thomas Restobar y otros similares, la correcta imputación del elemento subjetivo del tipo utilizando la doctrina nacional y la postura personal del autor, entre otros problemas jurídico-penales y sociales que acarreó el funesto suceso.

**Palabras claves:** dolo eventual, omisión impropia, estado de emergencia.

## **ABSTRACT**

In the following lines, a case of legal-criminal relevance will be analyzed, which occurred in Peru when the COVID-19 pandemic was going through and during the state of emergency. Thirteen young people died inside a nightclub that worked with more than one hundred and twenty attendees, this tragedy recalled several similar cases that shocked the country. For this objective, the analysis of using the national doctrine and the personal position of the author is used, also, it is addressed, among other legal-criminal and social problems that the fatal event triggered.

**Key words:** recklessness, improper omission, state of emergency.

Recibido: 02/10/2020 Aceptado: 13/11/2020

## **1. INTRODUCCIÓN**

Fue un suceso que causó conmoción en la ciudadanía y en la comunidad jurídica: la muerte de trece jóvenes al interior de la discoteca Thomas Restobar. A raíz de este suceso, sobrevinieron comentarios controvertidos por parte de los ciudadanos. Con razón o no, culpaban a las agraviadas de no cumplir con las disposiciones del estado de emergencia y de salir a exponerse, lo que conllevó a que algunas personas juzguen y dictaminen que fue por propia negligencia de las jóvenes fallecidas todo lo ocurrido; incluso los más extremos señalaban que se lo merecían. Otro sector de la opinión pública puso de manifiesto el apoyo a los parientes de las víctimas: si bien las agraviadas incumplieron las reglas del estado de emergencia, los familiares sufrieron una pérdida irreparable.

A nosotros, como hombres de derecho, no nos toca juzgar el tema moral, sino exclusivamente los aspectos jurídico, penal y social. En los siguientes apartados, detallaremos la correcta imputación del elemento subjetivo del tipo atribuible a los responsables en el caso Thomas Restobar, entre otros temas de relevancia. Cabe precisar que escribimos este análisis jurídico-penal con los datos que poseemos hasta la fecha de publicación del presente escrito, y que, si bien la última palabra es del Poder Judicial y de las instancias correspondientes, esta es nuestra contribución en función de los pequeños conocimientos que poseemos sobre la correcta imputación del elemento subjetivo del tipo.

## **2. HECHOS**

El 22 de agosto de 2020, en pleno estado de emergencia (cuyas características se especifican en el artículo 137 de la Constitución Política del Perú de 1993) decretado a causa de la pandemia de la COVID-19, se realizó una fiesta con presencia de más de 120 asistentes en el local de nombre Thomas Restobar, ubicado en el distrito de Los Olivos, en Lima. La fiesta se realizaba con «normalidad», pese al estado de prohibición, hasta el momento en que arribaron los miembros de la Policía Nacional del Perú (alrededor de las 21:00 horas), los cuales fueron alertados por vecinos sobre la reunión ilegal. Dentro del operativo los policías ingresaron al local para detener a los jóvenes que incumplían las reglas dispuestas por el Ejecutivo.

Posteriormente se pudo visualizar claramente, en las imágenes de las cámaras de video filtradas por la prensa, que las salidas de emergencia eran angostas. Asimismo, se supo que el local no contaba con permiso de funcionamiento, hecho que solo agrava la situación de que, con o sin permiso de la Municipalidad, no podía funcionar ninguna discoteca debido al estado de emergencia.

Al escenario descrito se suma el caos generado durante el operativo, pues cundió la desesperación cuando los asistentes se vieron descubiertos: se aglomeraron en la puerta de salida jóvenes mujeres, ya que la orden de los miembros de la Policía Nacional del Perú fue que primero salgan las damas. Se formó una pequeña trifulca, y se agolparon las agraviadas contra la puerta de salida que estaba cerrada, razón por la que fallecieron asfixiadas trece jóvenes. Más tarde, cuando la puerta al fin fue abierta desde afuera (desde el interior no se consiguió abrirla), solamente fue para recoger los cadáveres. La razón por la que los asistentes no pudieron abrir la puerta de salida se debe a que esta fue cerrada por los miembros de la Policía Nacional del Perú, como se observa en los videos registrados por las cámaras de seguridad del local.

### **3. TIPICIDAD SUBJETIVA: DOLO EVENTUAL**

#### **3.1. Elemento subjetivo del tipo imputable a los organizadores del evento realizado en el local Thomas Restobar**

En primer lugar, se tiene que determinar quiénes fueron las personas que organizaron el evento, por ejemplo, gerentes, accionistas, administradores, o la persona o personas que arrendaron el local y realizaron el evento; no obstante, la identificación correcta todavía está en investigación.

Tenemos que entender, en segundo lugar, la concepción de los tres tipos de dolo en la doctrina nacional, y de esa forma observar e ir descartando hasta determinar el correcto elemento subjetivo del tipo posible de imputar a los organizadores del evento en el delito de homicidio. Al descartar los otros tipos de dolo, no generará suspicacias la imputación de dolo eventual.

El dolo directo es definido por la doctrina nacional como aquel escenario en que el agente-social tiene la intención y la voluntad directa de ejecutar el delito. En el incidente en cuestión, no existe

ninguna posibilidad de imputar elemento subjetivo del tipo dolo directo en el delito de homicidio ante los hechos mencionados. Como se nota claramente, la intención de los organizadores no era dañar el bien jurídico que constituye la vida de las trece agraviadas, pues en ningún momento de la comunicación se manifiesta el conocimiento o voluntad directa de ocasionar el detrimento de la vida de los concurrentes, de la forma en que es graficado el dolo de primer grado en la doctrina nacional.

El dolo de consecuencias necesarias, según la doctrina nacional, se presenta cuando el agente tiene la intención y la voluntad directa de ejecutar el delito y ocasiona otro resultado necesariamente ligado al efecto querido. En los sucesos analizados, es imposible imputar el dolo de consecuencias necesarias a la conducta de los organizadores, a razón de que ellos no buscaban un fin cuyas consecuencias accesorias sean dañar el bien jurídico vida de las agraviadas, sin importar el resultado ligado al objetivo principal. Este tipo de dolo no es viable de imputar en el presente caso, pues no existe el conocimiento ni la voluntad de realizar un ataque directo a un bien jurídico y que en el camino sobrevenga como resultado la muerte de las trece agraviadas.

El dolo eventual, por su parte, en la doctrina nacional es aplicable cuando el agente-social considera seriamente la posibilidad de realizar el tipo y se conforma con ella o confía en que no va a suceder. Este tipo de dolo sí es posible de imputar y es el correcto escenario del elemento subjetivo del tipo, ya que los agentes organizadores realizaron un evento confiando en que nada malo iba a suceder, pero ocurrió todo lo contrario. Como entiende la doctrina nacional al dolo eventual, los organizadores del evento observaron la posibilidad de que podría ocurrir algún desenlace trágico en el evento; sin embargo, se conformaron creyendo que nada malo iba a suceder. Por lo expuesto, el elemento subjetivo del tipo en el caso

Thomas Restobar imputable a los organizadores es el dolo eventual, con los elementos cognitivo y volitivo claros.

La imprudencia en nuestro ordenamiento jurídico es la infracción a un deber de cuidado. En el incidente materia de análisis la imprudencia no es factible de imputar a los organizadores del evento, ya que esta, consciente o inconsciente, siempre es un error, y en el caso Thomas Restobar examinado los organizadores no actuaron con error antes, durante ni posteriormente a los trágicos sucesos.

### **3.2. Teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente**

Desde el enfoque de la tesis de Sisniegas (2016) («Conceptos de dolo eventual, culpa consciente y su aplicación-abandono de la teoría ecléctica. Teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente»), que desarrolla una visión más sencilla de imputación del elemento subjetivo del tipo, el sistema a nivel teórico-procesal para la imputación del dolo eventual es el siguiente. Partamos del concepto de dolo eventual:

Dolo eventual es la especial clase de imputación subjetiva del tipo que contiene elementos cognitivo y volitivo, que se imputa al agente-social autor en base a su comunicación contraria a una determinada norma jurídico-penal, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra intensa contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante la alta probabilidad lógica de que el hecho normativo sucediera, además, el agente social-autor desde un punto de vista objetivo y privilegiado debió prever y evitar la contradicción normativa jurídico-penal (p. 109).

Para aplicar este concepto de dolo eventual debemos tener claro que, al igual que la doctrina nacional, la teoría *única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente* reconoce que el

dolo eventual tiene elementos cognitivos y volitivos. El elemento cognitivo es la visualización del riesgo prohibido y el elemento volitivo es el actuar con indiferencia; ambos elementos psicológico-normativos son imputados objetivamente luego del justo proceso penal. Para determinar acertadamente el elemento subjetivo del tipo, la tesis utiliza un método científico, aplicable a cualquier caso, y denominado «test para determinar el elemento subjetivo del tipo», que ordena los datos probados en juicio y determina la intensidad comunicativa.

Ahora bien, la primera regla específica señala que son útiles las constantes forenses que influyen al determinar la elevada intensidad comunicativa, siempre dentro del dolo eventual: (i) la probabilidad lógica que nos indica que el resultado lesivo era altamente probable que sucediera (Sisniegas, 2016, p. 93); (ii) el elevado riesgo prohibido generado por los organizadores del evento en el local Thomas Restobar; (iii) las constantes forenses que demuestran que los organizadores pudieron «prever y evitar desde un punto privilegiado la contradicción a la norma jurídico-penal» (Sisniegas, 2016, p. 93).

Asimismo, respecto de las «constantes forenses relevantes con soporte en la primera regla específica» (Sisniegas, 2016, p. 94), se pueden observar tres tipos. El primero alude a las constantes forenses *ex ante*: (i) estaba prohibido todo tipo de reuniones debido al estado de emergencia imperante; (ii) no se corrigió la elección de los medios de seguridad dentro de la discoteca; (iii) no se estableció un plan estratégico de contingencia que permitiese prevenir consecuencias lamentables (lo cual incluye capacitación a empleados) (Sisniegas, 2016, p. 94), y tampoco se habilitó las señalizaciones de emergencia adecuadas; (iv) las salidas de emergencia eran demasiado estrechas; y (v) no era un local destinado para realizar eventos con más de ciento veinte participantes.

El segundo tipo alude a las constantes forenses durante: (i) se permitió que, el día de la fiesta, la discoteca Thomas Restobar recibiera un número mayor de personas, lo que excedía su capacidad; (ii) las puertas de emergencia estuvieron obstruidas en el momento que debía llevarse a cabo la evacuación; (iii) se observa en las imágenes de las cámaras de seguridad que la salida de emergencia era demasiado estrecha; y (iv) el operativo efectuado por los miembros de la Policía Nacional del Perú ocasionó la estampida.

Finalmente, como constantes forenses *ex post* se tiene: (i) las pericias señalan que las jóvenes murieron unas por asfixia y otras por aplastamiento a consecuencia de la estampida, además de que se corroboraron las lesiones graves de otros jóvenes; y (ii) los organizadores no se hicieron presentes y no socorrieron a las víctimas.

La tesis de Sisniegas (2016) también explica que «la segunda regla específica, nos indica que son útiles las declaraciones del agente social-justiciable y/o los alegatos del abogado defensor, que sean epistemológicamente racionales y se sostengan en bases forenses» (p. 95); en otras palabras, que dicha representación o estado mental en cuestión tenga un origen o fuente en las pruebas actuadas en juicio.

Como hipótesis y conclusión, Sisniegas (2016) señala que la «respuesta que nos ofrece el *Test* se fundamenta y toma fuerza con los datos recabados de la primera regla específica» (p. 102) porque, como observamos, las declaraciones de los organizadores, quienes se confiaron en que nada iba a suceder, son muy débiles y epistemológicamente irracionales.

El elemento cognitivo necesario para el dolo eventual, descrito *supra*, toma consistencia basándonos en que los organizadores del evento dentro del local Thomas Restobar son personas competentes

que tenían un conocimiento situacional, el cual se imputa del riesgo prohibido. Las constantes forenses nos indican la intensidad comunicativa elevada: (i) la gran entidad del riesgo prohibido creado por los organizadores en el caso concreto; (ii) se nota de manera clara que el resultado, relevante para la normativa jurídico-penal, era altamente probable y era lógico que suceda; (iii) los organizadores pudieron prever la contrariedad hacia la norma jurídico-penal desde un punto de vista objetivo y privilegiado. Por lo tanto, los organizadores actuaron con dolo eventual con el elemento cognitivo nítido (visualización del riesgo prohibido).

En el caso concreto, todos los datos variables se desechan por no coincidir con la comunicación contraria a la norma jurídico-penal de los agentes sociales-autores. No se puede argumentar falsas confianzas, representaciones erróneas o ausencia de representaciones, ya que notoriamente contradicen las constantes forenses. Al momento de desechar estos alegatos de representaciones erróneas, confianzas, ausencias de representación, por no coincidir con la realidad, es cuando el elemento volitivo, a primeras luces escondido o encubierto, salta a la luz. La indiferencia psicológico-normativa (elemento volitivo), que demuestra el desdén por la configuración social, la contrariedad a la norma jurídico-penal y las intenciones de hacer prevalecer su capricho por encima de las normas jurídico-penales, sustenta y hace factible la imputación del elemento volitivo del dolo eventual (Sisniegas, 2016, pp. 95-96). Así, los organizadores actuaron con indiferencia respecto de la vigencia de la norma y la propiedad (vida) de las trece víctimas.

Por lo acotado, «la comunicación de los organizadores en su elemento tipicidad específicamente en la imputación subjetiva del tipo, es imputada a título de dolo eventual con sus elementos cognitivo y volitivo» (Sisniegas, 2016, p. 102).

### 3.3. La teoría del dolo cognitivo

Esta teoría adolece de crasos errores. Quienes están de acuerdo con ella sostienen que, simplemente, basta el conocimiento del riesgo para imputar dolo, afirmación que es desacertada y nos haría caer en sinsentidos jurídicos. De ser así, se eliminaría el elemento volitivo asegurando que es imposible de imputar, y la aseveración de que el conocimiento del riesgo es mucho más sencillo de imputar conllevaría a diversas consecuencias.

Una primera consecuencia radica en que, en ese escenario, la mayoría de delitos serían dolosos (dolo directo), y solamente existiría la imprudencia inconsciente. Una segunda, en que la teoría del dolo cognitivo no puede definir cómo sí puede imputar el elemento cognitivo, pero no el elemento volitivo, lo que contradice el hecho de que ambos tipos de elementos psicológico-normativos (conocimiento y voluntad) son imputados objetivamente sobre la base de las pruebas actuadas en juicio. Finalmente, una consecuencia más consiste, sumado a lo expuesto, en que evitar el análisis del elemento volitivo dejaría a los justiciables desprotegidos, porque bastaría determinar el conocimiento del riesgo prohibido para imputar dolo.

Insistimos: si ambos elementos (conocimiento y voluntad) son imputados objetivamente en función de pruebas actuadas en juicio, ¿por qué sí se podría imputar el conocimiento y no la voluntad?

## 4. OMISIÓN IMPROPIA

De los hechos descritos y la información recabada, hasta el momento no es viable determinar el homicidio mediante una acción explícita, exteriorizada, por parte de los organizadores del evento en la discoteca Thomas Restobar, pero sí es posible determinar la infracción a la norma jurídico-penal mediante omisión.

La omisión transcurre cuando el agente no cumple con el mandato imperativo de la ley, en donde se le indica la realización de una conducta determinada. Es lo opuesto a la acción comisiva, es decir, se «invierte» la acción.

Entonces, en la omisión impropia el agente no realiza ningún movimiento corporal tendiente a evitar el resultado. La doctrina nacional o mayoritaria acepta que la omisión impropia se produce cuando el agente social asume el dominio de un foco de peligro ya preexistente en el que puede, desde su posición de omisión impropia, orientar el transcurso de los hechos. Así, el agente asume voluntariamente ese foco de peligro o se le viene creado y la única posibilidad de evitar el resultado es mediante una acción; en ese momento se corresponde con el delito de omisión impropia.

En nuestro ordenamiento jurídico no están específicamente tipificadas las omisiones impropias; sin embargo, se desprenden del tipo comisivo y se corresponden con el artículo 13 del Código Penal de 1991. De la forma que entiende la doctrina nacional, los organizadores del evento en la discoteca Thomas Restobar no realizaron conductas comisivas contra el bien jurídico (vida); no obstante, incumplieron su deber de garantes ante un foco de peligro. En este caso, todas las acciones que se realizaron anteriormente fueron las que ocasionaron que el día de los hechos la fiesta sea una bomba de tiempo. En este contexto, los organizadores pudieron detener el transcurso de los acontecimientos realizando una acción.

La imputación correcta que recae contra los organizadores del evento es homicidio por omisión impropia con elemento subjetivo dolo eventual<sup>1</sup>. Para los defensores de la doctrina que señala que todo *output* lesivo es un incumplimiento de deber sea positivo o negativo, no es relevante la posición de acudir al

---

1 Para más información, se recomienda revisar el documento de Sisniegas (s. f.) «Omisión impropia».

artículo 13 del Código Penal para determinar que dicha comunicación encaja dentro del tipo de homicidio por omisión impropia; por el contrario, todo tipo penal es cometido por infracción del deber.

Acción y omisión en un mundo desmitificado, que nos aleja del mundo natural, apreciado según la construcción social determinada representan un *output* lesivo desde un deber positivo o negativo que ocasiona un cambio en la configuración de la sociedad, con creación o incremento del riesgo prohibido. Este es el resultado que el agente debió evitar. En consecuencia, no es relevante la diferenciación de acción y omisión como entiende la doctrina mayoritaria.

## 5. DIFERENCIAS CON EL CASO UTOPIA

Realizamos la comparación con los sucesos de la discoteca Utopía porque es un caso que se asemeja al de Thomas Restobar. Si bien es sentimentalmente es triste y doloroso recordar esta tragedia, a nivel jurídico-penal será de utilidad para imputar de modo correcto el elemento subjetivo del tipo.

Por coincidencia o no, en septiembre de 2020 se extraditó después de dieciocho años de los trágicos sucesos en la discoteca Utopía a uno de los accionistas, el sentenciado Édgar Jesús Paz Ravines, prófugo de la justicia que se encontraba oculto en México.

Las diferencias fundamentales son el estado actual de las cosas, es decir, el estado de emergencia decretado, destinado a paliar la pandemia de la COVID-19, así como la intervención de la Policía Nacional del Perú. Estos dos factores son las diferencias más resaltantes con el caso Utopía.

Las diferencias antes señaladas tienen que ser tomadas en cuenta al momento de la imputación del elemento subjetivo del tipo en la motivación de la sentencia y en la redacción de la acusación fiscal,

ya que son diferencias que varían el tenor del caso. Sin embargo, dichas diferencias no han de alterar el resultado final, es decir, la imputación de dolo eventual a los organizadores del evento.

Las mencionadas diferencias pueden ser tomadas como base de la teoría del caso de la defensa de los organizadores del evento o de los miembros de la Policía Nacional del Perú. Se pueden amparar en que la fiesta se realizaba en estado de emergencia y podrían argumentar e ir por el camino de la imputación a la víctima, o querer atenuar sus respectivas penas o reconducir todos los hechos a un mero accidente.

El estado de emergencia que se dictó debido a la pandemia de la COVID-19 directamente agrava la posición de los organizadores del evento, y no mitiga la sanción penal. Eso tienen que tenerlo muy claro tanto el fiscal al momento de redactar la acusación como los impartidores de justicia al momento de redactar la sentencia. El estado de emergencia no justifica el actuar impropio de las víctimas y mucho menos libera de responsabilidad penal a los organizadores; por el contrario, agrava la responsabilidad penal (artículo 46 del Código Penal de 1991) y aumenta la intensidad comunicativa.

La segunda diferencia resaltante es la intervención de la Policía Nacional del Perú. Si se llega a demostrar que se realizó incorrectamente, los miembros que dirigieron el operativo, los policías que lo realizaron y los altos mandos deben responder penalmente. El peligro no lo inició un barman, como en la discoteca Utopía; en este caso el peligro se inició por un, supuestamente, operativo mal ejecutado por los miembros de la Policía Nacional del Perú. Esta diferencia del peligro no cambia la responsabilidad jurídico-penal de los organizadores, pero sí cambia la imputación del elemento subjetivo atribuible a los miembros de la Policía Nacional del Perú, como se detallará *infra* (7).

## 6. SIMILITUDES CON EL CASO UTOPIA

Se acondicionaron las discotecas sin las mínimas medidas de seguridad antes del inicio de actividades, no se cumplió con las medidas acertadas el día de los trágicos acontecimientos, y no se contaba con los permisos correspondientes de funcionamiento: en ambos casos no se estableció un plan estratégico de contingencia que permitiese prevenir cualquier incidente al interior de los locales o prevenir consecuencias lamentables (lo cual incluye capacitación a empleados). Asimismo, tampoco se habilitaron salidas de emergencia adecuadas, ya que las que había eran estrechas; y, pese a ello, se permitió que el día de la fiesta, en ambas discotecas, ingresara un número mayor de personas de las que debían albergar, además de que las puertas de emergencia estuvieron obstruidas en el momento en que debían llevarse a cabo las evacuaciones.

En ambos eventos existió un acontecimiento que ocasionó el desenlace fatal: en la discoteca Thomas Restobar se inició con un «supuesto» imperfecto, operativo policial que todavía está en investigación; en la discoteca Utopía el peligro inició con un juego con fuego a cargo del barman (ver Corte Superior de Justicia de Lima, 2011).

Todos estos datos (diferencias y similitudes) serán de utilidad para el trabajo fiscal en la defensa de los imputados, en la valoración de las pruebas a cargo del juez y al momento de motivar la sentencia en el extremo de la imputación subjetiva del tipo.

## 7. RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Es un tema por demás discutido, incluso el ministro del Interior renunció luego de los cuestionamientos al operativo realizado en la discoteca Thomas Restobar.

Pero vamos a lo que nos corresponde, el análisis jurídico-penal: si se llega a probar que los miembros de la Policía Nacional del

Perú realizaron un incorrecto operativo, exclusivamente deberían responder por homicidio imprudente, porque ellos no generaron el peligro inicial, sin negar que incrementaron el riesgo ya creado por los organizadores. Ellos deberían responder por la mala intervención, no por todo lo acaecido, y su conducta encajaría en la imprudencia consciente.

Para la doctrina nacional, la imprudencia consciente es cuando los mismos agentes representan el riesgo, que debieron evitar, contra el bien jurídico; sin embargo, no tienen la representación actual de la gravedad del riesgo que crearon actuando con error. Distinto es el proceder de los organizadores del evento, quienes deben responder con un elemento subjetivo de dolo eventual.

La teoría del caso diseñada por la defensa de los miembros de la Policía Nacional del Perú, la tesis del fiscal y lo que debe motivar el juez en el caso de los miembros de la Policía Nacional del Perú es la imputación del elemento subjetivo del tipo imprudencia consciente y el delito de homicidio.

No se puede sancionar a los miembros de la Policía Nacional del Perú que actuaron con errores —imprudencia consciente, infringiendo el deber de cuidado dentro de un operativo incorrectamente ejecutado— con la misma fuerza punitiva que a los organizadores del evento, quienes sí demostraron total indiferencia (dolo eventual) hacia el bien jurídico constituido por la vida de los asistentes.

No aplica imputar imprudencia inconsciente a la conducta de los miembros de la Policía Nacional del Perú, debido a que la imprudencia inconsciente se da cuando el agente no visualiza el riesgo prohibido, infringe un deber de cuidado, actúa en error y existe un nivel bajo de previsibilidad.

La teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente define a la imprudencia consciente como:

la especial clase de imputación subjetiva del tipo, que se imputa al agente-social autor en base a una determinada comunicación errónea con visualización del riesgo prohibido, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra sutilmente contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante una probabilidad lógica mínima que el hecho normativo sucediera, además, el agente-social autor desde un punto de vista objetivo pero atenuado debió prever y evitar esa contradicción normativa jurídico-penal (Sisniegas, 2016, p. 75).

Este concepto teórico-práctico nos indica el camino correcto para imputar imprudencia consciente a la comunicación de los miembros de la Policía Nacional. Luego de determinar el actuar de los miembros de la Policía en el operativo, se demostrará, sobre la base de todas las pruebas actuadas en juicio, que su conducta fue errónea y no tiene la misma intensidad comunicativa que la comunicación de los organizadores del evento.

Un operativo realizado varias veces del mismo modo y en distintos lugares de la capital no hacía presagiar el desenlace; sin embargo, ese error ocasionó perjuicio en la vigencia de la norma, lo que debió ser previsto y evitado por los agentes policiales que visualizaron el riesgo pero actuaron en error. Por lo tanto, al igual que en la doctrina mayoritaria, para la teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente únicamente responden por homicidio con elemento subjetivo imprudencia consciente.

Basándonos en dicha teoría, tampoco es posible imputar imprudencia inconsciente a la comunicación de los miembros de la Policía Nacional:

Culpa inconsciente es la comunicación contraria a la norma jurídico-penal con la imposibilidad fáctica de observar el riesgo prohibido, es una comunicación errónea pero salvable. Las

constantes forenses hacen notoria la deficiencia de visualización del riesgo jurídicamente desaprobado del agente social al momento de comunicar. La previsibilidad es casi nula (Sisniegas, 2016, p. 13).

## **8. IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA**

Posteriormente a los sucesos en la discoteca Thomas Restobar, se habló mucho de la figura de imputación a la víctima que, como sabemos, es parte de la teoría de la imputación objetiva; entonces, la imputación a la víctima que se alega excluiría la imputación de tipicidad objetiva a la comunicación de los organizadores y miembros de la Policía Nacional del Perú. Al no existir imputación objetiva del tipo, cualquier análisis de la imputación del elemento subjetivo del tipo no tendría sentido.

Vamos por partes, la imputación a la víctima es, en síntesis, la «autopuesta en peligro de la víctima. La misma víctima realiza una conducta con riesgo no permitido y se pone en peligro. La creación del riesgo recae sobre la víctima» (Sisniegas, 2016, p. 47). En los sucesos que ahora son materia de análisis, cabría imputar a las víctimas los delitos de desobediencia a la autoridad, inobservancia de las reglas de sanidad, incumplimiento del estado de emergencia o cualquier tema administrativo, pero esto no excluye la tipicidad del delito de homicidio tanto a la comunicación de los organizadores como a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

En esta convergencia de riesgos prohibidos, existieron varias transgresiones al riesgo permitido, incluso por parte de las víctimas, pues sus acciones se superponen al riesgo prohibido más relevante y que causa mayor daño a los bienes jurídicos. Por lo descrito, la imputación a la víctima no corresponde como excusa alguna al momento de determinar la responsabilidad penal de los organizadores del evento y de los miembros de la Policía Nacional del Perú, según corresponda. No existe ninguna causal que elimine

la imputación del tipo objetivo, que beneficie a los organizadores y miembros de la Policía Nacional del Perú en el caso analizado.

## **9. ESTADO DE EMERGENCIA**

El estado de emergencia a primera vista puede crear confusiones; sin embargo, debemos entender que es un dato más dentro de toda la carga probatoria, y no puede exculpar a los organizadores ni a los miembros de la Policía Nacional del Perú de sus propias responsabilidades.

Entendemos que toda esta situación pudo generar, en su momento, diversos comentarios al respecto, debido al incumplimiento de las normas por parte de las víctimas y la ira que esto despertó en algunas personas que están realizando una cuarentena inteligente o que han perdido familiares durante la pandemia. Es inevitable juzgar a los jóvenes por incumplir las reglas que únicamente tratan de disminuir contagios y muertes; no obstante, para el derecho penal, que es lo que nos atañe, todo ello solo constituye datos que no cambian la respuesta punitiva hacia los responsables de las trece muertes.

## **10. SELECTIVIDAD: CONCEPTO VIGENTE**

Este es un tema que parece anticuado, empero, lamentablemente, la selectividad todavía está vigente. La selectividad es entendida como la apariencia o los estereotipos con los que nos desarrollamos en la sociedad. Siguiendo a los criminólogos italianos, se señala que en la sociedad estamos diseñados con un determinado rol y eso nos hace proclives a ser seleccionables por el sistema penal para ser sancionados o menos seleccionables. Se argumenta que el derecho penal estructura la selectividad y opera sobre los más vulnerables: los estereotipados.

La policía, como último eslabón para perseguir el delito (criminalización secundaria), tiene que buscar y atrapar a los delincuentes. ¿Dónde los busca? Pues en las zonas más pobres, porque así está estructurado el sistema social. La policía realiza operativos en los lugares más pobres y marginales; acto seguido, detienen e intervienen a los estereotipados. Alguno de ellos posiblemente tenga antecedentes o sea buscado por alguna investigación policial o, incluso, podría estar delinquiriendo en ese momento. Es como tirar la red a un cardumen: algo «caerá» en la red del derecho penal. El sistema configura que estos mismos estereotipados se maten entre ellos; es decir, los policías son también de estratos sociales pobres y ellos «luchan» contra su misma clase social.

Sin entrar en polémicas, en el caso que se analiza, al mismo momento en que se realizaba la fiesta en Thomas Restobar —como es de conocimiento popular—, se efectuaban otras fiestas iguales o más numerosas y bulliciosas en distritos pudientes dentro de la misma ciudad de Lima. En estas, la policía nunca actuó ante las llamadas de los vecinos y, si llegó a intervenir, ni siquiera desplegó la misma fuerza que utilizó en la discoteca Thomas Restobar, que se ubica en un distrito emergente de la ciudad. La selectividad<sup>2</sup> se ve claramente. Amables lectores, en este punto, saquen sus propias conclusiones.

## 11. REFLEXIÓN FINAL

Es una pena que haya sucedido tamaña catástrofe, pero los responsables tienen que pagar con el coste correspondiente. Esperamos que la presente exposición de nuestras propuestas sea una guía útil para los impartidores de justicia, fiscales y abogados defensores, pues es necesario que se sancione correctamente a los

---

2 Revisar el concepto de *selectividad* desarrollado por Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000).

responsables luego de un juicio justo y con las garantías debidas dentro de un Estado social y democrático de derecho.

La tesis de Sisniegas (2016) es fundamental para poder aplicar correctamente el dolo eventual. Con toda humildad, es el camino sencillo (procesal y teórico) para solucionar los conflictos y límites entre el dolo y la imprudencia, si bien la tesis se sostiene en los fundamentos del funcionalismo del doctor Günther Jakobs de que se puede aplicar a cualquier caso, como se realizó en el presente escrito.

A la fecha, las muertes por la COVID-19 sobrepasan el millón en todo el mundo. Aunque hoy las cifras están disminuyendo en algunos países, en otros se inicia la segunda ola de la pandemia; por ello, no debemos confiarnos y mucho menos celebrar, pues el luto por las víctimas del virus SARS-CoV-2 todavía continúa.

## **12. CONCLUSIONES**

1. Los organizadores, administradores, accionistas y gerentes del trágico evento en el local denominado Thomas Restobar deben responder por homicidio por omisión impropia con elemento subjetivo del tipo dolo eventual.
2. Los miembros de la Policía Nacional del Perú, si se llegan a demostrar los errores cometidos y el mal proceder en el operativo, responderán penalmente por homicidio con elemento subjetivo del tipo imprudencia consciente.
3. La diferenciación del dolo y la imprudencia es de suma importancia, ya que la pena es mayor en el caso de los tipos dolosos.
4. La utilización de la teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente, diseñada en la tesis de Sisniegas

(2016), facilita la imputación de las figuras del dolo eventual y la imprudencia consciente.

5. La teoría del dolo cognitivo es ineficaz si su argumento es que únicamente se puede imputar el conocimiento del riesgo dejando de lado al elemento volitivo; acoger esta teoría nos llevaría a sinsentidos jurídicos penales y procesales.
6. Al sancionar correctamente (dolo eventual) a los agentes sociales encargados de realizar este tipo de eventos abiertos al público, se generará que en el futuro se tomen las medidas correspondientes de seguridad en eventos similares (prevención general positiva).

## REFERENCIAS

Corte Superior de Justicia de Lima (2011). Sentencia. Expediente n.º 43-05. Lima: 22 de noviembre de 2011.

Sisniegas, R. (2016). Conceptos de dolo eventual, culpa consciente y su aplicación-abandono de la teoría ecléctica. Teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8632/Sisniegas\\_%20Roger\\_Conceptos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8632/Sisniegas_%20Roger_Conceptos.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

\_\_\_\_ (s. f.) Omisión impropia. [https://www.academia.edu/11176413/OMISI%C3%93N\\_IMPROPIA\\_ROGER\\_SISNIEGAS\\_RODR%C3%8DGUEZ](https://www.academia.edu/11176413/OMISI%C3%93N_IMPROPIA_ROGER_SISNIEGAS_RODR%C3%8DGUEZ)

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 289-321

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u12i14.190>

# Derechos patrimoniales inscribibles a favor del concebido

Heritage Rights that can be registered in favor  
of the conceived



ALDO RAÚL SAMILLÁN RIVERA  
Superintendencia Nacional de Registros Públicos  
(Cajamarca, Perú)

Contacto: [asamillan\\_cajam@sunarp.gob.pe](mailto:asamillan_cajam@sunarp.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-4765-2853>

## RESUMEN

Nuestra legislación ha regulado la adquisición de derechos patrimoniales sometida a la condición del nacimiento con vida del concebido; sin embargo, su protección bajo los alcances de la seguridad jurídica que brinda el registro no se encuentra del todo clara. Por ello, el análisis de la figura que regula el artículo 1 del Código Civil es de suma importancia para establecer pautas y consideraciones previas a tener en cuenta en la elaboración del contrato, su calificación registral y, finalmente, la inscripción del derecho patrimonial definitivo, directrices que están difuminadas a lo largo de nuestro sistema normativo y que en este trabajo se recopilarán para su análisis.

**Palabras clave:** derecho patrimonial, concebido, condición suspensiva, condición resolutoria, acto inscribible.

## **ABSTRACT**

Our legislation has regulated the acquisition of heritage rights subject to the condition of the live birth of the conceived; however, its protection under the scope of legal security provided by the registry is not entirely clear. Therefore, the analysis of the figure that regulates article 1 of the Civil Code is of utmost importance to establish guidelines and prior considerations to be taken into account in the preparation of the contract, its registration qualification, and, finally, the registration of the definitive heritage right. In short, these are guidelines that are blurred throughout our regulatory system and it will be compiled in this paper for analysis.

**Key words:** heritage law, conceived, suspensive condition, resolutive condition, legal register.

Recibido: 27/10/2020    Aceptado: 09/12/2020

## **1. INTRODUCCIÓN**

El análisis jurídico que en la actualidad se le da al concebido ha presentado cierta confusión que ha llevado, en algunos casos, a restringir la inscripción de actos que contienen derechos patrimoniales a su favor; mucho más si se trata de la lectura del artículo 1 del Código Civil, el cual establece que la atribución de derechos patrimoniales al concebido se encuentra condicionada a que nazca vivo. Así, no indica el tipo o naturaleza de la condición (suspensiva o resolutoria) regulada, aunque la doctrina mayoritaria apunta a indicar que la condición que encierra dicho dispositivo es de naturaleza suspensiva.

Por su parte, el artículo 2019 del mismo código especifica los actos y derechos inscribibles en el registro de propiedad inmueble, y en el numeral 1 se precisa que los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles son inscribibles. Asimismo, en el numeral 4 se complementa lo anterior señalando que son inscribibles el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las que dependan los efectos de los actos o contratos registrados.

Analizando de manera literal el artículo 2019 de nuestro Código Civil, tenemos que, para el caso de contratos con condición resolutive, no habría inconveniente en su inscripción, pues en esta existe un acto jurídico que surte todos sus efectos hasta el cumplimiento de la condición; sin embargo, el problema surge en aquellos negocios jurídicos que tienen inmersa una condición suspensiva, en cuyos casos se tiene que analizar si el contrato por sí solo debe inscribirse a pesar de que sus efectos están suspendidos. Por tanto, no existe modificación efectiva del derecho inscrito hasta el cumplimiento de la condición, lo que nos lleva a preguntarnos si lo que se debe inscribir es solo la condición o se debe inscribir el contrato cuando se lleva a cabo el cumplimiento de la condición suspensiva. Aparentemente, el numeral 4 arriba descrito se inclina por la inscripción del contrato cuando este ya se encuentre desplegando todos sus efectos producto del cumplimiento de la condición, pero la doctrina aún no es muy clara al respecto, y la jurisprudencia en casos específicos como este es escasa.

Pensemos en la siguiente hipótesis: una madre decide adquirir un inmueble para sus dos menores hijos, uno de 16 años y otro de solo 16 semanas de concebido. Para lograr tal fin, la madre celebra un contrato de compraventa, en el cual, como hemos indicado, uno de los beneficiarios del contrato es un concebido.

De acuerdo con el ejemplo, y en aplicación de la condición establecida en el artículo 1 del Código Civil, los cuestionamientos

jurídicos que surgen son diversos: ¿el contrato contiene una condición suspensiva o resolutoria?, ¿el contrato de compraventa es inscribible conjuntamente con la condición?, ¿solo es inscribible la condición?, ¿qué pasa con el derecho adquirido por la madre si el concebido nace muerto?, ¿qué pasa si nos encontramos ante un acto de disposición gratuito como la donación o anticipo de herencia?, ¿qué pasa con el contrato de compraventa eventualmente inscrito si la condición no se llega a cumplir?

La importancia de este análisis no solo radica en resaltar y dar alcance al tipo de condición que está regulada en el artículo 1 del Código Civil, sino, sobre todo, para fines prácticos, en establecer cuál es el acto inscribible cuando se presenta este tipo de contratos al registro y qué derechos surgen del cumplimiento de la condición, o eventualmente de su incumplimiento.

## 2. EL CONCEBIDO EN LA REGULACIÓN

En la doctrina, la naturaleza del concebido ha sido materia de numerosos debates que, de alguna manera, tratan de explicar cuál es la posición o el estatus que tiene frente al derecho; sin embargo, para fines de este trabajo, solo nos remitiremos a detallar de manera sucinta alguna de ellas, y profundizaremos más en aquella que es aceptada por parte de nuestra doctrina y legislación, con el objetivo de establecer un contenido jurídico adecuado que nos permita desarrollar el tema que se propone.

La **teoría de la parte de la madre**, llamada también teoría de la *Portio Mulieris*, es una corriente tradicionalista y de carácter histórico que coloca al concebido como parte de la madre, es decir, como un órgano más de su sistema biológico. Al respecto, Muñoz (2014) señala que, con esta teoría, al concebido no se le reconoce «su naturaleza distinta, su individualidad genética, moral y jurídica; esta teoría reduce al concebido a una mera prolongación orgánica

de la mujer» (p. 2). En opinión de Varsi (2014), esta «es una teoría desfasada y que no considera la existencia del concebido. La posición de quienes pretenden actualizarla carece de fundamento al tratarse, claramente, de dos vidas independientes, la de la madre y la del hijo concebido» (p. 165).

Por otro lado, esta **teoría de la ficción** considera al concebido como un ser existente, como si ya estuviera fuera del vientre de la madre, razón por la que ya es sujeto de derecho. En ese sentido, «interactúa con los demás como un sujeto que se encuentra entre nosotros, independiente —jurídicamente hablando— de la madre; pero, supeditada tal consideración a su nacimiento con vida» (Muñoz, 2014, p. 2). Las particularidades que surgen de esta línea doctrinaria se deben a que reconoce al concebido como una persona natural; y, para que adquiera derechos patrimoniales, debe nacer vivo, siendo ante ello sujeto de derecho en todo lo que le favorece.

La teoría de la ficción resulta ser engañosa, pues no le otorga al concebido los derechos que le son inherentes durante el recorrido biológico por el que pasa (periodo de gestación) y modifica su existencia para atribuirle la naturaleza de persona, que, como es evidente, aún no posee (Vega, 1996). Reducir al concebido a una nada jurídica desde antes de nacer no existe para el derecho. Para esta teoría, el concebido no es tal, no es un sujeto de derecho, pues, como se expuso, surgirá como tal en el momento del nacimiento; después de este suceso tampoco es concebido como persona natural. Es decir, nunca es, nunca existe como tal (Varsi, 2014).

Por su parte, la **teoría de la personalidad** sostiene que el concebido es persona por nacer; es decir, una persona disminuida, minipersona, en proceso de formación, con derechos y capacidad disminuida, y los derechos patrimoniales los adquiere bajo la condición de que nazca con vida, a partir de lo cual tiene capacidad para realizar actividades jurídicas (Varsi, 2014).

Esta teoría, que tiene a sus mayores exponentes en la doctrina brasileña y argentina, acepta «la tesis [de] que la vida humana comienza con la concepción, pero solamente considera que es persona humana cuando se tiene una vida autónoma e individual» (Espinoza, 2019, p. 139). Ahora, en palabras de Muñoz (2014), «valorar a un sujeto de derecho por lo que será y no por lo que es, es en sí no valorarlo, no considerarlo en cuanto a realidad existente que exige regulación, incluso emplear el término persona, es inapropiado debido a que esta expresión alude a aquella vida humana que adquiere y ejerce su personalidad» (p. 2).

Finalmente, también está la **teoría de la subjetividad**. Esta teoría, recogida y positivizada por nuestro Código Civil, profundiza un poco más en la conceptualización de concebido elevándolo a la categoría de sujeto de derecho diferente y autónomo; por ello, se convierte en el centro de referencia normativa y de imputación de situaciones jurídicas (Muñoz, 2014).

En definitiva, para esta teoría, el concebido es un sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está supeditada a su nacimiento con vida, y tiene plena atribución de sus derechos extrapatrimoniales. En palabras de Varsi (2014), el concebido es un «sujeto de derechos especial, sui generis» (p. 169).

Este resumen que se ha desarrollado sobre la forma en la que ha sido conceptualizado el concebido, nos abre el camino para tratar de comprender jurídicamente su naturaleza hasta llegar a lo que nuestro Código Civil ha regulado. Es decir, debemos entender que el concebido, durante el periodo de su formación, es un sujeto de derecho distinto, pero no menos importante que una persona natural, jurídica o persona jurídica no inscrita, que puede y accede a derechos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, dado que estos últimos son ejercidos de manera exclusiva y plena.

Sin embargo, queda pendiente establecer qué naturaleza tiene la condición regulada en el artículo 1 del Código Civil.

### **3. DERECHOS PATRIMONIALES ATRIBUIDOS AL CONCEBIDO**

El artículo 1 del Código Civil solo menciona que la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido está condicionada a su nacimiento con vida. En este dispositivo no se indican las características o singularidades que deben tener estos derechos, lo que deja abierta la puerta a la interpretación.

Por ello, hablar de los derechos patrimoniales que le son atribuidos al concebido nos lleva a colocar a este sujeto de derecho en una situación jurídica ya con una posición determinada [beneficiario]; es decir, el concebido, para poder ser favorecido con un derecho patrimonial, debe previamente ser parte del negocio jurídico donde se dispone a su favor este derecho.

Para esclarecer el tema, es necesario dar un alcance a lo que denominamos situación jurídica. Muñoz (2014) señala que «puede ser definida como aquella valoración realizada o contemplada en una norma, valoraciones hechas a los sujetos de derechos en virtud de un determinado posicionamiento que los mismos toman en un determinado contexto social» (p. 5). No obstante, no toda situación jurídica es patrimonial: para adquirir tal estatus esta debe estar relacionada o vinculada con su comerciabilidad. Díez-Picazo (1980) sostiene al respecto que «la comerciabilidad es un producto de la consideración del bien como patrimonial, es decir que, al estar en el patrimonio del sujeto, se le autoriza o viabiliza su comerciabilidad; en conclusión, es comerciable porque es patrimonial» (p. 57).

No debemos perder de vista que dicha comerciabilidad no debe atentar contra el orden público, las buenas costumbres u otros estándares de prohibición que pueden establecerse por norma. En conclusión, una situación jurídica es considerada como

patrimonial, si el objeto de la misma es susceptible de valoración económica sin atentar con el marco de licitud, es decir, ir contra el orden público, las buenas costumbres, la ley y cualquier otro estándar de prohibición.

Para fines de estudio, los derechos que al concebido, de acuerdo con la situación jurídica, se le atribuyen en negocio o acto jurídico, pueden ser los siguientes: derecho a la herencia, derecho a la donación, derecho a la posesión, derecho a la propiedad y derivados, y derecho a la suspensión de la partición de bienes (Varsi, 2014). Sin embargo, los derechos patrimoniales atribuibles que le sean favorables, tal como lo establece el artículo 1 del Código Civil, no pueden ser encasillados en una lista, pues, de ser este el caso, se limitaría solo a algunos derechos, y se dejarían de lado una variedad de situaciones jurídicas que pueden surgir de la autonomía privada de las partes.

Lo importante de todo esto es que los derechos patrimoniales pasibles de ser atribuidos al concebido están supeditados a que le sean beneficiosos, y su atribución se sujeta a la condición legal de que nazca vivo.

#### **4. NATURALEZA DE LA CONDICIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO CIVIL**

Uno de los ejes de esta investigación es determinar qué tipo de condición (naturaleza) se encuentra regulada en el artículo 1 del Código Civil y de qué forma se logra el acceso de esta condición al registro, con la finalidad de hacer más eficiente la regulación de relaciones patrimoniales entre los individuos que contratan sobre la base de la información que se publicita. De la clasificación que tiene la doctrina el dispositivo encierra una condición que limita entre ser suspensiva o tener el carácter de resolutive. La relevancia de este punto radica en determinar efectivamente qué naturaleza

tiene la condición que será protegida por el registro, cuando el acto jurídico que lo contiene tiene como sujeto de derecho a un concebido.

Dentro del universo de hechos jurídicos existe la categoría de los hechos jurídicos voluntarios, llamados actos jurídicos, que se caracterizan por estar conformados por una o más declaraciones de voluntad emitidas con el objetivo de alcanzar un resultado práctico que, por estar tutelado por el ordenamiento jurídico, se convierte en un resultado jurídico.

Los actos jurídicos son caracterizados como la manifestación más importante del fenómeno jurídico denominado autonomía privada, entendida como el poder que tienen los particulares para autorregular sus intereses privados vinculándose con los demás con el fin de satisfacer sus más variadas y múltiples necesidades. Para poder ejercer este poder o facultad, los particulares tienen la libertad de celebrar los actos jurídicos que consideren convenientes, por cuanto a través de los mismos podrán alcanzar los resultados prácticos que deseen, ya sea creando, modificando, regulando o extinguiendo relaciones jurídicas de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Por ello, justamente se dice que los actos jurídicos son la manifestación más importante de la autonomía privada en los diferentes sistemas jurídicos.

Sin embargo, sucede en muchos casos que los actos jurídicos y contratos no son eficaces, pues no llegan en ningún caso a producir efectos jurídicos, ya sea porque los efectos jurídicos que se han producido inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración de estos o, en su defecto, debido precisamente al acontecimiento de un hecho este empieza a tener plena eficacia.

Lo mencionado desliza la idea de que los actos jurídicos pueden tener ciertos elementos accidentales que modifican sus efectos normales, lo que torna incierta la existencia de dichos efectos, limita

el tiempo de los mismos o la ventaja económica del beneficiario de un acto de liberalidad. Nuestro Código Civil ha normado el tema indicando que los actos jurídicos pueden estar sujetos a condición, plazo y modo. Precisamente, el primero de estos tres aspectos es uno de los ejes de este estudio.

Para Torres (2001) la condición es entendida como aquel evento futuro e incierto (natural o humano) establecido arbitrariamente por la voluntad del agente o por voluntad del legislador, de cuya verificación se hace depender el surgimiento o la cesación de la eficacia de un acto jurídico, o de una o algunas de sus cláusulas o estipulaciones. La condición como acto modal es un hecho futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia de un negocio jurídico.

Los requisitos de esta modalidad son: i) la incertidumbre, pues el hecho del que se hace depender la eficacia del acto jurídico tiene que ser incierto, de realización insegura, pues no se sabe si la condición se cumplirá o no; ii) la futuridad, ya que el hecho puesto como condición debe ser futuro; y, iii) que sea establecida arbitrariamente o no, ya que puede ser pactada por las partes o estar regulada en algún dispositivo legal para limitar los efectos normales de un negocio jurídico.

La doctrina ha dado varios significados o sentidos a la condición como modalidad del acto jurídico. Entre los autores más destacables tenemos a Ninamanco (2017), quien sostiene:

La condición es el evento futuro e incierto del cual van a depender los efectos del negocio jurídico. Pero también se le considera como la disposición que hace depender la eficacia o la resolución del negocio de la verificación de un acontecimiento futuro e incierto. En tal sentido, la más autorizada doctrina entiende, desde hace mucho tiempo, que es necesario distinguir entre la condición como evento externo a la celebración misma del negocio, y la condición

como disposición de las partes o de la ley (condición voluntaria y condición legal) que atribuye a tal evento una eficacia suspensiva o resolutive [p. 4].

También se encuentra Muñoz (2014), en cuyo trabajo explica:

Una condición [como elemento accidental del acto jurídico] veta la generación de determinados efectos, pero a la vez genera otros. Una condición puede inhibir la atribución de un derecho subjetivo pleno, pero a la vez generar la expectativa de adquirirlo o de readquirirlo, o puede convertir al derecho dispuesto por el sujeto, en uno de naturaleza precaria, ya sea porque verificada la condición, el adquirente o el enajenante definitivamente se quede con el derecho, o definitivamente lo pierda (p. 10).

Asimismo, Coviello, citado por Vidal (1989), señala que «[es] la cláusula por la cual el autor o autores del negocio jurídico hacen depender la eficacia o resolución de un contrato a un acontecimiento futuro e incierto, por lo que se llama condición al mismo suceso futuro e incierto del que se hace depender la eficacia o resolución del negocio» (p. 471). Albadalejo (1980), por otra parte, la define como «la limitación puesta por el sujeto a su declaración de voluntad, en virtud de cuya limitación los efectos jurídicos del negocio se hacen depender de un acontecimiento incierto» (p. 275).

Adicionalmente, el profesor Vidal (2011) precisa:

La condición-modalidad viene a ser, pues, un hecho —futuro e incierto— que arbitrariamente y por la sola voluntad de los declarantes se incorpora al acto jurídico el que le queda supeditado en cuanto a la producción de sus efectos. El hecho, en sí, es un elemento extraño a la sustancia y naturaleza del acto jurídico y, por eso, la condición es un elemento accidental, pero es también, al mismo tiempo, una limitación a la eficacia del acto que voluntariamente se imponen sus celebrantes (pp. 363-364).

Como se resalta de los párrafos anteriores, los autores refieren que la condición es aquel hecho futuro, que se impone (de manera voluntaria o legal) a determinado acto jurídico, ya sea para supeditar el nacimiento de sus efectos jurídicos o para determinar la finalización de los mismos.

Con la finalidad tener un panorama adecuado y determinar el tipo de condición regulada en el artículo 1 del Código Civil, corresponde ahondar en su clasificación y los tipos de condiciones que pueden integrar los negocios jurídicos.

Una de las clasificaciones más comunes de la figura jurídica de la condición es la que categoriza como suspensiva y resolutoria; y otra es aquella que distingue la condición voluntaria y la condición de derecho.

Se considera condición suspensiva a «aquella disposición o precepto de voluntad por la cual todos o parte de los efectos del negocio jurídico quedan en suspenso hasta la realización o no realización de un evento» (Lohmann, 1994, p. 304). Como ya se ha mencionado, y como también lo recalca el autor citado, el evento es futuro e incierto. Sobre su nacimiento «encontramos fundamentalmente su mención en las fuentes romanas, en donde los efectos negociales se producen siempre y cuando se verifique el evento condicionante» (Cruz, 2001, pp. 107-108). En estos actos jurídicos no se transmite un derecho subjetivo, sino una expectativa de él.

Por otra parte, será condición resolutoria cuando la determinación de la voluntad o de la ley consiste en el establecimiento de un evento futuro que en caso de suceder, o de no suceder, tendrá como consecuencia que todos o parte de los efectos de negocio se extingan (Lohmann, 1994). Es decir, la adquisición del derecho se da inmediatamente en la constitución del negocio jurídico, el cual produce todos sus efectos hasta que suceda el evento futuro

determinado. En estos actos jurídicos sí se da una transmisión del derecho subjetivo, pues debe verificarse la condición para que este se extinga.

La otra clasificación de la condición, que es una constante en la doctrina, es aquella que la divide en condición voluntaria y condición legal o de derecho. La primera, llamada también *condictio facti* o condición de hecho, es aquella que viene impuesta por decisión de las partes o de los agentes participantes en los negocios jurídicos; mientras que la condición legal o *condictio iuris* aparece en determinados negocios jurídicos de manera intrínseca sin que las partes tengan que establecerlas, siempre y cuando en el momento de la formación del acto jurídico esté presente el supuesto legal que dé origen al nacimiento de la condición. La doctrina la llama, también, supuesto legal de eficacia, como los dispositivos que regulan la venta a prueba, o la caducidad del legado o de la institución de heredero en algunos supuestos, las donaciones por razón de matrimonio que se realizan bajo la condición de que el matrimonio se celebre (artículo 1646 del Código Civil); el convenio de régimen económico del matrimonio está sujeto a la condición suspensiva de celebrarse el matrimonio (artículo 295 del Código Civil), la existencia de la persona jurídica (artículo 77 del Código Civil) (Lohmann, 1994).

De acuerdo con lo regulado en el artículo 1 del Código Civil, el evento futuro e incierto que adquiere la naturaleza de condición es que el concebido nazca con vida para efectos patrimoniales; esta no solo es una forma de adquirir derechos patrimoniales, sino que también señala el punto de partida para el comienzo de la persona individual. Conforme a ello, nos encontramos ante una condición legal, pues el ordenamiento jurídico la impone; sin embargo, la naturaleza de dicha condición es materia de muchos debates, por lo que solo se plantearán los más importantes.

Muñoz (2014) realiza una comparación y un panorama interesante sobre cómo influiría cada condición —suspensiva o resolutoria— en los actos en los que tiene participación el concebido:

Una condición suspensiva tiene como efectos para el concebido, el hecho de que en su esfera jurídica más que meras expectativas que se convertirán en plenos derechos una vez verificada la condición. Como meras expectativas, el concebido, mediante presentación deberá realizar los actos conservatorios necesarios para salvaguardar su derecho por adquirir; no podrá hacer uso y disfrute de los bienes objeto de los derechos futuros, pero sí podrá disponer de ellos a título de expectativa y no de derechos plenos. Por parte del sujeto aun titular del derecho, pero precario, podrá hacer uso y disfrute del bien, pero con la limitación de no poner en riesgo su integridad, para efectos de poder cumplir con su obligación de transmitir el mismo, una vez se haya cumplido o verificado la condición. Si el concebido quiere salvaguardar su derecho por adquirir, deberá mediante sus legítimos representantes, esto a título de carga, iniciar las acciones conservatorias que le faculta la ley.

Una condición resolutoria tiene como efectos para el concebido, la facultad de hacer uso y obtener frutos de aquellos derechos que son suyos, aunque precarios, debido al riesgo de que los pierda una vez frustrada la condición; también implica que el concebido, siempre mediante representación, como es obvio, pueda disponer del bien; pero es si, con la salvedad de que esta disponiendo de un derecho precario y no de uno pleno, y a la vez con el freno para tal acto de disposición, de las demás acciones conservatorias iniciadas por el enajenante. El enajenante también puede disponer, pero a título de expectativa, y si quiere salvaguardar el cobro de su derecho a readquirir, deberá iniciar él, y a título de carga, las respectivas acciones conservatorias (pp. 10-11).

El maestro Espinoza (2019) también explica que «de la redacción del tenor del artículo [1 del CC] se interpreta que la atribución, de los derechos patrimoniales está sometida a una condición suspensiva, por cuanto se debe operar la verificación del acto [nacimiento con

vida] para que produzca efectos» (p. 143). La misma opinión la comparte Monge (2007), al señalar que «los eventuales derechos patrimoniales del concebido están subordinados a la condición suspensiva de su llegada al mundo con vida» (p. 89), además agrega que lo indicado tiene un sustento interpretativo, pues el Código Civil tendría la misma tendencia en materia de familia y sucesiones, lo que se ve reflejado en lo dispuesto en el artículo 598, numeral 1 del artículo 805 y el artículo 856.

Por su parte, Varsi (2014), en cuanto a la naturaleza de la condición que encierra el Código Civil, explica que «los derechos patrimoniales que favorecen al concebido están sujetos a condición resolutoria, por los que goza de manera actual, durante su existencia, y este goce se confirma si nace con vida y se convierte en persona natural» (p. 170). En su libro *Derecho y persona*, Fernández (2001) expone que «el concebido posee un conjunto de derechos de índole patrimonial que se encuentran sometidos a una condición resolutoria legal». Agrega que:

en esta última situación se encontrarían los derechos sucesorios y la donación. En estos casos, si bien el concebido adquiere derechos en cuanto sujeto de derecho, ellos están sometidos a condición resolutoria, de manera que, si el concebido no nace vivo se resuelven tales derechos patrimoniales (p. 40).

Ahora, determinar el tipo de condición que regula el artículo 1 del Código Civil para los fines de esta investigación es de suma importancia; para ello, partiremos del análisis del artículo en cuestión:

Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

La parte final del dispositivo señala, de manera expresa, el hecho condicionante para que el concebido como sujeto de derecho adquiera derechos patrimoniales: la extracción del vientre materno con vida es lo determinante en este análisis. Se trata de un hecho positivo, pues importa una transformación fáctica de la realidad, circunstancia que no solo activa capacidad jurídica plena para la adquisición de los derechos patrimoniales, sino que, a su vez, establece la frontera entre lo que denominamos concebido y persona individual.

Como vemos, nos encontramos ante una condición legal o *condictio iuris*, pues es el ordenamiento jurídico el que la impone. Se desprende de la lectura del dispositivo que los efectos de los actos sometidos a esta condición surgirán con el nacimiento, con vida del concebido, teniendo, por tanto, la naturaleza de una condición suspensiva. Pero ¿qué pasa cuando el hecho que debe ocurrir no se lleva a cabo (el nacimiento con vida)? Estamos ante un incumplimiento de la condición; para algunas posiciones, este hecho es el que se toma como punto de partida para señalar que la condición tiene naturaleza resolutoria, pues establecen como corolario que el concebido tiene todos los derechos patrimoniales, pero si abandona el vientre materno sin vida, estos se resuelven. Bajo esta premisa, los derechos patrimoniales del concebido son inherentes a él desde que los adquiere, pero se pierden si su nacimiento con vida no se verifica.

Buscar la naturaleza de la condición establecida en el artículo 1 del Código Civil, partiendo de su incumplimiento, nos arroja a un escenario interpretativo contrario a lo que señala la norma. Bajo ese análisis, el concebido ya tiene en su esfera jurídica los derechos patrimoniales que ha adquirido y los conserva hasta después de su nacimiento con vida, y solo los perdería si ocurre lo contrario. El razonamiento resultaría válido si la norma tuviera otro sentido; es decir, si se hubiera redactado en forma negativa como, por

ejemplo, «los derechos patrimoniales que adquiere el concebido se resuelven si este no nace con vida».

La norma es clara en su redacción, pues establece que, para la atribución de derechos patrimoniales al concebido, este debe nacer con vida como condición suspensiva. Este evento es el que determina el comienzo de la capacidad plena para ejercicio de dichos derechos, situación que se ve reflejada en otros artículos del mismo cuerpo legal, como el artículo 589 referente a la curatela de bienes del hijo que está por nacer, el artículo 856 que regula la suspensión de la participación por heredero concebido, y el artículo 805 que señala los requisitos que deben confluir para determinar la caducidad del testamento en cuanto al heredero concebido. Todos ellos son dispositivos que por su redacción contemplan la naturaleza suspensiva de efectos que tienen la condición del artículo 1 del Código Civil.

En consecuencia, para los fines del presente trabajo se acoge la postura doctrinaria de que la condición contenida en el artículo 1 del Código Civil, al estar impuesta normativamente, es una de naturaleza legal; y, además, se trata de una condición suspensiva, por cuanto los efectos patrimoniales a favor del concebido se van a originar cuando se cumpla la condición de nacer con vida.

## **5. ACTO JURÍDICO INSCRIBIBLE SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA**

Llegado a este punto de análisis, lo que nos interesa ahora es establecer si los contratos con condición suspensiva son susceptibles de inscripción. Sobre ello, tenemos que el artículo 173 de nuestro Código Civil señala que estando pendiente la condición suspensiva en un contrato, el futuro adquiriente puede realizar actos conservatorios. Sobre esta base, se debe dilucidar si la inscripción puede ser considerada como un conservatorio orientado a proteger

los futuros efectos de un contrato celebrado con condición suspensiva, ya que a través de la publicidad que otorga el registro, el acto registrado obtiene seguridad jurídica. El artículo antes mencionado no nos muestra un concepto de actos conservatorios, ni mucho menos los enumera, pues debemos recurrir a la doctrina para encontrarle una forma y lograr de esta manera una conceptualización adecuada.

De acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior, mientras la condición no se cumpla el acreedor tiene el poder de desplegar todos los mecanismos necesarios para proteger el derecho expectatio a adquirir. León (2007) señala que:

mientras la condición no se verifique, los efectos del negocio sometido a condición no serán aplicables; pero existirán efectos provisorios tendientes a evitar que la verificación de la condición encuentre una variación en la situación original y que la prestación o el derecho no tuviese utilidad (p. 572).

Lo anterior no debe confundirse como una situación en la que el acreedor-adquirente del derecho esté en posición de exigir que este sea cumplido, pues el contrato que originó el derecho expectatio está supeditado a que se realice el hecho incierto y futuro (condición); sin embargo, esta situación no desvirtúa o niega la posibilidad de que estos derechos sean protegidos, pues nuestra legislación reconoce la posibilidad de ejercer determinadas acciones orientadas a consolidar, en un futuro, la concreción del contrato; entre estas acciones tenemos el reconocimiento de ese derecho o su inscripción.

Por su parte, Vidal (1998), en relación con los actos conservatorios, explica que están «orientados a evitar la pérdida del derecho y, de ahí, que la noción de los actos conservatorios deba referirse a una multiplicidad de actos, tales como requerimientos para la constitución de garantías reales, constitución de fianzas,

contratación de pólizas de seguros y toda otra medida para asegurar el derecho y evitar su pérdida» (p. 574).

Asimismo, sobre la figura jurídica de los actos conservatorios que regula nuestro Código Civil, Lohmann (1994), en su análisis con el derecho comparado, señala:

La idea fundamental que inspiró el artículo 1180 del Código Civil francés del que deriva el nuestro, el 1121 del español, 1356 del italiano, 546 del argentino y otros muchos, no es tanto la de posibilitar la defensa de un derecho firme cuanto la de permitir mantener con utilidad las legítimas expectativas mientras no se verifique el evento que constituye la hipótesis puesta como condición. Dentro de este espíritu, se hace difícil intentar una exhaustiva enumeración o análisis o clasificación de los actos conservatorios. Solo a título ilustrativo, pueden citarse los siguientes:

- a) Solicitar el reconocimiento del documento por el que conste el derecho condicional y, en general y cuando sea posible, instar la prueba anticipada que la ley permita con la finalidad de garantizar la conservación del derecho.
- b) Solicitar la inscripción registral del documento que constituya un derecho real subordinado a condición o el gravamen que garantiza el crédito condicionado.
- c) Demandar condicionalmente la declaración de un derecho condicional.
- d) Interrumpir la prescripción.
- e) Solicitar inventario de bienes y realizar actos o reclamar que se adopten soluciones destinadas a impedir la destrucción, pérdida o deterioro de los bienes sujetos a entrega o devolución.
- f) Ejercer, si fuera el caso, la acción de ineficacia pauliana. La subrogación no es exactamente acción conservatoria.
- g) Participar en los procesos de insolvencia [concurso, suspensión de pagos o quiebra] de deudor.

De lo desarrollado, la definición de acto conservatorio en su plano más conciso se puede catalogar como aquella acción que realiza el adquirente o acreedor de un derecho expectatio sometido a condición suspensiva, con el objetivo de resguardar su futura eficacia, situación que si la trasladamos al campo del derecho registral este no puede desconocerlo, pues, en la medida que los actos jurídicos que propiciarán el nacimiento de estos derechos tienen la calidad de inscribibles, es posible catalogar como acto conservatorio a la inscripción del contrato sometido a condición suspensiva. No obstante, es importante dejar sentado que no todo contrato que contenga una condición suspensiva es inscribible como acto conservatorio, pues para ello se requiere que exista una modificación de la titularidad registral pasible de interés a terceros y que se encuentre dentro de los alcances del artículo 2019 del Código Civil.

Pasando a otro contexto —que no es ajeno a la problemática que se discute—, en lo referente a los actos inscribibles del artículo 2019 del Código Civil se describe un catálogo de actos y derechos que pueden ser susceptibles de registro, entre ellos tenemos el numeral 4 que señala como acto inscribible el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos contratos registrados. Como vemos de la descripción literal esbozada en esta, presupone la existencia de un acto contrato ya registrado.

En atención a lo regulado por las normas citadas, el Tribunal Registral no es ajeno a realizar una interpretación sobre la inscripción de los actos o contratos registrables sujetos a condición suspensiva, es así que en su pleno número LXXII realizado el 22 y 23 de marzo de 2011, se debatió la siguiente cuestión: ¿es inscribible el acto modal sujeto a condición suspensiva? Y se llegó al siguiente acuerdo: «Es inscribible el acto modal sujeto a condición, siempre que el cumplimiento de esta implique una modificación en la situación jurídica real del inmueble».

Los fundamentos esenciales para el acuerdo y su justificación se transcriben a continuación:

El inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil considera como acto inscribible el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados a los que estén sujetos los actos registrados. En principio ello excluiría como acto inscribible a la condición misma; sin embargo, una interpretación amplia sobre la funcionalidad de esta norma y del registro desde el punto de vista de su utilidad jurídica y económica nos lleva a la conclusión que la condición resulta inscribible cuando su cumplimiento implica una mutación de la situación jurídico real del bien inscrito, pues de producirse, el acto no solamente involucraría a los contratantes sino eventualmente a terceros.

Carecería de toda significación para un contratante ser adquirente de un derecho real sujeto a condición si es que esta no se inscribe en el registro, pues de cumplirse aquella no podría oponerla válidamente a un tercer adquirente que adquirió el derecho del titular.

No puede sustentarse la negativa de inscripción en el hecho que esta no sea retroactiva, salvo pacto en contrario, conforme al artículo 177 del Código Civil, porque estando inscrita, el registro otorga cognoscibilidad general respecto de ella, siendo posible su conocimiento por todos, y en tal medida es oponible frente a terceros.

Cualquier tercero que contrate respecto de ese bien no podrá alegar que los eventuales efectos del cumplimiento de la condición no le afecten, pues al estar inscrita la condición, enerva los efectos de la fe pública registral.

El hecho que el potencial adquirente tenga solo un derecho personal no constituye óbice para la inscripción de la condición, pues se trata de posibilitar que este eventual adquirente pueda invocar la adquisición condicionada con carácter erga omnes.

De no ser así, los pactos de reserva de propiedad y/o retroventa [típicos derechos personales] no resultarían inscribibles. Nuestro sistema registral los admite como actos inscribibles en el inciso 3 del artículo 2019, y ambos llevan implícitas condiciones. Así, en el pacto de reserva de dominio, la transferencia de la propiedad del bien queda sujeta a la condición suspensiva del pago total del precio de una parte de él.

En otras palabras: la naturaleza del derecho inscribible y/o el momento de la adquisición del derecho real resultan aspectos secundarios al momento de determinar la relevancia del acto: importará más la oponibilidad y la necesidad de brindar certeza y seguridad a la contratación.

Finalmente, el artículo 173 del Código Civil faculta al adquirente a realizar actos conservatorios. Vidal Ramírez ha señalado que entre esos actos conservatorios puede contarse la inscripción o anotación preventiva.

El especialista en temas registrales, Mendoza (2017), señala que realizando una interpretación literal del numeral 4 del artículo 2019 del Código Civil se desprenden «dos momentos a evaluar: el primero que es la celebración del contrato y uno posterior que es el cumplimiento de la condición. ¿En qué momento puede inscribirse dicho contrato? El numeral 4 antes mencionado pareciera señalar que es el segundo momento» (párr. 2).

Sobre lo señalado, el autor plantea la problemática que se genera en el registro, pues, si se va a registrar desde el momento de su celebración, cuando aún no se ha cumplido la condición, la técnica registral a utilizar es la inscripción del acto en el rubro de cargas y gravámenes, asiento que cambiará de naturaleza (pasando al rubro de dominio) cuando se cumpla la condición a la que han sido supeditados los efectos del contrato. Sin embargo, también se coloca bajo el supuesto en el que el contrato debe ingresar al registro (en el rubro de dominio) solo cuando la condición haya sido satisfecha o

realizada, pues es en este momento en el que se produce la mutación del derecho inscrito, situación que la vincula con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2019.

Explicado lo anterior —y teniendo en cuenta las excepciones que surgen del análisis de cada contrato que contiene un acto sometido a condición suspensiva, ya sea por su naturaleza de no inscribible o por el tipo de condición a la que se encuentra sujeta—, es posible registrar contratos sujetos a modalidad teniendo como base lo establecido en el artículo 173 referente a los actos conservatorios, y los numerales 1 y 4 del artículo 2019 del Código Civil en que se establecen los actos inscribibles.

Como se puede apreciar, de presentarse un contrato al registro que contenga la atribución de derechos patrimoniales al concebido bajo cualquier tipo de acto jurídico, este por aplicación del artículo 1 del Código Civil está sujeto a condición suspensiva pasible de ser registrada y protegida por la seguridad jurídica que brinda el registro, y por ende sería pasible de acceder al registro, pues carecería de toda significación para un contratante ser adquirente de un derecho real sujeto a condición si es que esta (refiriéndose a la condición) no se inscribe en el registro, ya que, de cumplirse aquella, no podría oponerla válidamente a un tercer adquirente que obtuvo el derecho del titular. Por tanto, y tal como ya lo ha venido estableciendo el Tribunal Registral en reiterada jurisprudencia, es inscribible un contrato o acto jurídico sujeto a condición, siempre que el cumplimiento de esta traiga consigo la modificación de la situación jurídico-real del inmueble.

## **6. IDENTIFICACIÓN DEL CONCEBIDO EN LOS CONTRATOS**

La identificación de los contratantes dentro de la relación contractual resulta de suma importancia, pues, a partir de ello, es posible determinar quién se desprende del derecho (transferente), así como quién es el beneficiario del mismo (adquirente). Sabemos que

la sola mención del concebido como beneficiario de un derecho patrimonial en un contrato de manera automática queda sujeta a condición suspensiva.

El nacimiento como hecho condicionante está ligado al concebido; por tanto, es relevante la forma como se le identifica en el contrato. Sobre ello, en nuestra legislación no se tiene un parámetro regulador que nos permita realizar la identificación del concebido como sujeto de derecho en un documento público, dado que las normas apuntan a identificarlo como persona una vez que ocurre el nacimiento. Una aproximación de esto la tenemos en el artículo 390 del Código Civil, en el cual se establecen las formas de reconocimiento de los hijos, que a tenor del artículo son tres: en el registro de nacimientos, en escritura pública y en testamento.

Como vemos, la primera de ellas está ligada a que se dé el suceso del nacimiento; sin embargo, la norma no hace distinción en las formas de reconocimiento subsiguientes, pues abre la posibilidad de que, mediante una escritura pública o testamento, se reconozca no solo a quien ya ha nacido, sino a un concebido. No obstante, la norma no indica el modo como debe plasmarse esta manifestación de voluntad, sobre todo en el aspecto de la identificación o individualización del que será reconocido.

Varsi (2003), sobre el tema en cuestión, señala que «para el caso del reconocimiento del hijo concebido las únicas formas utilizadas pueden ser la escritura pública o el testamento, dado que al no haberse producido el nacimiento resultaría imposible inscribirlo en el Registro del estado civil y expedírsele un acta de nacimiento» (p. 579).

Respecto del reconocimiento de concebido en testamento, Hung (2015) señala que en la manifestación de voluntad del testador debe quedar fuera de duda el «reconocimiento expreso y solemne de ser padre o madre biológica de una persona. Las particu-

dades de la situación del concebido no nacido imponen la referencia a la mujer grávida, sin la cual no es posible, antes del parto, individualizar al nasciturus».

En el literal f) del artículo 54 del Decreto Legislativo 1049 (Ley del Notariado), referente al contenido de introducción de la escritura pública, se precisa que, para los casos en los que una persona intervenga en el instrumento público en representación de otra, se debe indicar el documento que lo autoriza, así como los datos de identificación del beneficiario final, conforme a la legislación de la materia.

De la disposición glosada se desprenden dos cuestiones que indubitadamente deben expresarse en un instrumento público para identificar a las partes contratantes, acreditar la representación —en este caso del concebido— e identificar al beneficiario final del derecho. La representación es aquella figura jurídica por la cual los negocios jurídicos pueden ser celebrados por medio de otro, el representante, de manera que la declaración de voluntad que este emite dentro del poder de representación que ostenta es eficaz a favor y en contra del representado. Como puede apreciarse, los actos jurídicos pueden ser realizados mediante representantes, salvo que la ley señale lo contrario. Así, esta representación puede ser otorgada por el mismo interesado (representación voluntaria) o puede ser conferida por la ley (representación legal).

De esta manera, el código señala que puede haber dos tipos de representación: la voluntaria y la legal. Nos encontramos en el primer supuesto cuando los sujetos, en ejercicio de su autonomía privada, legitiman a otro (representante) a actuar en interés y nombre suyo. En cambio, nos encontramos frente a la representación legal cuando es el mismo ordenamiento el que faculta a los representantes para que actúen en nombre de otros.

Con relación a la representación del concebido, en el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes,

se considera niño a todo ser humano desde la concepción hasta cumplir los 2 años de edad. Conforme se ha mencionado, este sujeto de derecho tiene pleno goce de sus derechos civiles; sin embargo, su capacidad de ejercicio se encuentra limitada.

Por otro lado, en el artículo 43 del Código Civil se señala que son absolutamente incapaces los menores de 16 años, entre los que se encontrarían los niños, estatus que abarca desde la concepción. En ese sentido, el concebido requiere ser representado en los actos de la vida civil por sus representantes natos, los padres, quienes ejercen la patria potestad.

Lo anterior se encuentra directamente relacionado con el contenido del artículo 423 del Código Civil, que contempla los derechos y deberes de los padres que ejercen la patria potestad; dentro de estos se encuentran la presentación de los hijos en los actos de la vida civil y la administración de los bienes de estos. Ahora, el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes señala que forma parte de los derechos y deberes de los padres que ejercen la patria potestad el representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil, y administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran.

De las normas señaladas se desprende que los padres ejercen la representación de los hijos (concebidos o nacidos) sin que sea necesario que se acredite esta representación, ya que es otorgada por ley.

Como vemos, las normas no nos muestran una reglamentación para que se logre identificar al concebido como beneficiario de derechos patrimoniales. La ley notarial establece dos situaciones a tener en cuenta para la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos: en primer lugar, que se acredite la representación, salvo que el compareciente sea la madre o el padre del que va a nacer (concebido), pues —conforme se desarrolló en los

párrafos precedentes— la representación que ostentan los padres es una de naturaleza legal, por lo que es pasible de acreditación; y, en segundo lugar, la norma exige la identificación del beneficiario final, que en este caso es el concebido, sobre ello debemos aventurarnos a realizar algunas precisiones.

Partimos de la figura del reconocimiento, en la cual quien realiza este acto debe tener la certeza de la gestación, situación que puede ser aplicable para quien ejerza la representación del concebido y que participe en un acto jurídico donde se le está otorgando derechos patrimoniales; por tanto, tener la convicción de la existencia del concebido es el punto de partida al momento del otorgamiento de la escritura pública. Por otro lado, no se debe perder de vista que, para una correcta identificación del beneficiario final (concebido), pueden también consignarse los datos completos de los padres.

Ahora, el artículo 32 de la Ley del Notariado señala que el notario puede introducir en la escritura pública documentos a manera de insertos o anexos, los que pueden ser impresiones mediante fotocopiado, escaneado u otro medio similar bajo su responsabilidad; en este contexto, cabe preguntarnos: ¿es posible anexar certificados médicos, ecografías u otro documento que nos lleve a obtener de alguna manera más datos que posibiliten la individualización e identificación del concebido como sujeto de derecho y futuro adquirente del derecho patrimonial? La respuesta es afirmativa. Si bien la norma solo menciona como requisito que se identifique al beneficiario final y no cómo debe realizarse esta tarea, una de las formas de proceder por parte del notario es la acreditación de la gestación mediante la documentación correspondiente: certificados médicos, ecografías, resolución que reconoce el embarazo, etc., documentos susceptibles de ser insertos en la escritura pública.

Finalmente, la problemática de la identificación e individualización del concebido no queda allí, pues está latente la posibilidad

de que se den partos múltiples o el error en la evaluación de los documentos técnicos (imagenología) del sexo del concebido. Sobre ello se recomienda que la atribución de los derechos se realice detallando que esta se extiende a todos los nacidos con vida, con independencia del número y sexo, pues así se evitarán controversias futuras sobre la adjudicación de los derechos patrimoniales al concebido e incluso se facilitará la verificación del cumplimiento de la condición, labor que pasa del ámbito real al jurídico, la cual debe ser realizada mediante la comparación proporcional y lógica entre los datos que se obtengan de la escritura pública y el certificado de nacimiento (certificado de nacido vivo).

## **7. INSCRIPCIÓN DEL CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN**

Conforme se ha avanzado en este artículo, sabemos que al concebido se le pueden atribuir derechos patrimoniales, con la condición de que nazca vivo. Vemos que la premisa establece una condición suspensiva cuyo cumplimiento está orientado al abandono del vientre materno con vida. Los actos jurídicos donde el beneficiario es un concebido traen intrínseca la misma condición legal: que, de contener un derecho susceptible de registro, su inscripción es procedente; sin embargo, queda sobre la mesa la forma como se debe acreditar el nacimiento ante el registro. Para ello tenemos el certificado de nacido vivo, la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad otorgado a menores de edad entre 0 a 17 años.

El certificado de nacido vivo —conforme a la Quinta Disposición Final del Decreto Supremo 015-98-PCM— es aquel certificado que debe utilizar el profesional competente o la persona autorizada que atiende el parto y que sirve para inscribir el nacimiento; conforme a ello, este documento es la primera prueba del cumplimiento de la condición (nacimiento con vida), pues en este formato consta la identificación dactilar de la madre y la

identificación pelmatoscópica del recién nacido, además de los datos que corresponden a la naturaleza del documento, entre otros datos.

En lo referente a la partida de nacimiento, este es el primer documento que acredita la identidad y la inscripción de la persona en el registro. También se le denomina acta de nacimiento, pero, sobre la precisión de los términos «partida de nacimiento» y «acta de nacimiento», se debe indicar que ambas denominaciones, empleadas de manera indistinta en la legislación nacional, corresponden al acta de nacimiento referida en la Ley n.º 26497, su reglamento y el Texto Único de Procedimientos Administrativos de Reniec.

Finalmente, el documento nacional de identidad para menores de edad (DNI amarillo) se otorga a las personas de entre 0 a 17 años. En este constan el nombre del menor, los datos de los padres, la fecha y el lugar de nacimiento, entre otros.

Como se observa, los documentos mencionados sirven para acreditar dos situaciones: el nacimiento con vida y la identidad de la persona que se origina con este hecho jurídico. Estos a su vez forman parte del circuito de la documentación, y marchan concatenados en los procedimientos y documentos de identidad que, en términos generales, forman una cadena por su estrecha vinculación y la dependencia entre los mismos, debido a que la obtención de uno depende de la tenencia del anterior. El orden de obtención de los documentos tiene que ver con el ciclo de vida de las personas desde su nacimiento hasta la obtención de su mayoría de edad; este circuito es conformado por el certificado de nacido vivo, la partida de nacimiento y la obtención del DNI. Si bien el certificado de nacido vivo en esencia no es un documento de identidad, es considerado dentro del circuito por ser uno de los principales requisitos para realizar la inscripción y obtener la partida de nacimiento.

Por tanto, para acreditar el cumplimiento de la condición, es posible presentar cualquiera de los documentos mencionados. Para la calificación registral lo que se busca es la correspondencia entre el concebido que se ha individualizado en el instrumento inscrito con la persona que aparece en cualquiera de los documentos que se han mencionado anteriormente. Esta evaluación debe fundamentarse en una apreciación conjunta de los elementos obrantes en el registro y los documentos aportados por los solicitantes. Así, el fin es que, de manera razonada, lógica y temporal, se pueda establecer una conexión que permita colegir en forma indubitable que se trata del mismo sujeto de derechos (concebido-persona individual).

Por el contrario, el incumplimiento de la condición se acredita mediante el certificado de defunción fetal, que es el documento donde se indica el fallecimiento de un feto. Este contiene los datos personales del fallecido, la causa básica, la fecha y hora de su muerte, entre otros. Según la Directiva Administrativa n.º 216-MINSA/OGTI-V.01, quien entrega el certificado a un familiar o persona interesada es el médico tratante, el médico que constata la muerte, el médico legista que practica la necropsia o el médico señalado por el establecimiento de salud en el que ocurre la defunción. Solo en casos excepcionales, si en la localidad no hay médico, puede hacerlo el enfermero u otro profesional de la salud.

Como se observa, solo con la presentación de este documento, y basándose en la valoración conjunta de los datos tanto del registro como del certificado de defunción, se procederá a realizar la cancelación de la condición en el registro.

## **8. CONCLUSIONES**

La teoría de la subjetividad, positivizada en el artículo 1 de nuestro Código Civil, debe ser el punto de partida para futuros análisis de aplicación de normas que regulan la adquisición de derechos

ya sean subjetivos o patrimoniales a favor del concebido, pues, al conceptualizarlo como sujeto de derecho distinto de la persona, se le otorga una categoría especial respecto a la persona natural o jurídica.

El concebido —conforme con lo establecido en las normas civiles— tiene la capacidad de adquirir derechos subjetivos y patrimoniales, los cuales están sometidos a la condición de que este nazca con vida. Dicha condición, contenida en el artículo 1 del Código Civil, es una de naturaleza legal, al estar impuesta normativamente; además, se trata de una condición suspensiva, por cuanto los efectos patrimoniales a favor del concebido se van a originar cuando se cumpla la condición de nacer con vida.

De presentarse un contrato al registro que contenga la atribución de derechos patrimoniales al concebido, bajo cualquier tipo de acto jurídico, es inscribible, siempre que el cumplimiento de esta traiga consigo la modificación de la situación jurídico-real del inmueble.

La identificación del concebido en los contratos es de suma importancia; por ello, los funcionarios públicos que intervienen en su formalización tienen la labor titánica de realizar la identificación y, sobre todo, la individualización del concebido, pues de ello depende mucho la inscripción del cumplimiento de la condición suspensiva. Por esta razón, con la aplicación de las normas notariales resulta admisible incorporar ciertos datos y documentos técnicos (imagenología) que puedan ofrecer un mejor panorama a la identificación del concebido.

El cumplimiento de la condición puede ser acreditado con el certificado de nacido vivo, la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad otorgado a menores de edad entre 0 a 17 años, y su incumplimiento, con el certificado de defunción fetal, que es el documento donde se indica el fallecimiento de un feto.

## REFERENCIAS

- Albadalejo, M. (1980). *Derecho civil. Volumen I*. Bosh.
- Cruz, M. (2001). Algunas reflexiones sobre la condición. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXIV(100), 101-164.
- Díez-Picazo, L. (1980). *Estudios de derecho privado*. Civitas.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de personas. Tomo I*. Instituto Pacífico.
- Fernández, C. (2001). *Derecho y persona*. Grijley.
- Hung, F. (2015). Apuntes sobre el reconocimiento filiatorio a favor del concebido no nacido en sede notarial. Especial referencia al Código de Familia de Nicaragua. *Revista IUS*, 9(36), 235-247. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472015000200235#fn21](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200235#fn21)
- León, J. (2007). Actos conservativos durante el período de pendencia. En *Código Civil comentado. Tomo I*. Gaceta Jurídica.
- Lohmann, J. (1994). *El negocio jurídico*. Grijley.
- Mendoza, G. (2017, 23 de junio). ¿La condición suspensiva es un acto inscribible? *Enfoque de Derecho*. <https://www.enfoque derecho.com/2017/06/23/la-condicion-suspensiva-es-un-acto-inscribible/>
- Monge, L. (2007). Principio de la persona y de la vida humana. En *Código Civil comentado. Tomo I*. Gaceta Jurídica.
- Muñoz, R. (2014). Concebido, polémica sobre sus derechos patrimoniales. *Taller León Barandiarán*. [https://issuu.com/taller-leonbarandiaran/docs/concebido\\_y\\_la\\_polemica\\_sobre\\_sus\\_d](https://issuu.com/taller-leonbarandiaran/docs/concebido_y_la_polemica_sobre_sus_d)
- Ninamanco, F. (2017). La problemática sobre la atribución de derechos patrimoniales al concebido: crítica a la doctrina dominante. *Revista Sapere*, (3), [1-32]. [https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion\\_3/articulos/LA%20](https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_3/articulos/LA%20)

PROBLEMATICA\_SOBRE\_LA\_ATRIBUCION\_DERECHOS\_PATRIMONIALES\_CONCEBIDO.pdf

- Torres, A. (2001). *Acto jurídico*. Idemsa.
- Varsi, E. (2003). Reconocimiento en el Registro de Nacimientos. En *Código Civil comentado. Tomo II*. Gaceta Jurídica.
- \_\_\_\_\_ (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica.
- Vega, Y. (1996). *Instituciones del derecho civil*. Grijley.
- Vidal, F. (1989). *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco Editores.
- \_\_\_\_\_ (1998). *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica.
- \_\_\_\_\_ (2011). *El acto jurídico* (8.<sup>a</sup> ed. actualizada). Gaceta Jurídica.



## **¿Realmente el sistema de apoyos y salvaguardias implementado en el Código Civil cumple con su función de apoyar a las personas con discapacidad?**

Does the system of supports and safeguards implemented in the Civil Code really fulfill its function of supporting people with disabilities?



JOSÉ WILLIAM DURAN VIVANCO

Primer Juggado de Paz Letrado de Surquillo  
(Lima, Perú)

Contacto: [jdurandu@pj.gob.pe](mailto:jdurandu@pj.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-5519-192X>

### **RESUMEN**

En el presente artículo expresamos nuestro acuerdo con que la legislación, en búsqueda de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, recoja el modelo social contemplado en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que contribuye a que dichas personas puedan ejercer sus derechos de manera libre y voluntaria, con la cooperación

de los apoyos. Sin embargo, los objetivos y principios señalados en la convención no han sido establecidos adecuadamente en nuestra legislación, por lo que se han adoptado medidas legislativas sin antes contemplar nuestra realidad. Se reconoce, por ejemplo, a los sujetos con discapacidad que carecen de discernimiento y, por lo tanto, se les permite tomar decisiones, pero resulta ilógico que estas personas puedan decidir por sí mismas cuando no tienen noción de la realidad, situación que propicia una serie de abusos de sus derechos.

**Palabras claves:** capacidad jurídica, discapacidad, apoyos, salvaguardias, persona, discernimiento.

### **ABSTRACT**

In the present article, seeking to recognize the legal capacity of persons with disabilities, we express our conformity with the fact that the legislation reflects the social model contemplated in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, since it contributes to enabling these persons to exercise their rights freely and voluntarily, with the cooperation of supporters. However, the objectives and principles established in the convention have not been adequately established in our legislation, and consequently, legislative measures have been adopted without prior consideration of our reality. For example, the recognition of the power to make one's own decisions for people with disabilities who lack discernment leads to a series of abuses against them. In fact, this formula recognizes discernment but thus the lack of notion of the reality of these subjects.

**Key words:** legal capacity, disability, support, safeguards, person, discernment.

Recibido: **09/10/2020** Aceptado: **29/10/2020**

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos minuciosamente los artículos que han sido modificados e introducidos sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El 4 de septiembre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* el Decreto Legislativo n.º 1384 (en adelante D. Leg. n.º 1384) denominado «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones».

No obstante, antes de la aparición del D. Leg. n.º 1384, las personas con discapacidad no tenían capacidad jurídica porque se les restringía la posibilidad de ejercer sus derechos y obligaciones. Entonces, el modelo de protección diseñado para estas personas se denominaba «curatela». El curador, quien había sido designado a través de un proceso de interdicción, era el representante legal de la persona discapacitada; así, esta persona perdía autonomía sobre sus actos y no podía dirigir su vida libremente.

En cambio, el D. Leg. n.º 1384 recogió el «modelo social de discapacidad», según el cual no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del embrollo, sino las barreras marcadas por la propia sociedad que impiden —de manera absurda— que estas personas ejecuten una participación plena en la sociedad. Para este paradigma, los sujetos con discapacidad sí pueden contribuir a la comunidad en las mismas condiciones que las personas sin discapacidad.

Es menester señalar que el «modelo social de discapacidad» fue consolidado normativamente el 13 de diciembre de 2006, cuando se aprobó —por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas— la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), la cual entró en vigencia el 3 de mayo de 2008. El Perú es Estado parte de la Convención, por lo que nuestro sistema jurídico no puede tener leyes que contravengan los principios establecidos en ella.

Por el contrario, se debe reconocer la aplicabilidad del «modelo social de discapacidad» en nuestra legislación. De igual manera, se deben crear normas jurídicas que guarden coherencia con los postulados contemplados en la Convención que busquen garantizar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, en cuanto a su dignidad, autonomía e igualdad ante la ley. Por ello, se emitió el D. Leg. n.º 1384, a través del cual nuestro país recoge el citado paradigma que fue reconocido en el artículo 3 del Código Civil, cuyo tenor es «capacidad jurídica» como matriz de la clásica bifurcación de los términos «capacidad de goce» y «capacidad de ejercicio».

Por último, el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica obliga también a revisar y cambiar algunas instituciones jurídicas que servían para protección de las personas con discapacidad; por consiguiente, ya no cabe el nombramiento de un curador para aquellas personas. Es menester una regulación normativa distinta al sistema de sustitución de decisiones; por ello, se implementó el «sistema de apoyos y salvaguardias», para coadyuvar o apoyar al sujeto discapacitado en su libre toma de decisiones.

## **2. MODELOS DE LA DISCAPACIDAD**

A continuación, abordaremos sobre los modelos que tratan acerca de las personas con discapacidad. Este acápite nos permitirá conocer las diferentes posiciones que existen sobre las personas con discapacidad y cómo fueron evolucionando a través del tiempo, desde las antiguas sociedades griega y romana hasta la actualidad, donde se encuentra vigente el paradigma «modelo social de discapacidad».

## **2.1. El modelo de la prescindencia**

Este paradigma, que existía en la Antigüedad clásica, en las sociedades griega y romana, concebía que las causas de la discapacidad son religiosas y que el sujeto discapacitado nada podía aportar a la comunidad. Por lo tanto, la persona con discapacidad era excluida de la sociedad a través de políticas eugenésicas o de marginación. Este modelo cuenta con dos vertientes.

### **2.1.1. El submodelo eugenésico**

Considera que la prescindencia del sujeto discapacitado se logra a través de políticas eugenésicas. Por ejemplo, en Grecia, el nacimiento de un niño o niña con discapacidad significaba el castigo de los dioses por un pecado cometido —mayormente— por los padres. En Roma, el nacimiento de un niño o niña con discapacidad consistía en una advertencia de la divinidad que, a través de una malformación congénita, podía estar presagiando que la alianza con los dioses se encontraba rota y que se avecinaba una catástrofe.

Aunado a ello, existía la noción de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena ser vivida; además, estas personas eran consideradas como una «carga» para los padres y para la sociedad. Por eso, la sociedad prescindía de los sujetos discapacitados a través de prácticas eugenésicas, como el infanticidio en el caso de los niños y las niñas.

### **2.1.2. El submodelo de marginación**

La característica más importante —de este submodelo— es la exclusión del sujeto discapacitado de la sociedad, ya sea como consecuencia de subestimación y por ser considerado objeto de maleficios, ya sea por menosprecio o por miedo. La exclusión es la respuesta social hacia la discapacidad.

## 2.2. El modelo médico o rehabilitador

Este modelo se ha consolidado en el siglo XX. Cuenta con dos características importantes. La primera se relaciona con los motivos que se alegan para justificar la discapacidad, pues —a diferencia del modelo de prescindencia— ya no se trata de causas religiosas, sino de causas científico-médicas. Según este modelo y tratándose de medicina, se evita hablar de Dios o del diablo, y más bien se alude a la discapacidad en términos de «enfermedad» o como «ausencia de salud». La segunda característica consiste en que las personas con discapacidad sí pueden aportar algo a la sociedad, siempre y cuando sean rehabilitadas y logren asimilarse a las demás personas sin discapacidad en la mayor medida posible. A través de ello, las personas con discapacidad en un «proceso de normalización» obtienen por parte de la sociedad un valor como personas y ciudadanos.

Desde la óptica de este modelo, las personas con discapacidad se convierten en «objetos médicos»; por ello, sus realidades son explicadas desde el punto de vista medicalizante y medicalizado. Así, se crearon diversos espacios sobreprotegidos para buscar su rehabilitación; por ejemplo, la educación especial es considerada como una de las mejores herramientas de rehabilitación.

## 2.3. El modelo social de discapacidad

Este prototipo, que se encuentra vigente en la actualidad y surgió como rechazo a los modelos anteriores, cuenta con dos características fundamentales. La primera consiste en que las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni científico-médicas, sino sociales.

Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestarles servicios apropiados y para garantizar que sus necesidades sean

tomadas en cuenta dentro de la organización social. Esto no supone negar el aspecto individual de la discapacidad, sino enmarcarlo dentro del contexto social (Toboso y Arnau, 2008).

La segunda característica se refiere a que la discapacidad radica en la propia sociedad y no en la persona: los sujetos discapacitados pueden contribuir a la sociedad en las mismas condiciones que las personas sin discapacidad. Para esto, se parte de la premisa principal de que toda vida humana es igualmente digna, pero se debe destacar que, para las personas con discapacidad, se necesita desarrollar políticas de inclusión y la aceptación plena de su deficiencia.

Como habíamos indicado en la introducción del presente trabajo, el «modelo social de discapacidad» se afianzó normativamente cuando se aprobó por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas en su sede de Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, la valiosa Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta tiene como propósito proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Actualmente, este paradigma también se encuentra regulado en el artículo 3 de nuestro Código Civil, cuyo tenor es «capacidad jurídica». Esta incorporación fue introducida por el D. Leg. n.º 1384.

Sobre este aspecto, nos encontramos de acuerdo en que nuestra legislación haya regulado la capacidad jurídica y tome en cuenta el «modelo social de discapacidad», ya que este reconoce que las barreras son sociales; esto es, la discapacidad en realidad radica en la sociedad misma y no en el sujeto con discapacidad física, sensorial, intelectual o mental, como equivocadamente sostuvo el modelo rehabilitador. También pretende que estas barreras sociales (incluso jurídicas) sean eliminadas con el propósito de reconocer al sujeto discapacitado su capacidad de ejercicio, a fin de que pueda

participar plenamente en la sociedad y en las mismas condiciones que los demás, por lo que tomará decisiones sin necesidad de que se le imponga una voluntad ajena.

### **3. CAPACIDAD JURÍDICA**

Existen múltiples conceptos de capacidad jurídica elaborados por la doctrina nacional e internacional. No obstante, nuestro Código Civil (en adelante CC) no define la capacidad jurídica ni la de ejercicio. En el numeral 13, del contenido normativo del artículo 12 de la Observación General n.º 1, elaborada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, se define con claridad a la capacidad jurídica de la siguiente manera: «La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)».

De ello, se deduce que la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todos los seres humanos, sin importar su capacidad o discapacidad. La capacidad jurídica tiene dos vertientes: la primera es la idoneidad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones (capacidad de goce o derecho), y la segunda es la aptitud que tiene la persona para ejercer por sí misma o a través de un representante legal los derechos y obligaciones que comprenden las relaciones jurídicas (capacidad de ejercicio o de obrar).

Resulta acertado que el comité definió la capacidad jurídica con las dos vertientes, sin necesidad de sostener que existen varias capacidades. Antes de la modificatoria introducida por el D. Leg. n.º 1384, nuestro CC estableció una equivocada diferencia entre la «capacidad de goce» y la «capacidad de ejercicio», cuando en realidad la capacidad jurídica es una sola.

En esta misma línea, el destacado jurista Carlos Fernández Sessarego (2014) sostuvo una posición clara sobre la capacidad jurídica del siguiente modo:

La capacidad jurídica, que es una, supone la posibilidad de ejercerla, de actuar y obrar en el mundo según las libres decisiones de cada persona. Si bien la capacidad, en cuanto inherente a la persona, no admite excepciones, su ejercicio sí es dable de ser limitado, restringido. Pero el ejercicio de nuestra capacidad no es autónomo, no es una nueva capacidad diferente a la que poseemos todos los seres humanos, sino solo su ejercicio en el mundo de las relaciones humanas (pp. 29-30).

En ese sentido, el citado jurista sentencia en los siguientes términos: «En conclusión, no existe, sino una sola capacidad, se hace presente en el mundo exterior. Es como la libertad, que siendo una, se manifiesta en la realidad a través de actos, conductas, de proyectos y, entre ellos, del único e intransferible proyecto de vida» (Fernández, 2014, p. 30).

#### **4. DISCAPACIDAD**

Es menester definir a la persona con discapacidad para tener presente cuándo nos estamos refiriendo a estas personas y por qué se reconoce su capacidad jurídica. Así, el artículo 2 de la Ley General de la Persona con Discapacidad la define de la siguiente manera:

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales o del entorno, no ejerza o puede verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Esta ley fue publicada el 24 de diciembre de 2012 en el *Diario Oficial El Peruano*; esto es, antes de que nuestra legislación civil recoja el «modelo social de discapacidad», para reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por ello, como se podrá verificar en aquella norma jurídica, no se aprecia nítidamente que se habla de capacidad jurídica, sino solamente se alude a que estas personas tienen los mismos derechos que el resto de la población.

No obstante, en esta ley ya se recogen principios importantes establecidos en la Convención; por ejemplo, en el literal a) del artículo 4 notamos que se dispone que las políticas y programas de las entidades públicas se sujeten al principio de «respetar la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; y la independencia de la persona con discapacidad». Por lo tanto, esta ley significa el umbral para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en nuestro país.

## **5. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CÓDIGO CIVIL: LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA**

El D. Leg. n. ° 1384 trajo una serie de modificaciones en distintos libros del CC, pero lo que nos interesa en realidad son las enmiendas realizadas al libro de derecho de personas, específicamente, a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En ese sentido, el artículo 3 del CC antes de su modificatoria sostuvo lo siguiente: «Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas». Como se puede notar, este artículo no tiene ambages.

Esta norma jurídica reconocía una serie de derechos a la persona —y entendiéndose por esta expresión al ser humano—. Sin embargo, en la propia norma se establecían motivos para restringir

o limitar el «goce» de los derechos de las personas, a pesar de que estos derechos les eran inherentes por su condición de ser humano, lo cual es un error porque no es factible la limitación del goce de los derechos a las personas (precisamente porque les es inherente) mediante ley, sino el ejercicio de sus derechos.

Por ello, con total acierto el reconocido jurista Carlos Fernández Sessarego (2014) criticó este dispositivo legal argumentando que:

El error a enmendar consiste en que el citado artículo 3, después de enunciar que toda persona tiene el goce de los derechos civiles, establece erróneamente que dicho goce está sujeto «a las excepciones de ley». Tremendo error que debe enmendarse a fin de eliminar salvedad alguna. Todos los seres humanos, por ser ontológicamente libres, son capaces de actuar conforme a derecho. La capacidad jurídica es inmune al derecho. No hay excepciones en cuanto a la capacidad jurídica de las personas. Por ello debe suprimirse la salvedad contenida en el artículo 3 que admite la posibilidad de la existencia de excepciones (p. 29).

En cambio, la nueva redacción del artículo 3 del CC es más extensa y establece lo siguiente: «Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida».

En primer lugar, debemos señalar que, antes de la modificatoria de este precepto legal se acostumbraba elaborar una innecesaria distinción de la clasificación y bifurcación sobre la «capacidad de derecho o de goce» y «capacidad de ejercicio o de obrar», de tal manera que se señalaban confusamente dos tipos de capacidades, lo cual es una enorme equivocación. Actualmente, este artículo en su primer párrafo —apropiadamente— reconoce a la persona su capacidad jurídica en sus dos facetas, puesto que es un derecho

inherente a la persona por su condición de ser humano sin necesidad de hacer distinciones.

En segundo lugar, esta norma señala la restricción de la capacidad de ejercicio de la persona. Esta capacidad —también conocida como capacidad de obrar— la tenemos todos los sujetos sin ninguna distinción. Hay una base de la cual partimos todos y es que se presume (*iuris tantum*) que todos tenemos capacidad de ejercicio para realizar por nosotros mismos los actos o negocios jurídicos que son de interés en nuestra vida de relación (Cieza y Olavarría, 2018, p. 55).

Como habíamos anteriormente señalado, el goce de los derechos de la persona no puede ser restringido por ley; en cambio, su capacidad de ejercicio sí puede serlo por nuestra propia legislación, por razones propias de la persona o por circunstancias ajenas a esta, de acuerdo con lo regulado en la norma vigente. Esta restricción puede ocurrir por factor cronológico, donde se encuentran comprendidos los menores de edad; por ejemplo, una persona de 13 años de edad tiene una capacidad de ejercicio restringida, según nuestro CC. Sobre esto, la doctrina señala:

Actualmente, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, estos datos que miden la capacidad de obrar de las personas son la edad —en función de la cual se valora la madurez de las personas, pero que no es una regla absoluta— y la naturaleza y/o trascendencia de los actos (Santillán, 2014, p. 667).

Cabe recordar que, antes de la modificatoria del CC, también existía otro aspecto a través del cual sucedía la restricción de la capacidad de ejercicio. Es cuando por alguna razón la persona carece de discernimiento o lo tiene de manera limitada; sin embargo, la regulación actual dejó de lado este aspecto por aquellas causales, esto es, ya no cabe la restricción. Esto resulta una falencia normativa grave, además de preocupante, porque, al dotarlas de

capacidad jurídica, estas personas podrían tomar decisiones, pero ¿qué decisiones podrían tomar si no tienen capacidad de entender o querer algo? Fácilmente podrían suscitarse atropellos y abusos de sus derechos.

Por último, de manera acertada, este artículo recoge la nueva concepción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, fruto del «modelo social de discapacidad» contemplado en la Convención. En este sentido, a estas personas se les reconoce su capacidad de ejercicio para que puedan participar plenamente en la sociedad y en las mismas condiciones que los demás, tomando decisiones libremente, sin necesidad de que se les imponga una voluntad ajena. Para el ejercicio de su capacidad jurídica surge la figura jurídica del «apoyo», lo cual se concretiza a través de la elección del mismo sujeto discapacitado; sin embargo, las finalidades o principios de la Convención no se encuentran adecuadamente regulados en nuestra legislación civil.

## **6. EL SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS**

### **6.1. ¿Qué es el «apoyo»?**

El nuevo tratamiento de la capacidad jurídica conlleva una reforma amplia de nuestra legislación, ya sea mediante la modificación o derogación de leyes, normas jurídicas, reglamentos o costumbres y prácticas existentes que constituyen discriminatorias contra las personas discapacitadas, puesto que no es suficiente reconocer la capacidad jurídica de las personas discapacitadas, sino que es importante que el Estado peruano adopte medidas necesarias para permitir que estas personas puedan ejercer sus derechos en la sociedad; de no ser así, no tendría sentido ni lógica otorgarles capacidad jurídica.

Ello se desprende del numeral 3 del artículo 12 de la Convención, donde se establece que «los Estados Partes adoptarán las medidas

pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Como se podrá ver, la génesis de la figura jurídica del «apoyo» es la Convención; sin embargo, este instrumento internacional no nos ha brindado una definición clara de lo que son los apoyos. En el artículo 659-B del Código Civil peruano se define a los apoyos del siguiente modo:

Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

En ese sentido, cabe preguntarse quiénes pueden ser los apoyos. El artículo 659-C del CC señala lo siguiente:

La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

Entonces, debemos entender por «apoyos» a las personas naturales o jurídicas, incluso instituciones públicas, que cooperan o coadyuvan para que los propios sujetos discapacitados puedan tomar decisiones de manera voluntaria, libre y procurando que le sean beneficiosas. Precisamente, la finalidad y naturaleza del apoyo hace que sea diferente a la institución jurídica de la «curatela». Bajo este modelo de protección, el curador era el representante de la persona discapacitada, y como tal tomaba decisiones sin necesidad de consultar o preguntar las preferencias o voluntad del sujeto discapacitado.

Actualmente, el apoyo coadyuva a la persona discapacitada en la toma de decisiones, que pueden ser las siguientes: elegir un trabajo, tomar una opción inmobiliaria, casarse, aceptar herencias, donaciones, renunciar a ellas, o una infinidad de actos o negocios que el discapacitado puede realizar sin dejar que se le imponga la voluntad de un sujeto sobre la suya propia (Cieza y Olavarría, 2018, p. 62). En esta misma línea de pensamiento, una doctrina nacional autorizada sostuvo lo siguiente:

Los apoyos tienen por función facilitar a la persona que lo necesita la toma de sus propias decisiones para el ejercicio de sus derechos, proporcionándole información, dándole consejos, asesorarla, colaborando para facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de voluntad, así como la interpretación y ejecución de sus actos jurídicos [...] (Torres, 2019, p. 106).

En otras palabras, de manera inequívoca podemos afirmar que una de las implicancias más importantes que trajo el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica es la transición de un sistema de sustitución de toma de decisiones a un sistema de apoyos. En el sistema de sustitución, la persona con discapacidad no tenía capacidad jurídica; por ello, no contaba con autonomía ni tomaba sus propias decisiones, sino que existía un trato discriminatorio. En cambio, en el sistema de apoyos, es el propio sujeto discapacitado quien, en ejercicio de sus derechos, toma sus propias decisiones con la asesoría de un apoyo.

## **6.2. ¿Quién designa a los apoyos?**

Como ya habíamos mencionado, para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad surge la figura jurídica del «apoyo», la cual se concretiza a través de una elección libre del mismo sujeto discapacitado. La designación puede realizarse ante un juez competente o ante un notario.

Según lo previsto en el artículo 659-D del CC, la persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente. De esta norma jurídica se deduce que es la misma persona quien designa su apoyo, no su familiar ni otra persona cercana, y que lo puede hacer a través de la vía notarial y judicial. Para nosotros, esta norma jurídica resulta adecuada porque, si el sujeto discapacitado requiriera urgente de un apoyo, podría recurrir a una vía más expeditiva como la notarial y así evitarse un camino largo y agotador como el judicial.

Asimismo, la designación del apoyo a través de la vía judicial se tramita como proceso no contencioso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 749 del Código Procesal Penal. En ambas vías, la persona discapacitada se encargará de determinar la forma en que el apoyo cumplirá su función, el alcance y la cantidad de apoyos.

Es importante señalar que los apoyos no cuentan con facultades de representación, salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o también en caso de que el juez lo haya asignado así de manera expresa. El principal fundamento de esta norma jurídica es que el apoyo no sea el representante de la persona discapacitada, de manera que no pueda sustituirlo en la toma de decisiones; por el contrario, le presta asistencia o coopera con ella para que tome sus propias decisiones respecto al rumbo de su persona, la administración de sus bienes y la celebración de sus actos jurídicos, de modo que se logra el respeto de su autonomía y dignidad.

No obstante, nuestra legislación permite que, cuando la persona no puede manifestar su voluntad, el apoyo tenga las facultades de representación previstas por el juez o por conferidas por la misma persona que lo designó de manera expresa.

### 6.3. ¿Qué son las salvaguardias?

Las salvaguardias también tienen su origen en la Convención. En el apartado 3 de este instrumento internacional se señala lo siguiente:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

En el artículo 659-G del CC se define a las salvaguardias de la siguiente manera:

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

En efecto, las salvaguardias son las medidas dictadas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada; prevenir el abuso, conflicto de intereses y la influencia indebida por el que presta el apoyo; y evitar la afectación o puesta en riesgo de los derechos de la persona asistida. La aplicación de esas medidas debe ser inmediata.

Para ello, la persona o el juez que nombró el apoyo se encargará de determinar las salvaguardias que estime convenientes para el caso concreto, así como deberá indicar como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. Asimismo, el juez efectuará todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo actúa de conformidad con su mandato y la voluntad o las preferencias de la persona.

Sin embargo, aunque las salvaguardias han sido reguladas en nuestra legislación civil, las normas jurídicas sobre esta institución no son claras. El CC nos dice que son medidas, pero no explica de qué tipo son. Entonces, el juez que conoce el caso concreto no podrá tener claras las medidas que podría dictar para garantizar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada. Además, precisamos que las salvaguardias no son un sistema diferente ni paralelo al apoyo, sino que se trata de una institución inherente al apoyo, dado que son medidas aplicables en la designación de apoyos, a fin de evitar conflictos de intereses y abusos de los derechos de las personas con discapacidad.

## **7. UNA MIRADA CRÍTICA AL SISTEMA DE APOYOS IMPLEMENTADO EN EL CÓDIGO CIVIL**

En principio, debemos señalar que respetamos y nos encontramos de acuerdo con los objetivos y los principios establecidos en la Convención de Derechos para las Personas con Discapacidad, así como anhelamos que se cumpla a cabalidad. Sin embargo, es necesario que estos fines y postulados sean regulados en nuestra legislación de manera clara, coherente y lógica para que puedan cumplirse; para ello, en primera instancia, el legislador peruano, antes de adoptar medidas legislativas, debe observar nuestra realidad. Lamentablemente, esto no ocurre de manera acertada, tal como se analizará en los siguientes párrafos.

No debemos olvidar que el modelo social de discapacidad recogido tanto en la Convención como en el CC peruano es un modelo foráneo. Sobre esto, el magistrado Reynaldo Tantaleán Odar (2018) señaló lo siguiente:

Si bien se trata de un modelo interesante, útil y loable en su bondadosa intención, es de hacer notar que, como todo modelo foráneo —puesto que nació indistintamente en Estados Unidos, en el Reino Unido y los países escandinavos— requiere previo a su colocación una adaptación acorde a la realidad sobre la cual va a regir. Pero parece que ello no ha sido tomado muy en cuenta por nuestro legislador, pues se olvidaron que en el Perú estamos en una realidad donde impera la «viveza criolla»; en suma, una realidad muy distante a aquella donde nació este paradigma, lo cual puede traernos tarde o temprano diversos problemas aplicativos generados por el legislador y que, lamentablemente, tendrá que solucionarlos el juez (p. 32).

Asimismo, se recuerda que, antes de la modificatoria introducida, el artículo 43 del CC regulaba tres supuestos de incapacidad absoluta: (i) los menores de 16 años de edad, salvo para aquellos actos determinados por la ley; (ii) los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento, y (iii) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Sin embargo, a través del D. Leg. n.º 1398 se derogaron los dos últimos supuestos.

Expresamos nuestra conformidad con la derogación del tercer supuesto de la norma jurídica acotada para reconocer a las personas sordomudas, ciegosordas y ciegomudas su capacidad jurídica. Empero resulta preocupante que el D. Leg. n.º 1384 haya derogado, sin tener en cuenta nuestra realidad, el segundo supuesto de incapacidad absoluta, que se refiere a aquellos que se encuentran privados de discernimiento. Conforme al D. Leg. n.º 1384, estas personas que no cuentan con discernimiento tienen capacidad

jurídica para el ejercicio de sus derechos; por ello, según nuestra legislación civil vigente las personas con discapacidad que carecen de discernimiento pueden tomar decisiones con el asesoramiento de su apoyo o sin apoyo porque no es obligatoria su designación.

Cabe preguntarnos, entonces, ¿cómo una persona que no tiene discernimiento puede tomar decisiones? En realidad, no podría porque no entiende, no comprende las consecuencias de sus actos, no tiene noción de lo que sucede a su alrededor o en la realidad. Se entiende por discernimiento «la aptitud para distinguir entre lo bueno y lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo justo de lo injusto, o para generar conceptos abstractos. Es conocido también como la capacidad de entender y de querer o como la llamada capacidad natural» (Cieza y Olavarría, 2018, p. 60).

Sobre ello, los destacados profesores Mario Castillo Freyre y Jhoel Chipana Catalán (2018) criticaron severamente la regulación actual de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que carecen de discernimiento, en los siguientes términos:

nos han llamado poderosamente la atención por su falta de utilidad y porque traicionan de manera directa el espíritu de lo que este Decreto Legislativo dice implementar (la propia Convención). Todo esto, sin duda alguna, va a traer una inseguridad jurídica completa, porque desde ahora —aunque parezca increíble— las personas sin discernimiento alguno son plenamente capaces y pueden contratar. Así, no faltarán quienes se quieran aprovechar de ellas para perjudicar a este grupo humano que, a través del engaño, va a celebrar diversos contratos con terceros. Se ha abierto, sin duda, una puerta muy grande para que los estafadores se aprovechen de ellos sin ningún miramiento (p. 50).

Compartimos esta acertada crítica porque nuestra regulación actual sobre este tema es totalmente defectuosa (o pésima), pues lo que generará es que se cometa una serie de abusos de los derechos

de las personas con discapacidad que carecen de discernimiento, entre ellos tenemos a las personas esquizofrénicas graves, retardados mentales graves, personas con síndrome de Down o personas que no pueden manifestar su voluntad. Esta situación se agrava aún más cuando la legislación actual regula la figura del apoyo que no es de carácter obligatorio, sino voluntario, pues es el propio sujeto con discapacidad quien elige su apoyo para el ejercicio de sus derechos.

En otras palabras, la persona que no tiene discernimiento y que no cuenta con apoyo hará lo que quiera hacer sin entender lo que ocurre en la realidad, sin comprender las consecuencias de sus actos. De esta manera, como ya habíamos dicho anteriormente, no faltarán algunas personas que maliciosamente se aprovechen de su condición para lucrar o beneficiarse involucrándolos en actos jurídicos o en otras situaciones.

No obstante, existen voces que aseveran que las personas con discapacidad tienen derecho a cometer errores, lo cierto es que cabe preguntarse si, una vez que hayan incurrido en errores, las personas sin discernimiento podrán rectificarse o corregirse. Honestamente, será difícil o quizá imposible.

Por otro lado, la legislación actual establece que, para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, estas personas pueden elegir su apoyo y con la cooperación del apoyo pueden tomar sus propias decisiones; entonces, ya no se habla del curador, quien antes del D. Leg. n.º 1385 era el representante legal de la persona con discapacidad. Sin embargo, se advierten normas que no son adecuadas. Cuando se verifica el CC en el artículo 659-E, se habla del apoyo con representación para las personas que no pueden manifestar su voluntad.

Evidentemente, el apoyo con representación vendría a cumplir la misma función que un curador porque será el apoyo quien tome

decisiones por el sujeto discapacitado, al no poder este expresar su voluntad. Entonces, resulta absurdo e innecesario cambiar de nombre y varias normas jurídicas para introducir una figura nueva que brinda los mismos efectos de la curatela.

Precisamente, en los casos donde la persona carece de discernimiento, además de aquellos en los que la persona no puede manifestar su voluntad, la figura del «apoyo» no cumple realmente su función de apoyar, colaborar, asistir o coadyuvar a la persona con discapacidad. Por más que exista esta figura, la persona con discapacidad no podrá ejercer de manera plena sus derechos. Sobre esta regulación, los citados profesores han señalado lo siguiente:

De este modo, nos queda clara la idea de que las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, así como aquellas que no tienen discernimiento, no pueden en modo alguno ejercer de manera plena sus derechos, ni hacerlo a través de «apoyos». Necesitarían, pues, de alguien que los represente (Castillo y Chipana, 2018, p. 49).

En consecuencia, las modificaciones realizadas a nuestra legislación a través del D. Leg. n.º 1384 resultan ser nefastas y no se ajustan a los objetivos ni postulados establecidos en la Convención. Nuestro país, al ser Estado parte de la Convención, se encuentra en la obligación de tomar medidas legislativas claras y lógicas para establecer una adecuada protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, pero antes de adoptar estas medidas deberá observar fijamente nuestra realidad.

## **8. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE APOYOS**

Para el correcto funcionamiento de la transición del sistema de sustitución al sistema de apoyos —en observancia al modelo social

de discapacidad introducido a través del D. Leg. n.º 1384—, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de Discapacidad; sin embargo, la aplicación de las reglas y procedimientos de aquel reglamento en la práctica judicial presentó algunos problemas de índole práctico.

Uno de los objetivos específicos de este reglamento es la implementación del sistema de apoyos para las personas con discapacidad que cuenten con una sentencia firme a través de la cual se haya designado un curador, así como las que tengan proceso de interdicción en trámite, en el más breve plazo, o para los procesos que se iniciarán con la nueva regulación. No obstante, se han presentado una serie de problemas en la práctica.

Así tenemos, por ejemplo, en los procesos con sentencia firme o consentida a través de la cual se ha nombrado curador para la persona con discapacidad, que se busca la restitución de la capacidad jurídica a pedido de parte o de oficio por el juez a cargo del caso. Los casos con sentencia firme son muchos en nuestro país. Los problemas que surgen son diversos: cuando no se encuentra en el Poder Judicial el registro de los datos pertinentes (materia, número de expediente), seguimientos no tan frecuentes, falta de impulso o falta de registro en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), porque anteriormente no se realizaba el escaneo de los expedientes en el SIJ, para establecer con mayor facilidad la ubicación de los expedientes y el almacenamiento (descarga) de las resoluciones.

De tal manera, el juez a cargo del caso se encuentra limitado para cumplir los objetivos previstos en el reglamento; y la situación empeora dado que varios procesos ya han sido remitidos al archivo. Como es sabido, los juzgados, cada cierto tiempo, mandan al archivo para su custodia aquellos procesos finiquitados y algunos caídos en

abandono por falta de impulso; así, en caso de que las partes quieran seguir con el proceso, tendrán que solicitar su desarchivamiento.

De manera semejante, se aprecia otra dificultad en los procesos de interdicción civil que se encuentran en trámite para transformar y reconducir el proceso de designación de apoyos y salvaguardias en la vía de proceso no contencioso. Muchos abogados se encuentran limitados para lograr esta transformación.

Son varias barreras con las cuales se encuentra el abogado, tales como desconocer las normas procesales y sustantivas, sin dejar de mencionar la barrera actitudinal. En este sentido, es indispensable dejar atrás los prejuicios. Es necesario que todos los operadores jurídicos y la población en general tomen conciencia de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las personas sin discapacidad y en las mismas condiciones.

Asimismo, se advierte otro problema en las nuevas solicitudes de apoyos y salvaguardias: los jueces no se encuentran capacitados para tomar criterios adecuados durante el trámite hasta la ejecución de estos procesos. Igualmente, los especialistas legales y auxiliares jurisdiccionales no están capacitados para brindar los ajustes necesarios pertinentes a las personas con discapacidad.

De igual manera, existe una gran polémica respecto a la participación del equipo multidisciplinario en los nuevos procesos de designación de apoyos y salvaguardias. Algunos jueces consideran que no es necesario y se debe resolver el caso, para lo cual toman en cuenta lo actuado; otros consideran que sí es necesario para llegar a la convicción de resolver el pedido que se realiza. Cabe señalar que el reglamento anotado permite que el equipo multidisciplinario intervenga en estos casos de designación de apoyos y salvaguardias para la evaluación sobre el nivel de autonomía y de comunicación de la persona con discapacidad, y que, asimismo, podrá apoyar para explorar su voluntad y sus preferencias.

Por otro lado, el problema se manifiesta cuando no se logra realizar la implementación del sistema de apoyos en los procesos con sentencia firme o consentida a través de la cual se ha nombrado curador para la persona con discapacidad, así como las que tengan proceso de interdicción en trámite, en el breve plazo, o aquellos procesos que se iniciarán con la nueva regulación. No se cumplen los plazos porque los juzgados manejan una carga procesal exorbitante.

Otra adversidad se presenta para la revisión, variación y cambio en los procesos de apoyos y salvaguardias: realmente, los jueces y los especialistas legales no se dan abasto debido a la excesiva carga procesal que es ventilada en los órganos jurisdiccionales. Peor aún, en muchas ocasiones, estos juzgados no cuentan con capacidad técnica, les falta logística, solo cuentan con materiales desgastados o computadoras malogradas, etcétera.

Por último, para lograr los objetivos establecidos en el reglamento, los operadores jurídicos y la población en general deben tomar conciencia de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás. Es importante también que se brinden varias capacitaciones a todos los operadores jurídicos y a la población sobre las modificaciones referidas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a través de charlas, seminarios, cursos, jornadas académicas, etcétera. Asimismo, es imperativo tanto dotar a los juzgados de materiales logísticos suficientes y computadoras operativas como contratar personal jurisdiccional.

## **9. CONCLUSIONES**

El «modelo social de discapacidad» se afianzó normativamente el 13 de diciembre de 2016 mediante la aprobación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas. Asimismo, se estableció en nuestro Código

Civil a través del D. Leg. n.º 1384. Este paradigma reconoce que las barreras son sociales, lo que significa que la discapacidad recae en la sociedad y no en la persona con discapacidad física, sensorial, intelectual o mental, como equivocadamente sostuvo el modelo rehabilitador.

La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todos los seres humanos y resulta equivocado establecer diferencias entre la «capacidad de goce o derecho» y la «capacidad de ejercicio». En el numeral 13 del contenido normativo del artículo 12 de la Observación General n.º 1, se define con claridad a la capacidad jurídica en los siguientes términos: «La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)».

En la Ley General de las Personas con Discapacidad se recogen postulados importantes establecidos en la Convención. Entre ellos están, por ejemplo, el literal a) del artículo 4, en que se dispone que las políticas y programas de las entidades públicas se sujeten al principio de «respetar la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; y la independencia de la persona con discapacidad». De manera inequívoca, esta ley significa el umbral para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en nuestro país.

De manera acertada, el artículo 3 del Código Civil acoge la nueva concepción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, fruto del «modelo social de discapacidad» regulado en la Convención. En ese sentido, a estas personas se les reconoce su capacidad de ejercicio para que puedan participar plenamente en la sociedad y en las mismas condiciones que los demás, de manera que pueden tomar decisiones libremente y sin necesidad de que se les imponga una voluntad ajena. Para ello nace la figura jurídica

del «apoyo», la cual se concretiza a través de la elección del mismo sujeto discapacitado; sin embargo, las finalidades o principios de la Convención no se encuentran adecuadamente regulados en nuestra legislación civil.

Los apoyos pueden ser personas naturales o jurídicas, incluso instituciones públicas que, designadas mediante vía notarial o judicial, cooperan o coadyuvan para que los propios sujetos discapacitados puedan tomar sus decisiones de manera voluntaria y libre, procurando que les sean beneficiosas. Es importante señalar que la finalidad y naturaleza del apoyo logra diferenciarse de la institución jurídica de la «curatela». Bajo este modelo de protección, el curador era el representante de la persona discapacitada, y como tal tomaba decisiones sin necesidad de consultar o preguntar las preferencias o voluntad del sujeto discapacitado.

Por su parte, las salvaguardias son las medidas dictadas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada; prevenir el abuso, el conflicto de intereses y la influencia indebida del que presta el apoyo; y evitar la afectación o puesta en riesgo de los derechos de la persona asistida. La aplicación de esas medidas debe ser inmediata.

No existe ninguna duda de que uno de los efectos más importantes que trajo el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica es la transición de un sistema de sustitución de toma de decisiones a un sistema de apoyos. Respetamos y estamos de acuerdo con los objetivos y los principios establecidos en la Convención, así como anhelamos que se cumpla a cabalidad. Pero, para ello, es necesario que estos fines y postulados sean regulados en nuestra legislación de manera clara, coherente y lógica; en ese sentido, el legislador peruano, antes de adoptar medidas legislativas, deberá observar nuestra realidad. Lamentablemente, esto no ha ocurrido de manera acertada.

A través del D. Leg. n.º 1384, las personas que no cuentan con discernimiento tienen capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos; por ende, según nuestra legislación civil vigente, las personas con discapacidad que carecen de discernimiento podrán tomar decisiones. No obstante, resulta ilógico que las personas que carecen de discernimiento puedan tomar decisiones porque no poseen noción de la realidad. Estas normas generan una inseguridad jurídica y dan pie a la comisión de una serie de abusos contra estas personas.

En la práctica judicial se advierten varios problemas para la transición al sistema de apoyos, tales como la falta de registro de datos de los expedientes antiguos, dado que muchos de estos fueron enviados al archivo; los cortos plazos frente a la excesiva carga procesal, etcétera. La solución para estos problemas sería ofrecer varias capacitaciones a los operadores y a la población en general sobre las normas con relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, así como dotar a los juzgados de materiales logísticos suficientes y de computadoras operativas, y contratar más personal.

## REFERENCIAS

- Castillo, M. y Chipana, J. (2018). La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (65), 45-50. <https://works.bepress.com/jhoel-chipanacatalan/60/>
- Cieza, J. y Olavarría, M. (2018). Defectos y virtudes de la nueva regulación sobre la capacidad jurídica en lo relativo a personas naturales. *Actualidad Civil*, (52), 45-64.
- Fernández, C. (2014). El Código Civil peruano, treinta años después. En Torres, M. (coord.), *Estudios críticos sobre el Código Civil:*

*análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica.* Gaceta Jurídica.

Santillán, R. (2014). *La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados.* Gaceta Jurídica.

Tantaleán, R. (2018). El acto jurídico y el derecho sucesorio: sus cambios a partir del Decreto Legislativo n.º 1384. *Actualidad Civil*, (32), 29-44.

Toboso, M. y Arnau, S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 10(20), [1-20]. [https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/Discapacidad\\_enfoque\\_Amartya\\_Sen.pdf](https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/Discapacidad_enfoque_Amartya_Sen.pdf)

Torres, A. (2019). Capacidad de ejercicio. A propósito de los decretos legislativos n.º 1377 y n.º 1384. *Actualidad Civil*, (106).



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 353-387

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.81>

# La pensión de alimentos en la normativa peruana: una visión desde el análisis económico del derecho

The child support in the Peruvian law:  
A vision from the law and economics



NICOLÁS BALDINO MAYER  
Universidad de Buenos Aires  
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: [nbaldino@derecho.uba.ar](mailto:nbaldino@derecho.uba.ar)  
<https://orcid.org/0000-0002-8995-119X>

DAVID GUSTAVO ROMERO BASURCO  
Corte Superior de Justicia de Tacna  
(Tacna, Perú)

Contacto: [dromero@pj.gob.pe](mailto:dromero@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4837-1188>

*Los niños son el recurso más importante del mundo  
y la mejor esperanza para el futuro.*

JOHN F. KENNEDY

## RESUMEN

El presente artículo se enmarca en el derecho alimentario de los descendientes y gira en torno a dos objetivos: establecer un

parámetro mínimo y máximo que logre la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentistas, así como determinar si existen los incentivos normativos adecuados para promover el cumplimiento de la obligación alimenticia y, a su vez, la procreación responsable. De esta manera, utilizando conceptos y herramientas del análisis económico del derecho, se estudiará el comportamiento del progenitor obligado y la importancia que adquiere la norma como vehículo de información para la planificación familiar respecto a la cantidad de hijos y los ingresos necesarios para una paternidad responsable. En este sentido, la norma puede mejorar la información respecto al costo que representa un hijo, de manera que los individuos adopten mejores decisiones.

**Palabras clave:** análisis económico del derecho, relación paterno-filial, pensión de alimentos.

### **ABSTRACT**

This article is part of the Child support law of descendants and it focuses on two objectives: first, to establish a minimum and maximum amount that serves to satisfy the basic needs of those supported, and second, to determine whether there are adequate regulatory incentives to promote the compliance of the maintenance obligation and responsible procreation. In this way, using concepts and tools of the economic analysis of the law, we will study both the behaviour of the obligated parent and the importance that the norm acquires as a vehicle of information for family planning, all this concerning for the number of children and the income necessary for responsible parenthood. In this regard, the regulation can improve information on the cost of a child so that individuals can make better decisions.

**Key words:** law and economics, parent-child relationship, child support.

Recibido: 15/10/2020 Aceptado: 13/11/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

La inversión en capital humano constituye uno de los principales motores para el desarrollo económico y social de un país; en ese sentido, el Banco Mundial<sup>1</sup> (2020) señala que las inversiones en capital humano, entendido como los conocimientos, habilidades y salud que las personas acumulan durante el transcurso de su vida, resultan esenciales para que los niños puedan desplegar su potencial y para incrementar el crecimiento económico de los países. El Proyecto de Capital Humano del World Bank (2020) resalta que los países con mayor índice de desarrollo y mejor calidad de vida son también aquellos que efectúan mayor inversión en su capital humano. No resulta extraña la mención del factor de producción «capital humano» como el determinante principal que explica el crecimiento económico de las naciones, en especial en las economías latinoamericanas (Rosas y Gámez, 2016).

El derecho alimentario ha sido ampliamente discutido y analizado a nivel doctrinario y jurisprudencial, y esto en el fondo obedece al gran interés que, como sociedad, tenemos en asegurar los alimentos necesarios para el sostenimiento de los hijos, quienes representan el potencial capital humano de la nación. Garantizar el adecuado crecimiento y formación de las personas repercutirá positivamente en el futuro. Es ampliamente conocido que una buena alimentación y estimulación durante los primeros años de

---

1 El Banco Mundial (World Bank) es una de las fuentes más importantes de financiamiento para los países en desarrollo. Aquel está integrado por cinco instituciones comprometidas a reducir la pobreza, aumentar la prosperidad compartida y promover el desarrollo sostenible.

vida tienen consecuencias determinantes para el desarrollo del ser humano, tanto a nivel físico como cognitivo, lo que va de la mano con una adecuada provisión de los servicios de salud y educación.

Estando a lo expuesto, nos encontramos, a nivel jurisprudencial, con la situación de que no se ha logrado establecer un criterio óptimo para la determinación de la pensión alimenticia. Cuando hacemos alusión a criterios eficientes, nos estamos refiriendo, específicamente, a la obtención de una pensión de alimentos que logre colocar los incentivos apropiados a los progenitores para que tomen en cuenta los ingresos que pueden generar al momento de seleccionar la cantidad de hijos que desean tener, de tal manera que se fomente una paternidad responsable; asimismo, se pretende no afectar los ingresos de las familias y hacer más previsibles las decisiones judiciales, facilitando con ello la celebración de acuerdos privados. En este sentido, el objetivo principal del trabajo será establecer criterios eficientes para fijar una pensión de alimentos; vale decir, que cumpla con todos los objetivos específicos mencionados. Por otra parte, la justificación del trabajo responde a una finalidad aún mayor, que es garantizar una mejor calidad de vida para los alimentistas, en vista de la gran importancia que tiene el capital humano para el desarrollo de una sociedad.

El problema que enfrentamos se encuentra en el supuesto de haber alcanzado el monto máximo embargable del 60 % respecto de la remuneración del obligado, esto conforme al artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil. Dicho porcentaje termina distribuyéndose entre numerosos hijos; es así que, a medida que aumenta la cantidad de hijos en las familias, se van distribuyendo montos o porcentajes ínfimos por concepto de alimentos, sin que el demandado tenga que desembolsar una mayor cantidad de dinero.

Este problema demuestra la necesidad de establecer límites claros para la fijación de la pensión alimenticia. Se debe precisar que el estudio se realizará desde la óptica del análisis económico

del derecho, efectuando modelos gráficos con los postulados propuestos y verificando la interacción de las variables (cantidad de hijos e ingresos de los padres), dado que la solución de la problemática abordada será que los progenitores logren conectar ambas variables al momento de adoptar decisiones en el ámbito de la planificación familiar. En este sentido, se propondrán cambios legislativos y de interpretación judicial acordes con los objetivos propuestos.

Finalmente, cabe precisar que un análisis económico integral requiere analizar otros problemas que genera la normativa en materia de alimentos y no se agota con el presente artículo, el cual deja constancia de que existen otras aristas que serán estudiadas en futuras publicaciones.

## **2. PENSIONES DE ALIMENTOS EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES**

Nuestro régimen jurídico define tres causales por las cuales, en una relación paterno-filial, es posible asignar una prestación alimenticia por parte de los progenitores a sus hijos: por la minoría de edad; o también para aquellos hijos que, siendo mayores, se encuentran incapacitados de proveerse los medios económicos que aseguren su sustento de vida (incapaces); y a aquellos que, siendo mayores de edad, prosiguen de manera exitosa estudios de educación superior. Las tres pensiones alimenticias responden a motivos muy distintos y, por ende, encuentran sustentos jurídicos diferentes.

En primer lugar, el hijo menor de edad percibe alimentos como parte de un derecho personalísimo y de carácter urgente que encuentra su fundamento, precisamente, en un estado de necesidad que se presume *iure et de iure*, en razón a que, por su minoridad, no puede valerse por sí mismo y requiere cuidados especiales para lograr su desarrollo integral, garantizando su efectiva protección

acorde con el principio del interés superior del niño. Al respecto, a nivel internacional, la Declaración de los Derechos del Niño estipuló lo siguiente:

Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que atenderá será el interés superior del niño (Naciones Unidas, 1959).

La expresión «interés superior del niño» constituye un mecanismo por el cual se reconocen derechos en favor del niño, ya no desde una perspectiva que se ciñe exclusivamente al ámbito del grupo familiar, sino que, adicionalmente, desde una perspectiva de preocupación colectiva, en la comprensión de que los menores representan el presente y futuro de toda sociedad.

El segundo supuesto, al igual que el primero, responde a un estado de necesidad por parte del hijo mayor de edad que «no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas» (Código Civil, 1984, artículo 473).

Finalmente, tenemos un tercer grupo de alimentos a favor de los descendientes: «los alimentos destinados a proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad» (Código Civil, 1984, artículo 424). A diferencia de los dos supuestos anteriores, su fundamento no se encuentra en un estado de necesidad por incapacidad de obtener medios económicos para el sustento del alimentista; de hecho, se presume que la persona que adquiere 18 años de edad, al menos que no demuestre lo contrario, es capaz de valerse por sí misma. Esta

interpretación se adecúa a la conjunción «o» utilizada por la norma al enumerar los dos supuestos por los cuales subsiste la obligación de prestar alimentos: «Sin embargo, si subsiste el estado de necesidad o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente» (Código Civil, 1984, artículo 483).

Por ende, en este supuesto, el objetivo de la norma es fomentar, por un lado, la prosecución de los estudios superiores y, por el otro, alentar el esfuerzo académico (de allí el adjetivo calificativo «éxito» que se adiciona al sustantivo «estudios»). Queda claro que la naturaleza de los alimentos a los hijos mayores de edad que estén siguiendo una profesión u oficio, a diferencia de los otros supuestos, no se sustenta en un estado de necesidad. El sentido de dicha pensión de alimentos (su *telos*) es el de fomentar la educación superior para que el hijo cuente con mayores y mejores herramientas que le permitan afrontar su vida. Podemos encontrar, en realidad, una doble motivación por la cual el Estado puede considerar deseable el fomento de la educación: por una parte, asegurar un mejor sustento a la persona alimentada; y, por la otra, fomentar una sociedad con mayor instrucción y productividad (con todos los beneficios sociales que aquello genera).

Se trata de un instituto que redistribuye recursos de manera intergeneracional dentro del seno de una familia con la intención de fomentar la educación de los hijos (la formación del último grupo generacional); de modo que aquellos puedan mejorar sus condiciones materiales y las de la sociedad en su conjunto. La naturaleza de esta pensión de alimentos, por ende, compartirá, en este aspecto, la naturaleza de un subsidio (beca). La norma coloca incentivos positivos para que los jóvenes sigan estudiando dentro de nuestro sistema de formación superior y consigan un desempeño ejemplar. Si bien este «subsidio» puede implementarse a través de becas de estudio por parte del Estado para proveer el

sustento de vida a los estudiantes exitosos, la normativa ha articulado una asignación privada a través de una pensión de alimentos en la cabeza de aquellas personas, dentro de la sociedad, que tendrían un mayor interés en fomentar la educación de los hijos: los padres.

### **3. LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL OBLIGADO**

El artículo 481 del Código Civil (1984) establece que los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos. El criterio referido a las posibilidades del obligado responde primordialmente al principio de realidad económica, por el cual debemos apreciar la significación económica efectiva que los alimentos tendrán sobre el sujeto obligado. Por ende, tal regulación normativa da preeminencia a la situación económica real. Sin embargo, los alimentos, si bien deben responder, *prima facie*, al principio de realidad, aquellos no prescinden de las estructuras jurídicas y de los principios deontológicos de la norma. En este sentido, al momento de evaluar la capacidad económica, debemos reconocer que existirán principios y valoraciones que establecen algunos límites al análisis meramente realista de la capacidad económica.

Al respecto, es usual que los demandados argumenten en los procesos judiciales que no se encuentran en posibilidades económicas para atender las necesidades de los alimentistas. Sin embargo, salvo que exista una circunstancia determinante como la incapacidad física o mental comprobada, no puede ampararse el desentendimiento de la obligación alimentaria bajo el argumento de la falta de empleo o ingresos, puesto que, como se ha mencionado, es responsabilidad de los progenitores hacerse cargo de las vidas humanas que procrean y, en tal sentido, buscar las fuentes de ingreso necesarias para cumplir con dicha obligación.

Todo ello hace que deba evaluarse la capacidad económica del progenitor siempre con la especial consideración de la necesidad ineludible e inexcusable, de la cual no puede escapar aquel respecto de su hijo. En este sentido, cuando nos encontramos frente a la imposibilidad de determinar la capacidad económica, o incluso frente a la circunstancia en la cual el obligado se encontrase sin remuneración alguna, en reiterada jurisprudencia se suele calcular la pensión de alimentos en función de la remuneración mínima que el Estado estima ser el salario que cualquier ciudadano peruano está en condiciones de adquirir.

#### **4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

Tanto la economía como el derecho comparten varias preocupaciones en común. Como ciencias de la conducta humana, ambos tratan de responder preguntas acerca del desempeño de las instituciones sociales (Varian, 1998). Si bien, tradicionalmente, el enfoque jurídico ha considerado a la economía como un presupuesto de hecho sobre el cual fundamentar la regulación, el análisis económico del derecho se propone romper con esta visión, y nos propone un análisis desde los presupuestos y métodos económicos aplicados sobre el funcionamiento de las instituciones jurídicas (Mercado, 1994).

El análisis económico del derecho nos permite un entendimiento del fenómeno del derecho al tratar de obtener un cierto grado de previsibilidad frente a los posibles cambios que propone una norma (presuponiendo que el derecho tiene el poder de modificar la sociedad y que no es simplemente un instrumento neutro), y al buscar analizar la eficiencia de dicho cambio (definido como la coincidencia entre la teleología de la norma y el reordenamiento social que aquella efectivamente genera).

Para el análisis teleológico se analiza si la norma crea los incentivos suficientes para alcanzar los fines que aquella se propone. Como herramienta analítica para tal fin, el análisis económico del derecho utiliza ciertos presupuestos básicos, entre ellos se encuentran:

- La norma modifica los cursos de acción de los agentes destinatarios de la misma.
- Los agentes actúan con determinado grado de racionalidad (teoría de la elección racional).
- Actúan bajo determinada actitud frente al riesgo (ya sean estos adversos, neutros o amantes del riesgo).
- El medio condiciona sus decisiones.

Los modelos que esta disciplina construirá no necesariamente deben ser juzgados por la verificación de sus presupuestos, sino por su capacidad explicativa y predictiva de la realidad. En tanto dichas funciones sean cumplidas, podemos afirmar que el modelo resulta útil. Por otro lado, un modelo que se aleje de la realidad en sus formulaciones para describir una determinada situación (que calificamos como óptima), como abstracción conceptual, puede servir para definir los presupuestos necesarios para mejorar un determinado aspecto de la realidad, de manera que aquella se ajuste (acerque) a nuestro modelo.

## **5. ENFOQUE ECONÓMICO DE LAS RELACIONES DE FAMILIA**

Desde un punto de vista económico (y más específicamente microeconómico), se suelen analizar los hogares no solo como unidades de consumo, sino también como unidades de producción. En este sentido, como productores, incorporamos determinados insumos al hogar (tiempo, alimentos, ropa, muebles, inmuebles, etc.), y este, a través de un proceso productivo, elabora determinados

bienes (lazos de afecto, hijos, etc.). Deben entenderse los bienes como todo aquello que sirve para la satisfacción de las necesidades materiales e inmateriales, dejando de lado el sentido estrictamente patrimonial.

Desde este enfoque, se suele ver a los «hijos» como el bien principal del matrimonio. La razón más plausible por la que tenemos incentivos de procrear es el placer que se obtiene como subproducto del afecto que nos provee un hijo. Las familias consumen de él una serie de servicios intangibles (llámense afecto, sentimiento de trascendencia, etc.). Estos servicios se producen no solo con el obtener el bien «hijo», sino también a través de su bienestar y desarrollo.

Sin embargo, cuando el placer de tener hijos no supera sus costos, el bien «hijo» se transforma en un mal. El resultado óptimo de un individuo racional frente a un mal es sencillo, el individuo maximizará sus utilidades a medida que vaya disminuyendo el consumo de un mal, esto es, disminuirá su inversión en procreación y gastos que aseguren la subsistencia y desarrollo del hijo. No obstante, la sociedad tendrá un interés en asegurar un estándar mínimo de subsistencia y desarrollo del hijo, supuesto en el cual comienza a jugar un papel importante el derecho alimentario y las posibles soluciones para garantizar su protección<sup>2</sup>.

---

2 Sobre este punto gira el sentido último de la norma. Existe un conflicto entre la familia y la sociedad, dado que ambas partes se encuentran, en el caso analizado, persiguiendo intereses contrapuestos. Las familias, bajo determinadas circunstancias, no tienen incentivos de proveer un sustento de vida a los niños (por ende, desinvierten en el bien «hijo»), mientras que la sociedad en su conjunto considera dicha situación imperativa. Frente a este conflicto surge el derecho alimentario en las relaciones paternofiliales.

## **6. NATURALEZA ECONÓMICA DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**

Para los padres que no demandan los bienes y servicios necesarios para la subsistencia y desarrollo de los hijos de manera voluntaria, la pensión de alimentos se transforma, en términos económicos, en un verdadero impuesto (consumo coactivo del bien). Por otra parte, la obligación alimentaria será, para el alimentista, un subsidio (asignación no remunerativa).

En este orden de ideas, para alcanzar el fin consistente en asegurar determinado nivel de vida y de desarrollo de los individuos en una economía, de manera que aquello irradie el bienestar deseado por la sociedad en su conjunto, deberemos prestar atención a dos variables fundamentales que impactarán de lleno en los alimentos (instrumento para dicho fin): la cantidad de hijos y los ingresos de los padres. En este sentido, debemos asegurar que la elección de tener un número determinado de hijos (planificación familiar) se encuentre acorde con los ingresos de los padres, de tal forma que se asegure la provisión de los bienes y servicios relacionados con la inversión que insume un hijo para transformarlo en un hombre útil para la sociedad y así proveer el bienestar social aludido.

## **7. EXTERNALIDADES POSITIVAS DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS**

En términos económicos «una *externalidad* es un costo o un beneficio que afecta a alguien distinto al vendedor o comprador de un bien» (Parkin y Loria, 2010, p. 116). Alfredo Bullard (2006) comenta al respecto que:

La existencia de externalidades puede generar ineficiencia, porque hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen; estas personas generan más costos de los que deberían, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente porque

genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma (p. 47).

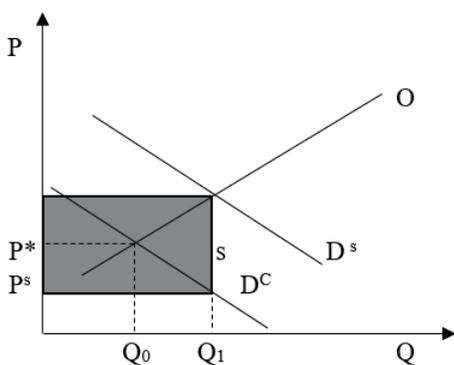
De lo expuesto se desprende que las externalidades pueden ser negativas (cuando el subproducto de una actividad perjudica a un tercero sin costos para el agente generador de la externalidad) o positivas (cuando el subproducto de una actividad beneficia a un tercero sin que el agente que la produce extraiga beneficio alguno de aquella).

Una cuestión referida a este aspecto es el efecto que una prestación de salud, la correcta alimentación y vestimenta, la crianza y educación básica de los menores pueden generar en términos de bienestar a toda la sociedad, como la formación de capital humano. La externalidad positiva será el efecto que provoca el accionar de los padres sobre sus hijos en términos de bienestar sobre el conjunto de la sociedad. El capital humano que se genera, a través de los niños y jóvenes, habrá de beneficiar al resto de la comunidad, sea por su mayor productividad, como por las mejoras en la convivencia y respeto mutuo con el resto de la comunidad, de cuya interacción con el colectivo hará enriquecer a todos en el propio aprendizaje de esa convivencia (Piffano, 2013a).

La formación de capital humano tendrá como consecuencia un derrame positivo significativo. Tal situación la podemos apreciar en el gráfico 1, en el que  $D^C$  es la demanda privada que indica el beneficio que determinada provisión de un bien (como puede ser la salud, la crianza y la educación del alimentista) tiene sobre la sociedad; y tendremos una irradiación expresada por el desplazamiento de la curva de demanda social  $D^S$ . La distancia entre ambas curvas será la valorización de dicho beneficio externo, más allá de lo que percibe el menor. Por otra parte, la curva de oferta ( $O^E$ ) estará dada por el costo marginal de proveer dichos servicios. En este caso, sin la intervención estatal, podemos no tener un resultado óptimo dado que los padres podrían no proveer los suficientes recursos para

una correcta alimentación de los menores, llevarlos a los centros de formación inicial, asegurarles una cobertura de salud adecuada, prestarles todos los servicios y gastos cotidianos que aquellos demandan para su formación integral como seres humanos, e incluso fomentar el desarrollo profesional y la inserción laboral adecuada en la sociedad.

**Gráfico 1**



En donde:

- P: Precios de la provisión de los bienes y servicios necesarios para la subsistencia y desarrollo de los alimentistas.
- Q: Cantidades de bienes y servicios necesarios para la subsistencia y desarrollo de los alimentistas.
- Q<sub>0</sub>: Cantidades de demanda privada sin intervención estatal de dichos bienes y servicios (en donde no se considera el efecto positivo de la provisión de salud, crianza y educación al resto de la sociedad).
- Q<sub>1</sub>: Cantidades de demanda con intervención estatal.

En el gráfico presentado, la zona de color gris oscuro representa el beneficio que la provisión de los bienes y servicios necesarios para la subsistencia y desarrollo de los alimentistas le genera en términos de bienestar al resto de la sociedad.

En este caso, una solución posible será otorgar un subsidio (equivalente a «s») para permitir alcanzar el precio  $P^s$  (o al menos acercarnos), y así alcanzar su óptimo social. Esto, en cierta medida, sucede, dado que existe un subsidio sobre la educación primaria y secundaria, y también en el sector salud. Sin embargo, dichos subsidios (que se realizan sobre la oferta) resultan parciales, dado que no se subsidian todos los gastos referidos a, por ejemplo, los costos de traslado a los centros educativos, traslados a los centros de salud, útiles escolares, ciertos medicamentos y tratamientos médicos, tiempo que insumen los padres en el acompañamiento y apoyo del menor, etc. A su vez, tampoco existe un subsidio respecto a todo lo que configura el universo de gastos que entra dentro del concepto alimentos, como habitación, vestimenta, recreación, etc. Estos costos son asumidos por los padres y constituyen la demanda privada ( $Q_0$ ).

En palabras sencillas, la sociedad se beneficia de la adecuada provisión de bienes y servicios que realicen los padres a favor de los hijos (capital humano), y cuando el amor (entendido como la utilidad que el bienestar del hijo les provee a los padres) no alcance para asegurar el nivel de satisfacción requerido (el consumo necesario), será el Estado quien deba determinar la asignación y monitorear su cumplimiento.

## **8. LÍMITE MÁXIMO: EL PROBLEMA DEL MORAL HAZARD**

Antes de profundizar en este aspecto, atendamos a las afirmaciones de Parkin y Loria (2010):

A la tendencia de las personas que tienen información privada, a usar esa información en su propio beneficio y a costa de la parte menos informada después de haber realizado un acuerdo se le llama riesgo moral. Por ejemplo, Juanita contrata a Miguel como

vendedor y le paga un salario fijo independientemente de sus ventas. Miguel enfrenta un riesgo moral, ya que tiene un incentivo para realizar el menor esfuerzo posible, con lo que se beneficiaría a sí mismo reduciendo las utilidades de Juanita (p. 470).

En el caso de las obligaciones alimentarias, encontramos su límite superior en el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil (1993), en mérito al cual solo puede embargarse hasta el 60 % de remuneraciones y pensiones para garantizar obligaciones alimentarias, con la sola deducción de los descuentos de ley. El problema del riesgo moral o *moral hazard* se genera frente a la circunstancia por la cual el obligado, a pesar de aumentar la cantidad de hijos, no debe desembolsar una unidad monetaria adicional, en el supuesto de que ya se encuentre en el máximo porcentaje de determinación de su obligación. Ante dicha situación, cada nuevo alimentista desmejorará la situación del resto, lo cual implica que la satisfacción de las necesidades de los alimentistas, a partir de dicho punto, es decreciente.

De este modo, definimos la explotación media del salario del progenitor para satisfacer necesidades de los hijos a través de la siguiente función:

$$\pi(x) = -m x + b$$

Donde:

$\pi(x)$ : Rendimiento medio del 60 % del salario del progenitor para satisfacer las necesidades de los hijos<sup>3</sup>.

$x$ : Cantidad de hijos<sup>4</sup>.

---

3 En este análisis estamos presuponiendo que los ingresos para satisfacer las necesidades de los alimentistas permanecen constantes. A cualquier cantidad de hijos, dicho ingreso que se destina a la inversión en hijos es siempre el mismo.

4 Vale la pena destacar que en este trabajo asumimos que la cantidad de hijos, como parte de la planificación familiar, la determinan los progenitores. Es decir, es una

El problema de maximización de la cantidad de hijos óptima para la mayor cantidad de necesidades satisfechas (medida como la sumatoria de las necesidades de los hijos) se reducirá a:

$$\text{Max } (x) \quad B(x) = \pi(x) x = (-m x + b) x$$

Donde  $B(x)$ : Beneficio que obtienen todos los hijos en su conjunto.

La formulación permite apreciar que cada hijo adicional aumentará la satisfacción de necesidades sociales, o bienestar general (sumatoria de la satisfacción de las necesidades de todos los individuos que perciben parte del salario del progenitor en términos de una calidad mínima de vida), a pesar de reducir la satisfacción particular de cada hijo. Sin embargo, llegará el momento en donde comenzará a verse afectado el bienestar de todos los hijos a tal punto que las necesidades satisfechas del nuevo hijo no compensarán las pérdidas de la satisfacción de las necesidades del resto, y no se pueda asegurar una calidad mínima de vida en términos sociales.

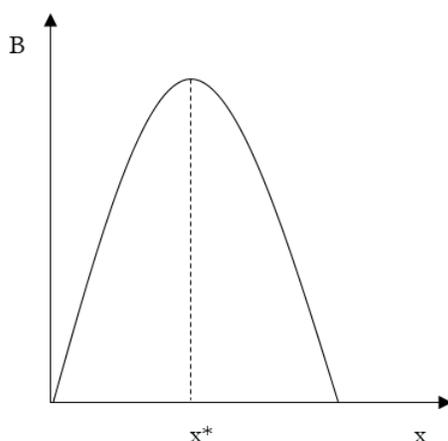
Gráficamente, la función de beneficio social puede ser representada como se expresa en el gráfico 2. Allí podemos apreciar que, al aumentar la cantidad de hijos, el salario satisfará cada vez más necesidades (beneficios: «B»). Sin embargo, al llegar a determinado punto de cantidad de hijos ( $x^*$ ), la satisfacción que percibirá el nuevo hijo no compensará la pérdida de satisfacción general de las necesidades que sufren el resto de los hermanos. El resto de hermanos, a partir de dicho ingreso, verán reducidos sus beneficios de manera conjunta, de modo tal que la reducción del beneficio medio total (sumados), a partir de dicho punto, será mayor al aumento del beneficio individual del nuevo hijo. En el punto máximo ( $x^*$ ) los hijos (cada uno de ellos) perciben un beneficio mínimo-suficiente para satisfacer sus necesidades vitales y de desarrollo (en

---

decisión que los individuos adoptan de manera voluntaria. Quedan fuera de este análisis los supuestos de abuso sexual.

el entendimiento de que un ingreso adicional que recibe un nuevo hijo provocará que todos estén peor y ya no se vean satisfechas las necesidades básicas de cada hermano). Cuando la cantidad de hijos esté por debajo de  $x^*$ , los ingresos alcanzarán para satisfacer las necesidades de los hijos por encima de las necesidades que se estiman como básicas.

Gráfico 2



Por otra parte, el padre, al no percibir ningún costo (C) por dicha decisión (tener un hijo adicional), y debido a que el porcentaje sobre el salario (Y) es fijo (0,6) —supuesto normativo—, no tiene incentivos suficientes para reducir la cantidad de hijos en su proyecto de vida, y ya que cada hijo le reporta una satisfacción individual adicional, este simplemente tendrá más hijos, de modo que la cantidad de hijos tenderá al infinito:

$$x \rightarrow \infty$$

Por ende, la cantidad de hijos siempre estará por encima de la cantidad necesaria para satisfacer un mínimo de calidad de vida a cada uno de ellos ( $x > x^*$ )<sup>5</sup>, y aquella tenderá a aumentar siempre

5 Cuando la cantidad de hijos es igual o se encuentra por debajo de  $x^*$  ( $x \leq x^*$ ), el ingreso de los progenitores alcanza para satisfacer un nivel de vida mínimo o superior para cada uno de sus hijos.

más. En definitiva, el beneficio social siempre será menor. Cada nuevo hijo producirá dos efectos:

- a) Dado que la función de explotación del salario es lineal y con pendiente negativa, cada unidad adicional de hijos que se incorpora, hace que el salario rinda cada vez menos para el conjunto de los demás hijos.
- b) Cada unidad adicional de hijo que explota el salario hace aumentar la utilidad del progenitor, trasladando los costos al otro progenitor.

El padre no tomará en cuenta la reducción en el bienestar de todos los hijos al incorporar un hijo más, lo que ocasionará una sobreexplotación de la porción del salario destinado a las obligaciones alimenticias, con lo que la satisfacción de necesidades de los hijos tenderá a cero.

Para solucionar dicho problema deberemos procurar que el salario para la satisfacción de las necesidades de los hijos varíe sin límite máximo, de modo que los costos por tener un hijo varíen según la cantidad de hijos y que el salario alcance para la satisfacción de las necesidades básicas de todos los alimentistas. Vale decir, que el límite máximo de los alimentos se fije conforme a la cantidad de hijos y al salario del obligado.

Se propone como límite máximo el 60 % del salario siempre y cuando la obligación alimentaria por cada hijo sea igual o mayor a la mitad de un salario mínimo; y cuando la obligación alimentaria de cada hijo sea menor a la mitad del salario mínimo, se considera adecuado que el límite máximo sea equivalente a la mitad de un salario mínimo multiplicado por la cantidad de hijos (de modo que el máximo resulte variable). De este modo se logra que cada alimentista perciba al menos la mitad de un salario mínimo para la satisfacción de sus necesidades.

Debemos destacar que el límite del 60 % de la remuneración del progenitor no fue colocado como límite a la pensión de alimentos en el sentido acá descrito, sino frente al conflicto que existe entre el derecho de propiedad del padre sobre el fruto de su trabajo versus el derecho que ostenta el alimentista. En tal sentido, la norma ha buscado garantizar un porcentaje de ingreso para el padre, de manera que los alimentos no resulten confiscatorios. Esta circunstancia resulta por demás ilógica, puesto que la procreación es, en definitiva, una decisión personal concerniente a la esfera íntima de las personas, y sobre la cual el progenitor se encuentra en condiciones de decidir.

Al adoptar una decisión procreacional, dada la obligación de asistir a su descendencia, aquellos realizan un acto de disposición patrimonial del todo voluntario; de modo que poco podría alegarse acerca de la confiscatoriedad de la pensión alimenticia. Asumiendo los costos de la paternidad, cada individuo adoptará mejores decisiones al momento de planificar su familia, pues se deben respetar dichas decisiones por tratarse de actos privados que atañen al ámbito de las familias.

El Estado, al fijar dicho límite máximo como monto fijo, provoca una transferencia de los costos que genera cada hijo: aquellos se trasladan hacia el otro progenitor (dado que por «amor», conforme aquí lo definimos, puede decidir suplir dicho costo, lo que generará una redistribución de la riqueza entre ambos padres en favor del progenitor que adopta un comportamiento *free rider*<sup>6</sup>); o bien, la responsabilidad se traslada al resto de la sociedad que

---

6 En la teoría de bienes públicos se conoce como individuo *free rider*, o también llamado polizón, al que se beneficia gratuitamente por la provisión de un bien. Un ejemplo clásico es el individuo que viaja en un tren sin pagar o pagando menos. Ello lo usamos analógicamente para hacer referencia al progenitor que se beneficia por la actitud del otro progenitor que tiene que cargar con la totalidad o la mayor parte del costo de mantener al hijo.

deberá asumir costos en términos de prestaciones sociales para las personas con bajos ingresos (de modo que el conjunto de la sociedad, vía impuestos, termina financiando la procreación). Sin embargo, se reconoce que, ante la incertidumbre acerca de cuánto puede llegar a costar un hijo —ya sea por la falta de fijación mínima y máxima de la pensión o por las decisiones judiciales tan variadas (debido a la falta de parámetros claros para la mensuración de los mismos) y los defectos legislativos en la regulación de los alimentos— resulta, en definitiva, necesario fijar un límite máximo (dado lo impredecible que podría ser el monto que se fijará como costo por un hijo), el cual se sugiere que sea variable y en relación, al menos<sup>7</sup>, a la cantidad de hijos.

## 9. IMPORTANCIA DE ESTABLECER UN LÍMITE MÍNIMO

Ante el desincentivo que posee el obligado por aumentar su capacidad económica, y en vista de que parte de ella se verá grabada en una importante medida, será necesario establecer un monto base; esto con el fin de mantener determinado nivel de productividad que satisfaga las necesidades mínimas de los alimentistas. Por lo tanto, dicho mínimo deberá responder a las necesidades del

---

7 Es interesante que pueda agregarse, en este supuesto, otras variables que podríamos considerar al momento de fijar el monto máximo de la pensión de alimentos. Si bien, por cuestiones de seguridad jurídica y por los costos propios de la incertidumbre, creemos conveniente fijar el monto sobre la base de parámetros seguros (de modo que la norma sea simple y clara), distribuyendo en el resto de la sociedad los riesgos en razón de que los hijos tengan alguna patología que implique una erogación mayor, es atendible el argumento por el cual, a medida que dicha probabilidad sea mayor y los progenitores cuenten con dicha información (vale decir, que tuviesen previamente conocimiento de que sus potenciales hijos pueden tener una enfermedad que involucre una mayor necesidad a cubrir) deberá considerarse una fijación mayor, para dicho caso puntual, del máximo en la pensión de alimentos. De otro modo, los padres podrían replicar la problemática del *moral hazard* analizado en este estudio.

alimentista y servir de desincentivo a la procreación, o incentivo a la paternidad responsable.

A fin de que el mínimo constituya un verdadero incentivo al momento de adoptar la decisión de la paternidad (y que esta sea una decisión responsable), deberá consistir en al menos la mitad de un salario mínimo. Asegurar dicho ingreso para el alimentista será el mínimo por debajo del cual no podrá entenderse una pensión de alimentos que garantice una calidad de vida aceptable. Por ende, la pensión mínima quedará establecida de la siguiente manera:

$$\text{Min (C)} = x (0,5 Y^*)$$

Vale decir, media remuneración mínima (0,5 Y) por cada hijo (x) que haya tenido el obligado.

De este modo, el progenitor seleccionará la cantidad de hijos que estime conveniente conforme a la maximización de su función de utilidad [Max  $U^P(x; Y)$ ]. Esta función queda determinada no solo por el número de hijos, sino, adicionalmente, por el salario que aquel perciba, considerando ahora su deber de asegurarle al menos la mitad de un salario mínimo. Así, el progenitor realizará una evaluación de costo-beneficio de la utilidad que le reporta cada hijo, contra los costos de mantenerlo.

Este aspecto es el único que debiera estar fijado de manera legislada para que se pueda dar previsibilidad a los individuos de la sociedad acerca de cuáles van a ser los costos que deberán asumir si tienen un hijo (lográndose así una mejora en la toma de decisiones en la planificación familiar), al mismo tiempo que incentivaría la generación de acuerdos privados y agilizaría los procesos judiciales.

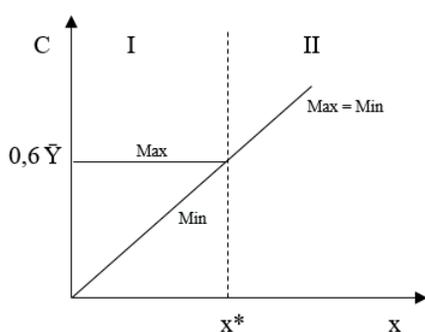
## **10. RANGO DE MENSURACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS**

En definitiva, y por todo lo dicho hasta acá, quedarán establecidos como rangos para la fijación de la pensión de alimentos un mínimo

que será igual a media remuneración mínima por alimentista, y, como máximo, el sesenta por ciento (60 %) de la remuneración del obligado, siempre que no resulte insuficiente para asegurar la mínima remuneración a cada hijo. Dicha fórmula será la que maximice el beneficio social de los hijos y minimice tanto los problemas referidos al riesgo moral por parte del obligado como el desincentivo a generar recursos.

Gráficamente los límites (rango) de la pensión de alimentos que deberá de pagar el obligado, dado determinado nivel de remuneración que este perciba ( $\bar{Y}$ ), pueden ser representados de la siguiente manera:

Gráfico 3



Como puede apreciarse, en un primer tramo (I), encontramos un área definida entre el máximo y el mínimo. Esta área constituye todas las posibles obligaciones alimentarias que podrán fijarse, debido a que todas estas asignaciones satisfacen las necesidades de los alimentistas. Respecto al segundo tramo (II), apreciamos que solo para los valores en donde la obligación alimentaria es igual al producto entre la mitad de la remuneración mínima y la cantidad de hijos, aquella es óptima (pues ello asegura un ingreso necesario para satisfacer las necesidades mínimas, en términos sociales, de los alimentistas).

Por otra parte, este análisis puede ser visto desde el lado del obligado, ya que los límites en los cuales se encontrará el ingreso

que cada obligado puede percibir (G) quedan definidos de la siguiente manera:

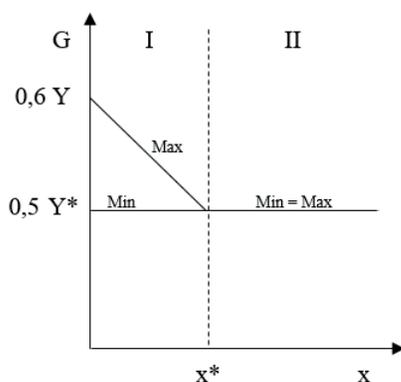
$$\text{Max } G(x; Y) = \begin{cases} 0,6 Y / x & \text{si } Y \geq x \text{ (} 0,5 Y^* \text{)} \\ 0,5 Y^* & \text{si } Y < x \text{ (} 0,5 Y^* \text{)} \end{cases}$$

$$\text{Min } G(x; Y) = 0,5 Y^*$$

Por ende, el máximo del ingreso que percibirá cada alimentista será igual a la división entre el 60 % de los ingresos del obligado y la cantidad de hijos que tenga. Sin embargo, cuando el ingreso del obligado esté por debajo del producto entre la cantidad de hijos y la mitad del salario mínimo, la base presunta para calcular dicho porcentaje se ampliará, de manera que se garantice que el mínimo que perciba cada alimentista sea la mitad de un salario mínimo.

Los límites (rango) dentro de los cuales se encuentre el ingreso de cada alimentista pueden ser representados de la siguiente manera:

Gráfico 4



Como podemos apreciar, en un primer tramo (I) el ingreso de cada alimentista podrá oscilar entre el máximo y el mínimo mencionado; asimismo, a partir del momento en que el ingreso del obligado solo alcance para satisfacer las mínimas necesidades de los alimentistas, aquellos corresponderán, para cada alimentista, en la suma de la mitad del salario mínimo.

## 11. EFECTO ECONÓMICO DE LA FIJACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SOBRE LOS ALIMENTOS

La propuesta de fijación de la obligación alimentaria (la cual equiparamos con un tributo) puede llegar a tener alguna incidencia sobre los alimentos efectivamente prestados; ello en aplicación de la hipótesis de Laffer (Piffano, 2013b). Teóricamente, sería posible identificar dos tipos de incentivos negativos que tendría el hecho de imponer cada vez una mayor pensión de alimentos sobre los alimentos efectivamente pagados por el progenitor: la reducción de la base sobre la cual calcular la obligación (ingresos del obligado), y la predisposición de cumplir con dicha obligación.

Debemos tener en cuenta que, mientras más alta es la fijación de los alimentos, cuando llegamos a determinado máximo de exigibilidad, conforme al obligado en cuestión, la pensión de alimentos comenzará a decrecer. De este modo, podemos afirmar que:

$$A = f ( O, Y, c )$$

A: Alimentos

O: Obligación

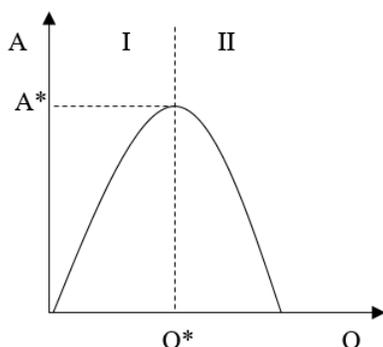
Y: Ingresos del obligado

c: Grado de cumplimiento

Por ello, al aumentar el nivel de la obligación alimentaria a fijar, la misma tendrá un impacto positivo sobre los alimentos percibidos por el alimentista. Sin embargo, al mismo tiempo, por el impacto negativo sobre los ingresos del obligado y su predisposición a cumplir con dicha obligación, aquellos decrecerán (siempre en menor medida) hasta llegar a un punto en que, si se fijan pensiones de alimentos mayores, el obligado reducirá su nivel de ingresos (por el desincentivo en su productividad), o sus niveles de cumplimiento (por ejemplo, percibiendo ingresos en la informalidad); todo ello

repercutirá sobre la pensión de alimentos efectivamente pagada<sup>8</sup>. De este modo, la relación existente entre los alimentos y la obligación de alimentos podría ser representada gráficamente a través de la siguiente curva:

Gráfico 5



Como podemos apreciar, en el primer tramo de la curva (I), al aumentar la obligación de alimentos, los alimentos percibidos por el obligado van a aumentar; en tanto que, en el segundo tramo de la curva, ya sea por la reducción de la base sobre la cual se calculan los alimentos (Y), o por la disminución del grado de cumplimiento (c) en caso de fijarse una obligación mayor, los alimentos van a tender a reducirse (es muy probable que los obligados presenten, en estos casos, demandas por reducción de alimentos, o traten de evadir el cumplimiento<sup>9</sup>). Finalmente, debemos hacer notar que

- 
- 8 Si bien consideramos que todas las prestaciones son monetarias, es interesante considerar que no necesariamente esto es cierto. Si parte de la prestación es en términos de «afecto», cuando aumenta la prestación monetaria, al superar el bien «hijo» el precio que se estaba dispuesto a pagar, el progenitor puede reducir otro tipo de desembolsos que realizaba, como lo es el afecto, o exigirá mayor prestación del bien (mayores exigencias del padre al hijo para que este adecue su comportamiento en función de la satisfacción del padre), de modo que la relación paterno-filial se encontrará disminuida.
- 9 Como mecanismo de evasión de la prestación de alimentos más utilizado encontramos la informalidad laboral.

la alimentación máxima percibida por los hijos ( $A^*$ ) es la máxima que, de manera efectiva, podrá y tendrá predisposición de pagar el obligado (lo cual no significa que necesariamente sea, en este caso, la óptima para asegurar la mayor satisfacción de las necesidades del alimentista, ni siquiera las mínimas).

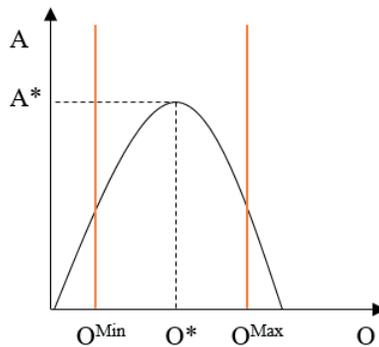
## 12. LA GENERACIÓN DE INGRESOS ENTRE LOS LÍMITES

Considerando lo expuesto en el capítulo anterior, ahora debemos analizar cómo se relaciona la generación de recursos por parte del progenitor con los límites de las obligaciones alimenticias. Si, como se mencionó, la fijación de la obligación debe oscilar entre dos límites (mínimo y máximo) respecto a la generación de recursos por parte del obligado, nos podríamos topar con tres circunstancias bien particulares y diferenciadas:

### Caso I

Puede darse el caso en el que el óptimo de la obligación alimentaria para la generación de recursos por parte del progenitor se encuentre entre los límites mínimos y máximos de la obligación alimenticia.

Gráfico 6

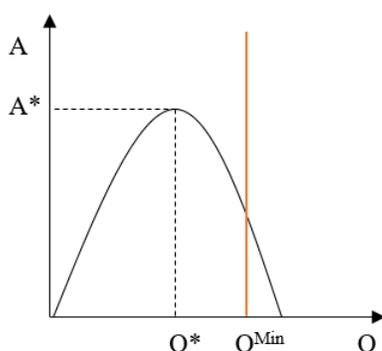


En estos casos, el juez simplemente deberá procurar que la obligación fijada maximice los alimentos que el menor o los menores vayan a percibir, de un modo que se vean satisfechas sus necesidades.

## Caso II

Puede darse la situación en la que la obligación óptima para la generación de recursos por parte del progenitor se encuentre por debajo del mínimo necesario para asegurar la subsistencia del o los menores. En este supuesto, el juez debe fijar una pensión efectiva presente por debajo de la obligación mínima que asegura una cantidad de alimentos necesarios para la subsistencia de todos los hijos.

Gráfico 7



En este caso el problema resulta mucho más complejo. La solución a esta problemática no puede consistir en la mera reducción de los alimentos por debajo del mínimo, dado que ello daría incentivos mayores al incumplimiento futuro de otras pensiones de alimentos (incentivos a insolventarse, como análisis *ex ante*). Por ende, incluso en este escenario, puede suceder que el juez se encuentre frente a la necesidad de establecer la obligación necesaria para asegurar, aunque sea de manera virtual, la satisfacción del menor (nótese que en este supuesto, fijando una pensión menor, si bien mejora la prestación de alimentos, aun así no llega al nivel necesario para la satisfacción de las necesidades requeridas por el alimentista  $A^{**}$ , encontrándose  $A^*$  por debajo de dicho nivel).

El juez deberá evaluar si el costo social por una fijación de la obligación al menor por debajo de la norma —en términos de

previsibilidad de la decisión jurisdiccional y de seguridad jurídica para un correcto cumplimiento de las pensiones y de la planificación familiar (análisis *ex ante*)— se encuentra por debajo del costo particular que en el caso en concreto se le genera al menor (análisis *ex post*). Vale decir, debe tener muy en cuenta el impacto de las decisiones judiciales en la sociedad, de manera que se den las señales correctas para la toma de decisiones del conjunto de la sociedad. Es en este sentido, que fijar una pensión por debajo de dicho valor es una decisión que debe adoptarse como de *ultima ratio*.

En este supuesto sucede que el *enforcement* de la obligación mínima resulta insuficiente para asegurar el cabal cumplimiento de la deuda. Como conjunto de medidas para asegurar dicho cumplimiento y extremar la fijación de la pensión mínima, se proponen las siguientes soluciones:

- **Financiación:** establecer una reducción efectiva presente de la pensión de alimentos al valor  $O^*$ , adicionándose una deuda equivalente a la diferencia entre la obligación mínima y la óptima ( $O^{\text{Min}} - O^*$ ). Vale decir, podemos establecer un sistema de financiación de la deuda, logrando de este modo reducir momentáneamente los costos que implicará para el obligado la deuda en el presente<sup>10</sup>.
- **Mecanismos de *enforcement*:** podemos establecer un adecuado *enforcement*, por el cual la curva se desplace hacia la derecha, de modo tal que el óptimo supere a la obligación mínima<sup>11</sup>.

---

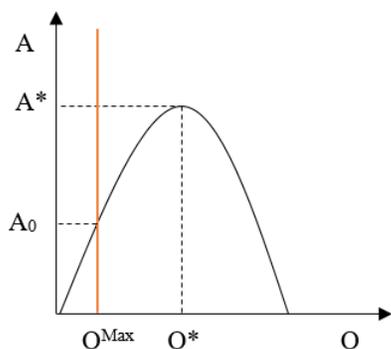
10 Incluso puede establecerse que la deuda alimentaria adquirida en favor de la deuda sea negociable en un mercado secundario; esto con el fin de encontrar una satisfacción a las necesidades presentes y urgentes por parte del menor.

11 La problemática excede el marco de este trabajo. Existen distintos incentivos que pueden colocarse al «deudor insolvente» para que no actúe bajo el *moral hazard* que le asegura su insolvencia. En este sentido, el asegurar la fijación de la pensión de alimentos mínima es de por sí un mecanismo para dicho fin, dado que, independientemente de los mecanismos que pueda realizar, el obligado solo

### Caso III

Finalmente, nos podemos encontrar con el caso en el que el óptimo supere al máximo establecido por la ley.

Gráfico 8



En este supuesto, el juez no necesariamente deberá aumentar la obligación alimenticia. Si bien es cierto que una mayor pensión de alimentos nos acercará al nivel en que aquella se maximiza, ello solo lo hace en términos recaudatorios. Vale decir, puede que las necesidades óptimas del o los alimentistas ( $A^{**}$ ) ya se encuentren satisfechas ( $A^{**} \leq A_0$ ), en cuyo caso el juez no tendrá la necesidad de aumentar la obligación. En cambio, para el caso en el cual la obligación alimenticia esté por debajo de dicho nivel ( $A^{**} > A_0$ ), el juez simplemente deberá aumentar la pensión.

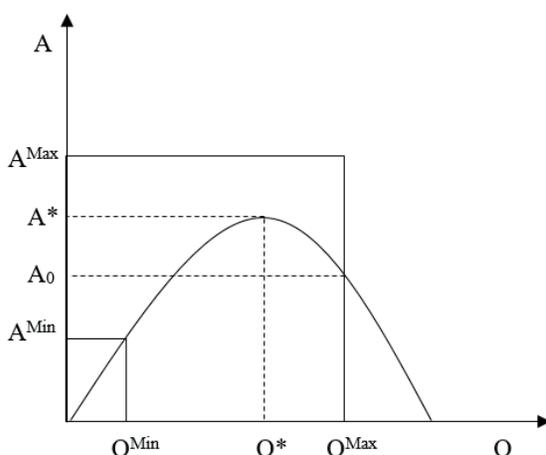
---

lograría diferir su cumplimiento al futuro. Ante ello, de colocarse una tasa de interés adecuada, podrá adoptar una correcta decisión respecto a la conveniencia entre los alimentos presentes y futuros. Adicionalmente del pago diferido, puede establecerse la ejecución de bienes, pagos en cuotas, e incluso prestaciones en horas diarias de la fuerza laboral destinada a la satisfacción de necesidades del menor. De *ultima ratio*, el derecho penal podrá ser un mecanismo persuasivo; sin embargo, resulta el menos eficiente para todas las partes.

### 13. CUADRO FINAL DE LA PROPUESTA

A continuación, mostramos un cuadro que resume los argumentos vertidos hasta el momento. Sin embargo, vale la pena realizar las siguientes precisiones. Cuando nos estamos refiriendo a obligaciones máximas ( $O^{\text{Max}}$ ) y alimentos máximos ( $A^{\text{Max}}$ ), en este cuadro, hacemos alusión a los alimentos que maximizarían lo que se estima como la provisión óptima en términos sociales para el obligado. Dicha provisión, debe consistir, dentro de lo posible, en una cantidad fija<sup>12</sup>. Por otra parte, en el cuadro presentado, la obligación mínima ( $O^{\text{Min}}$ ) coincide, en cuantía, con los alimentos percibidos mínimos ( $A^{\text{Min}}$ ), y de igual manera ocurre con las obligaciones y alimentos máximos.

Gráfico 9



12 La razón por la cual consideramos que debe ser, dentro de lo posible, una suma máxima es para evitar el *moral hazard* propio de las relaciones de agencia por parte del progenitor conviviente, respecto de los bienes del menor, cuando nos encontremos con una familia en donde solo uno de los progenitores conviva con el menor. Esto es así dada la posibilidad de que el progenitor conviviente, de no existir una prestación máxima, al ser el administrador de los bienes del menor, busque objetivos personales en detrimento de los intereses del principal (el menor y el padre no conviviente). Para minimizar la probabilidad o riesgo de que ello ocurra, es recomendable la fijación de un monto máximo por pensión de alimentos destinados a cubrir los costos corrientes del alimentista.

Como se puede apreciar, la obligación alimentaria se fijará entre la mínima y la máxima, no significa que, por ello, logremos el nivel de satisfacción más óptimo. Si queremos lograr el nivel más óptimo de satisfacción, debemos asegurarnos de que se alcance el punto  $A^*$ , el cual se encuentra más cerca del máximo ( $A^{Max}$ ). Si en vez de establecer la obligación óptima (que en este supuesto vendría a ser  $O^*$ ), se fija la obligación máxima, no se alcanzará el punto de mayor satisfacción (siendo  $A_0 < A^*$ ).

#### **14. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS**

Uno de los grandes problemas de la norma vigente es el límite máximo para la fijación de la pensión de alimentos en las relaciones paterno-filiales. Esta circunstancia genera un incentivo perverso para los progenitores al momento de decidir la cantidad de hijos que desean tener, dado que no permite vincular el ingreso que perciben con la decisión procreacional. De este modo, la norma genera el problema que identificamos como *moral hazard*, según el cual el progenitor tendrá incentivos para aumentar la cantidad de hijos, debido al beneficio que le reporta cada hijo nuevo y, debido también, a la falta de obligación para asumir los costos por cada uno de ellos, dado que el monto máximo no se incrementa con relación a la cantidad de hijos.

La falta de un límite mínimo para la fijación de la pensión de alimentos también genera incentivos negativos para generar recursos. Estableciendo un monto mínimo se asegura el cumplimiento de la obligación, puesto que se reduce la posibilidad de que el progenitor obligado evada la responsabilidad declarando ingresos bajos y tratando de esconder sus ingresos reales. De este modo, una pensión máxima y mínima lograrían corregir dichas circunstancias. Asimismo, todo ello garantizaría que el progenitor relacione sus ingresos con la decisión de tener hijos, lo que, a su vez, fomentaría una planificación familiar basada en la paternidad responsable.

Como parámetro de fijación de las obligaciones alimentarias para cada progenitor se estableció la mitad de un salario mínimo por hijo. Consideramos que esta medida asegura que cada hijo posea, al menos, un salario mínimo para alcanzar el grado de satisfacción de las necesidades que socialmente se estiman adecuadas. Dicho monto podrá ser mayor siempre y cuando el 60 % de la remuneración que perciba el progenitor se encuentre por encima del resultado de multiplicar medio salario mínimo por la cantidad de hijos que tenga. Caso contrario, la fijación deberá ser siempre medio salario mínimo por hijo. A su vez, la fijación de una pensión de alimentos que responda a una cantidad fija vuelve más simple y clara la norma, de tal forma que aquella pueda ser fácilmente conocida e incorporada dentro del análisis de costo-beneficio en la decisión de tener un hijo. En otras palabras, los integrantes de una familia podrán analizar fácilmente los costos reales o potenciales que puede insumir tener un hijo, y así facilitar la toma de decisión.

Por otro lado, al fijar una pensión de alimentos, el juez deberá valorar que aquella representa una carga para el progenitor demandado y, como tal, desincentiva la generación de recursos e incentiva el incumplimiento de la obligación. En este sentido, el juez deberá analizar a fondo dicha circunstancia, extremando los mecanismos para facilitar el pago, como pueden ser: establecer un pago efectivo por debajo del mínimo y difiriendo el diferencial al futuro; permitir el pago en especies; asegurar prestaciones laborales en favor del menor, etc. Así se concluye que, para la fijación de una pensión óptima de alimentos, el juez requiere mayor dinamismo para modificarla en la medida que no afecte de manera negativa a los alimentistas. Para ello, puede evaluar, más allá de las condiciones concretas del obligado, el contexto económico en el cual se desenvuelve, y analizar, adicionalmente, los niveles de cumplimiento que podría significar su fijación.

Todo eje de propuestas adicionales para mejorar y permitir la incorporación de los cambios propuestos, más allá del análisis de fondo acerca de la mensuración de la pensión de alimentos que hasta aquí hemos mencionado, debe abarcar la simplificación de los trámites judiciales (que los mismos no se realicen por acción, sino por vía incidental, o dentro del mismo proceso); acumulación de procesos (que todos los procesos relacionados con un mismo obligado sean atendidos por un único juez y un mismo proceso), que permita reducir la carga procesal al hacer posible que, mediante la vía incidental, se pueda discutir el aumento, reducción y cambio en la forma de prestarlos e incluso el prorrateo de alimentos; y, finalmente, la mayor asignación de recursos, puesto que, a pesar del impacto que tienen los procesos de alimentos para el progreso económico y social del país, paradójicamente sucede que los juzgados de paz letrados suelen ser los más olvidados en la asignación de recursos en relación con su carga procesal, situación lamentable que hasta el día de hoy se mantiene.

## REFERENCIAS

- Bullard, A. (2006). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores.
- Código Civil (1984). Decreto Legislativo n.º 295. Perú: 14 de noviembre de 1984.
- Código Procesal Civil (1993). Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS. Perú: 8 de enero de 1993.
- Naciones Unidas (1959). Declaración de los Derechos del Niño. [Proclamada por la Asamblea General en su Resolución n.º 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959]. <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

- Mercado, P. (1994). *El análisis económico del derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Parkin, M. y Loria, E. (2010). *Microeconomía, versión para Latinoamérica* (9.ª ed.). Pearson Educación S. A.
- Piffano, H. (2013a). Sistema tributario, la teoría de los bienes públicos y otros problemas asignativos. En Sola, J. (ed.), *Tratado de análisis económico del derecho. Tomo II* (pp. 977-1050). La Ley.
- \_\_\_\_\_ (2013b). Incidencia tributaria I: sistema tributario óptimo. En Sola, J. (ed.), *Tratado de análisis económico del derecho. Tomo II* (pp. 1117-1190). La Ley.
- Rosas, E. y Gámez, J. (2016). Capital humano: el factor de producción más relevante para el crecimiento económico de América Latina. *Journal CIM*, 4(1), 1132-1145. <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/64333/CIM%20Rosas%20y%20G%c3%a1mez%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Varian, H. (1998). *Microeconomía intermedia*. Antoni Bosch.
- World Bank Group (2020). *The Human Capital Index 2020 Update. Human Capital in the Time of Covid-19*. World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34432>



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 389-415

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u12i14.197>

# Entre lo virtual y lo real: un breve comentario sobre el proceso simplificado y virtual de alimentos para niña, niño y adolescente

Between the virtual and the real: a brief comment on the simplified and virtual child support process



TANIA CAROLINA BOCANEGRA RISCO  
Corte Superior de Justicia de La Libertad  
(La Libertad, Perú)

Contacto: [tbocanegrar@pj.gob.pe](mailto:tbocanegrar@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-6118-331X>

## RESUMEN

A partir de la creciente crisis sanitaria producida por la COVID-19, nuestro entorno económico, social y judicial ha sufrido diversos cambios; entre ellos, se encuentran las medidas adoptadas por la judicatura para no dejar de tutelar los derechos y continuar con «normalidad» su labor. En el presente artículo se realizará un breve comentario, aclaración y análisis sobre la Directiva

n.º 007-2020-CE-PJ que implementó el «Proceso Simplificado y Virtual de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente», aprobada por Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial n.º 000167-2020-CE-PJ. Para ello, se analizarán sus principales alcances y modificaciones relevantes respecto al proceso tradicional, y también se tomará en consideración la experiencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad respecto a la implementación del formulario virtual de demanda de alimentos.

**Palabras clave:** proceso simplificado y virtual de alimentos para niña, niño y adolescente, interés superior del niño.

### **ABSTRACT**

Since the growing health crisis produced by COVID-19, our economic, social, and judicial environment has undergone several changes. Among these changes are the measures adopted by the judiciary to continue protecting rights and to continue with «normality» in its own work. This article comments on Directive No. 007-2020-CE-PJ approved by Administrative Resolution of the Executive Council of the Judiciary No. 000167-2020-CE-PJ, which implemented the «Simplified and Virtual Process of Food for Children and Adolescents». Indeed, it will be analyzed its main scopes and relevant modifications with regards to the traditional process. Likewise, the experience of the Superior Court of Justice of La Libertad with respect to the implementation of the virtual form of food demand will be taken into consideration.

**Key words:** simplified and virtual food process for children and adolescents, best interests of the child.

Recibido: 27/10/2020    Aceptado: 09/12/2020

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Diseñado legalmente como un proceso célere, por proceso de alimentos se entiende «todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluyéndose la educación, instrucción y capacitación para el trabajo» (Varsi, 2011, p. 274).

No obstante, la diversidad social, económica y cultural de nuestro país ha puesto en evidencia, una vez más, que no se ha alcanzado la satisfacción integral de estas necesidades en todos los casos. Así, en el Informe Defensorial<sup>1</sup> de 2018 se indicó que, desde la interposición de la demanda hasta la fecha de emisión de una sentencia, transcurren en promedio de 181 a 365 días; es decir, los procesos de alimentos tienen una duración de entre seis a dos meses, e incluso en un menor porcentaje el proceso se prolonga por encima del año.

Además, según lo indicado por la Subgerencia de Estadística del Poder Judicial<sup>2</sup>, del total de demandas recibidas por el Poder Judicial en 2019, el porcentaje a nivel nacional que corresponde a la especialidad de familia constituye un 36 %; y de esa proporción, el 29 % corresponde a demandas presentadas en los juzgados de paz letrados, del cual el 78 % de demandas recibidas por ellos están referidas a procesos de alimentos.

En ese sentido, resulta evidente que no se ha logrado dotar de un real y notable cambio en el dinamismo de la tramitación de los procesos de alimentos, pese a las vías procedimentales fijadas en nuestro ordenamiento jurídico para su tramitación, como es el Proceso Único, contemplado en el Código de los Niños

---

1 Véase el Informe Defensoría del Pueblo (Informe n.º 001-2018-DP/AAC).

2 Véase el Informe n.º 000040-2020-RT-PPRFAMILIA-PJ, del Programa Presupuestal n.º 0067, «Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia», cursado por la consejera Mercedes Pareja Centeno.

y Adolescentes<sup>3</sup> (en adelante CNA); el Proceso Sumarísimo, conforme a las reglas del Código Procesal Civil (en adelante CPC), y la ley que simplifica las reglas del proceso de alimentos, Ley n.º 28439<sup>4</sup>.

A partir de ello, es importante considerar una nueva concepción del proceso, apoyada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, tal como lo plantean Monroy Gálvez y Monroy Palacios (2000), quienes consideran que la tutela puede estar dada por la aparición de procesos que se diferenciaban del ordinario en el hecho de que se regulaban con una considerable reducción de los plazos de su matriz, con la finalidad de ser ventajosos para las diferentes pretensiones que, se considera, requieren de un ámbito de contenciosidad más limitado, por lo que sería plenamente aplicable a los procesos de alimentos.

Un importante pilar que sirve de base para la implementación de esta nueva directiva es el principio del interés superior del niño, el cual, en palabras del profesor Bermúdez (2007), debe entenderse como:

[un] esquema amplio de interpretaciones legislativas y acciones gubernamentales por realizar [...], teniendo como objetivo la tutela del interés superior del niño constituir una garantía al desarrollo integral del niño, por lo cual no puede ser restringido a una mera «directriz» porque este concepto gaseoso impide una real aplicación de sus objetivos en los procesos judiciales donde se ventilan los derechos del niño (pp. 163-173).

De esta manera, a partir de las normas referidas a la protección especial de la niñez y adolescencia, contenidas en la Ley

---

3 Ley n.º 27337, publicada el 7 de agosto de 2000, con la que se aprobó el Código de los Niños y Adolescentes.

4 Ley n.º 28439, Ley que Simplifica las Reglas del Proceso de Alimentos, publicada el 28 de diciembre de 2004.

n.º 30466<sup>5</sup> —que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño— y su Reglamento D. S. n.º 002-2018-MIMP<sup>6</sup> —en el marco de lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General n.º 14<sup>7</sup>, así como a la luz de las 100 Reglas de Brasilia<sup>8</sup>—, las cortes superiores de justicia (en adelante, CSJ) del país, en aras de superar las barreras de acceso a la justicia principalmente por parte de las personas en situación de vulnerabilidad, como son los niños, niñas y adolescentes, dieron inicio a la implementación de buenas prácticas institucionales.

- 
- 5 Ley n.º 30466, publicada el 17 de junio de 2016, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.
- 6 Precisamente desarrolla el principio del interés superior del niño en: «26.8. En el análisis para el interés superior del niño, las/los jueces especializados gozan de facultades tuitivas para 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, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Perú que reconoce, entre otros, la protección especial de la niñez y la adolescencia» (Congreso de la República, 1993).
- 7 Véase que la presente Observación General tiene por objeto garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices. Asimismo, promueve la celeridad para beneficiar a niñas, niños y adolescentes.
- 8 Las 100 Reglas de Brasilia —aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008, en Costa Rica— fueron aprobadas en Sesión Extraordinaria de Corte Plena n.º 17-2008, del 26 de mayo de 2008, emitidas para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a partir de líneas de actuación para los poderes judiciales.

Solo por citar algunas de estas buenas prácticas, podemos mencionar la concentración de actos procesales en el auto admisorio (CSJ de Ventanilla), la flexibilización de la inadmisibilidad de la demanda de alimentos (CSJ de Arequipa), la asignación anticipada de alimentos en el auto admisorio, las audiencias orales con sentencia (CSJ de Piura), el formulario electrónico para demanda de alimentos (CSJ de Moquegua) y el formulario virtual de demanda de alimentos (CSJL de La Libertad). Todas estas experiencias fueron recogidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y conllevaron a la emisión de la Resolución Administrativa n.º 000167-2020-CE-PJ, del 4 de junio del año en curso, con la que se aprobó la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, referida al «Proceso simplificado y virtual de alimentos para niña, niño y adolescentes», la que en esta oportunidad analizaremos.

Sin embargo, es preciso mencionar que la reciente aprobación de esta directiva no debe ser tomada como un instrumento que superará todas las dificultades generadas para la tramitación de los procesos de alimentos según el esquema tradicional, pues esta, al igual que todo marco legal, se encuentra también dentro de un margen de posible equivocación<sup>9</sup>, y no se debe a un tema jurídico o administrativo, sino a un tema social y dinámico de las relaciones personales, más aún en estos tiempos de pandemia.

---

9 Así, es preciso mencionar que el fenómeno jurídico no es otra cosa que un fenómeno social, que ha determinado que todos los esfuerzos —incluso los contemporáneos— por diseñar un sistema jurídico sobre la base de cierto número de categorías básicas de aceptación universal y de conocimiento inmediato ha fracasado, pues, para determinar el éxito de alguna modificación normativa, no solo se requiere que esta haya sido planeada lo más «perfecta» posible, sino también tener en cuenta lo cambiante del entorno en el que será aplicada (Monroy, 1993).

## **2. LOS ALCANCES DEL PROCESO DE ALIMENTOS «TRADICIONAL»**

El vigente proceso de alimentos descrito en el CPC<sup>10</sup> y en el CNA<sup>11</sup>, al que por fines didácticos llamaremos «tradicional», señala que, recibida la demanda, el juez, al calificarla, puede declarar su inadmisibilidad y establecer un plazo para su subsanación; en ese sentido, en los casos en los que se subsanan los errores observados, se declara admitida y se procede a notificar al demandado, quien, luego de ser notificado, deberá contestar la demanda. De no hacerlo, este es declarado rebelde, y posteriormente debe programarse fecha para la audiencia. En ella se plasmará en un acta lo propio, para luego proceder a la emisión de la sentencia, la que debe, según el CNA, emitirse en el término de 48 horas; incluso el juez tiene la posibilidad de sentenciar en el mismo acto de la audiencia, conforme a la Ley n.º 28439. Sin embargo, lograr la emisión de sentencia en audiencia única, o dentro del plazo señalado, resulta casi improbable, debido a uno de los principales factores: la gran carga procesal que tramitan los juzgados de paz letrados a nivel nacional<sup>12</sup>.

---

10 En el artículo 546 del CPC se precisa lo siguiente: «Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: 1. Alimentos». Véanse además los artículos 157, 426 y 427 del mismo cuerpo normativo.

11 En el artículo 168 de la Ley n.º 27337 del CNA se lee: «Admitida la demanda, el juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado la conteste». Véanse también los artículos 164, 165, 170, 171 y 173 del CNA.

12 Véase el Informe de la Subgerencia de Estadística-Gerencia de Planificación, del 23 de enero de 2019. En este se precisa que en los juzgados de paz letrados existían el año pasado 345 253 expedientes en trámite y otros 303 228 que se encontraban en plazo de impugnación. La carga procesal ascendía a 811 765, lo cual determinaba una tasa de congestión de 1,57.

De igual modo, según el modelo tradicional, en los casos de asignación anticipada<sup>13</sup> se requiere incluso la formación de un cuaderno para su tramitación, en el que además debe señalarse el monto correspondiente. Otro requisito para estos casos es el curso de las respectivas notificaciones, lo que implicaba que dicha tramitación supere, en promedio, los 90 días (ver gráfico 1).

Uno de los principales problemas relacionados con la tramitación del proceso de alimentos en el esquema tradicional es su excesivo carácter formalista. Por ejemplo, el impulso del trámite del proceso estaba supeditado a la presentación de escritos, lo que permitía la posibilidad de que estos dilataran aún más el proceso, dado que esta tendencia debe aunarse a la gran carga procesal existente en los juzgados de paz letrados. Esta carga hace que el tiempo entre actos procesales se haya tornado extenso, y ello incide directamente en la insatisfacción de los usuarios alimentistas.

Al respecto, Nelson Reyes (1999), en una investigación de campo realizada en los juzgados de familia, identifica qué problemas comúnmente concurren en la tramitación de los procesos de alimentos. Señala que:

2. [...] después de admitida la demanda no puede notificarse al obligado por deficiencia del domicilio, lo que origina la paralización del proceso.

---

13 Véase el Informe de la Defensoría del Pueblo (Informe n.º 001-2018-DP/AAC), denominado «El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos» (Lima, 2018). En este, se señala lo siguiente: «La asignación anticipada de alimentos es una medida temporal que equivale a un adelanto de la pensión que será determinada en la sentencia y se fundamenta en la necesidad impostergable que tienen las y los beneficiarios de las prestaciones de alimentos. En los casos de hijos menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda [...]».

3. En un trámite normal un proceso de alimentos puede concluirse (con sentencia o conciliación) en el plazo de 5 o 8 meses, empero la demora se ocasiona en la ejecución de la obligación.

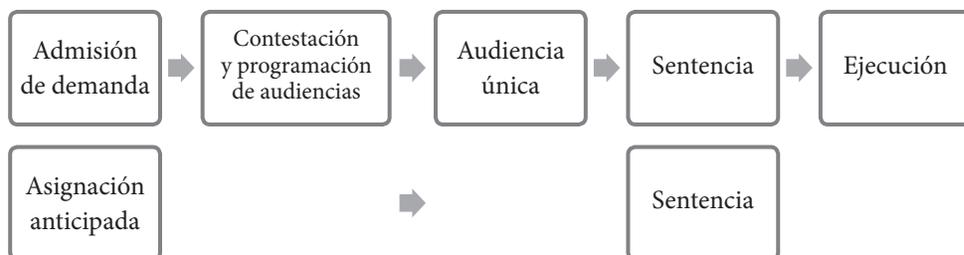
[...]

5. Se ha comprobado que se demora en averiguar los ingresos del obligado, sea porque no tiene trabajo dependiente o en su defecto los centros de trabajo del obligado no cumplen con evacuar el informe solicitado. En otros casos los distorsionan, incurriendo con ello en actos delictivos (p. 788).

En la búsqueda de solucionar la problemática generada en la tramitación del proceso de alimentos tradicional, la nueva directiva materia de análisis propone la concentración de actos procesales. Asimismo, se agencia de medios tecnológicos —que estén al alcance— para permitir una notificación válida; además, para economizar actos procesales de manera oportuna, en la emisión del auto admisorio acepta medios probatorios de oficio y ordena oficiar al empleador del demandado, a fin de obtener pruebas sobre su capacidad económica, entre otras disposiciones más que se explicarán más adelante.

### Gráfico 1

#### Esquema de un proceso de alimentos tradicional



### 3. LOS ALCANCES DEL NUEVO PROCESO SIMPLIFICADO Y VIRTUAL DE ALIMENTOS

Tal como se ha señalado, el Poder Judicial publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Resolución Administrativa n.º 167-2020-CE-PJ, que aprobó la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, referida al «Proceso simplificado y virtual de pensión de alimentos para niño, niña y adolescentes», con la finalidad de que, a partir de la dación de normas administrativas, se efectivice un proceso rápido, sencillo y eficaz, que dé origen a un esquema lineal del proceso de alimentos (ver gráfico 2), en el que se permita la flexibilización al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda<sup>14</sup>.

Sobre la flexibilización del proceso, resulta oportuno acotar lo expuesto por la magistrada Patricia Beltrán Pacheco (2011), quien refiere que, en virtud de la naturaleza del derecho de familia, al juez se le permite evitar formalismos innecesarios, pero aclara que ello es permitido siempre que se garantice el debido proceso en igualdad de condiciones a las partes procesales. Además, en relación con la posición que asume la Corte Suprema, explica que dicho tribunal considera, para los procesos de familia, que el juzgador tiene facultades extraordinarias que le permiten flexibilizar las formalidades con la finalidad de concretizar los resultados del proceso y, por ende, dar solución efectiva al caso.

En esa misma línea, la magistrada Cecilia González (2007) considera que, en aplicación del principio del interés superior del niño, debemos interpretar que el actuar del juez debe estar

---

14 Pleno Casatorio Civil. Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 4664-2010-Puno, del 18 marzo de 2011 (p. 16). Asimismo, el Tercer Pleno Casatorio expresa que, en los procesos de familia, se debe optar a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo.

dirigido a garantizar al niño al acceso a la justicia, en este caso, con fines de solicitar el derecho alimentario. Esta premisa, señala, ha de cumplirse aun cuando no se satisfagan enteramente los requisitos formales necesarios, tal como lo ha estimado la Sala Permanente de Familia al disponer la admisión de la demanda sobre alimentos en la que no se había presentado el acta de nacimiento del niño, sino únicamente el certificado de nacimiento vivo, puesto que se consideró que, de igual modo, debía admitirse la demanda presentada por una persona que, sin ser padre o madre, tiene a su cuidado al niño, ya que la necesidad de satisfacer el requerimiento de alimentos es urgente y está destinada a garantizar la salud y el desarrollo del menor.

Ahora bien, en relación con la aplicación de la directiva, cabe señalar que está referida solo a las demandas nuevas de alimentos y aumento de alimentos; es decir, no incluye a los procesos de exoneración de alimentos, prorrateo, reducción, extinción y cambio de forma de prestación de alimentos. De esta manera, los jueces de paz letrados deben, entonces, adecuar los actos procesales a los fines del proceso, dado que, en su desarrollo, un papel fundamental puede alcanzar el uso de medios tecnológicos de la información y la comunicación (TIC), los mismos que deben regirse bajo los estándares del principio procesal de claridad digital, en el que todos los actos procesales digitales deben comprender y cumplir parámetros de claridad, accesibilidad e integridad, ya que son indispensables para el adecuado ejercicio de la defensa del proceso<sup>15</sup>. Todo ello, además, tiene como línea directriz los siguientes principios: de interés superior del niño<sup>16</sup>,

---

15 El principio de claridad digital es desarrollado en la Causa n.º MO-16038-2017 R. S. 74/2020 («Ferreyra Raúl Antonio c/ Serra Diego Nicolás y otros s/ daños y perj. autom. c/ les. O muerte»), Buenos Aires, Argentina.

16 El principio de interés superior del niño refiere que la niña y el niño son sujetos plenos de derechos que deben ser respetados por la familia, el Estado y la sociedad,

de *favor minoris*<sup>17</sup>, de celeridad y percepción del tiempo del niño, niña y adolescente, de concentración, de flexibilización<sup>18</sup>, de amplitud probatoria<sup>19</sup>, de oralidad y de inmediación.

En el trámite de un proceso judicial, si bien existen actuaciones que están reservadas para que las realicen las partes procesales (modificación de la demanda, ofrecimiento de medios de prueba extemporáneos, informe oral, etc.), también hay actuaciones que le competen al órgano jurisdiccional por ser parte del impulso de oficio (admisión de la demanda, otorgamiento de asignación anticipada, señalamiento de fecha de audiencia, audiencia única, medios probatorios de oficio, sentencia, entre otros).

---

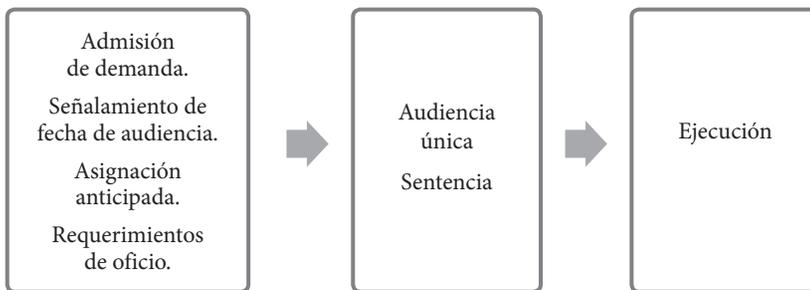
y que, en todas las decisiones de política pública, el interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Se trata de un principio que obliga al Estado y a la sociedad a reconocer y garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, y que otorga preeminencia al interés superior del niño por sobre otros intereses y consideraciones (principio rector del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia PNAIA 2012-2021).

- 17 Véase la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, «Proceso simplificado y virtual de pensión de alimentos para niño, niña y adolescentes», que señala, cuando se trate de niñas, niños y adolescentes, que una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite afirmar que, en caso de duda respecto de las posibilidades económicas del obligado a prestar alimentos, es adecuada una interpretación pro alimentado.
- 18 La flexibilidad no implica anular las fuentes normativas, sino hacer que funcionen de manera diferente (Congreso Nacional de Juezas y Jueces de Familia. Poder Judicial. Lima, del 30 de noviembre al 1 de diciembre de 2018). En el análisis, para el interés superior del niño, las/los jueces especializados gozan de facultades tuitivas para 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 deben solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política que reconoce, entre otros, la protección especial de la niñez y la adolescencia.
- 19 El principio de *favor probationem* se aplica en casos de duda en torno a la producción, admisión, conducencia o eficacia de las pruebas, teniendo un criterio amplio a favor de ella. La prueba indiciaria puede ser usada en el proceso de alimentos para acreditar el nivel de vida del alimentante.

Ahora, es a partir de la dación de esta directiva —que contempla reglas procedimentales enmarcadas en principios propios— que se permite una real autonomía frente al derecho procesal civil. Aunque surgen cuestionamientos respecto a la legalidad de la misma, es necesario precisar que los plazos establecidos en el CPC y CNA para la tramitación del proceso de alimentos son máximos, por lo que sí se estaría respetando el marco de legalidad y a la vez promoviendo la simplificación y flexibilización de los procesos.

Gráfico 2

### Esquema lineal de un proceso de alimentos simplificado



#### 4. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

El acceso para presentar demandas nuevas referidas a pensión de alimentos y aumento de alimentos para niños, niñas y adolescentes se registrará según lo establecido en la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, por lo que dichas demandas podrán ser presentadas utilizando los formularios aprobados por Resolución Administrativa n.º 331-2018-CE-PJ, sobre demanda de alimentos, y la Resolución Administrativa n.º 330-2018-CE-PJ, sobre demanda de aumento de alimentos. Se debe precisar que dichos formularios pueden ser descargados de forma gratuita de la página web del Poder Judicial<sup>20</sup>.

20 Véase el formulario de demanda de alimentos para niñas, niños y adolescentes en el siguiente enlace: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ecd440004862171b814389a38f54faeb/RA\\_331\\_2018\\_CE\\_PJ++19\\_12\\_2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ecd440004862171b814389a38f54faeb](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ecd440004862171b814389a38f54faeb/RA_331_2018_CE_PJ++19_12_2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ecd440004862171b814389a38f54faeb)

Asimismo, las demandas podrán ser registradas en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), haciendo uso de la mesa de partes electrónica (en adelante, MPE)<sup>21</sup> en aquellos distritos judiciales donde ya se encuentre implementada. De esta manera, sin necesidad de desplazarse a una sede judicial, los usuarios pueden ingresar las demandas o escritos de forma electrónica y descargar el cargo de presentación.

Por otro lado, dichas demandas pueden ser registradas también utilizando los canales de digitalización<sup>22</sup>; es decir, el personal adscrito a la Central de Distribución General de cada distrito judicial, luego de recepcionar las demandas de manera virtual mediante la habilitación de correos electrónicos —o, de ser el caso, luego de su recepción de forma física, esta última de forma excepcional, en tanto debe primar el uso de mecanismos tecnológicos y digitales—, procederá —en ambos casos— a digitalizar dicha demanda y a registrarla en el Sistema Integrado Judicial, que la distribuirá aleatoriamente a los juzgados de paz letrados de familia.

Uno de los principales cuestionamientos respecto de la presentación de la demanda de alimentos, según lo expuesto por la directiva, está referido a la funcionalidad del uso de formularios físicos y electrónicos<sup>23</sup>, puesto que no se encuentran habilitados

---

21 La MEP constituye un componente de vital importancia en la materialización del expediente judicial electrónico (EJE), así como uno de los proyectos más importantes del Poder Judicial para alcanzar un servicio de justicia con mayor celeridad, transparencia y eficacia. Véase el manual en el siguiente enlace: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0a344804eab63739428f5cbea455c49/MANUAL+USUARIO+MESA+DE+PARTES+ELECTRÓNICA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a0a344804eab63739428f5cbea455c49>

22 El proceso de digitalización está a cargo del personal adscrito al Centro de Distribución General, quienes registrarán en el SIJ las demandas que son enviadas de manera virtual (correo electrónico habilitado) o física (modo excepcional), los que a su vez se regirán por sus procedimientos internos según cada corte de justicia.

23 Véase la Resolución Administrativa n.º 082-2020-CE-PJ, del 24 de febrero de 2020, en la que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprueba el uso de los formularios

para ser llenados mediante el registro *online*<sup>24</sup>. A diferencia de las denuncias en materia de violencia familiar, la utilización de dichos formularios se ve reducida a que sean posteriormente anexados para su registro a través de la MPE.

Asimismo, dichos formatos, al haber sido aprobados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial con anterioridad a la emisión de la presente directiva, no contemplan el registro de datos que son necesarios para la concretización de la misma, tales como número de teléfono fijo o celular, o correo electrónico de ambas partes —ello de manera adicional a la casilla electrónica solicitada al momento de hacer uso de la MPE—. Estos datos, sin duda, son de vital importancia para establecer canales alternativos de comunicación y notificación, sin que ello implique la sustitución o modificación de las normas procesales vigentes.

## **5. CALIFICACIÓN, ADMISIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Recibida la demanda de alimentos, el juez califica y, si advierte la omisión o defecto subsanable, no declarará la inadmisibilidad; por el contrario, la admitirá a trámite y concederá al demandante un plazo razonable para que la subsane<sup>25</sup>. Verificados los requisitos de la demanda, el juez emitirá resolución disponiendo lo siguiente:

---

electrónicos, la misma que recoge una buena práctica judicial realizada por la Corte Superior de Justicia de Moquegua.

24 Resulta oportuno mencionar que el formulario habilitado para el registro de demandas de alimentos en la Corte Superior de Moquegua es el que figura en el siguiente enlace: <https://fecortemoquegua.blogspot.com/2018/05/tramite-de-demandas-de-alimentos.html> y el manual puede ser visualizado en: <https://drive.google.com/file/d/1mm6iXarII2Mqgab-dERFde996KMNTpNe/view>

25 Enmarcado en el principio de mínimo formalismo, considerado para la ONU como principio rector, se tiene que, contra la rigidez en la interpretación, así como en cuanto a la secuencia de la vía procedimental como si fuera un eje inmodificable, dependiendo del caso concreto y los intereses en debate, se podrá, en razón de dicho principio, adaptar el derecho a las nuevas circunstancias.

1. Admisión de la demanda.
2. Fecha para la realización de la audiencia única virtual.
3. Emplazamiento al demandado con los requisitos que debe cumplir su contestación.
4. Medios probatorios de oficio.
5. Práctica de una prueba adicional y su incorporación al proceso.
6. Oficio al empleador demandado a fin de obtener pruebas sobre su capacidad económica.
7. Asignación anticipada de alimentos.

Si bien las normas prescritas en el CNA están enmarcadas en un sistema de administración de justicia especializado para los niños y adolescentes, los plazos establecidos para el proceso único y la secuencia de actos procesales no han conllevado sustancialmente a que este proceso resulte celer y oportuno. Por ello, una de las principales diferencias con el sistema tradicional radica en que, de encontrar el juez observaciones en la demanda, no declarará su inadmisibilidad, sino que se notificará a la casilla electrónica (SINOE) y al domicilio real, según sea el caso (incluso se puede emplear la notificación excepcional vía WhatsApp o correo electrónico). Asimismo, ya no se esperará la contestación de la demanda para que sea fijada la fecha de la audiencia, ya que, con la emisión de la primera resolución, esta quedará fijada en el plazo de 10 días, con la pretensión de que, para la fecha de la audiencia, se tenga el escrito de contestación o el plazo para su contestación ya esté vencido.

Debe advertirse que en el artículo 5.1 de la directiva se precisa, además, que, si el demandado no cumple con prestar la declaración jurada de renta o documento sustitutorio o la certificación jurada de ingresos en su contestación de demanda, el juez no la admitirá y hará efectivo el apercibimiento de continuar el proceso en su rebeldía.

Sobre este punto, consideramos que el órgano jurisdiccional y las coordinaciones administrativas, de ser el caso, estén corporativizados, de manera que asuman un papel fundamental en la implementación de la presente directiva, dado que se centra en una gestión por audiencia a cargo de los operadores de justicia, en tanto jueces, secretarios y asistentes judiciales —a partir de la realización de un trabajo eficiente y control de plazos oportunos— deberán evitar que las audiencias programadas se vean frustradas por defectos de notificación u otros que surjan en su tramitación<sup>26</sup>.

Otro punto que corresponde analizar es el referido a la exigencia del artículo 5.3 de la citada directiva: «la contestación de la demanda se notifica físicamente». Sin embargo, consideramos que resulta no coherente con la finalidad de la propia directiva, dado que esta promueve la virtualidad del proceso de alimentos<sup>27</sup>, la misma que se ve reflejada en el desarrollo del proceso bajo sus alcances, ya que se han establecido para dicho fin (i) líneas de digitalización, (ii) mesa de partes electrónica, (iii) notificación por correo electrónico o números telefónicos, (iv) audiencia única virtual, entre otros.

---

26 Si la demanda es admitida, pero se advirtieron observaciones que deben ser subsanadas, el magistrado deberá verificar su cumplimiento antes de correr traslado del auto admisorio al demandado, por lo que surgen aquí cuestionamientos respecto a la celeridad que se pretende con el artículo 2.1 de la Directiva n. 007-2020-CE-PJ, celeridad que se materializaría. Al respecto, Priori y Ariano (2009) señalan que «una demanda no debería ni admitirse ni no admitirse, sino que, a estar a que ella es sin duda un acto unilateral-recepticio, una vez presentada debería, sin filtraje alguno y lo más rápido posible, llegar a su destinatario “final” [el demandado]» (p. 121).

27 Resulta innegable que esta directiva pretende la virtualidad del proceso de alimentos; sin embargo, será materializada a nivel nacional cuando se eliminen las barreras tecnológicas, económicas y logísticas, pues solo así procederá la acelerada implementación de la mesa de partes electrónica en el Poder Judicial.

## 6. AUDIENCIA ÚNICA VIRTUAL, ORALIDAD Y SENTENCIA

La directiva señala que la audiencia única puede ser realizada de manera virtual<sup>28</sup>, la misma que se llevará a cabo de conformidad con el Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Periodo de Emergencia Sanitaria, aprobado mediante la Resolución Administrativa n.º 173-2020-CE-PJ. Así, la audiencia podrá ser grabada en audio y video<sup>29</sup>, salvo la etapa de la conciliación, por lo que, una vez instalada la audiencia, con la debida acreditación de las partes y abogados, se admitirá la contestación de la demanda<sup>30</sup> o se declarará la rebeldía<sup>31</sup>, y continuará el juez con el saneamiento procesal, conciliación y fijación de los puntos controvertidos.

De ser el caso, se admitirá y se actuarán medios probatorios de manera oral<sup>32</sup>, a fin de propiciar el debate entre las partes, por lo que en esta etapa se le podrá dar la posibilidad al niño, niña y adolescente de participar en el proceso, dependiendo de su edad y madurez. Finalmente, teniendo en cuenta la carga procesal o la complejidad de la causa, se procederá a la emisión de la sentencia.

Debe mencionarse que, si bien en esta directiva no se señalan expresamente los actos previos a la realización de la audiencia

---

28 El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha autorizado para dicho fin el uso de la Solución Empresarial Colaborativa denominada «Google Hangouts Meet».

29 La grabación de la audiencia será incorporada al expediente y se entregará una copia a las partes, quienes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico.

30 En el caso de cumplir con los requisitos, será admitida a trámite la contestación de la demanda y se entregará al demandante la copia del escrito de contestación y sus anexos, y se otorgará un plazo prudencial al demandante para la revisión de los medios probatorios ofrecidos (ver artículo 6.3 de la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ).

31 La declaración de la rebeldía se realizará con o sin la asistencia del demandado.

32 El juez permitirá incorporar medios de prueba que serán oralizados previo traslado a la parte contraria.

virtual, constituirá una diligencia judicial cuya programación e instalación está a cargo del secretario o el asistente judicial, quien realizará las coordinaciones necesarias previas a las audiencias virtuales programadas, a efectos de poder verificar la factibilidad de las mismas y establecer medidas alternativas ante la presencia de fallas en su desarrollo.

En el marco del programa de modernización del Poder Judicial, el juez debe hacer que prevalezca la oralidad sobre lo escrito, enmarcado ello en un proyecto de oralidad que también se vio reflejado en la aprobación de la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ, referida al «Proceso Único Simplificado y Virtual»<sup>33</sup> de aplicación para procesos únicos, como tenencia de régimen de visitas, suspensión o pérdida de patria potestad.

Un punto relevante de la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ está referido a la posibilidad de permitir la intervención del menor en la audiencia, por lo que es un deber del juez evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, teniendo en cuenta criterios cronológicos, psicológicos, culturales y sociales. Asimismo, deberá tener en cuenta la opinión del niño como factor destacado en la resolución judicial, siempre que el menor esté en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente<sup>34</sup>.

---

33 Aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa n.º 000195-2020-CE-PJ, del 24 de julio de 2020, mediante la cual se dispuso que la Directiva n.º 010-2020-CE-PJ (denominada «Proceso Único Simplificado y Virtual») sea aplicada por jueces, personal jurisdiccional y de apoyo a la función jurisdiccional que laboran en los juzgados especializados de familia o juzgados mixtos.

34 Consideraciones contenidas en el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el 31 de agosto de 2016. Asimismo, el 30 de diciembre de 2016 se aprobó el Decreto Legislativo n.º 1297, para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, el cual desarrolla el deber de garantizar el ejercicio del derecho

Otro aspecto novedoso está contemplado en el artículo 6.8 de la citada directiva, el que se refiere a que el juez —en aplicación del principio del interés superior del niño— podrá resolver sin necesidad de la presencia de las partes, con lo que se impediría la conclusión de los procesos de alimentos ante la inasistencia de ambas partes, situación que sí acaecía en el proceso tradicional que se regía por las normas del CPC<sup>35</sup>. Por ello, resulta acertado impedir que dichos procesos concluyan sin el pronunciamiento sobre el fondo<sup>36</sup>, ello en coherencia de ser considerado el proceso de alimentos como un problema humano en el que se encuentran involucrados los intereses de niños, niñas y adolescentes. En este punto podemos señalar las buenas prácticas institucionales de algunas cortes superiores de justicia que, atendiendo a circunstancias especiales, optaban por la reprogramación de dichas audiencias.

---

del niño a opinar, ser escuchado y a que dicha opinión sea tomada en cuenta en todas las decisiones que se tomen. Dichas normas están referidas a la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes, así como a los problemas sobre su participación en los diversos procesos judiciales.

35 Véase el artículo 203 del CPC: «La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados. Salvo disposición distinta de este Código, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante. Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez dará por concluido el proceso».

36 Esto encuentra sustento en el elevado número de casos que han terminado bajo esta figura procesal en diversas cortes superiores de justicia, tal como se establece en el Informe de Defensoría de 2018: 27 de 54 expedientes analizados en la Corte de Huaura culminaron bajo este supuesto (50 %); en la Corte de Pasco, 50 de 108 expedientes siguieron el mismo desenlace (46,3 %), y en la Corte del Santa, fueron 31 de 69 expedientes (44,9 %). Las razones que pudieron haber motivado este comportamiento obedecerían no solo a la aplicación de la norma procesal, sino también a las dificultades para continuar el proceso en términos de tiempo y dinero, las eventuales conciliaciones extrajudiciales, el desinterés de las partes, entre otros.

Respecto a la validación de la notificación, el secretario judicial o asistente podrá comunicarse con las partes procesales a partir de los datos consignados en la demanda a través de aplicativos móviles (como el uso del WhatsApp), por correos electrónicos o mediante redes sociales. Para ello, el secretario, previa identificación como representante del órgano jurisdiccional, corroborará mediante el aplicativo de Reniec, la identidad de la persona con la que va a iniciar comunicación virtual y a quien le enviará la información correspondiente.

De esta manera, queda demostrado que el desarrollo de la audiencia virtual se concentra en las siguientes etapas: (i) saneamiento procesal, (ii) conciliación, (iii) fijación de puntos controvertidos, (iv) admisión y actuación de los medios probatorios, y (v) sentencia. En ese sentido, constituye un acto procesal de suma relevancia para el proceso de alimentos, por cuanto sirve para que el juez tome contacto directo con las partes a través de plataformas digitales, a fin de que conozca con mayor detalle las particularidades del caso y pueda emitir sentencia de manera oral en la misma audiencia.

Por otra parte, si bien con la presente directiva se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva —ya que concentra actos procesales que permiten en un corto plazo la obtención de un pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional, a fin de reclamar una pensión de alimentos—, no se debe dejar de lado que dicho derecho también implica la ejecución de la sentencia. Por ello, se debe incitar la búsqueda de modos viables para la ejecución de la obligación alimentaria (Reyes, 1999, p. 789).

## **7. EXPERIENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD**

El estado de emergencia sanitaria decretado por el Poder Ejecutivo condujo al Módulo Corporativo de Paz Letrado de Familia, en

el que se tramitan principalmente procesos de alimentos, a la búsqueda de mecanismos que permitan un apoyo directo a la función jurisdiccional y administrativa, en aras de brindar atención prioritaria al usuario alimentista, que se ha visto afectada con las normas de aislamiento social obligatorio y con la suspensión de plazos decretada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial<sup>37</sup>, al no ser considerados dichos procesos de alimentos como de tramitación «urgente»<sup>38</sup>. Por ello, se implementó el uso del formulario virtual de demanda de alimentos, como una buena práctica institucional<sup>39</sup> que permitió eliminar las barreras de acceso a la justicia de aquellos usuarios vulnerables, como son los alimentistas.

Así, a este formulario virtual<sup>40</sup> de fácil llenado se puede acceder desde cualquier dispositivo electrónico (celulares, *laptops*,

---

37 Mediante resoluciones administrativas n.ºs 115-2020-CE-PJ, 117-2020-CE-PJ, 118-2020-CE-PJ, 061-2020-P-CE-PJ, 062-2020-P-CE-PJ y 157-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso, por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia de la pandemia de la COVID-19, la suspensión de las labores del Poder Judicial, así como la suspensión de los plazos procesales y administrativos hasta el 30 de junio de 2020, en concordancia con los decretos supremos n.ºs 044, 051, 064, 075, 083 y 094-2020-PCM. Asimismo, estableció medidas para el funcionamiento de órganos jurisdiccionales de emergencia.

38 Mediante Resolución Administrativa n.º 279-2020-P-CSJLL-PJ, del 3 de octubre de 2020, se dispuso que los casos por alimentos tengan tramitación urgente en los órganos de emergencia que siguen con cuarentena focalizada. Esta medida fue emitida ante un pedido de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a cargo del doctor Óscar Eliot Alarcón Montoya (2019-2020), quien solicitó dicha inclusión en razón de la condición de vulnerabilidad del usuario alimentista, el cual requiere de una atención prioritaria y urgente.

39 Mediante Resolución Administrativa n.º 198-2020-P-CSJLL-PJ, del 15 de mayo de 2020, se aprobó el formulario virtual de demanda de alimentos, de aplicación en el módulo corporativo de los juzgados de paz letrados de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad durante el estado de emergencia nacional, a consecuencia de la COVID-19, así como su aplicación continua.

40 Se utilizó para dicho fin la herramienta Google Forms, formulario que puede ser visualizado en la página web de la Corte Superior de Justicia de La Libertad: [https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSe8W\\_znAZEZpMSiYAOIV6\\_G8ed0xkYK-b9B3UR5TobDSsu07w/v\\_iewform](https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSe8W_znAZEZpMSiYAOIV6_G8ed0xkYK-b9B3UR5TobDSsu07w/v_iewform)

computadoras), por lo que su uso es coherente con los formatos aprobados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Y lo más resaltante es que este formulario se encuentra enlazado con las instituciones públicas que ejercen defensa gratuita a los alimentistas, quienes, utilizando los canales virtuales, lograron no solo brindar el servicio de asesoría, sino también interponer dichas demandas, las mismas que fueron registradas en el SIJ para su tramitación en los juzgados de paz letrados a partir de la implementación de un protocolo de trabajo remoto<sup>41</sup>.

Es menester precisar que, incluso antes de la emergencia sanitaria, la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en aras de concentrar un mayor número de actos procesales, dispuso que, en las resoluciones que admiten a trámite la demanda, se incluya la solicitud al Banco de la Nación de la apertura de la cuenta de la alimentista, a efectos de disminuir el índice de consignaciones de depósitos judiciales al órgano jurisdiccional. Se solicitó también medio probatorio de oficio, normalmente referido a las remuneraciones de los demandados, y se dispuso que EsSalud envíe, vía correo electrónico, dicha información de los montos y de los empleadores para quienes trabajaría el demandado.

Asimismo, el otorgamiento de la asignación anticipada y el señalamiento de fecha de audiencia, también con anterioridad a la pandemia, ya se contemplaba en el auto admisorio, por lo que surgieron cuestionamientos respecto de la legalidad de la misma, en tanto las normas procesales vigentes señalan expresamente que recién debería ser señalada con la contestación de la demanda o con la declaración de rebeldía. Sin embargo, en función del

---

41 Véase la Resolución Administrativa n.º 0207-2020-P-CSJLL-PJ, del 19 de mayo de 2020, con la que se dispuso la aprobación del Protocolo de Actuación de Trabajo Remoto en el Módulo Corporativo de los Juzgados de Paz Letrados de Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad durante el estado de emergencia nacional.

principio de trascendencia, consideramos que no se estaría afectando el derecho al debido proceso.

## **8. CONCLUSIONES**

El principal aspecto a tomar en cuenta para idear una reforma del sistema de justicia en medio de una pandemia como la que estamos actualmente atravesando es, fundamentalmente, coadyuvar a eliminar las barreras de acceso a la justicia, especialmente las que recaen en las niñas, niños y adolescentes, al ser los principales actores en el proceso de alimentos. Por ello, el proceso simplificado y virtual de alimentos pretende que, a partir de la emisión de normas de carácter administrativo que prioricen el uso de tecnologías, se garantice la materialización de un proceso de alimentos oportuno y celer, todo ello enmarcado en el principio del interés superior del niño, conforme con lo previsto en la regla n.º 34 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008).

La directiva en mención intenta remover obstáculos institucionales, económicos, sociales y digitales; así, cada integrante de los órganos jurisdiccionales que los conforman asume un papel importante en su implementación, principalmente el juez por su actuación, ya que, ante una emergencia sanitaria como la COVID-19, debe ver en ella la oportunidad de superar las ya mencionadas barreras de acceso mediante la implementación de las TIC en la tramitación de los mismos. De esta manera, el proceso simplificado y virtual de pensión de alimentos pretende, sin duda, dinamizar el proceso tradicional de alimentos, con especial atención en la celeridad y oralidad; sin embargo, resulta evidente que la materialización de dicha directiva estará supeditada a la implementación de un adecuado soporte logístico propio de una administración moderna.

Una justicia de calidad, que satisfaga las necesidades de los ciudadanos, requiere una evidente planificación, un cronograma de estrategias que sea revisado y controlado en el tiempo, a fin de evitar actividades inoficiosas e improductivas. Además, de acuerdo con la realidad de cada corte superior de justicia del Perú, corresponde la implementación de las buenas prácticas, entendidas estas como aquellas actividades que coadyuvan al cumplimiento de los objetivos institucionales y que evidencian un compromiso e identificación por parte de todos los integrantes del aparato de justicia.

## REFERENCIAS

- Beltrán, P. (2011). «Por una Justicia Predecible en Materia Familiar». Análisis del Tercer Pleno Casatorio. En Corte Suprema de Justicia de la República, *Tercer Pleno Casatorio Civil* (pp. 39-62). Fondo Editorial del Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES>
- Bermúdez, M. (2007). El desarrollo estatal, jurisdiccional y familiar de la protección del interés superior del niño. *IUS, doctrina*, (8), 163-173. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2007/11/08/el-desarrollo-estatal-jurisdiccional-y-familiar-de-la-proteccion-del-interes-superior-del-nino/>
- Congreso de la República (1993). Ley n.º 27600. Constitución Política del Perú. Lima: 30 de diciembre de 1993.
- \_\_\_\_ (2000). Ley n.º 27337. Código de los Niños y Adolescentes. Lima: 21 de julio de 2000. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-de-los-Ni%C3%B1os-y-Adolescentes-LP.pdf>

- \_\_\_\_ (2004). Ley n.º 28439. Ley que simplifica las reglas del proceso de alimentos.
- \_\_\_\_ (2016). Ley n.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.
- Defensoría del Pueblo (2018). El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos. Informe n.º 001-2018-DP/AAC.
- González, C. (2007). *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Banco Mundial. Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia y Poder Judicial del Perú. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s\\_corte\\_suprema\\_utilitarios/as\\_home/as\\_publicaciones/as\\_public\\_banco\\_mundial?WCM\\_Page.ResetAll=TRUE&CACHE=NONE&CONTENTCACHE=NONE&CONNECTORCACHE=NONE&SRV=Page](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_publicaciones/as_public_banco_mundial?WCM_Page.ResetAll=TRUE&CACHE=NONE&CONTENTCACHE=NONE&CONNECTORCACHE=NONE&SRV=Page)
- Monroy, J. (1993). Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992. *Thēmis. Revista de Derecho*, (25), 35-48. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11057>
- Monroy Gálvez, J. y Monroy Palacios, J. (2000). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. En Peyrano, J. (dir.), *Sentencia anticipada* (pp. 165-208). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Poder Judicial (2020). Resolución Administrativa n.º 000167-2020-CE-PJ. Lima: 4 de junio de 2020. <https://spijweb.minjus.gob.pe/resolucion-administrativa-n-000167-2020-ce-pj/>
- Priori, G. y Ariano, E. (2009). ¿Rechazando la justicia? El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda. *THEMIS-Revista de Derecho*, (57), 103-123. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9147>

- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). [Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Reyes, N. (1999). Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso. *Derecho PUCP*, (52), 773-801. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6433>
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia*. Gaceta Jurídica. <https://www.abogacia.pe/wp-content/uploads/2020/04/1.pdf>



## **Análisis de la declaración de un menor de edad en un proceso judicial**

### Analysis of a child's declaration in a court process



MANUEL BERMÚDEZ TAPIA  
Universidad Privada San Juan Bautista  
(Lima, Perú)

Contacto: [manuel.bermudez@upsjb.edu.pe](mailto:manuel.bermudez@upsjb.edu.pe)  
<http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

#### **RESUMEN**

En los conflictos familiares judicializados se presenta una condición que no es correctamente evaluada en el trámite judicial penal, civil o constitucional que anula la condición de sujeto de derechos a los menores de edad, que se limitan a observar el contexto de violencia que manifiestan sus progenitores. De este modo, surge una diferenciación de condiciones que incide en la evaluación de derechos y obligaciones entre las partes involucradas en un conflicto familiar judicializado, porque no todos podrán participar activamente en el trámite del expediente judicial y la participación de los menores de edad estará condicionada a lo dispuesto por el

artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes respecto del proceso de tenencia. Consecuentemente, surge una situación que impide la socialización del proceso judicial y que desnaturaliza su condición de conflicto humano.

**Palabras clave:** familia en crisis, conflicto familiar judicializado, sujeto de derechos, parte procesal, parte involucrada, expediente judicial, derecho procesal de familia, constitucionalización del derecho de familia.

### **ABSTRACT**

The condition of legal subjects of minors ends up being annulled because family cases are not properly followed in criminal, civil or constitutional judicial processes. In judicialized family conflicts, minors are limited to only observing the context of violence manifested by their parents. There is no active participation of these due to the limited regulation contained in article 85 of the Code of Children and Adolescents regarding the custody process. Consequently, the condition of human conflict within the process is denatured, and the process of socialization within it is denatured.

**Key words:** family in crisis, legal personality, party in the proceedings, party involved, judicial file, family law procedure, constitutionalisation of family law.

Recibido: 27/10/2020    Aceptado: 09/12/2020

## **1. INTRODUCCIÓN**

Los procesos judiciales se caracterizan por tener un formato procesal y procedimental para *adultos*, bajo un parámetro formal y sujeto a lo dispuesto por la legislación aplicable respecto de la especialidad y en cuanto a la instancia judicial en la cual se ejecute un trámite (Bermúdez, 2011, p. 39).

Sobre estas reglas, el proceso judicial se desarrolla en función de la búsqueda de la verdad jurídico-procesal que procura exponer la verdad material que dio origen al hecho que inició la acción de las partes procesales (Taruffo, 2005, p. 21).

Conforme las reglas y formalidades, la participación de terceros ajenos a las partes procesales resulta excluida y esto tiene un objetivo especial porque las decisiones judiciales no tienen la condición de ser *erga omnes*. Sin embargo, en este punto, corresponde evaluar la participación de los menores de edad en un proceso judicial, en las especialidades de derecho penal, derecho civil y derecho de familia, por cuanto el efecto de su declaración no resulta estar precisada ni en lo procesal ni en lo probatorio.

La regla implícita en el ámbito judicial de considerar que a los niños se les escucha y a los adolescentes se les toma en cuenta es un elemento temerario por parte de la defensa jurídica de un adulto, que no tiene un sentido objetivo ni funcional, que genera una equivalencia peligrosa entre una participación en el proceso judicial y una prueba testimonial.

De este modo, resulta una exageración extender los alcances del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes (CNA) —aplicable a un proceso de tenencia que implica un conflicto material entre sus progenitores por la custodia y vinculación efectiva de los hijos— a otros ámbitos judiciales sin tener en cuenta que la opinión de un niño o un adolescente no puede representar un elemento probatorio que genere una condición determinante en la evaluación del expediente judicial.

Por tal motivo, resulta necesario evaluar el verdadero alcance de la declaración y participación judicial de un menor de edad en un proceso judicial, sobre el cual se deciden sus derechos y expectativas, pero sin que sea parte procesal.

## 2. EVALUACIÓN DE LA DECLARACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD

Tomando en cuenta lo desarrollado en «La constitución de las falacias. Antecedentes de una sentencia» (Hoyos, Nieto y Forero, 2005) respecto a la evaluación del artículo 85 del CNA, «el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente». Esto solo parecería aplicarse a los procesos de tenencia, pero se extiende a todos los procesos judiciales en los que participa un menor de edad, lo que permite evaluar los siguientes puntos:

- a) No se puede dividir la premisa ni la conclusión en la norma evaluada, por lo que podrían aplicarse las reglas del *petitio principii* (Vilaró, 2010, p. 108).

En este ámbito, resulta incongruente con el contexto aplicable en procesos de alimentos o de violencia familiar contra menores, y se extiende negativamente a los procesos en los cuales los niños o adolescentes no son parte procesal, pero sí guardan una relación directa con estos porque son sus progenitores.

Por tal motivo, en el ámbito penal, la *declaración* de un niño o adolescente no se reviste de la connotación jurídica o consecuencia legal que sí se le asigna en el ámbito judicial, civil o de familia. La mejor evidencia es que en casos graves, como puede ser la evaluación de un atentado a la indemnidad sexual de un niño, se requiere que la declaración de la víctima menor de edad tenga que cumplir algunas formalidades y condiciones particulares para identificar al agresor sexual (Schade, 2013, p. 600), conforme se detalla en:

- i. Acuerdo Plenario n.º 1-2012/CJ-116. Reconducción del delito de abuso sexual contra adolescentes mayores de 14 años.
- ii. Casación n.º 33-2014-Ucayali. Doctrina jurisprudencial sobre reglas de admisión (etapa intermedia y juicio oral) y actuación

de declaraciones previas en caso de menores víctimas de delitos sexuales.

- iii. Casación n.º 879-2015-Madre de Dios, en la que se evaluó la violación de la presunción de inocencia por no haberse identificado plenamente al sentenciado.
- iv. Casación n.º 436-2016-San Martín. Diferencia entre error de tipo y error de prohibición en delito de violación sexual de menor.
- v. Recurso de Nulidad n.º 2321-2014-Huánuco. Caso de violación de menor en que se consideró irrelevante el «consentimiento» de la niña de 11 años para tener relaciones, al evaluarse la «capacidad» y la «declaración de voluntad».
- vi. Recurso de Nulidad n.º 3596-2014-Ucayali, en el cual se evaluó la condición de «ignorancia» en la ejecución de relaciones sexuales con menores de edad por parte del agente activo del delito.
- vii. Recurso de Nulidad n.º 3303-2015-Lima, respecto de la evaluación del error de tipo y la valoración de la prueba en delitos contra la indemnidad sexual de menores de edad.

Comparativamente, las condiciones establecidas contrastan con lo desarrollado por Paul Vizcarra (2016), al analizar el Acuerdo Plenario n.º 02-2005/CJ-116, respecto de la evaluación de la declaración testimonial de una persona adulta en delitos contra la libertad sexual (p. 327).

b) ¿La declaración del niño o adolescente puede ser cuestionada por alguna parte procesal?

Sí, especialmente en casos en los que se evidencia lo siguiente:

- i. Síntomas de una alienación parental, especialmente cuando los magistrados registran elementos ajenos al vocabulario usual de un niño o adolescente, y que «detalla» las condiciones

negativas de algún progenitor, sobre la base de una narración que no logra tener naturalidad (Tejedor, 2006, p. 141).

- ii. Síntomas de obstrucción de vínculo, especialmente cuando no se puede tener «conocimiento» de las condiciones que pudiera desarrollar algún progenitor para que el niño o adolescente pueda expresar una posición.
- iii. Síntomas de padrectomía, en particular cuando la separación del niño o adolescente con un progenitor constituye una condición negativa que resulta prolongada en el tiempo (Abboud, 2016, p. 30).

En este punto, la declaración del niño o adolescente constituye una referencia que no puede tener un valor probatorio en el trámite de un proceso judicial, porque esencialmente tampoco es una prueba testimonial, ya que no puede ser cuestionada por la contraparte procesal en una audiencia (Marín, 2010, p. 127).

- c) Sobre lo detallado en el punto precedente, ¿cómo debe ser considerada la declaración de un niño o un adolescente ante un magistrado?, ¿cuál es el verdadero alcance?

En este punto, la evaluación del contenido de lo declarado es lo que realmente merece una especial atención, en particular porque —como se puede detallar en el primer acápite evaluado— no siempre se tiene la misma consecuencia, dado que la naturaleza de cada proceso judicial es especial.

- d) ¿Es posible evaluar un alcance desproporcional del contenido del artículo 85 del CNA?

En este punto, es necesario detallar que las reglas aplicables a la evaluación de la tenencia de un menor exigen el análisis de elementos probatorios objetivos que delimiten las condiciones, capacidad y diligencia de los progenitores de forma individual.

Por ello, la declaración de un menor de edad no resulta un elemento con una condición vinculante objetiva con el resultado del proceso judicial (Gascón, 2012, p. 123) porque, además, los verbos en la norma en evaluación tampoco condicionan al magistrado.

En este punto, es posible cotejar la diferencia material entre el contenido de lo detallado en el artículo 85 del CNA con respecto del alcance del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, que exige al magistrado motivar su decisión.

e) Conforme detallan Hoyos et al. (2005), el contenido del artículo 85 del CNA constituye un sofisma patético porque apela a la emoción y no a la razón, con lo cual se proyecta una condición de sensibilización de la labor judicial que no guarda coherencia con la evaluación diligente del proceso judicial sobre la base de los hechos expuestos en los petitorios (o en la acusación penal) y a los elementos probatorios del expediente judicial.

Consecuentemente, es posible detallar que el alcance del contenido del artículo 85 del CNA es una conclusión desmesurada porque la práctica judicial y legal ha extrapolado sus alcances de forma infundada, lo que ha devenido en una generalización precipitada, pues cada participación de un niño o adolescente en algún proceso civil, penal o de familia es totalmente particular.

### **3. EL CONFLICTO FAMILIAR EVALUADO DE MODO DIFERENCIAL SEGÚN LA NATURALEZA DEL PROCESO**

Cuando se analiza el alcance del principio de autonomía progresiva, que es detallado en la Convención de los Derechos del Niño (1989), se procura establecer como regla que los niños y adolescentes sean considerados por los órganos judiciales, magistrados y las partes procesales (en caso de una participación

judicial) como sujetos de derecho, derechos que deben ejercitarse de modo directo y progresivo conforme a su propia condición personal.

Esta condición referencial debe complementarse con la aplicabilidad del principio del interés superior del niño, que en esencia resulta tener un alcance mucho más extenso que el asignado por la denominación «principio», dado que deberá evaluarse en función del caso y el contexto en cuestión.

En este sentido, cuando el niño o adolescente participa en un proceso judicial en el cual no es parte procesal, queda condicionado a la evaluación de su propia capacidad y condición autónoma respecto de sus progenitores, quienes inclusive pueden plantear la exclusión de sus derechos, especialmente cuando el nivel del conflicto resulta ser la característica entre los progenitores.

Para acreditar esta referencia, detallamos los siguientes supuestos:

a) En los procesos en los cuales se plantea un régimen de visitas, el otro progenitor demandado suele plantear la limitación del periodo de tiempo de la visita, sin tener en consideración que la relación entre el hijo y el progenitor que no convive con el menor resulta autónoma.

En este sentido, la fundamentación de la resolución judicial que condiciona negativamente a los hijos involucrados en un conflicto familiar está relacionada con:

- i. Casos en los cuales los progenitores registran violencia familiar.
- ii. Casos en los cuales los progenitores registran un proceso judicial en el cual se exige el cumplimiento (total o parcial) de la prestación de los alimentos.

- iii. Casos de separación entre los progenitores, en los cuales las denuncias o acciones derivadas de una violencia familiar no logran ser acreditadas de forma fehaciente (Bermúdez, 2012, p. 69).
- b) En los procesos de alimentos, la evaluación de los gastos «hormiga» no suele ser parte de la declaración que ejecuta un niño o adolescente en un juzgado porque no se logra vincular el alcance jurídico de la carga económica que asume el progenitor sin tenencia y cuya obligación genérica de suministrar alimentos no es correctamente evaluada.

Esta situación se extiende a casos en los cuales se evalúa:

- i. La ejecución de un acta de conciliación en la cual se acordó una pensión de alimentos.
- ii. El incremento de la pensión de alimentos.
- iii. La reducción de una pensión de alimentos.
- iv. La generación de condiciones negativas en el progenitor que suministra la pensión de alimentos, como puede ser la pérdida del empleo o la imposibilidad de ejecutar actividad laboral.

En estos ámbitos, ¿cómo se podría evaluar la declaración de un niño y adolescente? Al respecto, pocos estudios han registrado el hecho de que los niños y adolescentes, al encontrarse en una disyuntiva durante el proceso judicial, deben «actuar para proteger» al progenitor al que asumen como «más débil» respecto del otro progenitor; ello, sin la necesidad de una acreditación de alienación parental, y, en ese sentido, desarrollan una «falsa verdad», que muchas veces es calificada como válida por la ley y que condiciona la labor del juez (Luna, 2015, p. 399).

Consideramos que si un niño (de entre 6 y 15 años) llega a informar al juez sobre estos hechos, se registra de forma parcial

una influencia negativa que podrá ser verificada en una evaluación pericial de alienación parental.

Una situación diferente registran los adolescentes (de 15 a 18 años), quienes pueden tener una mejor percepción de la realidad económica de los progenitores.

Por tanto, el contexto económico debe evaluarse siempre en forma casuística y por ello la declaración de un niño o un adolescente no puede sustituir la evaluación de elementos probatorios que los progenitores presenten en el proceso.

- c) En los procesos de exclusión de paternidad y de filiación, la participación del menor queda anulada por acción directa de las partes procesales.

Inclusive, en las situaciones en las que se registra una verdad biológica a raíz de la ejecución de una prueba genética que contradice el registro e inscripción civil de identidad (Pérez, 2013, p. 217), a los niños y adolescentes no se les tutela sus derechos al ejecutarse el tipo penal contenido en el artículo 145 del Código Penal (alteración o supresión de la filiación de un menor), y no se suele exigir a la madre demandada la identificación del padre biológico, aunque la parte demandante, quien registró al hijo como suyo, tenga conocimiento de dicha situación.

El Ministerio Público, conforme al artículo 159 de la Constitución, no suele plantear acusación penal contra las madres que han ejecutado un engaño sobre la identidad de sus hijos procreados con un tercero, pero que han sido registrados por el demandante, quien solicita la exclusión de sus datos personales de una partida de nacimiento de un menor con quien no guarda vínculo biológico.

Observemos las siguientes referencias, en las que se acredita que los niños y adolescentes no forman parte material del

trámite judicial, pese a que se evalúa su dignidad, identidad y derecho al nombre:

- i. Casación n.º 4430-2015-Huaral, en la que la madre ejecuta actos de malicia procesal al ser renuente a ejecutar una prueba biológica al hijo, sobre quien se plantea la exclusión de paternidad.
- ii. Casación n.º 1622-2015-Arequipa, en la cual se le impone la obligación de identificar al padre biológico al demandante como si la madre no hubiera participado de la concepción y el hijo no fuera un sujeto de derechos.

A continuación, tenemos algunas referencias jurisprudenciales que contrastan con lo determinado por el Tribunal Constitucional cuando detalla el alcance de la tutela de derechos a favor de niños y adolescentes:

- i. STC n.º 02132-2008-PA/TC. Caso Rosa Felícita Elizabeth Martínez García<sup>1</sup>.
  - ii. STC n.º 04937-2014-PHC/TC. Caso N. I. B. P., representado por Angélica Reynoso Alviño<sup>2</sup>.
- d) En los procesos de violencia familiar contra los hijos, la declaración de un niño y adolescente es confrontada con la evaluación de otros elementos probatorios, tanto de parte como de oficio, porque la gravedad de lo evaluado impone un deber de diligencia superior al juez.

Sin embargo, en situaciones de alienación parental, la declaración de los hijos no logra ser evaluada correctamente porque se asume que dicha condición no es válida, pues no ha sido

---

1 Puede consultar el documento en el siguiente enlace: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>

2 Puede consultar el documento en el siguiente enlace: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04937-2014-HC.pdf>

determinada objetivamente en el ámbito de las pericias psicológicas (Muñoz, 2010, p. 6).

- e) En los procesos de violencia familiar entre progenitores, la declaración de los niños y adolescentes se ejecuta en el trámite del proceso, en las evaluaciones periciales ante el psicólogo o ante la asistente social; por ello, su participación queda minimizada en el trámite judicial (Fernández, 2002, p. 71).

Sobre la participación de niños y adolescentes en la Corte Suprema, de acuerdo con la evaluación del Código Procesal Civil y la jurisprudencia aplicable, es posible detallar que los niños y adolescentes no participan de ninguna situación o condición en el trámite del recurso casatorio, a pesar de que se puedan evaluar sus derechos.

A modo de ilustración, podemos remitirnos a los contenidos de:

- i. Casación n.º 155-2014-Puno, sobre tenencia y custodia de menor.
- ii. Casación n.º 318-2014-Callao, sobre tenencia y custodia de menor.
- iii. Casación n.º 4429-2014-Lima, sobre tenencia y custodia de menores.
- iv. Casación n.º 3767-2015-Cusco, sobre tenencia y custodia de menor.

En este punto, reiteramos nuestra posición de que la legislación resulta sumamente formal y, por ello, no siempre podrá evaluar la condición socio-familiar que se desarrolla en un contexto disfuncional (Bermúdez, 2018a, p. 168), en particular, para garantizar la condición de sujeto de derecho del niño o adolescente.

#### **4. LA ACCESIBILIDAD Y PARTICIPACIÓN PLENA DE UN NIÑO Y ADOLESCENTE EN UN PROCESO JUDICIAL**

La visión tradicional del sistema judicial nacional, en particular en el ámbito de la especialidad del derecho de familia, resulta disfuncional en una época en la cual las exigencias sociales y de exigibilidad de las garantías procesales y constitucionales aplicables al trámite de un proceso judicial constituyen el fundamento para la materialización de un Estado de derecho democrático y social (Cortés, 2015, p. 82).

En este ámbito, es posible plantear que la accesibilidad a los sistemas de impartición y administración de justicia registra un patrón diferenciado del aplicable a los mayores de edad que son partes procesales. Esto resulta incongruente con la condición de sujeto de derecho que tiene un niño o un adolescente cuando participa en un proceso judicial en el cual se evalúan sus derechos, pero no es considerado parte procesal, según los siguientes elementos:

a) La tutela de derechos se ejecuta a través de la participación de un representante procesal, con quien pueden registrarse situaciones de contradicción y de contraposición de derechos (Bermúdez, 2016, p. 136), especialmente cuando surgen condiciones de violencia familiar entre los progenitores.

Así, una situación derivada de un caso de violencia familiar entre los progenitores se extiende de modo inadecuado a los hijos, sobre quienes se impone una condición limitativa que restringe el contacto material con el progenitor acusado de ejecutar actos de violencia familiar.

A continuación, se muestran unas referencias que permiten detallar que en estos ámbitos los progenitores suelen intercalar posiciones de atacante-víctima, conforme al patrón del Doppelgänger (Bermúdez, 2018b, p. 261):

- i. En casos de separación entre los progenitores (referencia procesal I), la parte afectada ejecuta actos de alienación parental sobre los hijos (referencia procesal II) que no logran ser admisibles en las instancias judiciales.
- ii. En casos de incumplimiento en la prestación de alimentos (referencia procesal I), el progenitor «afectado» ejecuta la obstrucción de vínculo y actos de alienación parental sobre los hijos (referencia procesal II).
- iii. En casos de acreditación de una filiación temeraria (referencia procesal I), la madre que ejecutó la imputación de paternidad puede excluir de toda comunicación al hijo con quien no es el «padre biológico» (referencia procesal II).

Sobre la base de la casuística registrada en el ámbito judicial en la especialidad de familia, estas puntuales referencias permiten detallar que los alcances de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) no son ejecutivos o prácticos en el ámbito judicial cuando participa un niño o un adolescente que no es parte procesal.

- b) La tutela de derechos de colectivos en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo es diferenciada con respecto de las mujeres y de los indígenas:
  - i. Respecto de las mujeres, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará detalla un alcance superior al detallado en el artículo IX del Título Preliminar del CNA porque los Estados están obligados a ejecutar acciones mucho más precisas que lo detallado en la regulación del principio del interés superior del niño.
  - ii. Respecto de las poblaciones indígenas, es posible detallar un nivel de participación procesal directa, y se ejecuta conforme a lo detallado en el artículo 34 de la Declaración sobre los

Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), muy diferente al patrón de referencia procesal impuesto a niños porque, en este caso, los niños o adolescentes no pueden formar parte de un colectivo al estar sujetos a la discrecionalidad de sus progenitores.

- c) Las garantías procesales y constitucionales, cuando participan niños y adolescentes, quedan limitadas debido a la presencia de elementos exógenos al conflicto familiar (Muñoz, 2018, p. 74).

En este sentido, ya que los niños y adolescentes no registran una participación procesal directa y autónoma, no son evaluadas diligentemente las siguientes garantías:

- i. Debido proceso.
- ii. Tutela judicial efectiva.
- iii. Plazo razonable.
- iv. Inmediación judicial.
- v. Gratuidad en el acceso a servicios de justicia.
- vi. Socialización del proceso judicial.

## **5. CONCLUSIONES**

El trámite de un proceso judicial, en el cual participa un niño o un adolescente, genera una situación que desnaturaliza la condición de sujeto de derecho de tal persona, lo que se amplifica negativamente en ámbitos ajenos a la especialidad judicial de familia, donde los contenidos del artículo 85 del CNA resultan ser desarrollados por los jueces de la especialidad.

Consecuentemente, en los ámbitos judicial, penal y civil, la participación de un niño o un adolescente genera una referencia en la cual puede verse condicionado a una situación secundaria, muy a pesar de que se puedan evaluar sus propios derechos.

El análisis de la jurisprudencia citada en el texto permite, entonces, detallar la importancia de precisar el verdadero alcance de la declaración que ejecuta un niño o adolescente en el trámite de un proceso judicial, porque no puede asignársele ninguna condición probatoria y tampoco constituye un elemento humano referencial que vincule el resultado del proceso; debido a ello, si participa un niño o un adolescente, los jueces de todas las especialidades deberían tener una mejor perspectiva del conflicto familiar judicializado.

## REFERENCIAS

- Abboud, N. (2016). ¿Disociación entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental? Añejos conceptos-nuevos significados, a la luz de la custodia compartida. En Peralta, M. (ed.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*. Dykinson.
- Bermúdez, M. (2011). *La constitucionalización del derecho de familia*. Ediciones Caballero Bustamante.
- \_\_\_\_ (2012). *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. San Marcos.
- \_\_\_\_ (2016). La urgente intervención del curador procesal en los conflictos externos de familia. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (34), 136-142.
- \_\_\_\_ (2018a). Legitimidad de la legislación en el Estado de derecho. En Martínez, A. (2018), *Derechos humanos: la transformación de la cultura jurídica*. Ediciones Nueva Jurídica.
- \_\_\_\_ (2018b). El efecto doppelgänger en los conflictos de familia judicializados. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (60), 261-268.
- Cortés, I. (2015). El acceso a la justicia a la luz del Estado social de derecho en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 13(16), 81-103.

- Fernández, M. (2002). ¿Cuándo han de intervenir los servicios de protección de menores? En Villanueva, L. y Clemente, R. (coords.), *El menor ante la violencia: procesos de victimización*. Universitat Jaume I.
- Gascón, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Universidad Externado de Colombia.
- Hoyos, I., Nieto, R. y Forero, C. (2005). *La constitución de las falacias. Antecedentes de una sentencia*. Universidad de la Sabana.
- Luna, A. (2015). *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*. Dykinson.
- Marín, F. (2010). Declaración de la parte como medio de prueba. *Ius et Praxis*, 16(1), 125-170.
- Muñoz, E. (2018). La garantía de acceso a la justicia. Una falacia en el sistema jurídico mexicano. *Revista Jurídica Derecho*, 7(9), 73-92.
- Muñoz, J. (2010). El constructo síndrome de alienación parental (S. A. P.) en psicología forense: una propuesta de abordaje desde la evaluación pericial psicológica. *Anuario de Psicología Jurídica*, 20, 5-14.
- Pérez de Castro, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson.
- Taruffo, M. (2005). El conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. En Correa, L. (ed.), *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal* (pp. 15-35). Universidad de Medellín.
- Tejedor, A. (2006). Reflexiones sobre el síndrome de alienación parental. En Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J. (eds.), *Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica* (pp. 141-150). Lit Verlag.

- Schade, B. (2013). La declaración de niños menores de edad (preescolares) como testigos en casos de un supuesto abuso sexual. *Política Criminal*, 8(16), 600-611.
- Vilaró, I. (2010). Una definición pragmática de la falacia de petición de principio. *Areté*, 22(1), 107-127.
- Vizcarra, P. (2016). Precisiones al Acuerdo Plenario n.º 01-2005/CJ-116. Declaración de la víctima suficiente para enervar la presunción de inocencia. *Foro Jurídico*, (15), 326-340.

# Reseñas



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130



## Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial del Perú.

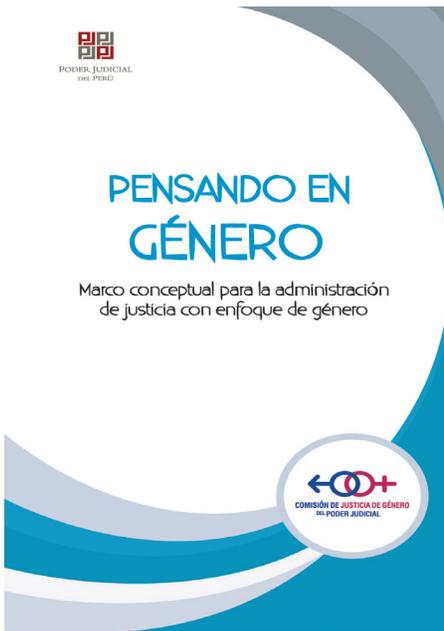
### ***Pensando en género: marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género (2.ª ed.).***

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, 104 pp.



El libro *Pensando en género: marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género* constituye un documento de consulta básico que expone, como su título indica, el marco teórico y casos prácticos tanto para una administración de justicia con enfoque de género como para la concientización de la colectividad en general. Este documento forma parte de una serie de instrumentos que el Poder Judicial viene desarrollando para promover, en la administración de justicia, un trato igualitario —libre de prejuicios y sin discriminación por razón del sexo— dentro del marco de una política nacional.

El Poder Judicial, consciente de su rol protagónico, y en el marco de la Ley n.º 30364 («Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar»),



ha venido ejecutando acciones programáticas con el objetivo de aplicar los principios rectores contenidos en esta ley, en el ejercicio de su función jurisdiccional y gestión institucional. Acorde a ello, expidió el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad, que cuenta con el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial del Perú 2016-2021. Uno de los obje-

tivos específicos de este último documento consiste en fomentar, de manera oportuna, el acceso a la justicia por parte de las mujeres discriminadas y víctimas de violencia basada en género; con ello, se busca propiciar la eliminación de las barreras que limitan el acceso a la justicia. Posteriormente, a fin de reducir todo contexto de desigualdad y discriminación —por acuerdo de Sala Plena n.º 141-2016, de fecha 21 de julio de 2016—, se instituyó como política transversal la incorporación del enfoque de género en todos los niveles y estructuras organizacionales de la judicatura nacional, y se creó la Comisión de Justicia de Género.

Esta política transversal de reconocimiento a los derechos fundamentales de las mujeres es liderada por la Comisión de Justicia de Género, y presidida por la jueza suprema Elvia Barrios Alvarado. Hasta la fecha se han emitido variadas e importantes herramientas de gestión, también se han desarrollado programas de capacitación para mejorar el desempeño de los operadores judiciales. Es bajo dichas líneas de acción, y en el marco de las actividades de las Naciones Unidas («Servicios Esenciales para las Mujeres y las Niñas

Sometidas a Violencia»<sup>1</sup> del Sistema de las Naciones Unidas en el Perú), que la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial elaboró la presente obra, como un complemento de las labores de capacitación que vienen efectuando.

Esta importante herramienta de capacitación tiene una estructura dividida en tres capítulos. En el primero, se explica cómo el enfoque de género constituye una herramienta de análisis que permite comprender que los estereotipos, roles, espacios y atributos asignados a mujeres y hombres, así como sus relaciones de poder, son una consecuencia directa de la construcción social estereotipada de los géneros que los afecta. De igual modo, se muestra cómo las diferencias que cada sociedad asigna a hombres y mujeres son mayormente transformadas en desventajas de lo femenino respecto a lo masculino, y que usualmente las mujeres sufren prácticas discriminatorias históricas de desigual redistribución social, económica y política.

Para ello, el capítulo inicia exponiendo cómo surge el concepto de «género», en qué consiste y su importancia; en ese sentido, afirma que su incorporación al ámbito de la justicia permitiría

---

1 Las agencias involucradas en la ejecución del indicado programa conjunto en el Perú durante el periodo 2017-2018 fueron el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS-OMS). Este programa conjunto surge a raíz de las experiencias acumuladas en los diferentes países para abordar la problemática de la violencia de género, y convoca a múltiples sectores claves que se articulan: Poder Judicial, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (con los Centros de Emergencia Mujer), Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo, entre otros. A través del mismo, se desarrollan «intervenciones» que buscan el fortalecimiento del marco normativo para la atención de violencia basada en género, la generación de información estratégica sobre la situación de las víctimas basada en género para el diseño e implementación de políticas públicas, el fortalecimiento de las competencias técnicas del personal de la Administración pública para la atención de las víctimas, y la incorporación del enfoque multisectorial y de los enfoques de género, derechos humanos y salud pública en los servicios de atención de víctimas.

demostrar situaciones de discriminación con la finalidad de analizarlas y contrarrestarlas. También explica algunas diferencias entre «sexo» y «género» (precisando que ambos conceptos se encuentran íntimamente relacionados, dado que el primero es el espacio físico y simbólico en el que se inscriben los mandatos de género), y esboza interrogantes sobre la relación existente entre los cuerpos sexuados y los seres socialmente construidos. A partir de ello, concluye que los factores biológicos no deben llevarnos a afirmar oposiciones universales entre los sexos, sino, más bien, a analizarlas como una categoría relacional y en construcción.

Luego se explica en qué consiste el proceso de socialización de género, desde cuándo empieza, y demuestran la vigencia de determinadas pautas consideradas femeninas en algunos ámbitos educativos y laborales (las cuales difieren de acuerdo con cada sociedad). Asimismo, se precisa que dicho proceso es histórico (por lo tanto, cambiante y no estático), pero que se mantiene siempre como un sistema binario que opone el hombre a la mujer y lo masculino a lo femenino, aseverando que la construcción de dicha oposición invisibiliza el hecho de que las diferencias construidas en torno a hombres y mujeres no son neutrales ni naturales. Después se advierte que, a partir de las construcciones culturales, hay manifestaciones que refuerzan y reproducen la identificación de género, como las características de la personalidad, roles y espacios asociados al género masculino y femenino, por lo que resulta necesario redefinirlos para construir una sociedad con paz, igualdad y no discriminación.

De igual modo, se desarrollan los cuatro elementos —señalados por Joan Scott— que construyen, reafirman y refuerzan los estereotipos de género (símbolos, normas, instituciones e identidad subjetiva). Por último, enlista las consecuencias de la socialización de género estereotipada y rígida: la sanción social (discriminación, exclusión y violencia aplicada a los que salen del modelo asignado),

subordinación (jerarquía, dominación y control que traen desigualdad, discriminación y violencia de género) y subvaloración (percepciones y prácticas de menosprecio de un género frente al otro).

El segundo capítulo establece la relación entre el enfoque de género y el derecho. Para ello, examina cómo se introduce el análisis de género en el derecho, evidencia de qué modo este último ha contribuido a reforzar el conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a las mujeres y hombres, y explica que dicho enfoque busca erradicar dichas desigualdades tomando medidas de corrección.

Para que los conceptos desarrollados en el libro sean manejables y operacionales en el ámbito jurídico, se citan normas, argumentos e interpretaciones jurídicas nacionales, en las que se aprecian estereotipos, roles, atributos y espacios que refuerzan y retroalimentan mandatos sociales y culturales que vulneran los derechos humanos fundamentales de hombres y mujeres. De igual modo, se resalta la importancia de la aplicación del enfoque de género en la administración de justicia, pues constituye un pilar fundamental en la materialización de los derechos humanos, la consolidación del sistema democrático y del Estado de derecho. Asimismo, se precisa que esta herramienta (enfoque de género) se materializa en la motivación de las decisiones judiciales y tiene que darse en el marco de la «interpretación del derecho», el mismo que supone el empleo de materiales jurídicos de manera coherente con los principios del sistema jurídico, como el de igualdad y no discriminación.

En el tercer capítulo se revisa la dimensión internacional de los derechos humanos, y se analiza cómo han sido enriquecidos desde la perspectiva de género debido al pronunciamiento de diversas instancias internacionales, que constituyen una fuente de interpretación de los derechos humanos reconocidos por la

Constitución Política del Perú. Estos propugnan la protección de los derechos humanos de las mujeres como piedra angular en el desarrollo de las sociedades del mundo.

Para ello, se explica cómo —a nivel normativo— se ha venido introduciendo el reconocimiento de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, así como del estatus de los derechos humanos de las mujeres a nivel global. Asimismo, se analiza de qué manera la violencia contra la mujer se ha venido enfocando como un problema medular, pues afecta el valor primordial de la dignidad de la persona, lo que motiva la consiguiente obligación de los Estados por erradicarla. Y se resalta que la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer constituye el primer documento internacional que aborda explícitamente la violencia de género.

También se señala que el mejor escenario para el desarrollo de los derechos de la mujer consiste en la inclusión de la prohibición de discriminación por motivo de sexo y del principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la Carta de San Francisco de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En ese sentido, resaltan los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Del mismo modo, se precisan cuáles son las convenciones comprometidas con la igualdad de las mujeres en diferentes espacios internacionales.

Se continúa con un recuento respecto a las cuatro conferencias mundiales realizadas en atención a la igualdad entre mujeres y hombres, así como del sistema convencional (convenciones y órganos de supervisión) creados para vigilar el cumplimiento de los tratados de derechos humanos celebrados, y se resalta que dichos compromisos internacionales forman parte del derecho peruano.

Asimismo, se detallan las observaciones (alcances de los derechos contemplados) emitidas por los órganos de supervisión.

De igual modo, se enlistan los instrumentos internacionales de protección en el sistema interamericano de derechos humanos, y se destaca que la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) ayudan a comprender la discriminación y violencia contra la mujer. Además, se señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son los órganos de vigilancia y control de los tratados en materia de derechos humanos a nivel interamericano, para lo cual se resumen algunos casos revisados por estos órganos.

Se incluye en esta publicación un anexo que contiene sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia de la República sobre el enfoque de género, las que nos ilustran sobre los criterios de administración de justicia sobre este tema.

En el Perú, la lucha por la igualdad de género tiene larga data y se han conseguido cambios graduales pero importantes a través de los años, desde el derecho a la educación, la incursión al mundo laboral inicialmente con la docencia y la literatura, el derecho al sufragio, el reconocimiento constitucional de la igualdad de género con la carta magna de 1979, así como la participación de la mujer en la vida política (Dador, 2017). No obstante, aún persisten prácticas discriminatorias y de desigualdad en perjuicio de la mujeres en nuestro país. Así, por ejemplo, según el estudio de EAE Business School, el Perú es el cuarto país de América Latina con mayor brecha de género en el mercado laboral (los hombres cobran un 21,2 % más que las mujeres) (Gestión, 2020).

En el campo educativo —para diciembre de 2018— menos del 65 % de adolescentes en Perú termina la escuela en el tiempo

esperado y un 13 % de menores de esa edad están embarazadas, pero esta cifra en la selva sube a 30 % y, en algunas comunidades, a 40 % (Gestión, 2018). En cuanto a la participación de mujeres en la vida política, a pesar de la Ley de Cuotas, se verifica que en las últimas elecciones solo el 39 % de integrantes de las listas de candidatos al Congreso fueron mujeres, y de ellas solo 28 % fueron electas. Esto debido a su posición en la lista de candidatos (último tercio de las listas parlamentarias y el persistente acoso político tanto en la campaña como en su gestión) (Perú21, 2019). Asimismo, como nos relata el investigador Wilson Hernández (2019), encontramos inserta en nuestra sociedad la violencia basada en el género como una forma de castigo para que la mujer siga cumpliendo con el estereotipo tradicional que se le ha sido asignado, y esto refleja la «normalización de la violencia» que aún es vigente en estas generaciones jóvenes.

Por ello, este libro constituye un importante aporte al mundo jurídico, pues nos introduce y concientiza sobre esta importante lucha y la necesaria incorporación del enfoque de género en la administración de justicia. Esto permite —conforme nos dice Julissa Mantilla Falcón— dar una dimensión más completa al derecho, y entenderlo como una herramienta de cambio que contribuye de manera importante al reconocimiento de los derechos humanos y a la lucha contra la discriminación, y así lograr una administración de justicia con un real sentido de igualdad y libre de prejuicios.

Finalmente, también consideramos importante la difusión del presente libro a la colectividad en general, pues constituye una guía de estudio con un marco conceptual actualizado para comprender y actuar en torno a los asuntos de género. Para la mayor parte de la población es difícil asimilar ideas contrarias a las convenciones inculcadas y aprendidas a lo largo de la vida, pero, si queremos vivir en un mundo en donde nuestras capacidades, potencialidades, expectativas y preferencias no sean parametrizadas en función

de nuestra condición de mujeres u hombres, debemos comenzar luchando por eliminar dichas barreras mentales.

## REFERENCIAS

- Dador, M. (2017). La lucha de las mujeres por la igualdad de género en el Perú. Un recorrido por la educación y la acción política. *Tarea*, (94), 2-7. [https://tarea.org.pe/wp-content/uploads/2017/08/Tarea94\\_02\\_Jennie\\_Dador.pdf](https://tarea.org.pe/wp-content/uploads/2017/08/Tarea94_02_Jennie_Dador.pdf)
- Gestión (2018, 12 de diciembre). Menos del 65 % de adolescentes termina escuela en el tiempo ideal en Perú. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/65-adolescentes-termina-escuela-ideal-peru-252579-noticia/>
- \_\_\_\_\_ (2020, 9 de marzo). Brecha de género: en el Perú los hombres cobran un 21.2 % más que las mujeres. *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/management-empleo/brecha-de-genero-en-el-peru-los-hombres-cobran-un-212-mas-que-las-mujeres-nndc-noticia/>
- Hernández, W. (2019, 14 de febrero). Los hombres lo hemos normalizado. *RPP Noticias*. <https://rpp.pe/columnistas/wilsonhernandezb/los-hombres-lo-hemos-normalizado-noticia-1180624>
- Perú21 (2019, 3 de marzo). Terreno disperejo: la participación de la mujer en la política peruana. *Perú21*. <https://peru21.pe/politica/terreno-disperejo-participacion-mujer-politica-peruana-analisis-463240-noticia/?ref=p21r>

JÉSSICA NATALÍ RAMÍREZ CÁRDENAS  
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial  
(Lima, Perú)

Contacto: [jnramirez@pj.gob.pe](mailto:jnramirez@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4085-3510>



## Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 447-450

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.320>

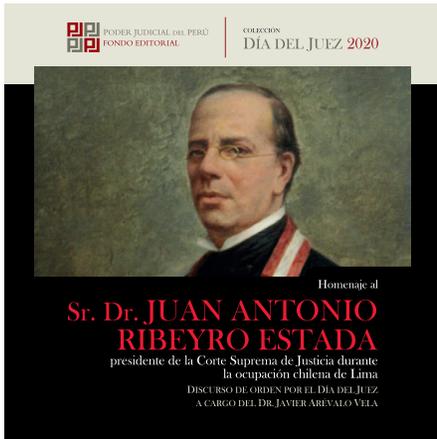
### Javier Arévalo Vela.

## ***Homenaje al Sr. Dr. Juan Antonio Ribeyro Estada, presidente de la Corte Suprema de Justicia durante la ocupación chilena de Lima.***

Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2020, 32 pp.



Con el objeto de enaltecer la magistratura nacional, el 3 de agosto de 1971 se estableció, mediante el Decreto Ley n.º 18918, que el 4 de agosto de cada año se celebre el Día del Juez. En cumplimiento de dicha disposición, la Corte Suprema y las cortes superiores de justicia de la república realizan sesiones solemnes destinadas a celebrar y recordar la obra de los magistrados peruanos que han contribuido a la correcta administración de justicia, al progreso de la cultura jurídica del país y a la emancipación social, política y económica de la nación. Para dicho efecto, son los propios jueces previamente designados quienes eligen a una distinguida personalidad judicial con el objeto de rendirle un tributo público por su loable desempeño en la judicatura. Asimismo, con el fin de perennizar y socializar dichos discursos con la ciudadanía y colectividad jurídica interesada en la historia y cultura jurídica nacional, el Poder Judicial del Perú, a



través de su Fondo Editorial, viene publicándolos en su colección Día del Juez.

En esta oportunidad, el Fondo Editorial del Poder Judicial reproduce el discurso en homenaje al doctor Juan Antonio Ribeyro Estada, quien en vida fue un destacado e ilustre magistrado y político peruano, presidió la Corte

Suprema de Justicia del Perú en varios periodos (1858, 1861, 1870, 1877, 1879-1884 y 1886), fue ministro de Relaciones Exteriores y presidente del Consejo de Ministros en los gobiernos de Ramón Castilla, Juan Antonio Pezet y Mariano Herencia Zevallos, así como rector —con el más largo periodo— de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Este interesante e ilustrativo discurso fue elaborado por el doctor Javier Arévalo Vela, juez supremo titular integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el marco de la celebración por el Día del Juez correspondiente al año 2020.

Este discurso de homenaje evoca la vida y principales acontecimientos suscitados durante la gestión del doctor Juan Antonio Ribeyro Estada cuando fue presidente de la Corte Suprema de la República durante la guerra del Pacífico, quien destacó por su audaz proceder y valerosa actitud para defender la autonomía judicial frente a la presión chilena. Para ello, el doctor Javier Arévalo Vela estructuró su discurso en cuatro partes: (i) introducción, (ii) datos biográficos, (iii) ingreso de tropas invasoras a Lima el 17 de enero de 1881, y (iv) relaciones entre las fuerzas de ocupación y el Poder Judicial.

En la primera parte, el doctor Javier Arévalo Vela nos enmarca en un periodo infausto de nuestra historia republicana: la guerra del Pacífico, condena a los responsables de nuestra oprobiosa derrota, y

eleva al personaje que hoy nos avoca como héroe civil y como uno de los presidentes más insignes de la Corte Suprema.

En la segunda parte nos describe la vida, obra y carácter de este ilustre personaje, ensalzamiento que ha de reconocerse como un acto de justicia por su valeroso desempeño como presidente de la Corte Suprema durante la ocupación de Lima por el ejército invasor chileno, desde el 18 de enero de 1881 hasta el 23 de octubre de 1883.

Posteriormente, en la tercera parte, nos envuelve en un interesante relato de cómo se suscitó la invasión a Lima el 17 de enero de 1881 por las huestes enemigas; cómo se forjó la defensa de nuestra capital a través de dos líneas de batallas: San Juan y Miraflores —aquí menciona especialmente al Reducto n.º 2, defendido por hombres de derecho del Batallón de Reserva n.º 4, al mando del abogado Ramón Ribeyro Álvarez del Villar, hijo del ilustre Juan Antonio Ribeyro Estada, así como de muchos jueces y servidores judiciales—; y cómo, ante la derrota, se logró una ocupación pacífica de la capital por los invasores.

En su cuarta parte describe la conformación de la Corte Suprema de Justicia de la República en ese entonces presidida por el Dr. Juan Antonio Ribeyro Estada. Nos relata cómo, ante la presión del ejército invasor para restablecer la actividad judicial, dicho ilustre personaje —haciendo gala de su erudición y brillantez— diseñó estrategias de resistencia pacífica y no autorizó el funcionamiento del Poder Judicial para evitar que su autonomía e independencia se vieran comprometidas ante la presencia de un ejército de ocupación. El discurso finaliza con el deseo de mantener vivo su recuerdo, a fin de que sea reconocido como héroe civil del Perú.

Con estas palabras de homenaje, el doctor Javier Arévalo Vela nos brinda la oportunidad de conocer y reconocer a tan valeroso personaje, ofreciéndonos una perspectiva de cuán difícil puede tornarse la tarea de administrar justicia y cuán loable puede ser

dicha labor. Traer al recuerdo colectivo este tipo de sucesos nos permite redimir la imagen y credibilidad tan deteriorada de la judicatura nacional, y sirve también de inspiración tanto a aquellos jueces comprometidos que brindan lo mejor de sí mismos en cada fallo emitido como a aquellos abogados que eligen tan sacrificada profesión.

Como afirmó Juan Monroy Gálvez, la imagen del servicio de justicia se ha visto afectada de forma peyorativa por la conducta de nuestros sucesivos gobiernos, por las truculencias publicitadas difundidas por los medios de comunicación masiva, y por una deficiente formación cultural básica que no permite que el ciudadano común perciba la importancia de contar con un juez independiente, especializado y bien remunerado (1996, p. 15). En virtud de ello, publicaciones como la presente resultan de mucha importancia, pues coadyuvan a cambiar la mirada y el sentir ciudadano respecto a la importante labor de administrar justicia.

## REFERENCIA

Monroy, J. (1996). Por qué ser juez en el Perú. *Ius et Veritas*, 7(12), 15-20. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15529>

JÉSSICA NATALÍ RAMÍREZ CÁRDENAS  
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial  
(Lima, Perú)

Contacto: [jnramirez@pj.gob.pe](mailto:jnramirez@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4085-3510>

**Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón  
Puertas (compiladores).**

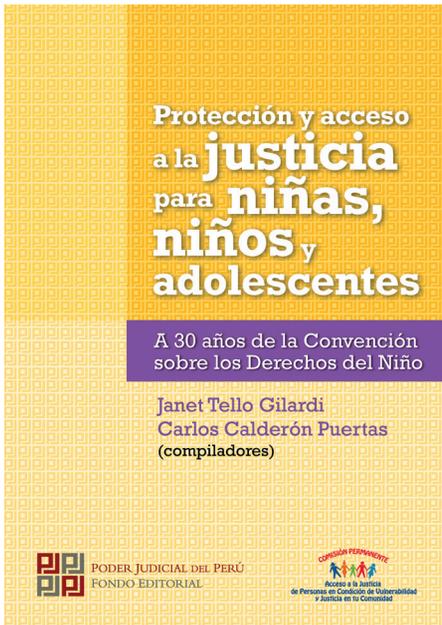
***Protección y acceso a la justicia para  
niñas, niños y adolescentes.  
A 30 años de la Convención sobre  
Los Derechos del Niño.***

Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas  
en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/  
Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, 340 pp.



Según el Observatorio Nacional de la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, las personas en situación de vulnerabilidad son las que —por razón de su edad, género, estado físico, mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales— se encuentran con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos.

Los niños, niñas y adolescentes son considerados dentro de estos grupos en situación de vulnerabilidad, debido a que se encuentran en proceso de formación y desarrollo para alcanzar su autonomía; esto los hace dependientes de otras personas, lo que implica, en algunos casos, violaciones a sus derechos.



La obra que aquí presentamos, *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, tiene como compiladores a la doctora 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, y al doctor Carlos Calderón Puertas, juez provisional de la Corte Suprema de Justicia de

la República. Su propósito es conmemorar el trigésimo aniversario de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado más ratificado de la historia, pues por ella se establece en forma de ley internacional que los Estados partes deben asegurar —sin ningún tipo de discriminación— que todos los niños y las niñas se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; que tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; que puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; que crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y que reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa. Asimismo, define también las obligaciones y responsabilidades de otros agentes, como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas (Unicef, 2020).

En nuestro país la Convención que fuera suscrita y ratificada entró en vigor el 4 de octubre de 1990; con ello, los poderes del

Estado se comprometieron a adecuar su normatividad. En esta línea, el Poder Judicial —como el encargado de administrar justicia, y dentro de los compromisos asumidos para la protección y acceso a la justicia de las poblaciones vulnerables—, mediante Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ, diseñó y aprobó el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial 2016-2021, para el cumplimiento eficaz de las Reglas de Brasilia.

Las Reglas de Brasilia (2008) son consideradas una declaración efectiva aprobada por los poderes judiciales de los países iberoamericanos, y su objetivo principal es facilitar el acceso a la justicia a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Estas reglas no se limitan solo a establecer políticas respecto a los problemas de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan servicios en el sistema de justicia. Es menester precisar que la regla de Brasilia n.º 5 considera que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su nivel desarrollo (2008, p. 6).

Este plan nacional del Poder Judicial respecto a la niñez y adolescencia está fundamentado en una serie de fuentes jurídicas tanto internacionales como nacionales. Asimismo, se ha considerado el sistema de protección legal internacional tanto universal como regional de derechos humanos. Principalmente, se ha tomado como base legal el artículo 4 del capítulo II de la Constitución Política del Perú (1993), que dispone la protección especial, por parte del Estado, al niño y al adolescente en situación de abandono, incluyendo a la familia y reconociéndola como instituto natural y fundamental de la sociedad.

Para el cumplimiento de sus objetivos, ha desarrollado una serie de estrategias y actividades que ponen énfasis en el acoso escolar,

porque en nuestro país se presenta con frecuencia, como una manera de discriminación al menor de edad que proviene de zonas marginales o de lugares que se consideran de extrema pobreza, por el hecho de no hablar bien el español, por su vestimenta e incluso por sus rasgos físicos o raciales. Asimismo, a fin de lograr la celeridad, se propone la promoción de la oralidad, la simplificación en los procesos de filiación y alimentos, y también la implementación de la justicia itinerante a través mesas de parte móviles y audiencias descentralizadas (Poder Judicial, 2019).

Y es necesario recordar que el acceso a la justicia no solo se encuentra referido al acceso a los tribunales o al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que debe ponerse especial atención en las personas que se encuentran dentro de estas poblaciones vulnerables a fin de que solucionen sus conflictos de manera breve y efectiva.

*Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* es una obra compuesta por diez ensayos de reconocidos profesionales nacionales y extranjeros, quienes han aportado con su experticia en las actividades nacionales e internacionales realizadas por el Poder Judicial.

Así, cuenta con los aportes de Marisa Herrera («El lugar de la adopción según la Convención sobre los Derechos del Niño desde la jurisprudencia y la experiencia legal argentina»), Aída Kemelmajer de Carlucci («Ficciones y realidades sobre los derechos de la niñez. El niño con discapacidad y el derecho a la educación»), Bruno Van der Maat («El derecho a ser escuchado [CDN art.12] y los modelos de justicia juvenil»), María Victoria Pellegrini («La participación judicial de niñas, niños y adolescentes y el Código Civil y Comercial argentino. Avances y dificultades»), José Eduardo Machain («La primera infancia o cómo se “comienza a comenzar” a

30 años de la Convención sobre los derechos del Niño. (Re)visiones obligadas y prioridades impostergables desde una Latinoamérica empoderada», María Isabel Sokolich Alva («Retos del Estado peruano como garante de los derechos humanos de la infancia: el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes a propósito del Decreto Legislativo n.º 1377»), Janet Tello Gilardi («Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en las cámaras Gesell del Poder Judicial»), Azucena Solari Escobedo («Entre el abuso sexual infantil y la desprotección familiar»), Marisa Spagnolo («El acogimiento familiar como ámbito de protección contra el maltrato y abuso infantil») y William Homer Fernández Espinoza («La consideración primordial del interés superior de la niña, del niño y del adolescente en el proceso judicial»).

La importancia de la publicación que nos han entregado Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas, gracias a un nuevo esfuerzo editorial del Poder Judicial, a través de los artículos compilados, tiene como objetivo dar a conocer los esfuerzos para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes; pero, también, revela la necesidad de buscar mecanismos que se puedan utilizar en los sistemas legales de los países de la región para denunciar las violaciones a los derechos de este grupo vulnerable. Por tal razón, se constituye como una herramienta de lectura obligatoria no solo para los operadores de la justicia, sino también para funcionarios privados, quienes, por su labor, se encuentran en contacto con niños, niñas y adolescentes.

## REFERENCIAS

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). [Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.

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

Contacto: [mmoran@pj.gob.pe](mailto: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. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 457-463

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.u12i14.322>

**John Stephen Gitlitz.**

### ***Dos ideologías jurídicas frente a los dilemas de la justicia intercultural en el Perú.***

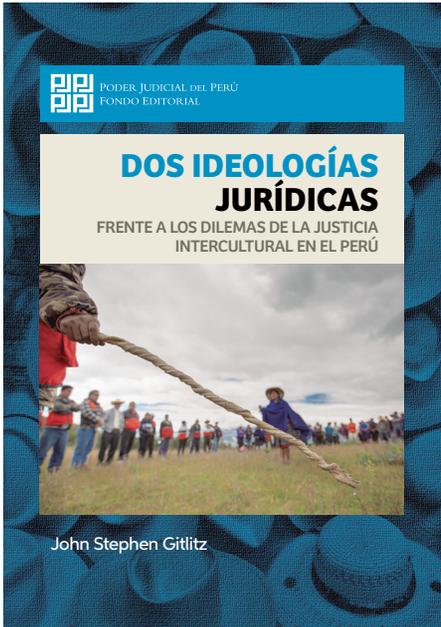
Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2020, 312 pp.



Hablar de «cultura» es referirse a uno de aquellos términos que por su vastedad de significados se presta a diversos enfoques, tantos como cosmovisiones culturales existan, cada cual tan válida como la otra. Otro tanto ocurre con la palabra «ideología», cuyo papel respecto al derecho no es sencillo de visualizar, sobre todo en su aspecto social; y ni qué decir del «derecho», concepto sobre el que los teóricos aún siguen buscando, desde hace siglos, una definición que satisfaga sus ansias de universalismo.

Estos ámbitos, si bien confusos conceptualmente, no le impiden al autor de la obra reseñada adentrarse en el estudio de un fenómeno social que, pese a su peculiaridad, nuestra realidad ha hecho suyo: la llamada «justicia rondera», cuyos alcances jurídicos aún se debaten en los foros.

*Dos ideologías jurídicas frente a los dilemas de la justicia intercultural en el Perú*, de John Stephen Gitlitz, recopila los



artículos que este investigador norteamericano ha desarrollado sobre la materia en nuestro país. Son más de cuarenta años de observación y estudio que iniciara el autor en Cajamarca allá por 1970, como parte del trabajo de campo emprendido con la idea de escribir una tesis; sin embargo, con el paso del tiempo, este ya reconocido científico social ha forjado no solo su interesante obra, sino además un cúmulo de experiencias y un real afecto por

un país lleno de contradicciones y por sus gentes.

Pero lejos del propósito de la obra —como lo reconoce Gitlitz con legítima modestia— está el ofrecer una solución al problema objeto de estudio: el autor no la tiene, mas sí la dolorosa constatación de que entre la justicia estatal y la justicia rondera se advierte un escenario de tensa coordinación, mutua desconfianza y continuos malentendidos, y de ahí que su esfuerzo se dirija a explorar «los contextos que dificultan el entendimiento mutuo» (p. 17).

Para ello el autor parte de denunciar la confrontación entre dos visiones idealizadas de lo que debe definirse como «justicia», de cómo debe funcionar: por un lado la realización de la justicia estatal basada en lo que puede ser a veces una ficción, el «debido proceso», con sus estrictas reglas que deben ser respetadas; y, por otro lado, la justicia rondera con su búsqueda de la confesión, el arrepentimiento, la reflexión y del reintegro del involucrado a la comunidad. Son dos visiones sobre la justicia, dos ideas, ergo, «dos ideologías»; de allí el título de la presente obra.

La justicia comunal impartida por las rondas (mal llamadas campesinas) surge en Cajamarca, departamento de nuestro país caracterizado por una población de composición mestiza, a la que no podría identificarse necesariamente como una de comunidades campesinas o pueblos originarios, pero que, dada su interacción y conflictos con la justicia formal, tal circunstancia justifica su estudio y reviste suma importancia para el entendimiento del fenómeno de la interculturalidad desde una óptica jurídica.

Sin embargo, dicho objeto de estudio no es nuevo para el derecho. En el mundo occidental se registra un largo proceso de desencuentros y aprendizajes fruto de la conflictividad existente entre las culturas dominantes y las convicciones de las «otras culturas», en distintos espacios de confrontación y diálogo cultural. En dichos escenarios se ha puesto siempre en cuestión el universalismo de los derechos fundamentales, es decir, en expresión de Ferrajoli (2018):

la relación entre el carácter universal de estos derechos y el multiculturalismo. Esta relación se suele concebir, frecuentemente, tanto por parte de quienes afirman como de quienes niegan el universalismo de tales derechos, como una relación de oposición. En efecto, cuando se habla de «multiculturalismo» se alude, más o menos explícitamente, a la relación entre la cultura occidental, dentro de la que los derechos fundamentales han sido teorizados y jurídicamente estipulados, y su espacio exterior: como si existiera una monocultura occidental indiferenciada y las «otras» culturas, a su vez indiferenciadas en su interior. De aquí surge la idea del conflicto entre multiculturalismo y universalismo de los derechos: o en el sentido de que las «otras» culturas, es decir las no occidentales, son culturas «distintas», que no admiten la tutela de los derechos fundamentales; o en el sentido de que esas culturas, por el contrario, deben integrarse totalmente en la cultura occidental, no solamente por lo que hace al reconocimiento de la igual titularidad en tales derechos, sino también por lo que respecta a la adhesión moral y política a los valores expresados en ellos (p. 36).

Abierta la puerta al debate sobre el universalismo de los derechos fundamentales, el precitado autor anota, desde un punto de vista crítico, que estos derechos no son en absoluto compartidos por todos, y que la tesis asertiva de que son universalmente compartidos es empíricamente falsa. Por otro lado, los valores expresados en ellos no tienen nada de objetivo ni mucho menos de natural, por lo que tampoco es admisible la tesis axiológica según la cual todo el mundo debería compartirlos; de ahí que pedir la adhesión moral y política a los valores de Occidente o de la Constitución o cosas semejantes sea contraria al respeto de la libertad interior de las personas. En tal sentido, el universalismo de los derechos fundamentales no es más que su forma lógicamente universal; en virtud de ello, estos son conferidos a todos en cuanto personas, independientemente de su consenso, lo que equivale a la igualdad en tales derechos, de los cuales forma el rasgo distintivo: formal y no sustancial, estructural y no cultural, jurídicamente positivo y no subjetivo. Así entendida, la universalidad de los derechos fundamentales y su corolario de la igualdad no solo son compatibles con el respeto de las diferencias culturales reivindicado por el multiculturalismo, sino que representan su principal garantía (Ferrajoli, 2008, pp. 37-39).

Ahora bien, Gitlitz acierta cuando manifiesta que «la justicia campesina es una búsqueda pragmática, práctica; pero, a fin de cuentas, es una búsqueda moral para restablecer el equilibrio social, un esfuerzo por reconstruir la *paz comunal*» (pp. 42-43); y que, en consecuencia, es radicalmente distinta a la justicia formal, «no porque esté enraizada en la diferencia cultural o porque aplique distintas reglas y sanciones, sino por la forma en que se trata de recrear el orden» (p. 43). Tal revelación muestra con meridiana claridad el camino que la justicia ordinaria del Estado debería recorrer en su intento de construir espacios de coordinación eficaces con la denominada «jurisdicción especial». Y esto va más allá de

la mera interpretación y aplicación de la ley, en tanto que discurre hacia pretensiones que, desde el punto de vista de las comunidades, son moralmente válidas.

Nuevamente en este caso nos encontramos ante otro escenario que no es enteramente nuevo para el pensamiento jurídico. Esta vez, un punto de vista moral universalista pasa tanto por «la confrontación con las convicciones del *ethos* de las otras culturas en el espacio de la comunidad global cosmopolita» (De Zan, 2005, p. 4) como por abrirse a un modo de pensar más amplio. Ello también representa un reto para la justicia formal porque, en dicha confrontación y diálogo de las culturas, la regla formal de la moralidad se aplica a una multiplicidad de máximas tomadas de la experiencia de la vida moral, que, aplicadas a las personas, exigen «una capacidad de discernimiento, aguzada mediante la experiencia» (De Zan, 2005, p. 16).

Para el autor de la publicación reseñada, la cultura consiste en los valores, normas y patrones de comportamiento que dan forma a la vida social de una población; pero, aunque sea hegemónica, pocas veces es coherente o totalmente consensuada. Dicha visión de cultura como algo que goza de gran legitimidad, pero esconde incoherencias y desigualdades, siempre en debate consigo misma y el mundo, y siempre evolucionando hace de la tarea del juez que quiere respetar la diferencia una empresa enormemente difícil, una tarea para la cual no ha sido preparado (p. 224).

Tal vez la explicación de ello radique en el hecho de que el debate sobre la justicia indígena y otros derechos colectivos, como refiere Caicedo (2018), suele encontrarse mal enfocado, pues se discute sobre el alcance y contenido de dichos derechos, cuando nuestro análisis y discusión deberían ser mucho más complejos y amplios, abordando previamente la relación amistosa o conflictiva entre distintas formas de percibir y entender al mundo, las cuales

no solo se manifiestan de forma individual sino, y sobre todo, de forma colectiva, hállese o no institucionalizadas por los Estados (Caicedo, 2018, p. 301).

Entre tanto, Gitlitz no duda en reivindicar la imagen de una justicia rondera que es más coherente, decisiva, justa y fuerte de lo que la realidad tal vez revela (p. 57). Puede decirse que las rondas son, en general, conscientes de su propia fuerza y de sus limitaciones: no renuncian al poder que las circunstancias han puesto en sus manos, pero tampoco a la tutela del Estado en aquellos casos que escapan a sus competencias o cuando las rondas han cometido un exceso. Hay cierta sabiduría, practicidad y fragilidad en ello.

*Dos ideologías jurídicas frente a los dilemas de la justicia intercultural en el Perú* es una obra que no busca respuestas, pero que sí nos aproxima inexorablemente a ellas con un relato que nos muestra, en detalle, la evolución de la justicia rondera y también la del propio pensamiento del autor. Es, en tal virtud, una valiosa fuente de consulta para todos aquellos interesados en el estudio de la justicia intercultural en el Perú y, para el Poder Judicial, un acicate para redoblar los esfuerzos desplegados en la última década para consolidar los espacios de diálogo con la justicia comunal, que es, aún, una tarea inacabada. Quizás no se trata necesariamente de acciones o respuestas definitivas; quizás, tan solo, hace falta dialogar mejor.

## REFERENCIAS

- Caicedo, D. (2018). Cosmovisiones, autodeterminación, pluralismos y justicia indígena. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (38), 299-326. <https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/8264/>
- De Zan, J. (2005). Universalismo y particularismo en la ética de Kant. *Tópicos*, (13), 1-18. <https://www.redalyc.org/pdf/288/28815530004.pdf>
- Ferrajoli, L. (2008). Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, (22), 35-45. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/download/143/136>

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI  
Centro de Investigaciones del Poder Judicial  
(Lima, Perú)

Contacto: [jchavezd@pj.gob.pe](mailto: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. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020, 465-475

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.323>

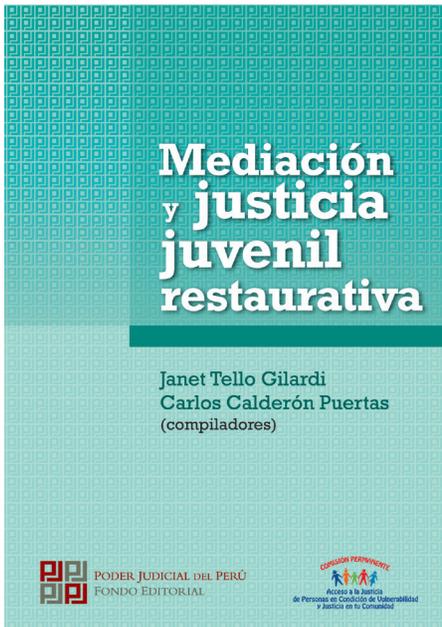
### Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores).

### ***Mediación y justicia juvenil restaurativa.***

Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas  
en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/  
Fondo Editorial del Poder Judicial, 2020, 246 pp.



El libro *Mediación y justicia juvenil restaurativa*, editado por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad de la Corte Suprema de Justicia del Perú y por el Fondo Editorial del Poder Judicial, presenta 9 ponencias expuestas en el II Congreso Nacional de Mediación y Justicia Juvenil Restaurativa, realizado por la mencionada Comisión del Poder Judicial los días 14 y 15 de octubre de 2019. Los artículos publicados son de autoría de destacados magistrados y abogados de Costa Rica, Ecuador, España y Perú, comprometidos todos con la protección de los adolescentes en conflicto con la ley en sus respectivos países, sea en el Poder Judicial, sea en el ámbito académico. Los compiladores de esta edición han sido los magistrados supremos Janet Tello Gilardi y



Carlos Calderón Puertas, respectivamente presidenta y vicepresidente de la Comisión de la Corte Suprema que ha organizado el evento.

En su introducción, la magistrada suprema Janet Tello Gilardi indica que el congreso fue organizado en la perspectiva de la aplicación de las Reglas de Brasilia. Durante dos días el evento reunió a magistrados, abogados y expertos de varios países sobre el tema de la mediación en el marco de la justicia

juvenil restaurativa. En las exposiciones queda claro que en este tema algunos países tienen una trayectoria más larga y más desarrollada que el Perú. Por ello, es interesante el propósito de este volumen, que presenta justamente experiencias en contextos diversos que pueden servir para la reflexión. Incluso una contribución exhibe un análisis de derecho comparado respecto al tema entre España y Perú.

## 1. CONTENIDOS

No se trata aquí de resumir todos los contenidos de los artículos. Cada contribución merece la pena de ser leída en su totalidad (y no en un resumen). Solo quisiera resaltar algunas ideas originales en cada artículo, como incentivo para que los interesados se sientan motivados a leer el artículo entero.

El primer artículo de la magistrada Paulina Aguirre Suárez (quien fuera presidenta de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador) presenta una buena introducción teórica al tema de la mediación y de la justicia restaurativa, recordando sus grandes principios y

ventajas. Lo interesante es que también señala los posibles riesgos de aplicar (sin mayor criterio) la mediación penal de manera generalizada, sin respetar las condiciones mínimas necesarias para que sea coherente. Completa su presentación con la normativa penal que rige en su país desde el 2003 para la mediación penal para niños, niñas y adolescentes.

La contribución de Óscar Vásquez Bermejo, abogado peruano y asesor de la ONG Terre des Hommes (Lausanne, Suiza), presenta los «Fundamentos y mecanismos de la justicia restaurativa» desde una perspectiva teórica, enriquecida por su experiencia en el proyecto que Terre des Hommes realizó en el Perú para introducir la justicia juvenil restaurativa, experiencia que es mencionada en varios artículos de este libro.

El enfoque de Vásquez no es solamente teórico y descriptivo, sino que contiene también varios análisis críticos sobre los aportes de varios autores clásicos en este tema, como el Dr. Lode Walgrave de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), verdadero pionero de la justicia juvenil restaurativa. Muestra que el tema de las definiciones de «justicia restaurativa» tiene fuertes implicancias. Por ejemplo, ¿hay que definir la justicia restaurativa como un proceso, o hay que pensarla desde la perspectiva de los resultados? De igual forma, ¿hay que considerar la justicia restaurativa solo como una deliberación, o es necesario que, si no se llega a un acuerdo restaurador, se pueda imponer igual una sanción reparadora? El artículo suscita varias preguntas fundamentales que ayudan a la reflexión.

El siguiente artículo presenta una visión del tema desde Costa Rica: «La justicia restaurativa como elemento modernizador en la determinación de la sanción penal juvenil y el cumplimiento de sus fines durante su ejecución». Los autores son los magistrados especializados en justicia restaurativa Rafael Segura Bonilla y Michelle Mayorga Agüero. Inician analizando el concepto de

sanción, y la contextualizan en el caso de los jóvenes en conflicto con la ley, según la normativa costarricense. Recuerdan que la Convención de los Derechos del Niño indica que la sanción no debe ser considerada como un castigo, sino como una respuesta positiva. Sin embargo, reconocen también que los jueces no siempre tienen los insumos necesarios para conocer la situación de los jóvenes imputados, por lo que les es más difícil expedir una sentencia que vaya en el sentido que propone la Convención y la propia ley nacional.

Es allí que surge el aporte positivo de la justicia restaurativa —como bien reconocen Segura y Mayorga—, que se basa en la participación de los tres actores principales: víctima, victimario y comunidad. Gracias a esta participación el juez podrá apreciar mejor la situación y proponer una sentencia que sea conforme a las necesidades de cada uno y al potencial de aporte que tiene cada uno. Los autores recuerdan también la importancia de que el juez no se desentienda del caso una vez emitida la sentencia, sino que tiene que haber un seguimiento de la ejecución de la misma. Parece que, en estas experiencias, el juez juega el papel de tercero imparcial en el proceso que lleva a un acuerdo restaurativo.

Luego de esta experiencia costarricense, se vuelve al Perú con la ponencia «Salidas alternativas y justicia restaurativa en la justicia penal juvenil: entre el Código de los Niños y Adolescentes y el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes», del magistrado y catedrático Christian Hernández Alarcón. Al iniciar su contribución, el autor recuerda que no existe un modelo único de justicia restaurativa, sino que coexisten experiencias muy diversas. Dedicó su introducción a una breve historia de las razones por las que surgen experiencias de justicia restaurativa. Luego describe diversas formas existentes en la legislación peruana, como la remisión fiscal, el archivo por perdón del agraviado y la remisión en sede judicial. En su análisis de los distintos casos, presenta el

papel que juega el acuerdo reparatorio en cada uno y recuerda que el resarcimiento no es condición para la aplicación de la remisión. Una idea importante que hay que resaltar en esta contribución es la manera de calificar el ilícito: un acto podría ser calificado como grave desde la perspectiva de una justicia de adultos, pero, si se mira en el contexto de las relaciones entre jóvenes y desde su mentalidad, el mismo hecho puede ser considerado como un conflicto menor. Consecuentemente es preciso que, en la calificación del ilícito, se tome en cuenta la mirada y la cultura de los jóvenes implicados. El autor también llama a ejercer un control sobre las decisiones tomadas. Se regresa a este tema en varias ponencias.

El juez Reyler Rodríguez Chávez inicia su artículo «Alcances de la justicia juvenil restaurativa en el Perú a propósito del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes» recordando el aspecto traumático de la perspectiva retributiva que fundamenta la pena. Sin embargo, indica que el nuevo Código de Responsabilidad Penal del Adolescente en realidad sigue tratando procesalmente la justicia penal juvenil como una extensión de la justicia penal de adultos, dado que mantiene la lógica del Código Procesal Penal, que sigue una concepción retributiva. La novedad positiva del Código de Responsabilidad Penal Juvenil es que prevé el «mecanismo restaurativo», que introduce una novedad beneficiosa en la resolución de conflictos en el caso de los adolescentes en problemas con la ley. El autor insiste también en la imperiosa necesidad de verificar y hacer seguimiento del cumplimiento de las sentencias emitidas en este tipo de justicia especializada.

La siguiente contribución viene desde el Ministerio Público, por parte del fiscal Jaime Santiago Zevallos Durand: «El enfoque restaurativo en el abordaje de los adolescentes en conflicto con la ley penal y la víctima». El autor describe la evolución de la experiencia que inició la ONG suiza Terre des Hommes en el distrito de El Agustino, Lima, desde el 2002, experiencia en la cual él

mismo participó como fiscal de familia. Describe esta experiencia en sus diversas etapas, resaltando al principio la novedad de la instauración del Equipo de Defensa Inmediata como equipo multidisciplinario que ayudó a afianzar el debido proceso en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley del distrito mencionado, porque aportaba en forma rápida información psicosocial del caso.

Zevallos también recuerda la decisión de centrar toda la acción penal juvenil en una sola comisaría del distrito. Para tal efecto, los ambientes reservados para estos casos en la comisaría fueron adecuados en el 2008, experiencia que resultó novedosa en todo el continente. Se reforzó, además, la asistencia legal oportuna, lo que permitió que se respetara el principio de que la judicialización sea la respuesta de *ultima ratio*. La remisión fiscal se volvía una respuesta apoyada por los aportes del Equipo de Defensa Inmediata. En la experiencia también se prestó atención y asistencia a la víctima mediante el Equipo de Atención y Asistencia a la Víctima. Finalmente, el autor indica algunos cambios en la experiencia cuando el Ministerio Público decidió asumir esta como propia.

Enseguida, la jueza Olga Domínguez Jara presenta la ponencia «Análisis de la justicia juvenil restaurativa garantista en el Perú». En ella, recuerda la necesidad de garantizar un tratamiento diferenciado con intervención individual adecuada a los adolescentes en conflicto con la ley. La experiencia de justicia juvenil restaurativa de Terre des Hommes es presentada en su evolución histórica, incluyendo el Convenio Marco de Colaboración Institucional entre el Ministerio Público, la filial peruana de la fundación Terre des Hommes y la Asociación Encuentros, Casa de la Juventud, de 2010, con el fin de asegurar la aplicación adecuada de la remisión fiscal. En 2015 sale el Manual de Normas de Procedimientos para la Ejecución de Medidas Socio-educativas para la Reinserción Social del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal en los

Centros Juveniles de Medio Abierto, de visión restaurativa, que busca implementar el enfoque diferenciado de tratamiento a los adolescentes en conflicto con la ley.

Luego de esta introducción la autora presenta, a su vez, una historia y conceptualización de la justicia juvenil restaurativa, antes de abordar un análisis del sistema de justicia juvenil en el Perú. Aquí recuerda, como varios otros autores en este volumen, el trascendental Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa, que se realizó en Lima en 2009. También nombra varios instrumentos internacionales, entre los cuales se encuentran las Observaciones Generales 10 y 24 del Comité de los Derechos del Niño —ya mencionados en algunos aportes anteriores—, así como la constitución de una comisión especializada sobre el tratamiento de drogas y alcohol, en la Cumbre Judicial Iberoamericana de Asunción en el año 2016. Describe luego las distintas fases de la experiencia ya mencionada de Terre des Hommes, hasta la creación de los servicios de orientación al adolescente (SOA) y la transferencia de los centros juveniles cerrados y los SOA al Ministerio de Justicia.

La siguiente contribución es la del profesor Carlos Villagrasa Alcaide, presidente de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA), de España, quien titula su trabajo «La mediación frente a la niñez y la adolescencia en situación de vulnerabilidad». Presenta la mediación como una manera de canalizar y resolver el conflicto sin negarlo, ya que esto permite gestionar las emociones. Para Villagrasa, la mediación es un proceso que debe ensamblarse en los distintos espacios de la relación social (intercultural, escolar, penal, comunitario, entre otros).

Describe cómo en Cataluña —primera experiencia de regulación de la mediación en España— se inició el enfoque desde la mediación familiar, para luego extenderla al ámbito del derecho civil en su

conjunto —así como a otras regiones autónomas—, promoviendo la resolución de conflicto con el aporte de un tercero imparcial y experto. Este sistema se aplica en Cataluña con el apoyo de colegios profesionales, que se encargan de la capacitación y del registro de los mediadores, además de que estos colegios pueden tener sus propios centros de mediación.

Como indica el autor, «la definición actual que se ajusta mejor a los objetivos de la mediación es la de facilitar la recomposición y la autocomposición de los intereses en conflicto, acercando posturas y cooperando a la reducción del colapso judicial» (p. 181). Es un método de apoyo a las familias de gestión pacífica de los conflictos, que permite evitar muchas veces la judicialización. Es evidente que debe responder a ciertas condiciones para poder realizarse. Sus ventajas son obvias, aunque sigue siendo necesario un trabajo de concientización y promoción.

El volumen termina con la contribución del especialista temático del Poder Judicial William Homer Fernández Espinoza, quien presenta un estudio comparado bajo el título «Análisis comparado entre Perú y España sobre la aplicación de la mediación para casos de adolescentes en conflicto con la ley penal». El autor parte de una constatación: en el Perú la ley prevé la mediación, pero este proceso no está regulado. El Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley (2014) y el anterior Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (2012) significaron un tímido inicio de cambio en las políticas públicas sobre infancia y adolescencia, integrando el concepto de justicia restaurativa. Con el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente (2017) y su respectivo reglamento (2018) se trató de responder a las objeciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la situación de la justicia juvenil en el Perú. Estos documentos prevén, entre otros, la figura de la mediación, pero esta no se encuentra reglamentada hasta la fecha, como sí lo está, por

ejemplo, en España (como se pudo constatar en la anterior ponencia). Así, es preciso llenar este vacío.

Luego, el autor expone la reglamentación española en materia de mediación, completada con experiencias en Argentina, Chile, Colombia y Costa Rica. Una encuesta a diez juezas y jueces de familia en la Corte Superior de Lima refleja la opinión de los mismos: todos se mostraron favorables al uso de la mediación en cualquier momento del proceso, hasta antes de la sentencia. Después siguen algunos detalles sobre la oportunidad y la iniciativa de la mediación, en la cual la mayoría de encuestados coincide. Sin embargo, para que la mediación se pueda realizar de manera eficaz, es indispensable una ley especial que regule esta alternativa.

## **2. APRECIACIÓN GENERAL**

Este volumen mantiene la calidad a la que las publicaciones de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad de la Corte Suprema de Justicia del Perú nos tiene acostumbrados. Reúne las nueve ponencias presentadas en el Congreso mencionado en la introducción, y proporciona una buena visión sobre la mediación en relación con los sistemas de justicia juvenil restaurativa. Se aprecia que todos los que han contribuido, magistrados o abogados, conocen la práctica de la justicia juvenil restaurativa y la mediación en su país.

Gracias a los artículos publicados, se puede tener una idea global de la mediación en la justicia juvenil restaurativa en Costa Rica, Ecuador, España y Perú, además de la regulación de la mediación en Argentina, Chile y Colombia. Se constata que son pocos los autores que comparten sus críticas a los documentos citados (leyes, reglamentos, planes) o a las situaciones de aplicación de los mismos. A veces, da la impresión de que, con todo lo descrito, la situación

ya no necesita corrección ni mejora. Sin embargo, hay que resaltar las sugerencias que ofrecen algunos ponentes para el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

Hubiera sido interesante tener una visión crítica que evalúe la puesta en práctica de los grandes principios mencionados. Además de haber recurrido a las leyes y reglamentos oficiales referidos a la temática trabajada, se nota cierto vacío en cuanto a las fuentes recientes (libros o artículos) utilizadas en las ponencias. Tal vez se enriquecería el aporte si se hubieran incluido estudios teóricos y de impacto de los últimos años, pues esto habría permitido hacer el puente entre la teoría de los grandes principios y su puesta en práctica.

Hay ciertas e inevitables repeticiones en cuanto a la historia y las definiciones de las dos temáticas, tanto de la mediación como de la justicia juvenil restaurativa: muchos inician su ponencia con un repaso histórico y conceptual. Forzosamente los autores se refieren a los mismos documentos fundamentales (Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones Generales 10 y 24 del Comité, reglamentos e instrumentos de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, además de la legislación nacional de cada país). Pero el análisis que hacen y la utilidad que le dan son distintos en cada ponencia.

Es recurrente la mención a la experiencia inicial de justicia juvenil restaurativa iniciada en el distrito de El Agustino por la fundación Terre des Hommes hace casi veinte años, así como al Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa (Lima, 2009). Varios ponentes incluso han participado en los mismos. Esta repetición solo muestra la enorme importancia que este aporte de la fundación suiza ha tenido en el establecimiento de la justicia juvenil restaurativa en el Perú, tanto a nivel experimental como reflexivo sobre el seguimiento, la capacitación de operadores

y el cambio de la mentalidad. Es innegable que su contribución permitió el desarrollo de un cambio profundo, que todavía está en proceso en el país. Además, constituye una referencia que trasciende nuestras fronteras. Es un ejemplo de cómo la sociedad civil y el Estado pueden juntar las manos y los esfuerzos para lograr una (indispensable) mejora para los jóvenes en conflicto con la ley. Las distintas referencias a estas experiencias son un tributo y un agradecimiento a sus iniciadores.

Volviendo a la temática del volumen, nos permitimos dos sugerencias para las siguientes ediciones. Sería interesante tener un índice más detallado al final, que no solo reproduzca el título general de la ponencia, sino también los subtítulos de los párrafos de cada artículo, ya que esto facilitaría al lector formarse una idea del desarrollo de cada ponencia. Otra idea es que se tenga un índice temático de los documentos citados (CDN, Observaciones del Comité, instrumentos internacionales, leyes, planes), dado que la mayoría de los autores no solo los mencionan, sino que los comentan, y sería un instrumento muy útil para el lector poder ubicar los comentarios de cada autor sobre cada documento citado.

En resumen, este nuevo volumen de la Comisión organizadora, bajo la dirección de los magistrados supremos Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas, constituye un instrumento muy útil para quien quiere introducirse en el tema de la mediación en la justicia juvenil restaurativa no solo en el Perú, sino en América Latina.

BRUNO VAN DER MAAT  
Universidad Católica de Santa María  
(Arequipa, Perú)

Contacto: [buanderm@ucsm.edu.pe](mailto:buanderm@ucsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-3680-4257>



**Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón  
Puertas (compiladores).**

***Reglas de Brasilia: justicia que protege  
a las poblaciones vulnerables.***

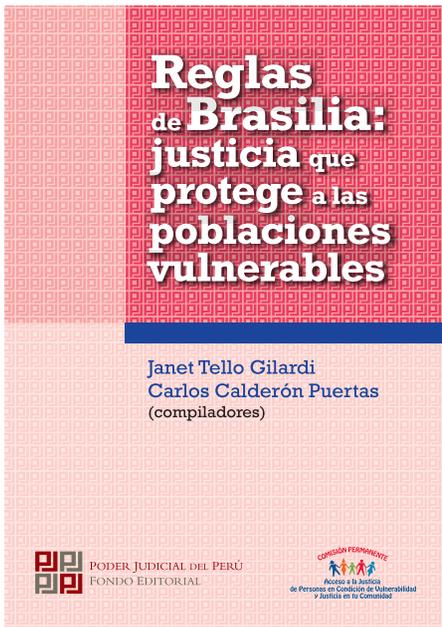
Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2020, 315 pp.



## **1. PRESENTACIÓN**

En el pasado mes de octubre de este 2020, año que ha sido difícil para todo el mundo, la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú publicó el que ya es su séptimo libro (*Reglas de Brasilia: justicia que protege a las poblaciones vulnerables*) en un momento oportuno, por su destacado interés y relevante actualidad.

Esta obra colectiva, que forma parte de la colección Derecho y Acceso a la Justicia, coordinada con el Fondo Editorial del Poder Judicial, conmemora los más de diez años de adhesión de este organismo y poder del Estado a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), consideradas globalmente



como un importante instrumento para la protección de los derechos humanos, tanto en el sistema de administración de justicia español como en el peruano.

Precisamente, esta publicación se edita dentro del marco de las fechas conmemorativas del 75 aniversario de la fundación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y, además, de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en consideración de valores

supremos como la libertad, la justicia y la paz en todo el mundo, a partir del reconocimiento de la dignidad de las personas.

Estos fundamentos son los que sirvieron de base para la elaboración de las denominadas 100 Reglas de Brasilia, como comúnmente se las conoce y, a su vez, para la actualización de su texto en 2018, en el que se incorporaron nuevas causas de vulnerabilidad sobre las que, históricamente, las personas han visto vulnerados sus derechos fundamentales, por motivos de género, orientación sexual e identidad de género; pertenencia a pueblos originarios o indígenas, comunidades campesinas, nativas o afrodescendientes; situaciones derivadas de las migraciones demográficas, o de casos de personas refugiadas o desplazadas, entre otros.

Evidentemente, el Poder Judicial del Perú, a través de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia, está haciendo y teniendo una visibilidad muy importante en diversos países de la región, no solo desde el plano institucional, sino también desde sus propuestas de acciones concretas, que se desarrollan dentro del Plan Nacional de

Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, y que se siguen ejecutando incluso en plena crisis sanitaria por la pandemia de la COVID-19. Prueba de ello es esta publicación que recoge las investigaciones y las experiencias de juezas y jueces, profesionales nacionales y extranjeros, especialistas que han participado con su experiencia en estas actividades y en esta ocasión, por invitación de la jueza suprema Janet Tello Gilardi, presidenta de esta comisión permanente, correspondo al honor de compartir algunas reflexiones al respecto, recomendando a quienes puedan leerlas a conocer y difundir este libro por su significativo contenido académico y su destacado interés general.

## **2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL LIBRO**

Esta publicación comienza con el artículo titulado «El acceso a la justicia y los instrumentos internacionales en el sistema interamericano de derechos humanos», de Alejandro Edgar González Flores, catedrático de la Universidad de Xalapa, México, quien aborda con precisión y rigor el derecho fundamental del acceso a la justicia desde la doctrina establecida en las obras clásicas de Mauro Cappelletti y de Bryant Garth, sustentándose en las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como el Pacto de San José de Costa Rica), que asimismo ha sido recogida en la exposición de motivos de las 100 Reglas de Brasilia, para su ejercicio por los grupos vulnerables (pp. 13-35).

A este artículo le sigue el ensayo titulado «Las Reglas de Brasilia y la justicia penal juvenil en Argentina», de Lorena Vanesa Elizalde, profesora de la Universidad Nacional de La Plata, quien comienza presentando su trabajo con los antecedentes de estas referidas reglas aprobadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana y su

actualización en el año 2018, y continúa comentando que, desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se ha desarrollado un Proyecto de Ley de Modificación del Régimen Penal de Minoridad y se ha creado un Protocolo de Mediación Penal Juvenil Restaurativa para garantizar así la participación y la protección de las niñas, niños y adolescentes (pp. 37-55).

Seguidamente, Adriana Noemí Krasnow, investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) y profesora de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, nos introduce en un importante trabajo sobre la «Capacidad, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Un análisis que procura articular las Reglas de Brasilia con el derecho argentino desde una perspectiva en clave convencional», en el que nos indica que la consolidación de la doctrina de los derechos humanos en el sistema de protección internacional, al igual que las Reglas de Brasilia, sustenta la normativa para fortalecer y concretar el derecho de participación de las niñas, niños y adolescentes con el alcance que resulte adecuado en cada caso concreto (pp. 81-122).

A continuación, Luz Marlene Montero Ñavincopa, jueza titular de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, Perú, en su artículo titulado «Reflexiones sobre el trato de las niñas, los niños y los adolescentes en sus diferentes ámbitos de desarrollo: familiar, escolar y judicial», nos explica la importancia que tiene garantizar su derecho de participación, de ser escuchados/as, y que esta opinión sea debidamente tomada en consideración por sus progenitores, tutores, representantes o autoridades competentes, en todos los asuntos en los que se encuentran involucrados/as, a fin de que se resuelva, en atención a la manifestación de su voluntad y preferencias, lo que sea más ajustado a su interés superior (pp. 275-287).

Por su parte, Abel Constantino Cruz Quintanilla, juez de paz letrado de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, Perú, en su artículo sobre «La necesidad de reforma del proceso único establecido en el Código de los Niños y Adolescentes» apunta importantes pautas y nos propone algunas reformas procesales que deberían realizarse en esta vía jurisdiccional de acuerdo con los parámetros dispuestos en las referidas 100 Reglas de Brasilia, tales como la necesaria implantación de la oralidad, la conveniencia de evitar notificaciones y actuaciones innecesarias, e incluso la de prescindir del dictamen fiscal antes de la emisión de la sentencia tras la vista, para garantizar la pronta resolución judicial, así como una ejecución inmediata del procedimiento resuelto (pp. 255-273).

En el siguiente texto, Isaac Tena Piazuolo, catedrático de la Universidad de Zaragoza, España, en el capítulo titulado «Guardar al hijo de la pareja rota», realiza un estudio minucioso sobre la regulación de la llamada custodia compartida en la legislación española y sobre la evolución de la jurisprudencia para determinarla en exclusiva a favor del padre o de la madre, y en qué casos esta es atribuida de forma individual a uno de los progenitores o de manera compartida, debiendo destacarse lo que resulte más beneficioso para la niña, niño o adolescente (pp. 289-309).

Desde la Universidad de San Martín de Porres, Perú, el profesor César Abanto Revilla nos presenta su trabajo denominado «El acceso a la justicia, las Reglas de Brasilia y su nexo con la seguridad social. El caso de las políticas para los adultos mayores y las personas con discapacidad», sustentado en las reglas 6, 7, 8 y 77, sobre la condición de esta población en franca situación de vulnerabilidad, concordándolo con importantes sentencias del Tribunal Constitucional del Perú sobre la seguridad social y el análisis de la regulación de la competencia judicial previsional en el país (pp. 57-80).

Además, William Homer Fernández Espinoza, abogado y especialista temático de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia del Poder Judicial de Perú, en su investigación sobre «La ética y la diligencia como principios fundamentales para el acceso a la justicia de las personas y los grupos vulnerables» —en la que nos expone la labor que viene realizando la Cumbre Judicial Iberoamericana en cuanto a la promoción de la justicia abierta, la transparencia judicial y la participación ciudadana— destaca la reforma del sistema de justicia peruano que se viene realizando desde la adhesión de Perú a las 100 Reglas de Brasilia, y la implementación determinante del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad (2016-2021), que fue aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Esto ha permitido la consolidación e institucionalización de buenas prácticas llevadas a cabo por las cortes superiores de justicia del país, siendo las más importantes aquellas relacionadas con el servicio de justicia itinerante en los lugares que concentran a grupos vulnerables, y con las Ferias Nacionales «Llapanchikpaq Justicia», para fortalecer la cultura jurídica ciudadana (pp. 169-215).

Igualmente, el juez superior Noé Ñahuinlla Alata, presidente de la Corte Superior de Huancavelica, Perú, en su capítulo titulado «La condición de vulnerabilidad y la educación, un aspecto necesario para superar la desigualdad», sustenta que en el Perú, especialmente en los pueblos y comunidades de la región andina, existen sectores de la ciudadanía que, tradicionalmente, se encuentran en condición de vulnerabilidad (especialmente por dificultades económicas y sociales), lo que les impide el acceso a la educación, a las actividades intelectuales y a la cultura. Aunque resalta la labor que realiza el Poder Judicial para la defensa de los derechos fundamentales, también exhorta a las demás instituciones del Estado, tales como los gobiernos regionales y locales, a preocuparse sobre estos aspectos, de acuerdo con sus obligaciones y competencias establecidas en

el ordenamiento jurídico, para que la ciudadanía pueda conocer y ejercer plenamente sus derechos fundamentales a los efectos de prevenir la diferencia social y hacerla valer ante el sistema de justicia (pp. 245-253).

Por otro lado, María Amanda Castellón Tiffer, magistrada del Poder Judicial de la República de Nicaragua, en su artículo que lleva por título «Facilitando el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», desarrolla un amplio marco conceptual sobre el derecho de los pueblos indígenas, el problema social de la pobreza, la promoción de los métodos alternativos de solución de conflictos, y la participación ciudadana. Además de aproximarnos a la normativa interna de su país, especialmente en relación con su evolución respecto de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, nos aproxima al innovador servicio que se brinda a través del Programa de Facilitadores Judiciales Voluntarios, condecorado en La Haya en 2011 con el primer lugar del Concurso Justicia Innovadora (pp. 123-150).

Asimismo, María Fernanda Castro Mendoza, magistrada del Poder Judicial de la República de Honduras, nos presenta su ensayo titulado «Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», en el que sustenta los antecedentes normativos del derecho de acceso a la justicia desde el plano internacional y de la elaboración de políticas institucionales respecto de los sistemas de justicia en los países de la región iberoamericana. Asimismo, da prioridad a los casos de vulnerabilidad por motivos de edad, género, pobreza, discapacidad y pertenencia a comunidades étnicas, así como la trascendental formación y sensibilización de autoridades y profesionales que prestan sus servicios en el sistema judicial (pp. 151-168).

Finalmente, desde la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, la profesora Rosa Fernanda Gómez González, a través

de su artículo, con el título «La regla del *solve et repete* en materia de sanciones administrativas como una restricción de acceso a la justicia», analiza esta máxima jurídica desde el sistema comparado, debido a su contrariedad con ciertos derechos fundamentales, tales como la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos que implica el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva por parte de los tribunales en un debido proceso, racional y justo. Así, también destaca la incompatibilidad señalada por el Tribunal Constitucional chileno en su reciente doctrina sobre esta regla, que posee garantías consagradas en su carta magna (pp. 217-243).

### 3. REFLEXIONES FINALES

Ante todo, es preciso mostrar agradecimiento y reconocimiento frente a la actividad, en general, y a esta publicación, en particular, que nos brinda el Poder Judicial del Perú, al contar con una Comisión tan relevante, que determina su protagonismo activo en la vanguardia de la promoción y aplicación de las 100 Reglas de Brasilia respecto de las personas en situación de vulnerabilidad y, como debe ser destacado, en cuanto a sus programas de labor voluntaria y altruista para garantizar la efectividad del acceso a la justicia, especialmente en esos casos en los que resulta más importante activar especiales medidas de garantía y efectividad.

Desde el máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona, España, que me honro en dirigir, también saludamos la publicación del libro *Mediación y justicia juvenil restaurativa* (en agosto de 2020), editado durante este periodo de pandemia global, así como la del libro *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (en noviembre de 2019), que forman parte de esta exitosa colección Derecho y Acceso a la Justicia que nos brinda el Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.

Finalmente, me complace felicitar a la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; a su presidenta, la jueza suprema Janet Tello; al vicepresidente, el juez supremo Carlos Calderón Puertas; y a sus integrantes: la jueza suprema Elvira Álvarez, la jueza especializada Maruja Hermoza, y la jueza de paz letrado Sara Gaspar, por su compromiso personal e institucional demostrado durante estos años, en beneficio de las poblaciones vulnerables, y que se encuentra reflejado en las importantes publicaciones temáticas antes mencionadas, que invito a leer y a promover, para que se conozca más sobre esta loable labor que involucra al Perú, así como a los diversos países de la región iberoamericana.

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE  
Universidad de Barcelona  
(Barcelona, España)

Contacto: [carlosvillagrasa@ub.edu](mailto:carlosvillagrasa@ub.edu)  
<https://orcid.org/0000-0003-3026-0658>



# Normas para autores

## **1. Objetivo de la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú***

Publicar artículos inéditos y originales que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos y de administración de justicia, así como otra documentación relevante en materia jurídica.

## **2. Secciones de la revista**

La *Revista Oficial del Poder Judicial* incluye las siguientes secciones:

- Artículos de investigación
- Declaraciones
- Reseñas

## **3. Características para el envío de los artículos y reseñas**

3.1. Los artículos deben cumplir los siguientes requisitos:

- Ser originales.
- Ser inéditos.
- No deberán postular simultáneamente a otras revistas u órganos editoriales.

– 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).

– Los artículos deberán estar compuestos en tipo de letra Times New Roman de 12 pts., con interlínea a espacio y medio, con los márgenes siguientes: superior e inferior 2.5 cm e izquierda y derecha 2.5 cm. Los artículos tendrán una extensión mínima de 10 páginas (5000 palabras) y máxima de 30 (15 000 palabras).

– Si los artículos incluyen gráficos, fotografías, figuras o portadas de libros, las imágenes deben tener una resolución mínima de 600 KB y contar con su respectiva leyenda.

– Las palabras o frases extranjeras deberán ir solo en cursivas, sin comillas, ni negritas, ni subrayadas.

3.2. 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). Además, se deberá enviar la imagen de la portada del libro reseñado.

3.3. Los autores de los textos son responsables del contenido y los comentarios expresados, los cuales no coinciden necesariamente con la dirección editorial de la revista.

3.4. 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 por pares ciegos.

3.5. 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; estos se orientarán generalmente por criterios temáticos.

#### **4. Normas para la citación de las referencias en el cuerpo del artículo**

Los trabajos presentados deben cumplir con las siguientes normas de referencias según la séptima edición del *Publication Manual of the American Psychological Association* (APA, 2019).

##### **4.1. Texto de un solo autor**

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 (a, b, etc.):

«Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical» (Arévalo, 2019a, p. 94).

«En el derecho romano se distinguió entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios. Por el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*) el locador se comprometía a otorgar al conductor el disfrute temporal de una cosa mueble (se incluía a los animales y a los esclavos) o inmueble, a cambio de lo cual percibía un ingreso de dinero llamado *merces*» (Arévalo, 2019b, p. 23).

#### 4.2. Texto de dos autores

Si el texto citado tiene dos autores, sus apellidos se colocarán separados por la conjunción «y».

«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» (Bustamante y Angulo, 2020, p. 34).

### 4.3. Texto de múltiples autores

Si el texto citado es de tres, cuatro o cinco autores, coloque el apellido de todos los autores la primera vez que aparezca la referencia. En las citas posteriores incluya el apellido del primer autor seguido de la abreviatura et al. (sin cursivas y con punto después de *al*):

«Hasta hace no mucho tiempo, una de las preguntas fundamentales sobre el derecho internacional público era si efectivamente era un derecho y si podía ser objeto de investigación científica. Por ejemplo, y por nombrar solo dos obras clásicas de la filosofía del derecho, Kelsen (2017 [1960], pp. 554-558) abre precisamente con esa pregunta su capítulo VII sobre Estado y derecho internacional de la *Teoría pura del derecho* (segunda edición) y así también comienza Hart (1994, pp. 212-216) el capítulo X sobre el derecho internacional en *El concepto del derecho*» (Lucas, Tijmes, Salassa y Sommer, 2019, p. 388).

«Tener clara la existencia del derecho internacional ha facilitado (y probablemente ha incentivado) dirigir la mirada desde el núcleo de la disciplina hacia sus fronteras y límites. Tenemos claro que sí es derecho y tal vez por eso nos estamos preguntando si esa respuesta no será demasiado categórica.

El derecho internacional público es derecho, ¿pero es solo derecho? ¿Es un fenómeno exclusivamente jurídico? Y a partir de las preguntas anteriores: ¿cuáles son las fronteras metodológicas para la investigación sobre el derecho internacional?» (Lucas et al., 2019, p. 389).

#### **4.4. Texto de un autor institucional**

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).

«Declaran Patrimonio Cultural de la Nación al manuscrito autógrafo “Rusia ante el Segundo Plan Quinquenal (1932-1933)”, del escritor peruano César Abraham Vallejo Mendoza» (El Peruano, 2019, p. 17).

#### **4.5. Cómo insertar las citas**

Si la cita literal 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 literal 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).

Cabe precisar que no es necesario el uso de los puntos suspensivos (...) al principio ni al final de la cita literal a menos que, con el fin de prevenir una interpretación errónea, se requiera enfatizar que la cita comienza o inicia en medio de la oración.

#### **4.6. Citas de material en línea sin paginación**

Todas las citas de los textos en línea deben tener al final una referencia, que es la información que servirá 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 el número del párrafo, utilizando

la abreviatura (párr.), pues muchas fuentes electrónicas no proporcionan los números de las páginas:

«La obra que está haciendo el Poder Judicial del Perú sobre las Reglas de Brasilia merece algo más que un reconocimiento simbólico, porque sus avances en materia de implementación y concienciación de estas reglas lo sitúan en primera línea, a la vanguardia, siendo un referente para todos los países iberoamericanos» (Martínez, 2020, párr. 3).

En los casos en los que el texto en línea tenga abundantes párrafos, se puede incluir el subtítulo del texto entre paréntesis, para así dirigir al lector a la ubicación del texto citado con mayor precisión:

«Que el Poder Judicial se legitime socialmente y que para ello se transformen sus estructuras es algo que el país exige y espera con ansias, casi como si buscara un reformador que clave en las puertas de Palacio 95 tesis que expresen su furia y desazón, pero también su esperanza en el imprescindible cambio» (Calderón, 2020, «El necesario cambio», párr. 4).

#### **4.7. Parafraseo o resumen**

Si la cita no es literal y se parafrasea o resume la idea, se recomienda indicar el número de página o párrafo, pues esta información ayudará a un lector interesado en ubicar el fragmento relevante de un texto largo.

Ejemplo de cita literal:

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).

Ejemplo de parafraseo:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, afirmó que en el Palacio de Justicia se implementará el primer panel solar (Rodríguez, 2017, p. 26).

## 5. Listado de las referencias finales

Al final del artículo se deberá incluir solo las referencias citadas en la redacción de su texto, 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:

Tello, J. (2019a). Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en las cámaras Gesell. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-256). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

Tello, J. (2019b). Derecho a la igualdad de trato y a formar una familia para las personas LGTBQI. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* (pp. 115-130). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

## 5.1. Cómo citar un libro

### 5.1.1. Libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* (después del título, incluya cualquier información de la edición entre paréntesis, sin cursiva). Editorial.

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Fondo Editorial del Poder Judicial; Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

### 5.1.2. Versión electrónica de libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. URL

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

### 5.1.3. Libro exclusivamente electrónico

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. URL

García, P. (2016). *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Per%C3%BA\\_compressed.pdf?MOD=AJPERES](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Per%C3%BA_compressed.pdf?MOD=AJPERES)

## 5.2. Cómo citar el capítulo de un libro

### 5.2.1. 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). Editorial.

Ramos, C. (2018). La justicia en *El mundo es ancho y ajeno*. En Távara, F. (ed.), *Ciro Alegría: asedios jurídicos* (pp. 25-59). Fondo Editorial del Poder Judicial.

### 5.2.2. 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). 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). <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>

## 5.3. Cómo citar un artículo de revista

### 5.3.1. Artículo en una revista impresa

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista*, volumen(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.*

Ramírez, N. (2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

### 5.3.2. Artículo en una revista en línea

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista*, volumen(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.* URL

Atienza, M. (2020). García Amado y el objetivismo moral. *Ipsa Jure. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*, (50), 24-42. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74/IPSO+JURE+50+-+Versi%C3%B3n+final.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74>

### 5.3.3. Artículo en una revista con DOI

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista*, volumen(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.* doi

Bustamante, R. A. y Angulo, D. F. A. (2020). La oralidad en el proceso civil. Una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), 19-40. doi: 10.35292/ropj.v11i13.38.

## 5.4. Cómo citar un artículo de periódico

### 5.4.1. Versión impresa

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del periódico*, página sin incluir la abreviatura *p.* o *pp.*

Patrón, C. (1999, 4 de diciembre). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, B-3.

### 5.4.2. Versión electrónica

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del periódico*. URL

Encinas, A. (2017, 28 de diciembre). La ética en la práctica jurídica. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>

## 5.5. Cómo citar una tesis

### 5.5.1. Tesis impresa inédita

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* [Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura]. 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]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

### 5.5.2. Tesis en línea

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* [Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura, universidad]. URL

Beltrán, J. A. (2001). *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1095>

## 5.6. Cómo citar expedientes

### 5.6.1. Versión impresa

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.

### **5.6.2. 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. URL

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque. Lima: 6 de mayo de 2015. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

## **5.7. Cómo citar resoluciones**

### **5.7.1. Versión impresa**

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.

### **5.7.2. 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. URL

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: 19 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

## **5.8. Cómo citar casaciones, autos, decretos, leyes y otros textos jurídicos**

### **5.8.1. Versión impresa**

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.

### **5.8.2. 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. 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. [http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/ADLP/Normas\\_Legales/30709-LEY.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf)

## 5.9. Cómo citar medios audiovisuales y redes sociales

### 5.9.1. Película

Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título de la película*. [Película]. Productora.

Lumet, S. (director). (1996). *El lado oscuro de la justicia*. [Película]. Paramount Pictures.

### 5.9.2. Documental

Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título del documental*. [Documental]. Productora. Si son varias compañías productoras, separe con punto y coma.

Ramos, M. A. (directora). (2004). *Justiça*. [Documental]. Selfmade Films; Limite Produções; NPS Television.

### 5.9.3. Entrevista

Apellido, iniciales de los nombres del entrevistador (entrevistador). (año, día y mes). Título de la entrevista [Entrevista]. En *Título del programa*. Medio de difusión. URL

RPP Noticias (entrevistador) (2020, 25 de julio). Pilar Mazzetti: Las cifras de COVID-19 «van a seguir incrementando». [Entrevista]. En *La Rotativa del Aire*. Radio Programas del Perú. <https://www.youtube.com/watch?v=7xK4YDbT-gc>

### 5.9.4. Podcast

Apellido, iniciales de los nombres del productor (productor) (año, día y mes). Título del podcast [Audio en podcast]. En *Título del programa*. Medio de difusión. URL

Carvallo, F. (productor) (2020, 24 de julio). La Contraloría contra la impunidad [Audio en podcast]. En *Las cosas como son*. Radio Programas del Perú. <https://rpp.pe/audio/podcast/lascosacomoson>

#### 5.9.5. Video en YouTube

Apellido, iniciales del autor (año, día y mes). *Título del video* [Video]. En Fuente de difusión. URL

Lama, H. (2017, 7 de agosto). *Implementación y Funcionamiento del Expediente Judicial Electrónico*. [Videoconferencia]. En Aula Virtual del Poder Judicial. <https://www.youtube.com/watch?v=M6YiExoKW3U>



# Guidelines for authors

## **1. The purpose of the *Supreme Court Review. Research Gazette of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru***

To publish unpublished and original articles that are the result of studies and research on legal issues and justice administration problems, as well as other relevant legal documentation.

## **2. Sections of the review**

The *Supreme Court Review* is composed of the following sections:

- Research articles
- Declarations
- Preliminaries

## **3. Characteristics for submitting articles and preliminaries**

3.1. All papers submissions must meet the following requirements:

- Original.
- Unpublished.
- The contribution will only be required to apply for this review and not for another publication.

– The articles must have a main title, as well as a summary (10 lines maximum) and a minimum of three keywords, each in both Spanish and English. The author's name, the institution's name to which he/she belongs, his/her institutional email address and his/her ORCID identifier (Open Researcher and Contributor ID) must be indicated below the title.

– The manuscripts must be written in Times New Roman 12 with a 1,5 spacing, with the following margins: top and bottom 2.5 cm and left and right 2.5 cm, and it must have a minimum of 10 (5000 words) and a maximum of 30 pages (15 000 words).

– If the articles include graphs, photographs, figures or book covers, the images must have a resolution of 600 dpi and their respective caption.

– Foreign words or phrases must only be consigned in italicize letters, with no quotation marks, bold or underlining.

3.2. For preliminaries, the maximum length is four pages and they must have complete bibliographic data of the reviewed material (author, title, city, publisher, year and number of pages). In addition, the image of the cover of the book under review must be sent.

3.3. Authors are responsible for the manuscript and comments expressed in it, which do not necessarily share with the Board of Directors and the committees of the review.

3.4. Any contribution to the *Supreme Court Review* must be sent by clicking on the «Enviar artículo» tab [Submit a paper] on the website of the review, for continuous evaluation by anonymous peer review process.

3.5. The review process of the *Supreme Court Review* takes two to three months, including the stages for the manuscript submission, peer review, and post-acceptance preparation for the publication. In the different editions of the *Supreme Court Review*, the editor

reserves the right to distribute the papers evaluated according to the requirements of each edition, which shall usually favor thematic criteria.

#### **4. Rules for citing references in the body of the article**

Papers submitted must meet the following reference standards according to the seventh edition of the *Publication Manual of the American Psychological Association* (APA, 2019).

##### **4.1. Text of a single author**

All quotes, either literal or paraphrased, must have a bibliographical reference at the end, which will guide the reader to learn the source of the quotation. This bibliographical reference shall be consigned at the end of the quotation, mentioning the author's surname followed by the year of publication and the number of pages, each in both 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 citation, the inclusion of his surnames in parentheses 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 cited author has more than one text in the final bibliography, the year of publication identifies the citation. The reference is identified in small letters (a, b, etc.), when the name of the author and the year coincide:

«Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical» (Arévalo, 2019a, p. 94).

«En el derecho romano se distinguió entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios. Por el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*) el locador se comprometía a otorgar al conductor el disfrute temporal de una cosa mueble (se incluía a los animales y a los esclavos) o inmueble, a cambio de lo cual percibía un ingreso de dinero llamado *merces*» (Arévalo, 2019b, p. 23).

#### 4.2. Text citation with two authors

The cited text will be separated by the conjunction «and», when it has two authors.

«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» (Bustamante y Angulo, 2020, p. 34).

### 4.3. Text citation with multiple authors

If the cited text has three, four or five authors, put the surname of all the authors the first time the reference appears. In subsequent citations include the surname of the first author followed by the abbreviation et al. (without italics and with a full stop after *al*):

«Hasta hace no mucho tiempo, una de las preguntas fundamentales sobre el derecho internacional público era si efectivamente era un derecho y si podía ser objeto de investigación científica. Por ejemplo, y por nombrar solo dos obras clásicas de la filosofía del derecho, Kelsen (2017 [1960], pp. 554-558) abre precisamente con esa pregunta su capítulo VII sobre Estado y derecho internacional de la *Teoría pura del derecho* (segunda edición) y así también comienza Hart (1994, pp. 212-216) el capítulo X sobre el derecho internacional en *El concepto del derecho*» (Lucas, Tijmes, Salassa y Sommer, 2019, p. 388).

«Tener clara la existencia del derecho internacional ha facilitado (y probablemente ha incentivado) dirigir la mirada desde el núcleo de la disciplina hacia sus fronteras y límites. Tenemos claro que sí es derecho y tal vez por eso nos estamos preguntando si esa respuesta no será demasiado categórica. El derecho internacional público es derecho, ¿pero es solo derecho? ¿Es un fenómeno exclusivamente jurídico? Y a partir de las preguntas anteriores: ¿cuáles son las fronteras metodológicas para la investigación sobre el derecho internacional?» (Lucas et al., 2019, p. 389).

#### 4.4. Text citation of an institutional author

If the cited text does not include the author's name, it will be registered the institution's name or entity responsible for the publication.

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).

«Declaran Patrimonio Cultural de la Nación al manuscrito autógrafo “Rusia ante el Segundo Plan Quinquenal (1932-1933)”, del escritor peruano César Abraham Vallejo Mendoza» (El Peruano, 2019, p. 17).

#### 4.5. How to insert citations

If the literal citation is less than five lines long, it will be indicated with quotation marks and it will be 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 literal quote exceeds five lines in length, it should be without quotation marks and in a separate paragraph, indented to the left, with line spacing and minor typography (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).

It is not necessary to use the ellipsis [...] neither at the beginning nor at the end of the literal citation unless, in order to prevent a misinterpretation, it is required to emphasize that the quotation begins or begins in the middle of the sentence.

#### **4.6. Quotations of online material without paging**

All quotations from online texts must have a reference at the end, which is the information that will serve to know the source from which the quotation has been taken. This reference will be indicated at the end of the quotation, noting in brackets the author's last name, followed by the year of publication and the paragraph number, using the abbreviation (párr.), as many electronic sources do not provide page numbers:

«La obra que está haciendo el Poder Judicial del Perú sobre las Reglas de Brasilia merece algo más que un reconocimiento simbólico, porque sus avances en materia de implementación

y concienciación de estas reglas lo sitúan en primera línea, a la vanguardia, siendo un referente para todos los países iberoamericanos» (Martínez, 2020, párr. 3).

In cases where the online text has many paragraphs, the subtitle of the text can be included in parentheses, in order to direct the reader to the location of the quoted text more precisely:

«Que el Poder Judicial se legitime socialmente y que para ello se transformen sus estructuras es algo que el país exige y espera con ansias, casi como si buscara un reformador que clave en las puertas de Palacio 95 tesis que expresen su furia y desazón, pero también su esperanza en el imprescindible cambio» (Calderón, 2020, «El necesario cambio», párr. 4).

#### **4.7. Paraphrasing or summarizing**

If the citation is not literal and the general idea is paraphrased or summarized, it is recommended to indicate the page or paragraph number, as this information will help a reader interested in locating the relevant fragment of a long text.

Example of a literal quotation:

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).

Example of paraphrasing:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, afirmó que en el Palacio de Justicia se implementará el primer panel solar (Rodríguez, 2017, p. 26).

## 5. List of final references

At the end of the article, only the references cited in the text should be included and it will be organized alphabetically. If you cited two or more works by the same author, it should be ordered by age, starting with the oldest work. And if two or more works by the same author published in the same year are cited, they should be distinguished with the letters a, b, c, etc., after the year of publication:

Tello, J. (2019a). Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en las cámaras Gesell. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-256). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

Tello, J. (2019b). Derecho a la igualdad de trato y a formar una familia para las personas LGBTQI. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* (pp. 115-130). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

### 5.1. How to cite a book

#### 5.1.1. Printed book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* (after the title, include any editing information in parentheses, without italics). Publishing House.

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Fondo Editorial del Poder Judicial; Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

### 5.1.2. Electronic version of printed book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. URL

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

### 5.1.3. Exclusively electronic book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. URL

García, P. (2016). *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Per%C3%BA\\_compressed.pdf?MOD=AJPERES](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Per%C3%BA_compressed.pdf?MOD=AJPERES)

## 5.2. How to cite a book chapter?

### 5.2.1. Printed book chapter

Surname, initials of the names of the author (year). Title of the article. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (article page). Publisher.

Ramos, C. (2018). La justicia en *El mundo es ancho y ajeno*. En Távara, F. (ed.), *Ciro Alegría: asedios jurídicos* (pp. 25-59). Fondo Editorial del Poder Judicial.

### 5.2.2. Electronic version

Surname, initials of the names of the author (year). Title of the article. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (article page). 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). <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>

### 5.3. How to cite an article of a review?

#### 5.3.1. Article in a stamped review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review, volume*(number), page number of the review without the abbreviation *pp.*

Ramírez, N. (2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

#### 5.3.2. Article in an electronic version review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review, volume*(number), page number of the article without the abbreviation *pp.* URL

Atienza, M. (2020). García Amado y el objetivismo moral. *Ipsa Jure. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*, (50), 24-42. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74/IPSO+JURE+50+-+Versi%C3%B3n+final.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74>

### 5.3.3. Article in an DOI review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review, volume(number)*, page number of the article without the abbreviation *pp.* doi

Bustamante, R. A. y Angulo, D. F. A. (2020). La oralidad en el proceso civil. Una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), 19-40. doi: 10.35292/ropj.v11i13.38

## 5.4. How to cite a newspaper article?

### 5.4.1. Printed version

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). Title of the article. *Name of the newspaper*, page number of the article without the abbreviation *p.* o *pp.*

Patrón, C. (1999, 4 de diciembre). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, B-3.

### 5.4.2. Electronic version

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). Title of the article. *Name of the newspaper*, URL

Encinas, A. (2017, 28 de diciembre). La ética en la práctica jurídica. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia-la-etica-la-practica-juridica-62493.aspx>

## 5.5. How to cite a thesis?

### 5.5.1. Unpublished thesis

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* [Doctoral thesis, master's thesis or bachelor's thesis]. 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* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

### 5.5.2. Thesis in an 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].  
URL

Beltrán, J. A. (2001). *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1095>

## 5.6. How to cite dockets?

### 5.6.1. Printed 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.

Poder Judicial (2015). Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08. Lima: 6 de mayo de 2015.

### 5.6.2. 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. URL

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque. Lima: 6 de mayo de 2015. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

## 5.7. How to cite resolutions?

### 5.7.1. Printed version

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 resolution.

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.

### 5.7.2. Electronic version

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 resolution. URL

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: 19 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

## 5.8. Citation of cassations, orders, decrees, laws and other legal texts

### 5.8.1. Printed version

Name of the institutional author (year). Title and number of cassation, order, decree or act-year and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of cassation, order, decree or act.

Poder Judicial (2015). Casación n.º 3671-2014-Lima. Lima: 5 de noviembre de 2015.

### 5.8.2. Electronic version

Name of the institutional author (year). Title and number of cassation, order, decree or act and any additional descriptive information. Court of Appeals or Judicial District: date of publication of the cassation. 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. [http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/ADLP/Normas\\_Legales/30709-LEY.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf)

## 5.9. How to cite an audiovisual media and social media?

### 5.9.1. Film

Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the film* [Film]. Film Studio.

Lumet, S. (director). (1996). *El lado oscuro de la justicia*. [Película]. Paramount Pictures.

### 5.9.2. Documentary

Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the documentary* [Documentary]. Film Studio.

### 5.9.3. Interview

Surname, initials of the names of the interviewer (interviewer). (year, day and month). Title of the interview [Interview]. In *Name of the Program*. Broadcasting means. URL

RPP Noticias (entrevistador) (2020, 25 de julio). Pilar Mazzetti: Las cifras de COVID-19 «van a seguir incrementando». [Entrevista]. En *La Rotativa del Aire*. Radio Programas del Perú. <https://www.youtube.com/watch?v=7xK4YDbT-gc>

#### 5.9.4. Podcast

Surname, initials of the names of the producer (producer) (year, day and month). *Title of the podcast*. In *Title of the program*. Broadcasting means. URL

Carvalho, F. (productor) (2020, 24 de julio). La Contraloría contra la impunidad [Audio en podcast]. En *Las cosas como son*. Radio Programas del Perú. <https://rpp.pe/audio/podcast/lascosascomoson>

#### 5.9.5. Youtube video

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). *Title of the video* [Video]. In name of the font of information. URL

Lama, H. (2017, 7 de agosto). *Implementación y Funcionamiento del Expediente Judicial Electrónico*. [Videoconferencia]. En Aula Virtual del Poder Judicial. <https://www.youtube.com/watch?v=M6YiExoKW3U>



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

**Revista Oficial del Poder Judicial**

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

Vol. 12, n.º 14, julio-diciembre, 2020

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este decimocuarto número de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia; el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía; la diagramación, Silvia Ramos Romero; la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías; y el apoyo editorial, Jorge Chávez Descalzi.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 14 se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2020 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14>





14

Revista Oficial  
del Poder Judicial

### Presentación

José Luis Lecaros Cornejo

### Artículos de investigación

Francisco Távora Córdova

Una propuesta jurídica para la defensa de la biodiversidad: un Tribunal Ambiental para América Latina y el Caribe

Jesús Ángel Cadena Alcalá

Los tribunales constitucionales frente a la emergencia sanitaria por la COVID-19

Miguel Toyohama Arakaki

Política criminal, juzgamiento e intermediación en tiempos de la COVID-19

Julio Santiago Solís Gózar

Pandemia y derecho romano. Rememorando al emperador Justiniano y el *Corpus Iuris Civilis*

Javier Eduardo Jiménez Vivas

Elementos de la jurisdicción del futuro: una experiencia web, una propuesta y una visión

Edwin Figueroa Gutarra

La ratificación de jueces en el Perú: ¿es compatible con la independencia judicial?

Teodorico Cristóbal Támara

El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado

Roger Sisniegas Rodríguez

Imputación subjetiva del tipo dolo eventual en el caso Thomas Restobar

Aldo Raúl Samillán Rivera

Derechos patrimoniales inscribibles a favor del concebido

José William Duran Vivanco

¿Realmente el sistema de apoyos y salvaguardias implementado en el Código Civil cumple con su función de apoyar a las personas con discapacidad?

Nicolás Baldino Mayer

David Gustavo Romero Basurco

La pensión de alimentos en la normativa peruana: una visión desde el análisis económico del derecho

Tania Carolina Bocanegra Risco

Entre lo virtual y lo real: un breve comentario sobre el proceso simplificado y virtual de alimentos para niña, niño y adolescente

Manuel Bermúdez Tapia

Análisis de la declaración de un menor de edad en un proceso judicial

### Reseñas

Jéssica Natalí Ramírez Cárdenas

Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial del Perú (2019). *Pensando en género: marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género* (2.ª ed.)

Jéssica Natalí Ramírez Cárdenas

Javier Arévalo Vela (2020). *Homenaje al Sr. Dr. Juan Antonio Ribeyro Estada, presidente de la Corte Suprema de Justicia durante la ocupación chilena de Lima*

Marcos Morán Valdez

Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2019). *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*

Jorge Angel Chávez Descalzi

John Stephen Giltitz (2020). *Dos ideologías jurídicas frente a los dilemas de la justicia intercultural en el Perú*

Bruno Van der Maat

Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2020). *Mediación y justicia juvenil restaurativa*

Carlos Villagrasa Alcaide

Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2020). *Reglas de Brasilia: justicia que protege a las poblaciones vulnerables*

### Normas para autores

### Guidelines for authors