



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. 13, n.º 15, enero-junio, 2021
Lima, Perú

15



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021

Publicación semestral. Lima, Perú

PRESIDENTA

Elvia Barrios Alvarado (Poder Judicial del Perú, Perú)

DIRECTOR

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

EDITORA EN JEFE

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

EDITOR DE SECCIÓN

Juan Antonio Gómez García (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

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), 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), Juan Antonio Gómez García (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España), Carlos Ramos Núñez (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), Fernando de Trazegnies Granda (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), José Félix 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 y Francesca Gonzales Muñoz (corrección de textos); Yuri Tornero Cruzatt (traducción); Rodolfo Loyola Mejía (diseño); Miguel Condori Mamani (diagramación); Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15

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, 4.º piso, oficina 421
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

Latindex 2.0

Miar

Crossref

Google Scholar

LICENCIA



La Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú se encuentra disponible en acceso abierto bajo la 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 REPÚBLICA¹**

Elvia Barrios Alvarado (presidenta)

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Ticona Postigo

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Josué Pariona Pastrana

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Héctor Enrique Lama More

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

1 El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, 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. 13, n.º 15, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN versión impresa: 1997-6682
ISSN versión *online*: 2663-9130
DOI: 10.35292/ropj.u13i15

Tabla de contenido

Presentación

ELVIA BARRIOS ALVARADO 13

Artículos de investigación

JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS 19
Estructura de la jurisdicción del futuro: una propuesta
sistémica y holística

JORGE LUIS GONZALES LOLI 59
La renuncia de área como medio de saneamiento de área,
linderos y medidas perimétricas de predios urbanos

EPIFANIO LÓPEZ CANTORAL 103
Consecuencias adversas a la legítima defensa propia e
impropia como causa de justificación

DEYSY ELIZABETH VÁSQUEZ ROJAS	127
Derecho fundamental del acceso a la justicia y políticas institucionales del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción en el Perú	
JULIA ELEANOR JARA CARRERA	163
La ficha de valoración de riesgo y su valor probatorio en las audiencias de medidas de protección por violencia de género	
WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA	185
El proceso de cambio de nombre y de reconocimiento de la identidad de género: propuestas para una reforma judicial y legislativa	
JOHN FRANCK HUERTA MOLINA	225
El populismo punitivo en los delitos de violación sexual en menores y su incidencia en la actividad jurisdiccional penal	
JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO Y DANTE PAIVA GOYBURU	245
¿Defensa de la Constitución o de la constitucionalidad?	
ALBERTO COLQUE LIZÁRRAGA	267
Derechos socioprestacionales como categoría ideológica y estructural	
EDWIN VILMER FIGUEROA GUTARRA	299
Pandemia, gobernanza y derechos humanos	
JESÚS MARCELO NAVA FLORES	333
La eterna pandemia. Análisis del Decreto Legislativo n.º 1470	

EVA MARGIORY BEJAR CHUCHON Y YASMIN GRACIELA CASTRO TITO	357
Los dilemas médicos que se suscitan ante la insuficiencia de camas de UCI por el coronavirus desde una perspectiva biojurídica	

Reseñas

MARCELA HUAITA ALEGRE	383
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2021). <i>Reglas de Brasilia: género y acceso a la justicia. Tomo I</i>	

MARISA ESTHER SPAGNOLO	397
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2021). <i>Reglas de Brasilia: género y acceso a la justicia. Tomo II</i>	

URSULA BASSET	405
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2020). <i>Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad</i>	

ISABEL BELTRÁ VILLASEÑOR	415
Juan Antonio Gómez García (editor) (2017). <i>Los Derechos Humanos en el cine español</i>	

Normas para autores	419
----------------------------	-----

Guidelines for authors	437
-------------------------------	-----



Esta presentación se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 13-15

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.388

Presentación

En el contexto de nuestro bicentenario, como primera presidenta mujer de este Poder del Estado, tengo el agrado de presentar la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, la cual se constituye como un espacio de socialización de la investigación académica, que nos permite difundir el conocimiento a la comunidad jurídica, tanto sobre el quehacer jurisdiccional como sobre los temas que son de coyuntura internacional.

La pandemia que se ha extendido en el mundo como consecuencia de la COVID-19 no solo generó miles de muertes en nuestro país, sino, también, transformó la vida cotidiana de las personas en diversos aspectos; asimismo, evidenció, con mayor claridad, la precariedad de múltiples servicios frente a la ciudadanía. Por ello, ha sido un reto para el Poder Judicial adaptarse a estos cambios con el uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Sin duda, este contexto tuvo también un gran impacto en la cultura jurídica de nuestro país y en la aplicación del derecho. Los conocimientos y la producción jurídica siempre interactúan con la realidad, por lo que, si esta se transforma de un momento a otro, entonces, se generan nuevos debates académicos y, también, se origina la necesidad del cambio de paradigmas.

En esta edición de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, volumen 13, número 15, correspondiente a los meses de enero-junio de 2021, se cuenta con el aporte de diversos juristas nacionales, que abordan tópicos vinculados al contexto de la pandemia y a las problemáticas de índole jurídica que se ocasionaron como consecuencia de ella; del mismo modo, plantean otros temas que ya son parte de la agenda jurídica. En tal sentido, es de resaltar el artículo de Bejar y Castro, que aborda los dilemas médicos que se suscitan ante la insuficiencia de camas UCI por el coronavirus, desde una perspectiva biojurídica, sin duda de relevante actualidad con el panorama que vivimos.

De otro lado, también se desarrollan los alcances del Decreto Legislativo n.º 1470, el cual estableció medidas para garantizar la atención y la protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, así como el valor probatorio de la ficha de valoración de riesgo para el dictado de las medidas de protección. Esta pandemia social, que constituye uno de los flagelos sociales históricos que las afectan particularmente, requiere de un análisis constante en relación con las medidas que se adoptan para la protección de las víctimas, sobre todo, se debe corroborar si estas son idóneas y suficientes para tal fin.

Finalmente, debo destacar el aporte académico de las y los juristas que participan en esta edición, la cual —desde un análisis crítico del derecho— contribuye al debate para una mejor aplicación e interpretación de las normas, de los derechos y de las garantías por parte de los operadores de justicia en sus distintas ramas institucionales. En cada uno de los doce artículos que conforman este número, se podrá hallar reflexiones que, seguramente, aportarán a su conocimiento sobre la administración de justicia.

Lima, junio de 2021

ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta 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. 13, n.º 15, enero-junio, 2021

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. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 19-58

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.389

Estructura de la jurisdicción del futuro: una propuesta sistémica y holística

The jurisdiction structure of the future: a
systemic and holistic approach



JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS¹
Corte Superior de Justicia de Lima Este
(Lima, Perú)

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

RESUMEN

Los desafíos presentes y futuros de la función jurisdiccional lo son también de las organizaciones que integran el sistema de justicia y de toda la sociedad. Una respuesta jurisdiccional o solo de dichas organizaciones será insuficiente. Se necesita una visión sistémica y holística para cualquier política o gestión. El sistema educativo, la economía y las nuevas tecnologías son tres segmentos

1 El presente artículo ha sido redactado como continuación de las investigaciones del autor en materia de transformación digital frente a la sociedad y al derecho, no integra un proyecto mayor y fue financiado íntegramente por el autor.

claramente comprometidos, pero de manera transformadora: su comunión permite esbozar una estructura jurisdiccional con una inserción sistémica diferente.

Palabras clave: educación; economía; tecnología; estructura jurisdiccional; sistema de justicia; futuro.

ABSTRACT

The present and future challenges of the jurisdictional function are also those of the organizations that integrate the justice system and of society as a whole. A jurisdictional response or the response of these organizations alone will be insufficient. A systemic and holistic vision is needed for any policy or management. The education system, the economy and new technologies are three segments clearly committed, but in a transformative way: their communion allows outlining a jurisdictional structure with a different systemic insertion.

Key words: education; economy; technology; jurisdictional structure; justice system; future.

Recibido: 11/05/2021 Aceptado: 25/05/2021

1. IDEAS PRELIMINARES

Nuestra función jurisdiccional enfrenta grandes desafíos. Sean de tipo tecnológico, cuestionamientos a su legitimidad, problemas en su organización, deficiencias presupuestarias o nuevas demandas sociales, su futuro muestra incertidumbres. La pandemia continúa y sigue complicando nuestra función: otros retos aparecerán. Llegó la hora de combinar reflexión y planteamientos de otra manera, de entender que tras esas dificultades se ocultan oportunidades. Son muchas las preguntas por atender. Una nueva manera de responder

será necesaria. Pero antes tenemos que ensayar una nueva forma de ver la problemática, una más humana, más social y, por ende, más global, sistemática y holística.

Como jueces coordinamos de la mejor manera posible el trabajo de compañeros, vulnerables o no, pero hay quien enferma y debe abandonar toda labor, complicándola. La brecha digital es grande y nuestras organizaciones erigen respuestas con la mejor intención y con todo aquello que disponen, pero al frente el abogado debe esperar para ingresar un escrito, pues la red se sobrecarga, mientras la abogada no puede ingresar otro al no encontrar la opción precisa en el sistema. Muchas niñas y niños enfrentan restricciones cuyo final no asoma: la escuela como ambiente social y educativo se diluye, volcándose a la red y a pantallas de todos los tamaños y a toda hora, sin un claro control. El confinamiento, estricto o no, ha venido acompañado de sorprendentes cuotas de violencia familiar, con las consecuencias actuales, y ha dejado en la salud mental de nuestra sociedad heridas cuya profundidad ignoramos. La reapertura de actividades económicas nos ha devuelto al tradicional apiñamiento ambulante, al irresponsable conductor y al imprudente peatón. Un proceso electoral en pandemia obliga al Estado una vez más a gastar indicando cómo marcar la cédula o cómo numerar los votos preferenciales. El desempleo empobrece, genera emprendimientos, provoca endeudamientos y estimula frustraciones.

Y todo esto se presenta a la vez, más aquí o menos allá, el mes pasado o el siguiente. Es una problemática organizacional, educativa, económica, jurisdiccional, pero, antes que todo eso, es humana. Somos seres humanos quienes integramos las organizaciones, nos educamos, nos comportamos como agentes económicos y comparecemos como usuarios del servicio de justicia, entre otros que presta el Estado. El juez, la abogada, el niño, la mujer violentada, el vendedor ambulante, la electora, el conductor y la desempleada son personas. La problemática así definida impone medidas urgentes,

pero también trascendentes. Es imprescindible atender lo urgente, pero la reducción de lo urgente y su devolución a la categoría de «excepcional», a donde pertenece, dependerá de ver también como imprescindibles el fondo, lo estructural. La sola gestión de lo urgente equivale al fracaso económico y, a la larga, a más problemas sociales y judiciales. Solo una política con todos sus actores, en todos los sectores comprometidos, paciente pero segura, podrá repositonar ordenadamente aspectos estructurales.

El que acabamos de presentar es un gran desafío: largo, diverso, confuso y en general difícil, pero por todo ello no menos retador. Si este desafío no convoca lo mejor de nosotros, ¿qué otra cosa o tema lo hará? Es hora de dejar nuestros cargos, nuestros casos, nuestros empleos por solo un momento, con el fin de tomar decisiones que orienten nuestro futuro proceder como seres humanos, como abogados, como funcionarios, como organizaciones, como sociedad. En los párrafos que siguen va nuestra propuesta, con fundamentos propios y fuentes precisas, que se autodefinen como un punto inicial, solo un punto de una recta interminable que hay que recorrer.

Hay viajes que debemos emprender hoy, por nuestra voluntad y a nuestro ritmo, pues mañana tendremos que iniciarlos por obligación, con mayores y variados costos, con menos herramientas preparadas y con más desacuerdos.

2. LA IMPRESCINDIBLE PREMISA EDUCATIVA

Decir que todos los elementos que componen nuestras sociedades se labran en el sistema educativo es afirmar algo en lo que todos estamos de acuerdo. Con algunas excepciones, todos los ámbitos de la realidad mantienen una relación mediana o grande con la educación. Esta nos enseña a leer y escribir, nos introduce en el mundo de la matemática, nos muestra el arte y las ciencias, provee

de técnicos y profesionales, oferta especialidades y mejora de competencias, etc. Más que todo eso, la educación forma a las personas: empieza en el hogar, acompaña nuestra niñez, adolescencia, juventud y, en buenos términos, nunca nos abandona. Escribir acerca del sistema educativo es referirnos tanto a la educación como a la instrucción.

La idea con la que termina el párrafo anterior, y el alcance global del sistema educativo sobre toda la sociedad, compromete a este inescindiblemente con el sistema de justicia. Es algo que todos sabemos, sin embargo, nunca lo hemos visto presentado a través de concretas variables. Para explicar esto mejor, para revelar los alcances de dicha relación, es prudente identificar algunos puntos de contacto entre ambos sistemas (seguramente son muchos más). Podemos encontrar estos en determinadas circunstancias sociales en las cuales hace crisis algún segmento de la educación. Estos supuestos evolucionan negativamente y generan un sinnúmero de consecuencias sociales y legales que luego se manifiestan en controversias judiciales de diversa tipología.

Una primera variable es la deserción escolar. Según la Estadística de la Calidad Educativa (ESCALE) del Ministerio de Educación, el porcentaje de alumnos matriculados en primaria ha sido del 83 % (años 2013-2015), el 81.15 % (años 2015-2017) y el 73.7 % (años 2017-2019). La tasa de deserción permanente, entonces, fue del 17 %, 18.85 % y 26.3 % en los mismos períodos, respectivamente. Esta tasa creciente no toca al 2020, primer año de la pandemia.

De acuerdo con la misma fuente estadística, el porcentaje de alumnos matriculados en el nivel de secundaria fue del 94.6 % (años 2013-2015), del 95 % (años 2015-2017) y del 93.3 % (años 2017-2019). La tasa de deserción permanente, entonces, fue del 5.4 %, 5 % y 6.7 % en los mismos períodos, respectivamente. Esta tasa ascendente tampoco alcanza a la pandemia.

¿Qué ocurre con los niños que dejan sus estudios primarios? ¿Qué sucede con los adolescentes que abandonan la secundaria? Un motivo importante —si no el principal— es su ingreso prematuro al mercado laboral en circunstancias desfavorables. Sigamos.

Un segundo elemento es, precisamente, el trabajo adolescente. El 11 de junio de 2019 (nueve meses antes del inicio de la pandemia), la Defensoría del Pueblo publicó la Nota de Prensa n.º 175/OCII/DP/2019 titulada «Defensoría del Pueblo advierte preocupante aumento del trabajo en adolescentes» con el siguiente texto:

- ***Urge garantizar el acceso y la continuidad en la educación de adolescentes que laboran pues políticas públicas de prevención no están funcionando.***
 - ***Se debe modificar el Código Penal, incorporando un delito especial que sancione la explotación laboral de menores de edad.***
- [...]

En los últimos años, el número de adolescentes entre 14 y 17 años que solo trabaja se ha elevado progresivamente, según el Inei. En 2017, el 7,7 % se encontraba en esta situación; en 2018, la cifra creció a 8,1 %; y en 2019, escaló a 9,8 %.

Similar panorama se observa en el grupo de adolescentes de 14 y 17 años de edad que trabaja y estudia. En 2017, el 19,2 % de menores de edad en este rango se encontraba en esta situación; en 2018, el porcentaje llegó a 23,1 % y para el primer trimestre de 2019, subió a 23,9 %.

Por otro lado, en el año 2017, se registró una tasa de deserción escolar del 6,3 % en alumnos de secundaria de 13 a 19 años, según información del Ministerio de Educación.

Tal como terminó afirmando dicho comunicado oficial, la deserción escolar se relaciona con el trabajo adolescente, con el fenómeno del subempleo y con distintas formas de explotación. Todos los problemas acompañan o suman a los demás, esa es la constante. Un poco más allá, la población adolescente en etapa escolar puede

ver comprometido su presente y su futuro de maneras más graves, con consecuencias sociales y legales también más onerosas.

Una tercera variable que debe tomarse en cuenta es el índice de adolescentes infractores. En una publicación oficial del año 2017, el Consejo Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia realizó una evaluación de las «características sociales: educación, familia y trabajo» de los adolescentes infractores, e indicó que:

La mayor parte de los adolescentes [...] que no ha culminado la Educación Básica Regular - EBR ha visto interrumpido su formación escolar por la comisión de una infracción y la medida socioeducativa impuesta por el sistema de justicia juvenil. El 78.1% no ha culminado la EBR. El 58.3% (2,170) tienen secundaria incompleta, el 10.1% (375) tienen primaria incompleta, el 8,7% (325) primaria completa y el 1% (39) son analfabetos.

Esta interrupción deviene en efectos negativos para su desarrollo. Al respecto, UNODC señala que la privación de la libertad (para el caso de los adolescentes internados en un CJDR) genera un «déficit de destreza que les hace difícil competir y tener éxito en la comunidad: poca habilidad para las relaciones interpersonales, bajos niveles de educación formal, analfabetismo, funcionamiento cognitivo o emocional deficiente o falta de capacidad de planificación o gestión financiera.

Explorar el alto valor porcentual del grupo que no ha culminado la secundaria permite dar cuenta de otros factores como la mala experiencia o adaptación escolar (incluye su afinidad hacia la escolaridad y la capacidad de retención del sistema educativo), el desempleo, la exclusión social y los niveles de pobreza de los hogares, factores psicológicos o cognitivos vinculados con la autoestima, y las actitudes que tienen hacia la delincuencia. La educación es un mecanismo de integración social y un factor de protección para los adolescentes (pp. 19-20).

La importancia de la educación de los adolescentes, así como la relación entre su deserción escolar y la comisión de infracciones,

aparece expresamente identificada. Las consecuencias jurídicas y procesales son variadas y numerosas. Pero estas muestran también secuelas de otro tipo, que comprometen otros aspectos de la sociedad y otros segmentos del ordenamiento jurídico.

Un cuarto elemento que se debe considerar es el endeudamiento juvenil, es decir, el endeudamiento de los nuevos mayores de edad. Sobre el tema, de acuerdo con una publicación efectuada el 3 de agosto de 2015 en el portal PQS, destinado a asesorar emprendimientos (que cita como fuente al diario *Gestión*), existirían en Perú

150,963 jóvenes de hasta 25 años que cuentan con una tarjeta de crédito. La cifra, de por sí, es llamativa teniendo en consideración que dicho rango de edad está asociado con trabajos de poca jerarquía o prácticas pre o profesionales. Sin embargo, este punto no es el sorprendente. Resulta que el 50 % de ellos, es decir 75,425 jóvenes, tiene atrasos en el pago de sus deudas (párr. 1).

Toda la información presentada pone de manifiesto las relaciones existentes entre la crisis del sistema educativo, la gestación de variados problemas sociales (hemos citado algunos) y la manifestación de estos a través del sistema de justicia (mediante una diversidad de procesos judiciales en las distintas jurisdicciones ordinarias); todo lo cual compromete las competencias del Poder Judicial, la intervención del Ministerio Público, la necesidad de la defensa pública y otros puntos del sistema. Más allá de ello, todos los componentes del sistema ven comprometidas sus estructuras organizacionales, sus infraestructuras (físicas y digitales), las competencias personales de sus integrantes, sus mecanismos de toma de decisiones, sus canales comunicativos y sus variados recursos. El intento de responder a los problemas sociales recién citados a partir de la acción del sistema de justicia equivale a ignorar el origen y la gestación de tales dificultades. Una verdadera política en ese sentido podría

preciarse de ser tal si aborda tamaña problemática desde sus inicios. Considerar e involucrar al sistema educativo es imprescindible además de realista. Desde el faro educativo es mucho más lo que puede alumbrarse, divisarse y —por supuesto— hacerse.

Lo anterior impone una primera tarea: identificar temáticas, ámbitos y espacios de la formación educativa directamente involucrados en la posterior gestación de los problemas sociales presentados (son más, como queda indicado). Nos referimos a elementos que, por su importancia, tocan a todos los ciudadanos de manera individual, se relacionan con la sociedad y con organizaciones dentro de esta, y también se vinculan con los distintos niveles del Estado. Sin intentar cerrar la lista, hoy creemos que esos temas son los derechos fundamentales (también llamados derechos humanos en el ámbito internacional), la educación electoral, la educación vial, la educación tributaria y la educación financiera.

La innegable trascendencia teórica de los derechos fundamentales solo es superada por la urgente necesidad de formar a los futuros ciudadanos en su práctica. Todas las manifestaciones de desigualdad, de intolerancia y de violencia tienen en su base la ausencia de una conciencia social compartida acerca de los derechos fundamentales. Nos referimos a un estándar mínimo de conocimiento y práctica de los valores inmersos en tales derechos, que debe ser prioridad desde la educación primaria y que no debe abandonar los currículos académicos posteriores.

Lo anterior no es una novedad. El Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley n.º 28237 de 2004, establece en su sexta disposición final que

En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales.

Compete promover y supervisar esta tarea al Ministerio de Educación; a la Asamblea Nacional de Rectores, y a los Ministerios de Defensa y del Interior. El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación y difusión de la Constitución y textos básicos conexos (Congreso de la República, 2004, p. 18).

La norma legal citada avala íntegramente la noción sistémica que defendemos. El dispositivo establece la obligatoriedad de la enseñanza de los derechos fundamentales en todos los niveles educativos y compromete en dicha tarea a diversos sectores del Estado, con competencias inicialmente distintas, pero alineadas en la enseñanza y difusión de los derechos fundamentales (y de los procesos constitucionales a su servicio). Al ser órganos rectores los mencionados, la norma compromete también a todas aquellas dependencias descentralizadas a lo largo y ancho del país. Lo que hace falta es cumplir la norma, generalizando la teoría y la práctica de los derechos fundamentales como objetivo central, por encima tanto de los lineamientos comerciales que puedan preferir en los currículos una inversión educativa no alineada a los objetivos nacionales, como de la intención de una educación pública que intentando ser más «moderna» siga similar tendencia.

Escribir sobre la adolescencia es referirnos a futuros jóvenes y ciudadanos, ante quienes la educación electoral cobra importancia. Es lamentable ver cómo las personas, ante un proceso de elecciones políticas, muestran siempre las mismas dudas frente a diversos detalles asociados al ejercicio del derecho al voto. Es lamentable también ver cómo el Estado tiene que distraer recursos en atender esa brecha con variada información electoral; pero es más triste comprobar que los efectos de dicha inversión son solo momentáneos: nuevos comicios políticos exigen nuevas campañas informativas y el ciclo se repite una y otra vez. El tema no ha sido agendado como problema público, debido a lo cual nunca se ha diseñado una

política para su solución. La educación secundaria —al menos— es una oportunidad para asumir el asunto con seriedad y efectividad.

Pero la ciudadanía se ejerce en sociedad, la cual para su diario caminar reclama de los ciudadanos una mínima pero sólida educación vial. Nos referimos aquí a todo lo relacionado con el empleo de las vías públicas, sean carreteras, avenidas, calles, parques, veredas, señalización de vías, mobiliario urbano, uso de transporte público, entre otros. Se trata de ámbitos de convivencia social y de práctica de la ciudadanía que no podemos soslayar, que hacen crisis a través de toda la variedad de procesos judiciales asociados a su mal empleo. Aquí también indicaremos que tanto la educación primaria como la secundaria son dos buenas oportunidades para hacer del posterior recurso al sistema de justicia uno más equitativo, más preciso y demandante de menos recursos públicos.

Hay dos segmentos más de necesaria consideración. Uno es la educación tributaria, básica para que nuestros futuros ciudadanos conozcan de ese relacionamiento con el Estado, imprescindible para la producción de bienes públicos (concepto al que volveremos luego) y que mal llevado puede generar serias dificultades a cualquier ciudadano. Otro es la educación financiera, a fin de que nuestros adolescentes comprendan las ventajas que puede deparar una buena conducción de nuestras finanzas privadas, así como los posibles problemas que pueden surgir en caso contrario. Los endeudamientos solo generan más litigiosidad, estrés, costos de oportunidad y distraen un buen segmento de los recursos del sistema de justicia.

Gran parte de los conceptos citados en relación con el sistema educativo son avalados por instrumentos de gestión del sector. Comprobemos ello.

El Currículo Nacional de la Educación Básica aprobado por Resolución Ministerial n.º 281-2016-ED (vigente este 2021) establece

varios retos para la educación básica y el perfil de egreso, los enfoques transversales para el desarrollo del perfil del egresado, las definiciones claves para el desarrollo de dicho perfil y los estándares nacionales de la educación básica, bajo la forma de 28 competencias (Ministerio de Educación, 2017).

Entre los enfoques transversales figura el «enfoque de derechos», el cual considera el valor denominado «conciencia de derechos», que comprende las actitudes de «Disposición a conocer, reconocer y valorar los derechos individuales y colectivos que tenemos las personas en el ámbito privado y público» (Ministerio de Educación, 2017, p. 20). Los valores «libertad y responsabilidad» suponen la «Disposición a elegir de manera voluntaria y responsable la propia forma de actuar dentro de una sociedad» (Ministerio de Educación, 2017, p. 20). Seguidamente, el «enfoque de interculturalidad» comprende el valor de «justicia», que se refiere a la «Disposición a actuar de manera justa, respetando el derecho de todos, exigiendo sus propios derechos y reconociendo derechos a quienes les corresponde» (Ministerio de Educación, 2017, p. 22). Por su parte, el «enfoque ambiental» cuenta con el valor de «justicia y solidaridad» consistente en la «Disposición [...] a actuar en beneficio de todas las personas, así como de los sistemas, instituciones y medios compartidos de los que todos dependemos» (Ministerio de Educación, 2017, p. 25).

Entre las competencias que definen los estándares nacionales de la educación básica se lee «Convive y participa democráticamente», que comprende las siguientes conductas:

- Interactúa con todas las personas
- Construye y asume acuerdos y normas
- Maneja conflictos de manera constructiva
- Delibera sobre asuntos públicos
- Participa en acciones que promueven el bienestar común (Ministerio de Educación, 2017, p. 33).

Otra competencia es «Gestiona responsablemente los recursos económicos», por la cual el estudiante:

- Comprende las relaciones entre los elementos del sistema económico y financiero
- Toma decisiones económicas y financieras (Ministerio de Educación, 2017, p. 33).

Vemos cómo el Currículo Nacional de la Educación Básica desarrolla de manera directa o indirecta los tópicos que antes hemos mencionado, solo serían necesarios algunos ajustes y agregados para que la equivalencia sea casi total, además de lo más importante: acciones concretas para su cumplimiento. Podemos concluir entonces que el sistema educativo debe asumir el rol de necesaria etapa previa al sistema de justicia, con carácter formativo, preventivo y concientizador.

3. EL NECESARIO COMPONENTE ECONÓMICO

La economía es la ciencia de la escasez o, mejor dicho, de los recursos escasos; por ello es también la ciencia que estudia la manera en que las sociedades deciden la forma de utilizar tales recursos. En ese sentido, son cuatro las cuestiones fundamentales que como ciencia debe responder: ¿qué ha de producirse?, ¿cómo ha de producirse?, ¿para quién ha de producirse?, y ¿cómo se toman estas decisiones? La primera de las interrogantes compromete a su vez diversas preguntas, una de las cuales es decidir si determinado bien se debe producir en el sector público o el sector privado (Stiglitz y Rosengard, 2016, p. 43). En economía, la palabra «bien» engloba aquella de «servicio».

La decisión de producir un bien en el sector público o el sector privado —de distinguir si un bien será público o privado— pasa por identificar si en su consumo existe rivalidad o no y si en su consumo se puede introducir una exclusión o no. Existirá rivalidad

en el consumo de un bien en el caso que, habiendo sido utilizado por una persona, no pueda ser utilizado por otra (ejemplo: si tomo un jugo, este ya no puede ser ingerido por otra persona); por el contrario, no habrá rivalidad en los casos en los que el consumo de una persona no impide o reduce el consumo de otra (ejemplo: la defensa nacional de un Estado presta el mismo servicio y cuesta lo mismo si nace un niño más o si emigra una persona más a nuestro país). Habrá exclusión cuando sea posible retirar a una persona de los beneficios de un bien (ejemplo: si compro una computadora personal, todas las demás personas quedan excluidas de los beneficios de dicho artefacto); no habrá exclusión cuando tal posibilidad no exista (ejemplo: no es posible excluir a un barco que navega cerca de un faro de los beneficios que este proporciona) (Stiglitz y Rosengard, 2016, p. 148).

Concluyendo, en términos generales, los bienes privados tienen las propiedades de consumo rival y de exclusión, los bienes públicos puros se caracterizan por el consumo no rival y la imposibilidad de excluir personas de sus beneficios; existen también los bienes públicos impuros, en los cuales no hay rivalidad, pero es posible introducir ciertas exclusiones (Stiglitz y Rosengard, 2016, pp. 148 y 153). En el caso de los bienes públicos impuros, el Estado suele cobrar una tasa a quienes se benefician de los bienes que produce, como parte del financiamiento de su producción (Stiglitz y Rosengard, 2016, p. 149). Conforme a lo antes precisado, dentro de los bienes públicos impuros se ubican los servicios con esa característica.

Creo que nuestros lectores ya adivinaron hacia dónde vamos. Sí, dentro del marco de la terminología económica empleada, en nuestro servicio de justicia, por un lado, no existe rivalidad en su consumo, pues el uso del servicio por una persona (que alguien presente una demanda, por ejemplo) no impide a las demás utilizar

el servicio (ninguna otra se ve impedida de presentar su propia demanda). Por otro lado, es posible introducir exclusiones que influyen directamente en el acceso al servicio (dos ejemplos: todas las normas procesales enuncian requisitos de admisibilidad y existe una regulación anual de tasas judiciales).

Aclarado ello, vamos al problema. Es sabido que el Poder Judicial siempre tiene dificultades presupuestarias. El presupuesto público asignado y las tasas cobradas en todo el país (que conforman su financiamiento) no han sido suficientes para dotar a la organización de una adecuada (y propia) infraestructura —en cantidad y calidad—, no han permitido desarrollar una adecuada arquitectura digital e impiden dotar de los recursos manuales y técnicos necesarios (eso que todos llamamos «logística») sin perjuicio de brechas salariales, conceptos impagos y otras dificultades. Exigir más recursos y generar ingresos propios es necesario, pero quizá la solución no se encuentre solamente en ello. Veamos.

La idea recién mencionada, según la cual el Poder Judicial opera y se financia con un presupuesto anual y con los ingresos que percibe a título de tasas, constituye un axioma, es decir, una idea indiscutida, pero además indiscutible, pues no existe el planteamiento —por lo menos en nuestro país— de cómo el Poder Judicial podría operar sin ambas fuentes de sustento económico. Expresado de otra manera, la prestación del servicio de justicia requerirá de una previa inyección económica de parte del Estado y de un aporte concurrente a la prestación efectuado por los usuarios de este.

La erogación presupuestaria pública anual para el Poder Judicial, como el gasto de los usuarios del servicio de justicia, podría no reducirse en su monto pero sí ganar en eficiencia y eficacia. Para que sea más eficiente, los fondos recibidos por ambos conceptos tendrían que gastarse con mayor precisión con la posibilidad de algún ahorro o alguna mejora del servicio. Para que sea eficaz,

dicho dinero tendría que gastarse asegurando la continuación del servicio sin rivalidad y con las mismas exclusiones en su consumo. ¿Cómo podrían lograrse ambos resultados?

¿Qué ocurriría si distribuyésemos la prestación del servicio de justicia en más etapas con menor escalabilidad entre estas? La pregunta tiene dos premisas que debemos explicar: etapas y escalabilidad.

El servicio de justicia se ejerce en etapas, de las cuales actualmente identificamos tres: una central, una anterior y una posterior. La etapa anterior o prejudicial comprende todos los medios alternativos que buscan solucionar o interrumpir conflictos evitando llegar a la etapa central. Aquí encontramos a la negociación, la mediación y la conciliación, por ejemplo. La etapa central o judicial, propiamente dicha, abarca desde la demanda hasta la sentencia o, comprensivamente, hasta que lo resuelto queda consentido o ejecutoriado (firme y con calidad de cosa juzgada). La etapa posterior se refiere a la ejecución de lo resuelto en sede judicial, en la cual se emplean mecanismos de ejecución forzada como también cumplimiento voluntario, reapareciendo la posibilidad de negociar la ejecución, de celebrar contratos acerca del cumplimiento, de novar la obligación, entre otras opciones. Las tres etapas importan presupuestos previos y gastos concurrentes. Si bien con distintas fuentes, son dos conceptos económicos que axiomáticamente —como queda indicado— acompañan al servicio de justicia².

Las tres etapas descritas funcionan y discurren sobre una lógica sucesiva: una sigue a la otra, una sirve de requisito a la siguiente. El servicio de justicia se cumpliría de manera escalable, al avanzar de una etapa a otra buscando alcanzar el fin del servicio mismo, el cual

2 Las jurisdicciones penal y arbitral tienen sus propias particularidades y etapas, diferentes internamente pero teleológicamente similares en una visión conjunta.

es solucionar las controversias jurídicas surgidas en la sociedad. Incluso esa lógica habita dentro de la etapa central, a través de la sucesión de actos procedimentales y de las jerarquías resolutivas (nociones que comprometen todo nuestro arsenal de conceptos procesales).

Volvamos a nuestra pregunta. Esta plantea y sugiere la posibilidad de más etapas y menos escalabilidad. ¿Qué significa ello? Pues que el servicio de justicia se extienda en más etapas y que todas estas sean capaces de solucionar la controversia surgida sin necesidad de escalar a la siguiente. Esa extensión sería incluso mayor, pues con lo visto en el tema educativo, debería formar a los ciudadanos y evitar el surgimiento de controversias; solo después aparecerían las etapas que den solución a las diferencias ya surgidas con sentido no escalable, tanto estructural como finalista.

¿Advirtió usted las implicancias económicas de lo anterior? Son varias. En principio, el presupuesto asignado se aplicaría con mayor laxitud, lo mismo que los pagos o las tasas de los usuarios, los cuales deberían recabarse en ocasiones más desconcentradas. La segunda es que las controversias podrían evitarse en considerable número, con un compromiso menor de ese presupuesto y de las economías de los usuarios. Otra consecuencia sería que, surgidas las controversias, estas podrían ser atendidas con la participación directa de los usuarios en la solución, acompañados de asesoría profesional permanente, de manera más distendida y más cerca de los usuarios mismos, evitando muchas externalidades negativas. Un cuarto efecto sería la mayor difusión, la aplicación y el desarrollo de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, la conciliación, el arbitraje popular (atención a eso) y otros. En quinto lugar, figuraría el hecho de alcanzar la etapa jurisdiccional solo en aquellos procesos que justificadamente demanden los recursos del Estado para su solución (tiempo, personas, arquitectura

digital y todo tipo de «logística»). Un sexto efecto sería la formación de un esquema que permitiría la construcción de una jurisprudencia más razonada (por el sistema en su conjunto), precisa (respecto de casos filtrados por todo el sistema) y fuerte (mayor predictibilidad, por todo lo anterior), con la revalorización del rol de la Corte Suprema. Otra consecuencia sería que todas las etapas anteriores podrían funcionar de manera más descentralizada, tanto física como tecnológicamente, reduciendo costos en cada etapa. Tendríamos como último efecto —por ahora, sin cerrar la lista— a la constitución del sistema de justicia en una herramienta de levantamiento de información no solo legal o jurisdiccional, sino también social, económica o demográfica, que podría cruzarse con otros sistemas en favor de labores educativas, sanitarias, de emergencia u otras.

4. LAS TECNOLOGÍAS DEL HOY Y DEL MAÑANA

Este es el punto de quiebre, una realidad compleja de herramientas y posibilidades que han llegado para impregnarse en todo, para cambiarlo todo, para transformar la sociedad, el derecho y el ejercicio de la función jurisdiccional. También hay riesgos. Nuestros conocimientos en derecho sustancial o procesal, nuestras habilidades o nuestra experiencia de despacho no serán suficiente contención. Detengámonos a exponer esto.

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, el estudio, la aplicación y la mutua renovación de la teoría y de la práctica (Jiménez Vivas, 2020, p. 174).

La ciencia nunca se aplicó directamente sino que lo hizo a través de la tecnología. El trabajo lítico, el control del fuego, la polea, la rueda, la escritura, la pólvora, la imprenta, la electricidad, etc., han realizado la ciencia en la práctica y la han retroalimentado. Ese rol es asumido actualmente por la internet (Jiménez Vivas, 2020, pp. 174-175).

Han existido cuatro tipos de tecnologías. La primera aumenta nuestra fuerza o resistencia física, destreza y capacidad de recuperación (el arado, la aguja de zurcir, el avión de combate). El segundo grupo extiende el alcance o la sensibilidad de nuestros sentidos (el microscopio, el amplificador). Un tercer grupo de tecnologías nos permite remodelar la naturaleza para que sirva mejor a la satisfacción de nuestras necesidades o nuestros deseos (el 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 (el ábaco, el sextante, el globo terráqueo, el libro, la máquina de escribir, la escuela, la biblioteca, la computadora o la internet). (Carr, 2016, citado por Jiménez Vivas, 2020, p. 175).

Pero el tema no ha quedado allí. Desde hace ya varios años, ha irrumpido un nuevo grupo de tecnologías, cuyas características las sitúan entre el segundo y cuarto grupo indicados. Hablemos aquí un poco —muy poco en realidad— de la telepresencia, de

la realidad aumentada, de la *blockchain* y de la inteligencia artificial. ¿En qué consisten realmente estos fenómenos tecnológico-económico-sociales?³

La telepresencia es la tecnología que permite burlar las distancias espaciales y diferencias horarias, pero no como lo hace la página web, el correo electrónico o, más aún, la mensajería instantánea, sino además estableciendo una presencia sincrónica perfecta entre dos o más personas que se encuentren en lugares y zonas horarias distintas. No se trata de una videoconferencia similar a los *softwares* Skype, Teams, Zoom o Hangouts Meet, con imagen más nítida o mejor sonido, sino de la coincidencia física total de los participantes, mediante su ubicación en ambientes con igual decoración e implementación y a través de pantallas con visión profunda y amplia, acompañadas de buen sonido y con todo tipo de detalles⁴. En el derecho, esto equivaldría a lograr la completa intermediación en la red: el discurso, el análisis y la exposición fluirían ordenadamente, la lectura u oralización de todo documento sería posible y el examen a cualquier persona se realizaría sin límites técnicos.

La realidad aumentada es otra tecnología que conocemos a través de su frecuente empleo en recientes películas de ciencia

-
- 3 Existen otras tecnologías: la «internet de las cosas» o IoT (para la que no hemos identificado una aplicación dentro del servicio de justicia), o la «nube» (que está teniendo aplicación en una primera capa como repositorio de información, sin que se aprecie tampoco alguna próxima utilidad de capas superiores). Si hubiese alguna novedad para ambas tecnologías en sede jurisdiccional, la incluiremos en otra publicación. De otro lado, se precisa que la mención de seis tecnologías no implica un sometimiento pasivo al «capitalismo de plataformas», sino una participación activa y propositiva en este, a partir de la información, las características y las necesidades de nuestros servicios; desempeñando un rol activo como consumidores y —por qué no— algún día como desarrolladores.
- 4 Susskind (2020, pp. 295-294) refiere las experiencias de la British Telecom en Martlesham, Inglaterra, en 1997, y otra de Cisco en el centro de Londres en el 2006. Los años referidos nos muestran una tecnología que, en la actualidad, ya cuenta con avances muy significativos.

ficción. La visión del mundo exterior del protagonista se superpone con información como, por ejemplo, el nombre de un transeúnte, la ruta hasta su destino, la estructura de un edificio, sea en formato visual o auditivo. La realidad aumentada o realidad híbrida está diseñada para mejorar y complementar la percepción de la realidad ofreciendo información adicional acerca del mundo que nos rodea. Tiene dos direcciones. Una facilita información complementaria y otra oculta aspectos complejos o intensos del mundo real (Suskind, 2020, pp. 296-297).

La realidad aumentada no sustituye a la física sino que imprime datos informáticos al mundo real. El usuario queda inmerso en un ambiente reconstruido a través de simuladores, donde sensores diseñados al efecto producen una impresión de aparente realidad (Mosches y Volfzon, 2015, p. 33). La realidad aumentada se estructura sobre la base de elementos diegéticos o reales, se compone de elementos no diegéticos o agregados para mejorar la experiencia del usuario, y ofrece a este una visión estereoscópica que hace posible percibir en tres dimensiones todos los objetos cercanos y en dos aquellos lejanos (por ahora). Desde la óptica jurídica, estamos ante una herramienta capaz de superar brechas informativas, idiomáticas y de acceso a la justicia, y hábil para auxiliar efectivamente a personas con diversas discapacidades.

Referirnos a la *blockchain*, en cambio, es tocar un tema mucho más amplio y relevante. La tecnología de bloques encadenados es de tipo fundacional y revolucionaria. Su antecedente o inspiración estaría en las grandes monedas de piedra en forma de disco usadas por los pobladores del pequeño estado Yap (integrante de la Federación de Estados de Micronesia), pero principalmente en el sistema de circulación centralizado que todos los pobladores conocen y consienten, que hace innecesario el traslado de las pesadas piedras⁵.

5 Ver el documental de Pancorbo (1993), en particular desde el minuto 27 hasta el 35.

La *blockchain* es un conjunto de unidades que permiten ingresar, controlar y compartir información en distintos computadores, memorias o servidores. Estas unidades, conocidas como «nodos», se encuentran interconectadas y situadas al mismo nivel. Operan siguiendo un único protocolo informático o conjunto de reglas que rigen todas las características y funcionalidades del conjunto. Después de un primer bloque (o bloque «génesis»), se van sumando uno a uno los demás, en la medida que las personas que participen acepten las reglas comunes y agreguen información a la cadena desde su nuevo nodo. La cadena que se conforma con los nodos interrelacionados no es controlada por alguno de estos, de tal forma que se convierte en una red descentralizada de información en permanente actualización. La data así compartida resistiría el peor accidente en la red, bastaría que uno de los nodos la conserve⁶. ¿Qué empleos o servicios podría brindar una estructura similar al derecho? Muchísimos. La respuesta un poco más adelante. Sigamos.

Las unidades de la cadena de bloques o nodos no son todas iguales. Algunos nodos son ligeros, pues no poseen una copia completa de la base de datos descentralizada sino información básica o mínima. Son los llamados «nodos *wallet*», que permiten efectuar transacciones de diverso tipo, destacan aquellas efectuadas con criptomonedas. Otros nodos son completos, ya que por oposición a los anteriores, sí comprenden una copia de la base de datos descentralizada. Un tercer tipo de nodos son los «nodos mineros», que se encargan de la tarea de validar todas las actividades que se realicen en la *blockchain*, y luego de cumplirla empaquetan dicha información, enviando esta a todos los nodos para que la incorporen en la base de datos descentralizada (Palomino, 2019, pp. 283-284).

6 «Blockchain.com» fue lanzada el 30 de agosto de 2011 por Peter Smith, Ben Reeves y Nicolas Cary. Sin embargo, la primera cadena de bloques fue «Bitcoin», lanzada entre los años 2008 y 2009 por una persona o agrupación de personas denominada «Satoshi Nakamoto».

¿Cuál es el primer ámbito jurídico en el cual ha explotado la tecnología *blockchain*? La actividad financiera. Por oposición a las bases de datos centralizadas de los bancos, la *blockchain* permite a los tenedores de capitales y a los buscadores de financiación poseer toda la información que necesitan. La existencia de las monedas virtuales *bitcoin* (BTC), *bitcoin cash* (BCS), *litecoin* (LTC), EOS (EOS), *ether* (ETH), *dogecoin* y otras tantas —todas operando a partir de redes *blockchain*—, así como la incursión de las «finanzas descentralizadas» (DEFI), son prueba de ello.

Un segundo espacio jurídico será el del derecho de bienes (nuestros tradicionales derechos reales), en el cual muchos bienes pueden ser protegidos, difundidos y comercializados por sus propietarios o autores mediante la *blockchain*. Es lo que viene ocurriendo con las obras de arte, las cuales, digitalizadas, pueden ser aprovechadas económicamente por sus autores de diversas maneras mediante los NFT o «tokens no fungibles» (Caparroso, 2021), además de servir para la obtención de préstamos. El tema abre muchas posibilidades contractuales, muchas de estas realizables en la misma *blockchain* mediante los denominados *smart contracts*.

Otro ámbito es el derecho registral, cuyos principios (legalidad, legitimación, fe pública, publicidad y tracto sucesivo) son compatibles con la tecnología *blockchain* (Palomino, 2019, pp. 292-297). En cuarto lugar, la cadena de custodia en las investigaciones penales puede organizarse mejor en una *blockchain*, utilizando como criterios qué especies se hayan encontrado en las diligencias de investigación y en cuántas de estas hayan sido recogidas. En derecho procesal podríamos imaginar a los abogados de una materia o un territorio inscritos todos en una *blockchain*, sus procesos aparecerían como pequeñas cuentas (como nodos de una *wallet*) y recibirían por esta vía todas sus notificaciones (o hasta presentarían «escritos»), con la garantía de la presencia de todos los abogados participantes y sin distraerlos en demasía.

Cabe terminar este punto indicando que ya existen iniciativas que, centrándose en nichos fuera de los ámbitos judiciales, de tipo estrictamente comercial o arbitral, o conflictos con requerimientos probatorios menores, promueven el ejercicio de la función jurisdiccional fuera de los límites estatales, completamente bajo dirección privada, dentro de entornos de la *blockchain*. El primero fue quizá el de eBay con su «eBay’s resolution center», mediante el empleo de dos mecanismos de resolución de disputas en línea⁷. En América tenemos la iniciativa de «Kleros», autocalificada como la herramienta de disrupción de la *blockchain* en materia de transformación de sistemas de justicia, la cual plantea un servicio de justicia privado, totalmente excluyente de aquel estatal, mediante jurados incentivados para resolver con predictibilidad tanto por un algoritmo como por un beneficio económico, y ofreciendo una ejecución automatizada e inmediata de lo resuelto⁸.

La inteligencia artificial será la última tecnología acerca de la cual trataremos brevemente, aunque también nos convocará más líneas. Debemos empezar reconociendo que se trata de un sustantivo que ha recibido un empleo erróneo y diverso, sea por exceso, por imprecisión o por indefinición de su contenido. Empecemos clarificando el panorama en torno a la inteligencia artificial, hagamos algunas clasificaciones, definamos sus alcances, para luego explorar en qué medida puede ingresar en el mundo del derecho y de la función jurisdiccional.

7 Siguiendo a Susskind (2020, p. 128), eBay llegó a resolver hasta el 2017 la cifra de 60 millones de desacuerdos entre comerciantes y clientes, utilizando para ello dos mecanismos de resolución *online* de conflictos (ODR): una negociación *online* estructurada dirigida por el personal de eBay, sin intervención de terceros, y un proceso de adjudicación *online*.

8 El director de Kleros (<https://kleros.io/>) promocionó un evento en el 2020 con un video en el cual preguntaba «¿Imaginas un mundo sin banqueros, sin abogados, sin políticos?» e indicaba que la *blockchain* «está disrumpiendo a las finanzas, a las leyes y a los gobiernos».

Una aproximación al tema nos lleva a identificar una primera concepción de la inteligencia artificial comprensiva de las distintas herramientas, los procedimientos y las técnicas utilizadas para la aplicación de la tecnología. Esta es seguida por una segunda concepción de carácter funcional u operacional que se refiere a los programas que dirigen a tales herramientas. Hasta aquí, tenemos una visión de la inteligencia artificial dual, referida a las máquinas informáticas o *hardware* y a los programas informáticos o *softwares*. La primera etapa evoca lo que conocemos como tercera revolución industrial, aquella que a partir de 1969 llevó al mundo hacia una producción electrónica y automatizada, mientras que la segunda apunta a la cuarta revolución industrial, en pleno desarrollo.

Podemos clasificar a la inteligencia artificial. En primer lugar, encontramos a los sistemas que desarrollan tareas claramente definidas y limitadas, que conforman la inteligencia artificial débil o específica, carente de todo estado cognitivo. En segundo lugar, se ordenan las máquinas y los programas capaces de realizar la mayoría de las tareas que pueden desempeñar los seres humanos, agrupadas en una inteligencia artificial fuerte o general, poseedoras de grados de conciencia. En tercer lugar, podemos considerar una «superinteligencia» artificial, integrada por sistemas que funcionan a un nivel muy superior a las capacidades actuales de los seres humanos (Susskind, 2020, pp. 307-308). En la actualidad, los programas y las máquinas que hemos desarrollado pertenecen al tipo débil o específico e incursionan en el amplio espacio de la clase fuerte o general; la superinteligencia sería aún una construcción teórica.

La inteligencia artificial no es más que el conjunto de *softwares* que están en la base y permiten el funcionamiento de nuestros sistemas informáticos. El sustantivo «inteligencia» esconde la pregunta, la duda o la certeza acerca de la forma en que dichos programas «aprenden», es decir, sobre cómo incrementan, hacen más variado y más preciso su trabajo. Al respecto, son tres los conceptos que se

encuentran en la base de la inteligencia artificial: los datos, la capacidad de procesamiento y los algoritmos. El avance paralelo y conjunto de los tres permite a la inteligencia artificial lograr desarrollos incrementales (cuantitativos) y extensiones funcionales (cualitativas).

El mundo jurídico ya está recibiendo la influencia de la inteligencia artificial. Las *legaltechs* cada día incursionan más en la prestación de servicios *online*, en la redacción de contratos y documentos legales, así como en la investigación legal con *softwares* especializados. Nuevos espacios jurídicos como el análisis de datos legales, las operaciones legales, el análisis de procesos legales o la dirección de procesos legales utilizan la inteligencia artificial. Las empresas *fintech* y los *softwares* de gestión de despacho legal también lo hacen. Asimismo, es común encontrarla en las áreas de atención al usuario (los *boot*, por ejemplo, están ya por todas partes), contratación en línea u otras de diversas empresas. Las áreas legales del sector público aún no experimentan un gran empleo de la inteligencia artificial, situación que poco a poco cambiará. Al menos, en otras latitudes ya existen tribunales que utilizan inteligencia artificial en los servicios que prestan a sus usuarios⁹.

9 De acuerdo con Susskind (2020, p. 204), herramientas de inteligencia artificial son empleadas para ayudar a redactar reclamaciones y alegatos y para asistir a las partes a analizar los posibles resultados de un litigio, como el introducido en el 2017 en la «First Intermediate People’s Court» de Pekín, que al parecer podría responder a más de 40 000 preguntas legales diferentes.

Por otro lado, la Comisión Europea —órgano de la Unión Europea (UE)— está preparando un ordenamiento jurídico para la inteligencia artificial (IA) conformado por un Reglamento (máximo rango europeo) y un Plan Coordinado entre todos los Estados miembros. Su objetivo será reforzar el liderazgo de la UE en temas de IA, centrarla en el ser humano (IA confiable, sostenible y segura) y fomentar la excelencia (en su creación, investigación e innovación). La función jurisdiccional será alcanzada en temas diversos (derechos fundamentales, identificación de personas, probática y otros).

5. UNA FUTURA ESTRUCTURA PARA UN NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA

Nuestras cortes superiores, imaginadas sobre los territorios de las intendencias virreinales (cuya subdivisión posterior caracterizó al siglo XX y continúa en el siglo XXI), son el esquema territorial que rige a nuestro Poder Judicial. En cuanto al organigrama institucional, este empieza con los juzgados de paz y se erige hasta las salas supremas, siguiendo el mismo encuadramiento jerárquico republicano (con cambios de denominaciones y aparición de diversas secciones especializadas). Desde su fundación, nuestra organización se ha dedicado a enfrentar conflictos ya surgidos en la sociedad, asumiendo la función de solucionarlos con la aplicación del ordenamiento jurídico, sea reconociendo derechos, asignándolos, estableciendo restricciones, atribuyendo responsabilidades o imponiendo sanciones. Lejos de superar su diversa problemática (entre la que destaca la variada e indomable carga procesal), la pandemia nos mostró a un Estado que, luego de no visionar el futuro de la transformación digital, ha tenido que saltar hacia el interior de esta con herramientas limitadas y con pocas competencias personales no aprestadas para el nuevo entorno sociotecnológico.

Todo lo anterior discurrió durante los ya doscientos años de vida republicana sin considerar la influencia de los ámbitos educativo, económico y tecnológico antes presentados; sin advertir que la organización así planteada toleró la generación de costos de todo tipo, de externalidades negativas y de brechas socioculturales que en su conjunto complicaron y todavía dificultan la formación de un proyecto de nación para nuestro tercer siglo de independencia (¿tenemos alguno claro para el bicentenario?). Los márgenes de deslegitimación que nos asaltan (junto a otras organizaciones del Estado y de la sociedad) brotan de diversas causas, pero fluyen desde lo estructural. Hemos tenido planes de reformas, nunca uno de transformación. Bajo el argumento de rechazar el peligro, el

apresuramiento o la imprudencia, se ha consagrado un estado de cosas (de discurso, de redacción, de estilo gerencial, etc.) distante de las necesidades y expectativas de los usuarios de nuestro servicio, que a través de las décadas han cambiado, se han reorganizado y muestran facetas socioeconómicas inimaginables incluso a fines del siglo XX.

¿Qué nos dice la variable educativa? Que el espectro de la función jurisdiccional debe empezar allí, de manera consciente y articulada. ¿Qué nos informa el ingrediente económico? Que la función jurisdiccional debe extenderse, salir de sus espacios tradicionales e incursionar en los ámbitos de la sociedad a la cual atendemos, disgregando sus funciones y poderes de manera paulatina, en etapas destinadas a lograr los fines de ordenación y pacificación de la sociedad. ¿Qué nos señala la clave tecnológica? Que es posible formular una reorganización sobre sus hombros, considerándola como una premisa que crecerá en el siglo XXI, haciendo imposible no otorgarle un lugar preferente, bajo pena de mayores costos y deslegitimación ante la población.

Sin pretensiones de dar una receta fija o única, y alejados de cualquier dogma y de plazos cortos, vemos que una política jurisdiccional para el siglo XXI tiene que establecerse cuidando que marche a la par de la sociedad. La identificación de algunos problemas sociales con innegables y distintas consecuencias jurídicas e impacto en el sistema de justicia constituye el reconocimiento de que la función jurisdiccional debe pensarse en una primera etapa desde el sistema educativo. La educación primaria y luego la secundaria son la primera posibilidad de formar ciudadanos con conocimientos simples pero básicos y armónicos sobre elementos centrales de su futura interacción como ciudadanos con el Estado y con la sociedad. Y no nos referimos a un cúmulo de información sino a materias específicas (hemos presentado algunas) que tienen un aspecto teórico, pero también fines formativos prácticos,

alcanzables con el empleo de las tecnologías que resulten más idóneas y ofrezcan mayor uso. Las brechas digitales serán un desafío de necesaria atención, pero de ninguna forma un obstáculo insalvable.

En la memoria queda el curso Educación Cívica, con una hora arrinconada al inicio o final de la jornada y sometida a cualquier actividad extracurricular que se programase, lo que desintegraba toda posibilidad para dicho curso. Se trata de un triste antecedente —de una oportunidad perdida— que no replanteamos. Hemos visto cómo el actual currículo educativo contiene elementos que —identificados y ordenados programáticamente— permitirían, a través de más de una materia escolar, cumplir con la formación en los temas que aquí proponemos. Existen especialistas en el tema que con mayor autoridad podrían efectuar muchas sugerencias. Un mapeo de actores en la etapa de diseño de la política jurisdiccional debe considerar a estos profesionales y al segmento estatal o privado que los agrupa. La información manejada en torno a esta propuesta debería ser un insumo objeto de publicidad como premisa básica en otros espacios jurisdiccionales.

Lo que seguiría sería una segunda etapa. Este momento o esta franja nacional tendría un carácter básicamente informativo y de refuerzo. Partiendo de resúmenes de la educación recibida en las escuelas, esta etapa estaría destinada a informar a todas las personas acerca de lo que significa relacionarse con otras dentro del ordenamiento jurídico, en qué consiste tal o cual contrato, cómo puedo solucionar cualquier conflicto que emane de estos, cuáles son los alcances de tal derecho o de tal obligación, cómo puedo ingresar al ámbito jurisdiccional, sobre qué versa tal o cual litigio, etc., siempre en términos generales. Esta franja manejaría estilos de discurso, de redacción, de disposición física, de diseño de documentos, de colores y formas intencionalmente distintos de aquellos en general jurisdiccionales.

Sería una labor extendida, a cargo de los órganos descentralizados de base del Estado: las municipalidades. Podrían participar algunas ONG u otras instituciones; incluso la Defensa Pública del Ministerio de Justicia podría adelantar alguna de sus tareas. Todos los órganos participantes tendrían que manejar similar información, por medio de abogados *in house* (integrantes de la estructura de tales organizaciones o no) bajo supervisión del Ministerio de Educación y del Poder Judicial. La intervención del primero llegaría solo hasta este punto.

El siguiente momento de actuación del sistema de justicia, o tercera etapa, sería una destinada a evitar el surgimiento de conflictos. Este sería el espacio para formas autocompositivas como la negociación y la mediación. Estas podrían presentarse sucesiva o alternativamente, en infraestructura presencial o digital apropiada para ello, con un registro de las actividades realizadas, con actuaciones caracterizadas por su informalismo en favor de un mejor clima, propicio para el trato directo, teniendo al lado los recursos profesionales necesarios que permitan formalizar conforme a ley cualquier solución a la que puedan arribar los usuarios. Es un terreno para la gestión privada, con costos de acceso que una amplia red de abogados con auxilio tecnológico haría disminuir, además de recojo de información permanente y concurrente por parte del Poder Judicial, como ente rector del sistema de justicia. Esta etapa se cumpliría sobre estilos de discurso, de redacción, de disposición física, de diseño de documentos, de colores y formas intencionalmente diferentes de aquellos en general jurisdiccionales. Es un campo para la apertura interdisciplinaria.

La negociación tiene como base el inicio de comunicación entre las partes de un conflicto, sin intermediarios, para intercambiar puntos de vista en búsqueda de una solución. Los intervinientes llegan a puntos precisos y claros, con el fin de estructurar de manera conjunta un acuerdo por el cual maximicen sus resultados

en mutuo beneficio, obtengan más ganancias que pérdidas y resuelvan la controversia que los separa (Pinedo Aubián, 2017, p. 78). Por su parte, la mediación es otra forma autocompositiva que se realiza con la participación de las partes y de un tercero, el cual colabora con estas cumpliendo el rol de moderador y facilitador, sin formular recomendaciones ni sugerencias sobre el tema objeto de la diferencia (Pinedo Aubián, 2017, pp. 79-80). Pensamos que sería la ocasión para que intervengan unos importantes agentes del sistema de justicia: los colegios de abogados. También sería un espacio para la participación de las facultades de derecho a través de sus oficinas especializadas, con el consiguiente acercamiento de sus estudiantes al sistema de justicia así estructurado.

La cuarta etapa del sistema de justicia tendría como objetivo solucionar los conflictos que surjan antes de que se expandan y generen más costos a la sociedad (de tiempo, de dinero y demás recursos, incluso de salud mental). Sería una etapa pensada para formas heterocompositivas de solución de contiendas. Nos referimos fundamentalmente a dos: a la conciliación y el arbitraje popular. También sería un espacio para la gestión privada con recojo concurrente de data por parte del Poder Judicial como ente rector, así como una oportunidad para el trabajo interdisciplinario.

La conciliación es la acción destinada a componer, concordar o avenir a las partes en conflicto con el objeto de evitar un pleito o concluir el ya iniciado, realizada con la intervención de un tercero con un rol más activo que el de un mediador, pues no solo guía el procedimiento y actúa como facilitador entre las partes, sino que, a diferencia de este, tiene la facultad de proponer a las partes fórmulas de solución no vinculantes, las cuales pueden ser aceptadas por estas (Pinedo Aubián, 2017, pp. 80-81). Pensamos que esta etapa también sería un escenario adecuado para el arbitraje popular, que debería ser promovido previamente para su inclusión en los diversos actos jurídicos que se puedan celebrar, asegurando

de antemano la existencia de una vía de solución para cualquier desavenencia. Es aquí aplicable lo indicado acerca de los colegios de abogados y de las facultades de derecho al tratar la tercera etapa.

La difusión de las herramientas de solución de conflictos en todo el país permitiría reducir los costos a niveles que no dificulten el acceso de los ciudadanos. Tanto la conciliación como el arbitraje tendrían que realizarse dentro de una infraestructura presencial o digital idóneas para sus fines, con los recursos necesarios para formalizar inmediatamente cualquier solución a la que lleguen las partes intervinientes. Los estilos de discurso, de redacción, de disposición física, de diseño de documentos, de colores y formas también tendrían que gestionarse con oposición a los siempre utilizados en sede jurisdiccional.

Recién en la quinta etapa encontraríamos a la jurisdicción propiamente dicha, como agente heterocompositivo estatal representado por sus juzgados y salas. Pero no serían estos los mismos órganos que conocemos, sino otros distintos que inicien, implementen o sigan algunos de los diversos «elementos de la jurisdicción del futuro», que hemos descrito en nuestro artículo del mismo nombre (Jiménez Vivas, 2020), u otros que desarrollen mejores criterios. En apretada síntesis, esta tercera etapa debería albergar una jurisdicción moderna con competencias personales medidas, con actores de política considerados en su diseño, con unidades informatizadas centralizadas de gestión de la información específica de los procesos judiciales, con unidades informatizadas descentralizadas de gestión de la información general de los mismos procesos, con mensajerías e identidades digitales que den efectividad a las notificaciones y toda comunicación, entre varias sugerencias que, con antelación, podrían entenderse como muy onerosas, cuando no es así.

El esquema propuesto generaría un efecto adicional: revaloraría la misión esencialmente casatoria de la Corte Suprema. A través de sus salas, esta tendría como su prioridad la generación de

jurisprudencia que interprete nuestro ordenamiento jurídico. Esta circunstancia tendría un efecto favorable sobre el presupuesto judicial y evitaría muchos costos a la sociedad, tema este acerca del cual ya se ha escrito.

6. IDEAS FINALES

La interdisciplinariedad es una de las claves del futuro. Contra lo que pudiese pensarse de manera rápida, esta no representa dispersión, caos o superficialidad, sino todo lo contrario, dado que impone un nuevo orden, una renovada visión, distintos métodos y una apertura de criterios que suman: cualquier objeto termina revelando sus secretos ante más y diferentes ojos, ante disímiles observadores y con tiempos y técnicas distintas. En realidad, la interdisciplinariedad es una apuesta contra lo rápido, lo fácil y lo superficial, que observa una planta desde la raíz hasta todas las hojas para identificar si esta es una mala hierba o un árbol que dará sombra, cobijo, frutos, madera y más.

Un ejercicio interdisciplinario, sistémico y holístico nos ha permitido presentar una noción básica de lo que podría ser una mejor estructura de la función jurisdiccional como sistema funcional, como política pública nacional, como servicio público orientado a mejorar la experiencia de nuestros usuarios, como elemento formador de ciudadanos, como oportunidad para atender no solo brechas tecnológicas, sino también antropológicas y sociológicas (mediante los estudios correspondientes), como ocasión para reelaborar nuestros procesos comunicativos (no solo informativos, pensando en el «otro», en el que es «distinto») y, en general, como parte de un proyecto de nación hasta hoy inconcluso. Esta propuesta —con nuestros propios fundamentos— continúa las ideas vertidas en Jiménez Vivas (2020), pero, además, abandona la noción de «función jurisdiccional» y salta hacia la de «sistema de justicia». Hemos organizado la propuesta en cinco etapas.

Una directriz común a todas las etapas sugeridas es compartir una matriz tecnológica amplia, diversa, intensiva y en crecimiento. Aun cuando ya hemos referido el tema en cada etapa, cabe detenernos a explicar algo más. Quedan presentadas algunas tecnologías, las cuales, si bien no son nuevas, se encuentran en un proceso de avance hacia todas las actividades que se cumplen dentro de la empresa privada, la sociedad, el Estado. Estas tecnologías nos ofrecen un sinnúmero de oportunidades para aprovechar, pero también presentan riesgos que debemos conocer. No estamos ante un cambio digital, consistente en la integración de cuatro o cinco herramientas a nuestro trabajo, mientras conservamos estructuras, estilos gerenciales, flujos de toma de decisiones, discursos y redacción del pasado. Nos encontramos ante una transformación digital que debemos identificar y entender en toda su magnitud: no hacerlo solo generará al país más costos de tiempo, de dinero, de conflictividad (individual y social), de expectativas de justicia no atendidas, de deslegitimación y de salud mental. No hay que trabajar apurados, el modo urgente es inevitable en toda organización, pero su preponderancia solo significa que antes no se ordenó el trabajo. Precisamente hay que trabajar en orden. Lo más importante será empezar.

El esquema propuesto impacta sobre el trabajo legal. Una transformación compromete a todos, sistemas completos son involucrados inevitablemente: negarlo o no aceptarlo solo significa alimentar a los problemas o convertir en tales a situaciones que aún no lo eran. Como siempre, lo más importante son las personas. Queda mencionado el tema de las competencias personales, lo cual es responsabilidad del sistema educativo y luego del sistema de justicia. Las facultades de derecho y los colegios de abogados jugarán un rol importante. Con el esquema planteado u otro cualquiera destinado a aceptar, utilizar y gestionar las herramientas informáticas mencionadas, serán necesarios abogados con nuevas competencias,

que hayan transitado por sistemas de formación, reclutamiento, selección, inducción y capacitación más exigentes, pero a su vez más diversificados, con más oportunidades en todas las etapas descritas, con especialidades y nuevas opciones que aparecerán durante la ruta. La transformación digital impactará seriamente al mercado legal, en distintas y más formas de las que ya lo ha hecho. ¿Deseamos acaso que todo siga igual, con los mismos problemas e insatisfacciones? En cualquier caso, la transformación digital avanza sin recabar nuestra aceptación.

¿Y cómo así la tecnología se atreve a desafiarnos? La tecnología no ha puesto estas condiciones sino nosotros mismos. Pongamos un ejemplo. Para ir a nuestra escuela o universidad, a la sede de nuestro trabajo, o si queremos visitar a un familiar (fuera de pandemia, claro está), utilizamos vehículos que pueden ser autos o buses. ¿Qué es lo que realmente deseamos, viajar en un auto o bus, o llegar a nuestro destino? Veamos otro ejemplo. Siempre hemos ido de compras a bodegas o mercados en búsqueda de abarrotes, verduras, carne o frutas para nuestra alimentación. ¿Qué es lo que realmente buscamos, visitar tiendas y mercados o conseguir nuestros alimentos? Ante el primer ejemplo, si apareciese la manera de llegar a nuestro destino sin utilizar autos o buses, nadie se empeñaría en manejar ni se preocuparía por los taxistas o los choferes de los buses, ya que podríamos lograr nuestro objetivo sin su concurso. Hemos puesto el segundo ejemplo, pues el *delivery* ya nos permite recibir nuestros alimentos sin tener que visitar los centros de abasto.

Los dos ejemplos nos muestran que los seres humanos deseamos un resultado, más allá de la tecnología reinante. Desarrollamos actividades, seguimos procedimientos, asumimos costos, etc., para alcanzar un resultado o algo que se le parezca, motivo por el cual estamos preparados para abandonar esas actividades y esos procedimientos si aparecen otros que, con menor onerosidad y demora,

nos proporcionen lo que buscamos. Todos los bienes y servicios se han sometido a esa regla durante la historia, a la cual conocemos como obsolescencia. Considerar que los servicios jurídicos en general y jurisdiccionales en especial escapan a ello es insistir en un error. De nosotros dependerá si nos sumamos a la transformación digital (aprovechando sus oportunidades y resguardándonos de sus riesgos) o si dejamos que nos consuma en su vorágine.

A manera de apunte adicional, hay otro tema que atraviesa a nuestra propuesta. No es un tema jurídico, tampoco es contable, como no es psicológico o educativo, ni militar y menos culinario, pero guarda el potencial para servir en todos estos terrenos. Nos referimos al diseño, hoy relacionado con el acceso, los costos, la confianza, la comprensión y, en general, con toda la compleja relación existente entre las organizaciones comprendidas dentro del sistema de justicia con sus usuarios. Al respecto, podemos afirmar —de acuerdo con una de nuestras fuentes— que el diseño nos llevará a desarrollar sistemas que puedan guiar a los usuarios por áreas complejas de la ley; sustituir grandes volúmenes que rigen el proceso judicial por normas más simplificadas, muchas desconocidas para los usuarios; y desglosar el proceso en partes menos imponentes y más manejables; ir más allá del texto, utilizando animaciones, viñetas, videos, organigramas y otras guías visuales (Susskind, 2020, p. 156). El diseño puede nutrirse de todas las tecnologías mencionadas y puede transitar a través de las variantes y elementos de estas.

Como otro apunte, consideramos un error la orientación del currículo de más de una facultad de derecho hacia temas y prácticas de estricto litigio. Si bien se trata de una respuesta comercial ante modelos procesales objeto de implementación en el país, estamos también ante una ficha más que se coloca luego del largo dominio de elementos que sostienen una sociedad conflictiva, una cultura del enfrentamiento, un modelo de abogado litigante agresivo, una

fuente de más carga procesal y, en general, una postura contraria al interés de formar una nación sobre las premisas del acuerdo, del consenso, del diálogo y de la conciencia de trabajo en equipo. No nos extrañemos cuando, después, veamos a nuestros representantes enfrentados entre sí o con el ejecutivo durante meses y meses sin solución, en clara demostración de la práctica de una cultura con cuyo mantenimiento todos colaboramos (con la que todos perdemos a la larga). Podemos elegir una opción, pero que sea con la responsabilidad de aquella que descartamos. La educación a todo nivel es el punto de inicio, es central y es la ruta de reinicio. Nuestros más variados conocimientos de derecho sustancial o procesal no pueden negarlo. Entonces, ¿por qué no pensarla como parte inicial de nuestro sistema? En este trabajo hemos ofrecido varias razones para ello.

Con la economía ocurre otro tanto. Entre sus conceptos básicos aparecen algunos que nos permiten entender y reaprender la esencia del servicio de justicia como un bien que produce el Estado sin rivalidad, pero pudiendo introducir algunas exclusiones (concepto este antes explicado y de tipo económico, no de derecho constitucional, atención). Tal aproximación económica nos señala cómo una reestructuración de la función jurisdiccional podría reducir los costos de su operación, en cuanto a su presupuesto como en cuanto a los costos que emanan de los conflictos mismos, al asignar derechos o establecer responsabilidades. Lo bueno no necesariamente es caro, el tema pasa por identificar qué necesitaré mañana y gestionarlo desde hoy. Nuestra propuesta plantea un reto de gestión sistémica, con una rectoría clara, para un servicio clave e imprescindible en cualquier proyecto de nación con la visión puesta en nuestro tercer siglo como país.

Estamos seguros de que las observaciones a nuestra propuesta han brotado rápidamente a lo largo de su lectura. Si eso ha ocurrido, hemos logrado un primer objetivo: agendar el tema dentro

del debate. Si usted se ha interesado en uno o más de los tópicos que hemos incluido, hemos alcanzado un segundo objetivo: dotar de efectivo carácter intersubjetivo a nuestros pareceres. En caso de que hayamos obtenido su acuerdo o aprobación, sí tendremos un problema: habrá surgido una obligación, la de seguir investigando acerca de esta intersección de educación, economía, política, servicio, sociedad, derecho, jurisdicción y tecnología. Como somos optimistas, asumimos esta tercera opción y la consecuencia señalada. Se trata de un largo camino que ya habíamos iniciado y que este escrito sigue, nuevos trabajos lo continuarán.

Hay viajes que debemos emprender hoy, por nuestra voluntad y a nuestro ritmo, pues mañana tendremos que iniciarlos por obligación, con mayores y variados costos, con menos herramientas preparadas y con más desacuerdos.

REFERENCIAS

- Caparroso, J. (2021, 17 de marzo). Criptoartista colombiana vendió todas sus obras de estreno como NFT en menos de 24 horas. *Forbes Colombia*. <https://forbes.co/2021/03/17/tecnologia/cripto-artista-colombiana-vendio-todas-sus-obras-de-estreno-como-nft-en-menos-de-24-horas/>
- Carr, N. (2016). *Superficiales. ¿Qué está haciendo internet con nuestras mentes?* Taurus.
- Congreso de la República (2004). Ley n.º 28237. Código Procesal Constitucional. Lima: 31 de mayo de 2004. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0002/5-codigo-procesal-constitucional-ley-n-28237-1.pdf>
- Consejo Nacional de Política Criminal (2017). *Adolescentes infractores en el Perú. Boletín VI-2017*. https://www.oijj.org/sites/default/files/documentos/boletin_n6_adolescentes_infractores_2017.pdf

- Defensoría del Pueblo (2019). Nota de prensa n.º 175/OCII/DP/2019. Defensoría del Pueblo advierte preocupante aumento del trabajo en adolescentes. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/06/NP-175-19.pdf>
- Jiménez Vivas, J. E. (2020). Elementos de la jurisdicción del futuro: una experiencia web, una propuesta y una visión. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 12(14), 171-207. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/298/410>
- Ministerio de Educación (2020). 2016-2019. Deserción escolar. En Estadística de la Calidad Educativa (ESCALE). <http://escale.minedu.gob.pe/ueetendencias2016>
- Ministerio de Educación (2017). *Currículo Nacional de la Educación Básica*. <http://www.minedu.gob.pe/curriculo/pdf/curriculo-nacional-de-la-educacion-basica.pdf>
- Mosches, M. y Volfzon, G. (2015). *Escuela y conectividad*. Bonum.
- Palomino, S. (2019). Una breve introducción a la tecnología blockchain y sus repercusiones en el derecho registral. *Revista del Foro*, (106), 281-299.
- Pancorbo, L. (1993, 26 de septiembre). *Yap, el dólar de piedra*. [Documental]. Radiotelevisión Española. <https://www.rtve.es/alacarta/videos/otros-pueblos/otros-pueblos-yap-dolar-piedra/1978887/>
- Pinedo Aubián, M. (2017). *La conciliación extrajudicial*. Gaceta Jurídica.
- PQS (2015, 3 de agosto). El 50% de los jóvenes de hasta 25 años tienen deudas con sus tarjetas de crédito. PQS. <https://pqs.pe/actualidad/economia/el-50-de-los-jovenes-de-hasta-25-anos-tienen-deudas-con-sus-tarjetas-de-credito/>

- Stiglitz, J. y Rosengard, J. (2016). *La economía del sector público* (4.^a ed., trad. María Esther Rabasco). Antoni Bosch editor.
- Susskind, R. (2020). *Tribunales online y la justicia del futuro* (trad. GEA Textos). La Ley.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 59-102

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.390

La renuncia de área como medio de saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas de predios urbanos

The renunciation of perimeter area as a means of sanitation of the area, boundaries, and perimeter measurements of urban properties



JORGE LUIS GONZALES LOLI
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: jlgonzales@pucp.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4916-4076>

RESUMEN

En el presente artículo se efectúa un análisis a la regulación, la operatividad y la eficiencia del procedimiento registral de «renuncia de área» como medio de saneamiento incorporado a través del Pleno CIX del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Se destacan aspectos doctrinales y jurisprudenciales en torno a su reglamentación y utilidad práctica, con la finalidad de evaluar su funcionalidad y la posible necesidad de mejoras normativas. Previamente, para lograr un mejor entendimiento del tema planteado, enunciaremos los aspectos más

relevantes de los demás procedimientos de saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas que, en vía judicial, notarial y registral, son aplicables a los predios urbanos.

Palabras clave: renuncia de área; linderos; medidas perimétricas; saneamiento.

ABSTRACT

This article analyzes the regulation, operability, and efficiency of the registration procedure of «renunciation of area» as sanitation means incorporated through the CIX Plenary Session of the Registry Court of the National Superintendence of Public Registries. Doctrinal and jurisprudential aspects are highlighted regarding its regulation and practical utility, to evaluate its functionality and the possible need for regulatory enhancements. Previously, to achieve a better understanding of the issue, we will describe the most relevant aspects of the other sanitation procedures of areas, borders, and perimetric measurements that apply to urban properties in judicial, notarial, and registry proceedings.

Key words: area renunciation; borders; perimeter measurements; sanitation.

Recibido: 17/05/2021 Aceptado: 25/05/2021

1. CONCEPTO DE SANEAMIENTO DE ÁREA, LINDEROS Y MEDIDAS PERIMÉTRICAS

De acuerdo con nuestra normatividad, esta figura comprende tanto la determinación como la rectificación área, linderos y medidas perimétricas, cuando no se encuentren establecidos o en el supuesto de que existan discrepancias entre la realidad y lo inscrito en el registro. Por consiguiente, a diferencia de otros mecanismos como

la accesión, apropiación o prescripción adquisitiva de dominio, no implica una variación o modificación en la realidad física del predio. Una vez hecha esta precisión, resulta conveniente revisar algunos conceptos doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema.

1.1. Conceptos doctrinales

Gunther Gonzales Barrón (2002) sostiene que

el presupuesto teórico de la rectificación de área es el error de medición, pese a que los linderos se pudiesen encontrar delimitados con razonable certeza, lo que implica una discrepancia entre la dimensión real del predio y la información del registro. Por tanto, la rectificación de área no sirve para invadir la finca vecina, o matricular una porción de terreno no inscrita, o para regularizar transferencias de franjas colindantes, o reconocer el aumento de área por virtud de accesiones, o para hacer deslinde (p. 511).

Según Rosario Guerra Macedo (2014):

la rectificación de área tiene como finalidad eliminar la inexactitud publicada por el Registro. Quiere decir que la realidad registral del predio discrepa de la realidad física. El área publicitada del predio es mayor o menor o con linderos total o parcialmente diferentes. Para corregir esa inexactitud hay varios procedimientos establecidos normativamente. La trascendencia de estos medios para eliminar la inexactitud registral radica en el hecho de que la partida registral refleja una descripción material del predio distinta a la existente, se trata por tanto de hacer concordar lo inscrito con la realidad objetiva del predio existente (p. 343).

Para Becerra, Samillan y Esquivel (2019):

entonces, queda claro que la rectificación de la descripción física de un predio, en cualquiera de sus modalidades solo busca eliminar una inexactitud a fin de publicitar las dimensiones físicas que

siempre tuvo un predio sin aumentar ni disminuir su cabida real, pues lo que se rectifica es el dato numérico (formal) que puede haberse consignado en mayor o menor medida al área real (p. 39).

De acuerdo con Silva (2009):

la rectificación no tiene por objeto la incorporación a la partida registral de una porción de un predio adyacente que fue adquirido a través de un título transmisivo de dominio no inscrito o que fue usurpado. Sin embargo, como excepción a dicha regla, afirma que es admisible la rectificación de área por la incorporación de una porción de un predio a otro como consecuencia de la accesión, tal como lo ha establecido el Tribunal Registral de la SUNARP en la Resolución N° 015-2007-SUNARP-TR-L del 18 de enero de 2007 (p. 278).

1.2. Conceptos jurisprudenciales

Para el Tribunal Registral (2016c):

el saneamiento de áreas, linderos o medidas perimétricas es un mecanismo para eliminar una inexactitud registral. No ocurre que la finca crezca, se modifique o reduzca su extensión, lo que sucede es que registralmente, la realidad física aparece descrita en el Registro de modo diferente, por lo cual es necesario adecuar la información del Registro a la realidad. Precisamente porque existe la posibilidad de que la realidad física sea reflejada defectuosamente por el Registro, existe legislación que regula diversas formas de rectificación de área y linderos (p. 9).

Asimismo, «mediante la rectificación de las características físicas de un predio no se incorpora nueva superficie al predio inscrito. Dicho proceso solo busca eliminar una inexactitud registral, expresando en su verdadera dimensión lo ya existente» (Tribunal Registral, 2007c, p. 1) y «la rectificación de las características físicas de un predio es un instrumento para eliminar una inexactitud registral, pues la finca

(cuyas características físicas no han variado y por tanto no ha crecido, o se ha modificado o reducido) aparece descrita erróneamente en el Registro» (Tribunal Registral, 2016a, p. 1).

De lo expuesto, queda claro que el procedimiento de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas no tiene como finalidad aumentar o reducir el área del predio registrado, sino únicamente hacer que coincidan la publicidad registral con la realidad, eliminando de esta forma la inexactitud. Corresponde que los funcionarios que tienen a su cargo dicho procedimiento cuiden que este no se desnaturalice, ya que cualquier cambio en los datos de hecho de un predio constituye un riesgo para los demás titulares registrales, en especial los propietarios de los predios colindantes. En tal sentido, como el registrador no realiza una labor de constatación *in situ*, sino que solo califica documentos, aquel no será responsable por la mala praxis que se le pueda dar a dicho mecanismo registral. En suma, el límite de la rectificación (o determinación) es el respeto a la propiedad de los demás titulares de derechos inscritos, para que no puedan ser afectados por esta clase de procedimientos. Ello implica necesarias exigencias técnicas y legales aplicables, de distinta manera y rigor, a los procedimientos de saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas.

2. EL SANEAMIENTO DE ÁREA, LINDEROS Y MEDIDAS PERIMÉTRICAS EN SEDE JUDICIAL

Este mecanismo, que guarda relación con la acción conocida como deslinde, tiene su sustento y regulación en nuestro Código Civil (CC) y Código Procesal Civil (CPC). De una parte, el artículo 966 del CC faculta a todo propietario de un bien inmueble a deslindar su propiedad, previa citación de los dueños o poseedores de los predios colindantes, al indicar que: «El propietario de un predio puede obligar a los vecinos, sean propietarios o poseedores, al

deslinde y al amojonamiento». Asimismo, el artículo 504 del CPC, además de establecer que se debe seguir el trámite por la vía del proceso abreviado, regulado por el Título II del Libro de la Sección Quinta del CPC, legitima a quien deberá presentar la demanda, y son facultados para ello tanto el propietario como el poseedor del predio, al contemplar en su numeral 3 la demanda que formula «el propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten estos mediante deslinde».

Con lo anterior, el predio que se va a rectificar, así como el predio colindante, pueden estar procesalmente representados tanto por los propietarios como por los poseedores de estos. En el caso de que el proceso sea iniciado por una persona que solo tiene posesión y no titularidad dominical del predio a rectificar, se plantean dificultades para el acceso de lo resuelto a la publicidad registral, pues una de las exigencias en la calificación registral de la inscripción de la rectificación es, precisamente, que el demandante tenga derechos inscritos en el registro de predios. Así, afirma Guerra Macedo (2016) que:

El hecho que el poseedor esté legitimado para iniciar el proceso de rectificación de áreas y linderos resulta poco práctico pues se carece de forma alguna en el que un proceso iniciado por el poseedor pueda acceder al Registro, salvo reiteración del juez, puesto que no existiría adecuación con el antecedente registral (p. 348).

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que, de manera necesaria, debe acudirse a este mecanismo judicial si surge oposición durante el trámite del procedimiento no contencioso de competencia notarial de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas, o si en aquel se verifica que existe superposición de las áreas o los linderos. En general, cuando el saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas no pueda efectuarse por alguno de los demás medios notariales y registrales vigentes, siempre podrá acudirse al proceso judicial, que no se encuentra tan limitado por

exigencias o requisitos como los otros mecanismos, que no deben resolver sobre los derechos sustantivos de los propietarios.

2.1. Reglas generales

2.1.1. Juez competente

Se determina conforme al artículo 488 del Texto Único Ordenado del CPC, que señala que los juzgados de paz letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor a 100 y hasta 500 unidades de referencia procesal¹ (URP). Mientras que los jueces civiles son competentes cuando se superen las 500 URP, o no sea aplicable la cuantía; es el caso de la rectificación de área, linderos y medidas perimétricas, que se tramita ante los juzgados civiles.

2.1.2. Procedimiento

Los plazos de primera instancia establecidos en el CPC son los siguientes:

Tabla 1
Plazos del procedimiento abreviado

Acto procesal	Tiempo (días)	Artículo (CPC)
Subsanar de acuerdo con el auto de inadmisibilidad de la demanda	10	426
Emplazamiento de la demanda	30 o 45	435 y 492
Interponer tachas u oposiciones a las pruebas	3	491.1
Absolver tachas u oposiciones	3	491.2
Interponer excepciones o defensas previas	5*	491.3
Absolver el traslado de las excepciones o defensas previas	5	491.4
Contestar la demanda**	10	491.5

1 Para el 2021, se fija el valor de la unidad de referencia procesal (URP) en cuatrocientos cuarenta y 00/100 soles (S/ 440.00) (Gaceta Jurídica, 2021, párr. 2).

Ofrecimiento de medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda	5	491.6
Saneamiento	10	491.8
Fijación de puntos controvertidos	3	468
Realización de la audiencia de pruebas	20	491.9
Audiencia especial y complementaria (de ser el caso)	5	491.10
Alegatos	5	212
Sentencia	25	491.11

* Contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción.

** Imprudencia de la reconvencción: según lo establece el artículo 490 del CPC (en este proceso el demandado no podrá contrademandar al demandante).

2.2. Otros asuntos relevantes

2.2.1. Notificaciones y problemas operativos

En este proceso, por disposición del artículo 506 del CPC, pese a que se conozca el nombre y el domicilio del demandado o los demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el juez dispondrá que el extracto de esta se publique tres veces, con un intervalo de tres días, mediante edictos. En caso el bien *sub litis* sea un predio rústico, y el demandado, indeterminado, o incierto, o con domicilio o residencia ignorado, en el emplazamiento, además del edicto, se deberá efectuar la notificación por radiodifusión cinco días consecutivos, tal como lo indica el último párrafo del artículo mencionado.

Además, según lo dispone el artículo 507, en los casos en que el demandado sea indeterminado, o incierto, o su domicilio o residencia sea ignorado, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. Este será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad.

Es pertinente indicar que si bien el procedimiento judicial, por su propia naturaleza, tiene una amplitud mayor a los procedimientos de saneamiento notariales y registrales, puesto que abarca todos los tipos de predios (rústicos y urbanos) y de defectos (falta delimitación o inexactitud), con existencia de eventuales conflictos (con superposición con los predios colindantes o sin ella) o no, es frecuente que las autoridades jurisdiccionales no presten demasiada atención a las titularidades registrales ni a los aspectos técnicos descriptivos del predio y, menos aún, a la base gráfica registral (delimitación georeferenciada de los predios inscritos, sobre la base de los asientos registrales y los títulos archivados que dieron lugar a las inscripciones). Esto origina que, aun en los casos que obtienen un pronunciamiento judicial definitivo, después de largos y complicados trámites, lo resuelto no puede acceder a la publicidad registral; o que, al inscribirse por mandato reiterativo de la autoridad judicial, más que corregir o mejorar la información registral, se generan nuevas inexactitudes y controversias que, por ejemplo, pueden afectar derechos de terceros colindantes que no han sido emplazados en el proceso judicial.

2.2.2. Demora de los procesos judiciales

Nuestro sistema de justicia, a través de sus órganos jurisdiccionales, se ve enfrentado a esta problemática generada fundamentalmente por la excesiva carga procesal. Como prueba nos permitimos poner a consideración los siguientes estudios:

2.2.2.1. Procesos sumarísimos

En su informe sobre la justicia en el Perú, Gaceta Jurídica (2015, pp. 33-34) señala que uno de los principales factores de la morosidad judicial es el retraso en la entrega de las notificaciones judiciales. Asimismo, se indica que un proceso de desalojo por ocupación precaria, que se tramita en la vía sumarísima, dura en promedio cuatro años y tres meses, a pesar de que debería durar solo cinco

meses, de conformidad con las normas del CPC. En dicho informe se sostiene que el cálculo del plazo del proceso de desalojo por ocupación precaria excluye el tiempo de ejecución de la sentencia, por lo que el plazo legal y el plazo real son mayores si se considera el tiempo de ejecución.

Según el informe del Banco Mundial (2020), que evaluó, entre otros aspectos, cuánto demora en el Perú hacer cumplir un contrato en sede judicial mediante proceso sumarísimo, «es más fácil en los juzgados de Huancayo y más difícil en los del Callao. Mientras en Huancayo los casos tardan alrededor de 22 meses, en el Callao duran hasta 2.5 años, principalmente por la demora en la notificación de las demandas y la ejecución de sentencias» (p. 73). Si el proceso sumarísimo tiene menores trámites y plazos procesales que el proceso abreviado aplicable a la rectificación área, linderos y medidas perimétricas, resulta evidente que estos últimos tendrán una duración sustancialmente mayor.

2.2.2.2. Un ejemplo respecto de un proceso de rectificación de área y linderos

Como se observa en el Expediente n.º 28883-2018-0-5001-SU-DC-01, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 14 de noviembre de 2020, declaró improcedente esta casación debido a que dicha sala no es competente para conocer causas sobre temas rurales, por lo que dispuso que se remita a la mesa de partes de la Sala Civil Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Es decir, el proceso aún continuará. No obstante, en el siguiente reporte del expediente de la Corte Suprema de Justicia (2018), podemos verificar desde cuándo se inició ese proceso.

Gráfico 1

Consulta a expediente del Poder Judicial

 Poder Judicial del Perú Consulta en Línea		Fecha: 09/05/2021 Hora: 19:36
Imprimir		
Reporte de Expediente		
Expediente N° : 28883-2018-0-5001-SU-DC-01		SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
Recurso Sala : CASACION 28883 - 2018	Fecha Ingreso : 06/12/2018 20:49	Distrito Judicial : LIMA
Organo : 4° SALA CIVIL	Procedencia	Exp. : 0020224 - 2007
Relator : FLOR DE MARIA CONCHA MOSCOSO	Secretario : NAVARRO PAJUELO RICARDO ORLANDO	
Materia : RECTIFICACIÓN DE ÁREA Y LINDEROS	Estado : RESUELTO	
Ubicación : SECRETARIA		
Partes Procesales...		
DEMANDANTE :	FLORA ANCA SARMIENTO	
DEMANDANTE :	MARIANO ALEJANDRO BENITES PALOMINO	
DEMANDADO :	ASOCIACION DE VIVIENDA MARQUEZ DE VILLA	Recurrente
SUC.PROC.DEL DEMANDANTE :	ROCIO DEL PILAR KARLA BENITES ANCA	
DEMANDANTE :	SUCESION DE TEODORO BENITES PALOMINO	
DEMANDANTE :	SUCESION DE ANACLETO BENITES PALOMINO	
DEMANDANTE :	SIMON ALFREDO TORRE PALOMINO	
LITISCONSORTE	NECESARIO TOMASA GOMEZ MOLINA DE BENITES	
ACTIVO :		
SUC.PROC.DEL DEMANDANTE :	HECTOR ARTURO BENITES ANCA	
SUC.PROC.DEL DEMANDANTE :	KAREN LISSETH BENITES ANCA	
Vistas de Causas...		
Fecha Vista	F. Programación	Parte
14/01/2020 10:30:00	06/01/2020	ASOCIACION DE VIVIENDA MARQUEZ DE VILLA
	Sentido Resultado:	IMPROCEDENTE
	Tipo de Vista:	Prog. Fecha de calificacion

El expediente que motivó dicha casación es el n.º 0020224-2007. Para conocer la fecha de inicio del proceso judicial, hemos ingresado a las consultas de expedientes judiciales del Poder Judicial. Al encontrar el expediente, podemos observar que dicho proceso se inició el 11 de mayo de 2007, tal como lo muestra el siguiente gráfico:

Gráfico 2

Consulta a expediente del Poder Judicial²

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
Justicia Honorable, País Respetable

Consulta de Expedientes Judiciales
Versión 2.3.7
Cortes Superiores de Justicia

INICIO VIDEOTUTORIALES PREGUNTAS FRECUENTES

Fecha: 09/05/2021 Hora: 19:56:56
Tiempo restante de sesión: 06:59*

REPORTE DE EXPEDIENTE

Expediente N°:	20224-2007-0-1801-JR-CI-31	Distrito Judicial:	LIMA
Órgano Jurisdiccional:	33° JUZGADO CIVIL	Especialista Legal:	FOCACCI CHECA LUIS ALBERTO
Juez:	PALOMINO SANTILLANA SIMEON AMILCAR	Proceso:	ABREVIADO
Fecha de Inicio:	11/05/2007	Especialidad:	CIVIL
Observación:	----	Estado:	EJECUCION
Materia(s):	RECTIFICACION DE AREA Y LINDEROS	Fecha Conclusión:	
Etapa Procesal:	GENERAL	Motivo Conclusión:	-----
Ubicación:	ESPECIALISTA		
Sumilla:	APELACION CON EFECTO SUSPENSIVO		

De lo expresado se concluye que, a la fecha, dicho proceso tiene más de catorce años en litigio y aún no se ha emitido una sentencia definitiva sobre el fondo. Con todo lo expuesto, consideramos que la demora de los procesos judiciales constituye una sustancial desventaja en relación con cualquiera de los procedimientos extrajudiciales de rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas vigentes. Si bien no se cuenta con estadísticas suficientes sobre la duración «promedio» de estos procedimientos, podemos afirmar que lo normal es que no concluyan su trámite en menos de cuatro años, salvo casos muy aislados o excepcionales.

Por otra parte, en cuanto al número de demandas presentadas al Poder Judicial y aquellas que han sido declaradas fundadas, para corroborar nuestros datos, mediante solicitud de acceso a la información, pedimos al Poder Judicial que nos proporcionara estadísticas respecto de las siguientes interrogantes: ¿a nivel nacional, cuántas demandas de rectificación de área, linderos (deslinde) y medidas perimétricas han sido interpuestas ante el Poder Judicial

2 Para observar el reporte de expediente, utilice la plataforma de búsqueda de los expedientes en <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>.

durante cada uno de los años comprendidos entre el 2014 y el 2018? ¿Cuántas han sido fundadas? El Poder Judicial, en el Informe n.º 000043-2020-AABD-SPAP-GI-GG, del 27 de enero de 2020, adjuntó el reporte de respuesta a nuestras preguntas, el cual hemos procesado en la siguiente tabla de elaboración propia:

Tabla 2
Demandas de rectificación de área y linderos (2014-2018)

	2014	2015	2016	2017	2018	Total	Fundadas	%
Amazonas	3	1	10	5	11	30	5	17%
Áncash	11	13	19	19	16	78	5	6%
Apurímac	5	13	25	6	14	63	6	10%
Arequipa	8	26	12	21	18	85	15	18%
Ayacucho	14	11	5	15	5	50	6	12%
Cajamarca	5	26	29	30	38	128	16	13%
Callao	0	0	4	0	0	4	0	0%
Cañete	2	1	2	1	4	10	2	20%
Cusco	47	51	50	52	41	241	50	21%
Del Santa	6	16	11	9	3	45	4	9%
Huancavelica	5	4	1	3	2	15	8	53%
Huánuco	49	55	22	26	14	166	22	13%
Huaura	12	14	5	10	15	56	6	11%
Ica	16	38	19	21	22	116	21	18%
Junín	7	28	17	19	16	87	8	9%
La Libertad	14	35	22	24	19	114	17	15%
Lambayeque	34	33	27	23	39	156	16	10%
Lima	23	9	13	6	10	61	13	21%
Lima Este	18	8	6	11	7	50	3	6%
Lima Norte	11	11	7	8	10	47	2	4%
Lima Sur	2	5	4	4	7	22	1	5%
Loreto	2	6	1	1	2	12	1	8%
Madre de Dios	4	5	2	2	4	17	0	0%
Moquegua	5	4	13	21	5	48	6	13%

Pasco	1	0	0	0	0	1	0	0%
Piura	4	15	8	7	8	42	4	10%
Puno	6	7	5	1	3	22	2	9%
San Martín	16	16	21	15	19	87	10	11%
Selva Central	0	0	0	0	7	7	0	0%
Sullana	8	9	0	2	3	22	0	0%
Tacna	14	24	18	22	8	86	6	7%
Tumbes	3	5	3	2	3	16	3	19%
Ucayali	0	0	0	0	2	2	0	0%
Ventanilla	0	1	1	1	0	3	0	0%
TOTAL	355	490	382	387	375	1989	258	13%

Verificamos que aquellas demandas declaradas fundadas entre el 2014 y el 2018 representan un porcentaje que no llega siquiera al 15% de las presentadas, como puede apreciarse a continuación:

Tabla 3

Relación de demandas de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas presentadas y fundadas en el período 2014-2018 en el Poder Judicial

Demandas de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas	1989	100%
Sentencias fundadas	258	13.0%

Si se considera que los predios inscritos que tienen deficiencias en su delimitación y en su concordancia con lo registrado pueden calcularse en varios millones, y que en cinco años judiciales se tramitaron menos de 2000 demandas, con las demoras en la tramitación y el escaso número de pronunciamientos favorables, podemos afirmar que, en tanto no se supere este problema, es necesario analizar la posibilidad de mejorar la regulación y eficiencia de los mecanismos extrajudiciales registrales y notariales

existentes para responder a las necesidades de la colectividad. Evidentemente, los medios extrajudiciales no serán aplicables a los casos en que la determinación o rectificación de área, linderos y medidas perimétricas pueda afectar los derechos de propiedad de los titulares de los predios. En todo caso, a partir de nuestra experiencia personal en la función notarial y registral, podemos afirmar que son minoría. En la práctica, la necesidad de determinación o rectificación de área, linderos y medidas perimétricas de predios inscritos no implica, excepto en muy pocos casos, la existencia de conflictos de titularidades, sino que estos se originan, esencialmente, en la falta de una verdadera base geográfica en las inscripciones del registro de predios, la inexistencia de un verdadero catastro predial y la simplicidad de los medios inmatriculatorios que tuvo el registro de propiedad inmueble desde su creación casi a finales del siglo XX.

3. LOS MEDIOS NOTARIALES Y REGISTRALES DE SANEAMIENTO DE ÁREA, LINDEROS Y MEDIDAS PERIMÉTRICAS

Para el desarrollo de este tema, hemos resumido, en forma esquemática, las principales características de cada uno de los mecanismos extrajudiciales vigentes de saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas, tanto de la vía notarial como de la registral, con la excepción de la renuncia de área, la cual abordaremos posteriormente dado que se trata del tema central del presente artículo. Cabe mencionar que los mecanismos notariales se encuentran regulados en el artículo 13 de la Ley n.º 27333 y que los mecanismos registrales se derivan de los precedentes de observancia obligatorios aprobados por diversas sesiones plenarios del Tribunal Registral de la SUNARP.

3.1. Procedimiento notarial de mutuo acuerdo

Tabla 4

Procedimiento notarial. Mutuo acuerdo mediante escritura pública

Normativa	«Cuando sea necesario determinar el área, linderos y medidas perimétricas del terreno, o cuando existan discrepancias entre el área real del terreno, sus medidas perimétricas y/o linderos, con los que figuren en la partida registral del predio, estas podrán determinarse o rectificarse [...]: a) Por mutuo acuerdo: [...] Mediante escritura pública suscrita por el propietario del predio y los propietarios de todos los predios colindantes, en la que estos últimos manifiesten su conformidad con el área, medidas perimétricas y/o linderos, según corresponda» (Congreso de la República, 2000, art. 13.1).
Presupuestos	<ul style="list-style-type: none">– Acuerdo entre el propietario o los propietarios del bien y los colindantes, aun cuando estos no se encuentren potencialmente afectados.– En caso se involucren áreas destinadas a vías públicas, el organismo competente para intervenir será la municipalidad provincial, es suficiente que vise los planos para manifestar su consentimiento con la rectificación.– Puede darse aun cuando exista superposición con predio inscrito, pero deberán modificarse el área, los linderos y las medidas perimétricas de todos los predios involucrados en la superposición.– «A efectos de realizar el área, linderos y/o medidas perimétricas de un predio por mutuo acuerdo, no se requerirá que los predios colindantes se encuentren inmatriculados» (Tribunal Registral, s. f., p. 48).
Trámite	<ul style="list-style-type: none">– Acuerdo o convenio entre las partes.– Presentación de planos y memoria descriptiva (la Ley n.º 27333 no menciona cuál debe ser la formalidad de esta documentación técnica).– Formalización por escritura pública (esta modalidad no constituye propiamente un proceso ante el notario, sino la expresión de la voluntad de los propietarios).– El notario no constata ni verifica la veracidad material de lo expresado en el documento objeto de formalización, ni efectúa trámites procesales ni emplazamientos diferentes de la misma elevación a escritura pública.– Corresponde a la instancia registral la comprobación de los antecedentes registrales y, cuando corresponda, la suficiencia y vigencia de la representación, tanto en el caso de apoderamientos voluntarios como cuando corresponde a representantes legales u orgánicos para permitir su acceso a la publicidad registral.

Ventajas	<ul style="list-style-type: none"> - No debería requerir presentación de planos visados o código único catastral. - No requiere verificación notarial del predio. - Procede la rectificación pese a que el Área de Catastro del Registro de Predios no puede determinar la existencia de superposición. - Procede rectificar aunque exista superposición con predios colindantes, pero siempre que se rectifiquen los predios de los colindantes. - Jurisprudencialmente puede aplicarse tanto a predios urbanos como rústicos.
----------	--

Desventajas	<ul style="list-style-type: none"> - Requiere la intervención notarial del propietario del bien a rectificar y de todos los colindantes. Esta es la principal limitación. - Si bien no debería requerir la presentación de plano catastral ni visado municipal, la jurisprudencia registral no es clara sobre esa exigencia. - Puede permitirse la incorporación indebida de áreas no inmatriculadas cuya titularidad se presume a favor del Estado, conforme al artículo 23 de la Ley n.º 29151. - Existe discrepancia en la jurisprudencia acerca de si los planos y la memoria descriptiva requieren visación por parte de la municipalidad o no.
-------------	--

3.2. Procedimiento notarial. Asunto no contencioso

Tabla 5

Procedimiento notarial. Asunto no contencioso de competencia notarial

Normativa	<p>«Se podrá tramitar como un asunto no contencioso de competencia notarial, según los procedimientos a los que se refieren los Artículos 504 y siguientes del Código Procesal Civil, en lo que sea aplicable, siempre y cuando el área real del predio sea igual o inferior a la registrada en la partida. Cuando el área real es superior a la registrada procederá este trámite siempre y cuando exista una certificación registral de que la mayor área no se superpone a otra registrada. Este procedimiento se tramita de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 27157» (Congreso de la República, 2000, art. 13.1).</p>
-----------	--

-
- Presupuestos
- Que el área real del predio sea igual o inferior a la registrada en la partida. En caso sea superior, procede siempre y cuando exista una certificación registral de que la mayor área no se superpone a otra registrada.
 - Ausencia de superposición de partidas (Tribunal Registral, s. f.).
 - «Si el área de catastro informa que no es posible verificar si el predio se superpone o no con los predios colindantes inscritos, resulta procedente [el trámite]» (Tribunal Registral, s. f., p. 54).
 - «No impide la inscripción de la rectificación o determinación del área, linderos o medidas perimétricas de un predio que la Oficina de Catastro informe que está imposibilitada de establecer que corresponde al predio al que se refiere la rogatoria» (Tribunal Registral, s. f., p. 58).
-

- Trámite
- Petición escrita de los interesados³, anexando:
 - Planos de ubicación y perimétricos, suscritos por un ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal.
 - La prueba testimonial de no menos de tres ni más de seis personas mayores de 25 años, preferentemente vecinos u ocupantes de los inmuebles colindantes del predio cuyo saneamiento se solicita.
 - Certificación registral en el sentido de que la nueva área no se superpone con las colindantes (certificado de búsqueda catastral).
 - Admitida a trámite la solicitud, se deberá proceder a su anotación preventiva, conforme al artículo 36 del Decreto Supremo n.º 035-2006-VIVIENDA.
 - En cuanto a los actos procedimentales, es de aplicación supletoria del procedimiento notarial de prescripción adquisitiva también tramitado notarialmente.
 - En la fase de calificación registral existen aspectos que no pueden ser objeto de la evaluación por las instancias registrales, dado que jurisprudencialmente se ha establecido que «no será materia de calificación la validez de los actos procedimentales que, en virtud de lo previsto en la Ley N° 27333 y normas complementarias, son de competencia del Notario, ni el fondo o motivación de la declaración notarial» (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2003, art. 5.2).
-

3 El notario competente es el de la provincia donde se encuentre ubicado el predio, por lo que carecerá de competencia cualquier notario de una jurisdicción distinta.

Ventajas	<ul style="list-style-type: none"> - No se requiere presentación de plano catastral o con código único catastral, pero sí de planos visados municipalmente. - A nivel jurisprudencial se admite la rectificación pese a que el Área de Catastro del Registro de Predios no puede determinar la existencia o inexistencia de superposición.
Desventajas	<ul style="list-style-type: none"> - No existe un procedimiento detallado de su realización, legal o reglamentado, lo que genera diversas interpretaciones jurisprudenciales. - Podremos encontrar denegatorias de inscripción basadas en superposiciones «insignificantes» o solamente «gráficas» que no superan las tolerancias catastrales. - Cualquier oposición de terceros, aun sin legitimación comprobada o sustento alguno, pone fin al procedimiento. - Los informes y las certificaciones catastrales previas al procedimiento no vinculan a futuras verificaciones catastrales en la calificación de su inscripción. - El registro no ofrece certificaciones registrales sobre los predios colindantes ni su titularidad para permitir la correcta notificación por parte del notario. - No es aplicable a predios rústicos.

3.3. Procedimiento registral. Rectificación de área por error de cálculo

Tabla 6

Registral. Rectificación de área por error de cálculo

Origen Precedente: XIX Pleno del Tribunal Registral	«Es inscribible la rectificación del área de un predio urbano en mérito al plano y memoria descriptiva visados por la autoridad municipal correspondiente, prescindiendo de los mecanismos rectificatorios previstos en el artículo 13° de la Ley N° 27333, si el error surgió del equivocado o inexacto cálculo de su área, siempre que el Área de Catastro determine que los linderos y ubicación espacial del predio no han sufrido variación alguna» (Tribunal Registral, 1999; 2005, p. 1; 2006).
---	--

<p>Presupuestos Precedente vinculante</p> <p>Resolución del presidente del Tribunal Registral n.º 127-2020- SUNARP/PT. Unificación de sumillas de acuerdos y precedentes de observancia obligatoria sobre rectificación de área por error de cálculo aprobados en el Pleno XIX y precisados en los plenos CXV y CLXXIV</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Tiene por objetivo corregir un error cometido cuando se inmatriculó el predio en el registro o en las modificaciones físicas de este derivadas de inscripciones posteriores. – Si el error surgió de un equivocado o inexacto cálculo matemático del área es inscribible la rectificación del área de un predio urbano en mérito al plano y la memoria descriptiva visados por la autoridad municipal correspondiente, prescindiendo de los mecanismos rectificatorios previstos por el artículo 13 de la Ley n.º 27333, siempre que en los antecedentes registrales obren las medidas perimétricas y estas se mantengan inalterables. – También procede la rectificación por error de cálculo respecto de predios rurales, para lo cual se adjuntará la documentación que refiere el artículo 20 del reglamento de inscripciones del registro de predios. – Se requiere un informe del Área de Catastro que determine que los linderos, las medidas perimétricas y la ubicación espacial del predio no han sufrido variación alguna, en función de la información gráfica con la que se cuenta. Sin embargo, si el Área de Catastro no lo puede determinar por inexistencia de la información gráfica en los antecedentes registrales o por defectos de ella, procederá la rectificación.
--	---

<p>Ventajas</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Es aplicable a predios urbanos y rurales. – No se utilizan los procedimientos establecidos en el artículo 13 de la Ley n.º 27333. – No requiere intervención ni notificación a los propietarios de los predios colindantes. – El Área de Catastro del Registro de Predios es la que determina que, a pesar de que el polígono y los linderos del predio son los mismos, su área no corresponde, sin necesidad contar con un plano visado ni código único catastral. – Procede pese a que el Área de Catastro del Registro de Predios no pueda determinar que el área, los linderos, las medidas perimétricas y la ubicación espacial han sufrido variación alguna.
-----------------	--

<p>Desventajas</p>	<ul style="list-style-type: none"> – No permite modificar los linderos y las medidas perimétricas. – No obstante se verifique la correspondencia con la base gráfica registral, siempre es necesario contar con un plano catastral o visado municipalmente. – Genera un cierto grado de inseguridad por la falta de notificación a los propietarios de los predios colindantes.
--------------------	--

Comentarios	– Como puede apreciarse, este mecanismo no es propiamente uno de saneamiento de linderos y medidas perimétricas, sino exclusivamente del área registrada, por lo que la variación, aunque sea mínima, de dichos linderos y medidas perimétricas registrados, impedirá su aplicación, pues para lograrlo deberá utilizar el mecanismo de saneamiento jurisprudencial de saneamiento unilateral que estudiaremos en el punto siguiente.
-------------	---

3.4. Procedimiento registral. Rectificación unilateral

Tabla 7

Registral. Rectificación unilateral de área, linderos y medidas perimétricas (precedente de observancia obligatoria del CLV Pleno del Tribunal Registral)

Origen Precedente: CLV Pleno	– <i>«Procede la rectificación de área, linderos y/o medidas perimétricas en mérito a escritura pública otorgada por el propietario acompañada de la documentación a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, solo si el Área de Catastro determina indubitablemente que el ámbito gráfico resultante se encuentra dentro del predio inscrito. Dicha rectificación no procederá cuando se afecten derechos de acreedores inscritos o medidas cautelares, salvo que los afectados o el órgano jurisdiccional o administrativo autoricen la rectificación»</i> (Tribunal Registral, 2016b, p. 13).
------------------------------------	--

Presupuestos	<ul style="list-style-type: none"> – Aplicación tanto a predios urbanos como rústicos. – La otorga solo el titular o titulares registrales del predio materia de saneamiento. – No se requiere la intervención de ningún propietario de los predios colindantes. – Debe formalizarse por Escritura Pública. – No implica inspección física del predio ni notificación a los colindantes, tanto por el notario como por el registrador. – Deben adjuntarse los planos visados por la municipalidad competente o los documentos catastrales emitidos por ella. – Debe acreditarse, con el informe del Área de Catastro de la SUNARP, que no se presenta superposición ni afectación alguna a predio colindante.
--------------	--

-
- Ventajas
- Es aplicable para predios urbanos y rurales.
 - No se aplican los procedimientos establecidos en el artículo 13 de la Ley n.º 27333.
 - No requiere intervención ni notificación a los propietarios de los predios colindantes.
 - No requiere inspección física del predio.
 - No requiere la participación de todos los copropietarios del predio a rectificar.
 - Permite modificar el área del predio (aumentándola o disminuyéndola), y también sus linderos y medidas perimétricas siempre que se determine que no afecte derechos de terceros.
 - No procede en caso de que se determine superposición de las áreas, evitando el perjuicio de terceros.

-
- Desventajas
- Requiere la presentación de plano catastral o visado por la municipalidad.
 - No procede la rectificación si el Área de Catastro del Registro de Predios no puede emitir un informe positivo para proceder a la rectificación unilateral, lo que se origina en defectos de la misma base gráfica registral.
 - Genera cierto grado de inseguridad por la falta de notificación a los propietarios de los predios colindantes, más aún cuando pueden modificarse los linderos y las medidas perimétricas y no solo el área.

-
- Comentarios
- En muchos casos, la inexistencia o deficiencia de la base gráfica registral impedirá la emisión del informe del Área Técnica Catastral, que permitiría lograr la inscripción del saneamiento rogado. Se ha concluido, y lo reconocen las mismas directivas y jurisprudencias registrales, que, en muchos casos, por falta de documentos gráficos, las graves carencias de la base gráfica registral impedirán, aun usando información literal, determinar la verdadera ubicación espacial de muchos predios inscritos. Se trata del talón de Aquiles de este mecanismo jurisprudencial. Si consigue superarse, se convertiría en el mecanismo de rectificación de mayor importancia y simplicidad para lograr el acceso de la realidad física del predio a la publicidad registral.
-

4. LA RENUNCIA DE ÁREA COMO MEDIO DE SANEAMIENTO DE ÁREA, LINDEROS Y MEDIDAS PERIMÉTRICAS

La renuncia de área es uno de los tres mecanismos de saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas establecidos por vía jurisprudencial, junto con el error de cálculo y la rectificación unilateral.

Existen criterios divididos sobre si la modalidad de «renuncia de área» puede considerarse como un mecanismo de extinción de la propiedad o no. Quienes opinan que no aluden que dichos mecanismos de extinción se encuentran plasmados taxativamente en la ley, y que la renuncia de área no es uno de ellos. Específicamente, en el artículo 968 del CC se precisan las siguientes causales: i) adquisición del bien por otra persona; ii) destrucción o pérdida total o consumo del bien; iii) expropiación; iv) abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado. Con lo anterior, la renuncia de área no tendría norma legal expresa que la considere como una de las causas de extinción de la propiedad.

Por el contrario —nos sumamos a esta posición—, otros opinan que la renuncia de área sí constituye una renuncia al derecho de propiedad. Es decir, es un supuesto por el cual se extingue el derecho de propiedad. Precisamente por ello, en principio, la renuncia de área no es un medio de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas derivado de la discrepancia entre el registro y la realidad física del predio, sino que se origina en la voluntad de los titulares que deciden dar por extinguida su titularidad dominical, y no en las verdaderas características físicas del predio. Si bien el artículo 968 del CC no contempla la renuncia de área como una forma de extinción de la propiedad, este mecanismo podría fundamentarse en el artículo 2, numeral 24, de la Constitución Política, según el cual, en aplicación del principio de libertad

civil, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

4.1. Origen

El concepto fue incorporado, inicialmente, a través de la Resolución n.º 054-2007-SUNARP-TR-T, al indicar que: «*Es inscribible la renuncia de una sección del predio, siempre que el Área de Catastro determine que los linderos y ubicación espacial del predio inscrito no han sufrido variación alguna, salvo por la porción renunciada que se desinscribe*» (Tribunal Registral, 2007a, p. 1).

Tabla 8

Precedente de observancia obligatoria sobre la renuncia de área

Precedente:	Sesión ordinaria, de modalidad presencial, realizada el 28 y 29 de agosto de 2013. Publicado en <i>El Peruano</i> el 13 de septiembre de 2013.	Extinción de inscripción por renuncia al derecho de propiedad	« <i>Es inscribible la cancelación de la inscripción del derecho de propiedad sobre todo el predio y su consiguiente desinmatriculación por renuncia de su titular, siempre que ello no afecte derechos de terceros</i> » (Tribunal Registral, 2007b, p. 1).
-------------	--	---	--

En el CIX Pleno del Tribunal Registral se aprobó el precedente de observancia obligatoria referido a la extinción de inscripción por renuncia al derecho de propiedad, en el sentido de que resultaba viable que el propietario de un bien renuncie a su derecho, en tanto se trata de una manifestación del atributo de disposición que asiste a todo propietario.

En tal sentido, Francisco Escajadillo (2018) señala que:

De esta forma, es que el Tribunal Registral (TR) reconoce la eficacia a nivel registral de la renuncia al derecho de propiedad, determinando algunos de sus efectos jurídicos (estrictamente, registrales),

como lo son: (i) La inscripción de la extinción del dominio; y, (ii) La desinmatriculación del predio, esto último porque el derecho de propiedad es el que sustenta la apertura de una determinada partida registral, por lo que ante la ausencia del mismo se fundamentaría su cierre por «desinmatriculación» (párr. 3).

4.2. Características de la renuncia de área

4.2.1. La no intervención de terceros

A través de este mecanismo es posible conseguir la reducción del área inscrita sin intervención de ningún colindante o tercero, siempre que el predio materia de rectificación tenga un área menor que la inscrita registralmente.

4.2.2. El predio propuesto por el interesado (excluyendo el área renunciada) debe hallarse dentro de los linderos del predio de mayor cabida, es decir, del predio original

En cumplimiento con lo establecido en el precedente CIX, el predio rectificado y el área renunciada deben quedar dentro del polígono contenido en la base gráfica registral. Así, en caso de que cualquiera de tales áreas, vale decir, parte de los linderos y las medidas del predio, no esté dentro del referido polígono, no procederá la renuncia de área. Esto ha sido enunciado expresamente en la Resolución n.º 456-2016-SUNARP-TR-T, que aborda la renuncia de área para poder inmatricular un predio, en cuya sumilla se indica:

La renuncia de área implica que el titular prescinde de una parte o porción del predio de su propiedad. Por esta razón, toda renuncia de área debe dar como resultado un predio que siempre estuvo emplazado dentro del polígono del predio matriz. En este orden, si el predio resultante de la renuncia presenta linderos que rebasan al predio primigenio entonces no será admisible este mecanismo para lograr la inmatriculación (Tribunal Registral, 2016c, p. 1).

4.2.3. Improcedencia en caso de imposibilidad del pronunciamiento por parte del Área de Catastro

El Tribunal Registral no ha establecido un criterio uniforme. En algunos pronunciamientos considera que es improcedente la renuncia de área en caso de que a la Oficina de Catastro, bajo cualquier causa, se le imposibilite afirmar que el área resultante de la renuncia se halle dentro del polígono del predio inscrito. Así lo indican algunas resoluciones, como las que enunciamos a continuación:

Si la oficina de catastro, por cualquier razón, no puede afirmar que el área materia de rectificación por renuncia de área se halla dentro del polígono del predio inscrito, no es aplicable dicho mecanismo de rectificación (Tribunal Registral, 2014, p. 1).

No procede la rectificación de área, linderos y/o medidas perimétricas por renuncia de área si la oficina de catastro, por cualquier razón, no puede afirmar que el área resultante de la renuncia se halla dentro del polígono del predio inscrito (Tribunal Registral, 2015, p. 1).

Una posición contraria, según la cual la imposibilidad por parte de la Oficina de Catastro no puede ser impedimento para la inscripción, en consideración a que los costos de la incapacidad del registro no deben ser trasladados a los administrados, puede apreciarse en el acuerdo del CLXXIV Pleno del Tribunal Registral, que señala:

No impide la inscripción de la rectificación o determinación de área, linderos o medidas perimétricas de un predio que la Oficina de Catastro informe que está imposibilitada de establecer que corresponde al predio que se refiere la rogatoria. Esto no es aplicable a la rectificación de área, linderos y medidas perimétricas recogida en el precedente Pleno 155° (Tribunal Registral, s. f., p. 58).

Asimismo, el Tribunal Registral (2021) precisa:

En ese sentido, a falta de norma específica que regule los efectos registrales de la renuncia de parte de un predio inscrito cuya área remanente no es factible de ser determinada por el Área de Catastro —como ocurre en el presente caso—, este colegiado concuerda con el apelante en que es válido aplicar idénticos parámetros a los arriba señalados, pues en ambos casos estamos ante supuestos de modificación de las dimensiones físicas de un predio registrado (p. 15).

Como puede apreciarse, sobre este aspecto no existe uniformidad ni predictibilidad sobre las exigencias de la jurisprudencia registral. Es cierto que, para guardar concordancia con los criterios utilizados en otras formas de saneamiento registral, debería aceptarse que las deficiencias del registro de predios en los datos que figuran en su base gráfica registral no deberían ser trasladadas a los interesados ni impedir la inscripción de una renuncia de área. Pero también es cierto que para el caso de la renuncia parcial, puede generar inseguridad a los derechos de los colindantes que el área resultante de la renuncia pueda superponerse a los predios colindantes.

4.2.4. Visación de la documentación técnica en la renuncia de área

Partimos por indicar que la finalidad del procedimiento de visación de la documentación técnica, más precisamente de la visación de planos por las municipalidades, consiste en verificar la concordancia entre la realidad física y los planos presentados; y si ello no es posible, la indicación de la imposibilidad material de su atención.

Según podemos verificar, a modo de ejemplo en el portal web de la Municipalidad Distrital de Miraflores, sobre el procedimiento de visación de planos se indica que:

El servicio de visación de planos es el procedimiento mediante el cual se otorgan planos y memorias descriptivas visadas por el Subgerente de Catastro de la Municipalidad con el fin de realizar trámites ante registros públicos, correspondientes a prescripción adquisitiva de dominio o rectificación de área y linderos (Municipalidad de Miraflores, s. f., p. 1).

Dentro del procedimiento de renuncia de área, la jurisprudencia registral ha establecido que es requisito de procedencia adjuntar la documentación técnica visada por la municipalidad competente, entidad que, como lo hemos indicado anteriormente, cumple la función de verificar la concordancia entre la realidad física y los planos presentados; y respecto de dicha documentación, debe pronunciarse el Área de Catastro Registral sobre si el área materia de rectificación se halla dentro del polígono del predio inscrito o no; o, en su defecto, indicar dicha imposibilidad de verificación.

El Tribunal Registral (2016d) indica que

para inscribir la modificación de las características físicas de un predio por efecto de la renuncia de área debe presentarse la escritura pública otorgada por el titular registral, así como los planos de ubicación y perimétrico del predio —visados por la autoridad competente o suscrita por verificador, según sea el caso— que reflejen su nueva configuración (p. 1).

4.3. Renuncia de área vs. rectificación unilateral

A fin de establecer si, realmente, la renuncia de área es un mecanismo de saneamiento diferente a los ya enunciados, es necesario efectuar un análisis comparativo entre el mecanismo jurisprudencial de renuncia de área frente a otro mecanismo, también de origen jurisprudencial registral, denominado rectificación unilateral, cuyas características se han descrito en el punto 3.4.

En efecto, el Tribunal Registral ha consagrado la denominada rectificación unilateral, en la cual la escritura pública que permite el saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas solo es otorgada por el titular registral del predio materia de determinación o rectificación, sin la intervención de ningún propietario de los predios colindantes. El sustento de este mecanismo es la rectificación registral en mérito de instrumento fehaciente regulada por el artículo 85 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, pero avanzando más allá del simple error de cálculo del área del predio, comprende también los linderos y las medidas perimétricas del mismo, con la diferencia de que en este supuesto, por su mayor entidad modificatoria, debe tenerse la seguridad absoluta de la no afectación de derechos de los titulares de los predios colindantes.

Después de una profusa y contradictoria discusión jurisprudencial respecto de si la rectificación unilateral era aplicable solo cuando se reducía el predio a un área menor o si también era aceptable cuando incrementaba su área, actualmente se encuentra vigente el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por el CLV Pleno del Tribunal Registral, también analizado anteriormente. Al efectuar un análisis comparativo entre las características jurisprudenciales de la renuncia de área y la rectificación unilateral, podemos concluir que coinciden en lo siguiente:

- Aplicación tanto a predios urbanos como rústicos, por no existir distinción legal o jurisprudencial.
- La rectificación o determinación la otorga solo el titular o los titulares registrales del predio materia de saneamiento.
- No se requiere la intervención de ningún propietario de los predios colindantes.
- Debe formalizarse por escritura pública.

- No implica inspección física del predio ni notificación a los colindantes, tanto por el notario como por el registrador.
- Deben adjuntarse los planos visados por la municipalidad competente o los documentos catastrales emitidos por ella. En el caso de predios rústicos, el plano del órgano catastral agrario o verificador catastral.
- Debe acreditarse, con el informe del Área de Catastro de la SUNARP, que no se presenta superposición ni afectación alguna a predio colindante.

El análisis detallado de los criterios jurisprudenciales que regulan la renuncia de área, frente al saneamiento unilateral, nos permite afirmar que estos dos mecanismos creados por el Tribunal Registral, al no estar previstos en el artículo 13 de la Ley n.º 27333, a pesar de ser aparentemente autónomos e independientes, de la manera que los ha configurado la jurisprudencia registral, al exigir la presentación de planos visados municipalmente, la renuncia de área parcial, en la práctica, no es más que una modalidad del precedente jurisprudencial de rectificación unilateral para menor área, pero que el Tribunal Registral de la SUNARP ha regulado como un procedimiento diferente.

Veamos ahora de manera comparativa las características que, en nuestro concepto, deberían diferenciar la rectificación unilateral de área, linderos y medidas perimétricas de la renuncia de área:

Tabla 9
Renuncia de área us. saneamiento unilateral

Renuncia de área	Saneamiento unilateral
– Escritura pública	– Escritura pública
– Necesariamente reduce el área	– Para un área menor o mayor
– No requiere necesariamente planos visados	– Requiere planos visados, pues ese es el instrumento fehaciente que lo sustenta

- Requiere informe favorable de catastro respecto de que el área renunciada está dentro del área del predio, según la base gráfica registral	- Requiere informe favorable de catastro sobre no superposición
- Es producto de la voluntad del titular de extinguir o reducir su derecho de propiedad	- Es un modo de concordar la realidad y el registro
- Genera desinmatriculación voluntaria parcial o total	- Genera exactitud registral

4.4. Extinción de la duplicidad de partidas por renuncia al derecho de propiedad

El Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución n.º 126-2012-SUNARP, define a la duplicidad de partidas de esta manera:

Existe duplicidad de partidas cuando se ha abierto más de una partida registral para el mismo bien mueble o inmueble, la misma persona jurídica o natural, o para el mismo elemento que determine la apertura de una partida registral conforme al tercer párrafo del Artículo IV del Título Preliminar de este Reglamento. Se considera también como duplicidad de partidas la existencia de superposición total o parcial de áreas inscritas en partidas registrales correspondientes a distintos predios (SUNARP, 2012, art. 56).

La posibilidad de utilizar la renuncia de área como mecanismo para la eliminación de la superposición de partidas registrales no tiene una previsión en los reglamentos registrales, puesto que, según el mencionado Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (artículos 60 y 62), el procedimiento regulado para «solucionar» la duplicidad o superposición de partidas con inscripciones incompatibles (que son las verdaderamente relevantes) es uno administrativo registral denominado «cierre de partidas», en el que no se elimina la duplicidad, sino que se limita, en caso de que no se formule oposición, al cierre total o parcial de la partida

de menor antigüedad, quedando aún vigentes ambas inscripciones. Este procedimiento se encuentra a cargo de la Unidad Técnica Registral (antes Gerencia Registral) y no a cargo del registrador ni el Tribunal Registral. Empero, en la práctica, actualmente aceptada por jurisprudencia no vinculante del Tribunal Registral, el mecanismo de renuncia de área total o parcial ha sido y es usualmente utilizado como medio para eliminar superposiciones de partidas registrales.

Esta situación ha sido advertida por Gunther Gonzales (s. f.) cuando afirma:

Sin embargo, en la realidad sociológica no son usuales los actos de renuncia, pues normalmente se utiliza este envoltorio para encubrir o procurarse finalidades jurídicas diferentes. Así ocurre en el caso de la duplicidad de partidas sobre el mismo predio, que muchas veces pretende regularizarse a través de renunciaciones anómalas o de puro disfraz. Por ejemplo, la Resolución N° 096-2007-SUNARP-TR-T admite la renuncia de propiedad para «des-inmatricular» una partida registral, pero en realidad el caso trató de una duplicidad de partidas registrales, cada una con un propietario distinto, por lo que la finalidad del acto no era renunciar para atribuir la titularidad al Estado, sino tenía una causa diferente: reconocer que el mejor título no lo tenía el declarante, sino el otro contendiente (p. 3).

Desde otra perspectiva, Sonia Campos (2014), también advierte que pueden existir otras motivaciones de la renuncia de las áreas distintas a concordar la realidad con el registro, al indicar que

en la realidad se presentan numerosos casos donde los lotes habilitados se han visto reducidos por ampliación de vías, y al no inscribirse los actos previos que se requieren para publicar el área modificada del lote, el propietario opta por formular renuncia sobre la porción en la que, civilmente, ya no ostenta ninguna titularidad. Si bien logra el efecto buscado —excluir el área de la

partida del titular renunciante—, generamos una inexactitud, pues el área renunciada no debe desinscribirse, sino solo trasladarse al área de la partida matriz de la cual se independizó, en la cual debería incorporarse al área de vías (p. 187).

En la jurisprudencia registral, si bien aún no existen precedentes de observancia obligatoria, el tema de la renuncia de área como medio de eliminación de superposición de partidas registrales se ha admitido, favorablemente, en diversas resoluciones, como las que enunciamos a continuación:

Es inscribible la cancelación de la inscripción del derecho de propiedad sobre todo el predio y su consiguiente desinmatriculación por renuncia de su titular, siempre que ello no afecte derechos de terceros. La renuncia de propiedad de un predio que se superpone a otro da por finalizada la duplicidad de partidas (Tribunal Registral, 2017a, p. 1).

Y «La renuncia de propiedad de parte de un predio que se superpone a otro da por finalizada la duplicidad de partidas» (Tribunal Registral, 2020, p. 1).

En la revisión del texto de ambas resoluciones, se aprecia que la aceptación de la renuncia de área como mecanismo de «finalización» de la duplicidad de partidas se ha sustentado en que el Tribunal Registral, ante la ausencia de normatividad expresa, consideró necesario utilizar el criterio doctrinal que sustenta el artículo 313.2 del Reglamento Hipotecario Español, que prevé que en la doble inmatriculación esta cesará y se cancelará si existe acuerdo entre todos los interesados.

Esta línea de pensamiento es expresada en la Resolución n.º 266-2017-SUNARP-TR-L, bajo el siguiente fundamento:

Como podrá apreciarse la normatividad registral prevé que es una autoridad administrativa la que está a cargo del procedimiento de cierre por duplicidad de partidas. Nuestro sistema registral no prevé que las duplicidades de partidas pueden ser solucionadas por todos los interesados, como sí lo ha previsto el artículo 313.2 del Reglamento Hipotecario español:

[...]

2da. Si la doble inmatriculación lo fuere a favor de personas distintas y existiere acuerdo entre ellas, a solicitud suya y con la conformidad de todos los interesados expresada en la escritura pública, se procederá a cancelar o rectificar el folio convenido.

No obstante, consideramos que dado que la jurisprudencia registral peruana acogió el criterio de considerar como acto inscribible la extinción de inscripción por renuncia de propiedad, el criterio legislativo asumido por el Reglamento Hipotecario español es totalmente aplicable en nuestro sistema (Tribunal Registral, 2017b, p. 8).

Personalmente, consideramos que no era necesario acudir a la doctrina española (y menos a un derecho extranjero) para que el Tribunal Registral concluyera que la renuncia de un área que se superpone con otra pone fin a la duplicidad de inscripciones. Si ya había admitido que la renuncia de área genera «desinmatriculación» del área renunciada, es un criterio de lógica básico que si se elimina el supuesto material que da lugar a la superposición de partidas, eso da por concluida esta, aunque ello no esté expresamente previsto en nuestra normatividad registral (al igual que la propia renuncia de área).

4.5. Ventajas y desventajas de la renuncia de área

Tabla 10

Ventajas y desventajas de la renuncia de área

Ventajas
<ul style="list-style-type: none">- Es aplicable para predios urbanos y rurales.- No se aplican los procedimientos establecidos en el artículo 13 de la Ley n.º 27333.- No requiere intervención ni notificación a los propietarios de los predios colindantes.- No requiere inspección del predio ni notificación a los colindantes.- Permite modificar el área del predio disminuyéndola, pero el predio resultante y el área renunciada deben quedar dentro del polígono ya registrado.- No procede en caso de que se determine superposición de las áreas, evitando el perjuicio de terceros.- Solo se deben presentar planos y memoria descriptiva visados por la municipalidad respecto del predio resultante tras la renuncia, no es necesaria la exigencia del Código Único Catastral.
Desventajas
<ul style="list-style-type: none">- Esta rectificación es innecesaria, pues el mismo propósito se logra con la rectificación unilateral, con los mismos requisitos. En verdad, actualmente es solo una modalidad de esta.- Esta rectificación es de dudosa jerarquía legislativa frente a lo regulado por el CC, pues no se sabe si el área renunciada sería adquirida por el Estado o si se estaría generando una <i>res nullius</i>.- No procede la rectificación si el Área de Catastro del Registro de Predios no puede emitir informe positivo respecto de la ubicación del área de renuncia como respecto de superposiciones en el área remanente.

5. ESTADÍSTICAS SOBRE LA EFICIENCIA DE LA RENUNCIA DE ÁREA EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL. PERÍODO 2014-2018

Como referente, para apreciar la eficiencia para lograr la inscripción, en la segunda y última instancia registral del procedimiento de renuncia de área, se procedió a analizar las resoluciones emitidas por el Tribunal Registral durante el período 2014-2018, encontradas y recopiladas de forma directa en la página web <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>, relacionadas a continuación:

Tabla 11

Relación de resoluciones de renuncia de área (2014 a 2018)

Resolución		Año	Solicitud
1	137-2014-SUNARP-TR-T	2014	Inscripción de compraventa/renuncia de área
2	439-2014-SUNARP-TR-L	2014	Inscripción de renuncia de área
3	1550-2014-SUNARP-TR-L	2014	Inscripción de renuncia de área
4	060-2015-SUNARP-TR-T	2015	Inmatriculación/renuncia de área
5	892-2015-SUNARP-TR-L	2015	Inscripción de renuncia de área
6	1168-2015-SUNARP-TR-L	2015	Rectificación por renuncia de área
7	2350-2015-SUNARP-TR-L	2015	Inmatriculación/renuncia de área
8	010-2016-SUNARP-TR-T	2016	Inscripción de renuncia de área
9	456-2016-SUNARP-TR-T	2016	Inmatriculación/renuncia de área
10	466-2016-SUNARP-TR-T	2016	Inmatriculación/renuncia de área
11	964-2016-SUNARP-TR-L	2016	Inmatriculación/renuncia de área
12	377-2017-SUNARP-TR-T	2017	Acumulación y renuncia de área de mayor extensión
13	473-2017-SUNARP-TR-L	2017	Inscripción de renuncia de área
14	2207-2017-SUNARP-TR-L	2017	Inscripción de renuncia de área

Respecto del análisis de contenidos de las resoluciones del Tribunal Registral, en cuanto al resultado de las apelaciones por denegatorias de inscripción de actos de renuncia de área, hemos procesado la siguiente información:

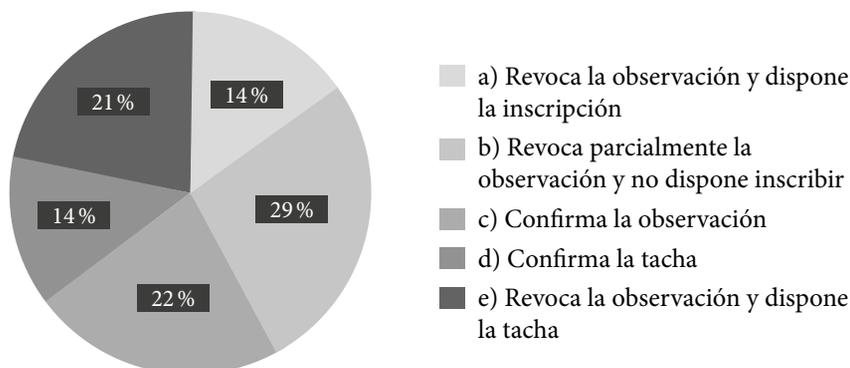
Tabla 12
Calificación del Tribunal Registral

a) Revoca la observación y dispone la inscripción	2
b) Revoca parcialmente la observación y no dispone inscribir	4
c) Confirma la observación	3
d) Confirma la tacha	2
e) Revoca la observación y dispone la tacha	3
TOTAL	14

Fuente: <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>

En gráficos porcentuales, tenemos:

Gráfico 3
Renuncia de área



Consolidando los posibles resultados de los pronunciamientos del Tribunal Registral en solo dos indicadores, es decir, si se dispone la inscripción del saneamiento o no, arribamos al siguiente resultado:

Tabla 13

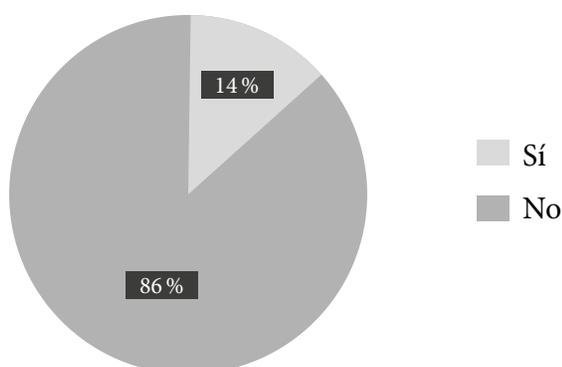
¿Se logra la rectificación por renuncia de área?

	Sí	No	Total
Renuncia de área	2	12	14

Fuente: <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>

Gráfico 4

Registral renuncia de área



De lo analizado, podemos concluir que del 100 % de recursos de apelación formulados ante el Tribunal Registral en el período de estudio (2014-2018), solo el 14 % de los casos de renuncia de área lograron que el citado tribunal disponga su inscripción.

Esta información, en la que el 86 % de las apelaciones planteadas respecto de la denegatoria de inscripción de renuncia de área no logra la inscripción solicitada, solo confirma que los problemas en su regulación, las deficiencias del propio registro y la falta de claridad en los pronunciamientos jurisprudenciales han generado que la gran mayoría de pedidos sean denegados por la segunda instancia registral. No se cuenta con el detalle porcentual de las inscripciones en relación con títulos presentados en la primera

instancia registral (registrador público), en la medida que la SUNARP no cuenta con dicha información. Sin embargo, lo que ocurre en la segunda y última instancia registral, normalmente más orientada a corregir los excesos en las denegatorias de inscripción emitidas por los registradores, no demuestra lo difícil que es inscribir este tipo de saneamiento en el Registro de Predios. Todo ello amerita plantear mejoras tanto normativas como operativas en este mecanismo de saneamiento, que nos demuestra que las soluciones meramente basadas en la jurisprudencia administrativo-registral, a pesar de tener una correcta orientación para generar mecanismos extrajudiciales de saneamiento, en la práctica no logran una verdadera eficiencia en sus resultados.

6. CONCLUSIONES

1. El saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas de predios urbanos puede efectuarse mediante distintos tipos de procedimientos: en la vía judicial o, alternativamente, a través de medios registrales y notariales.
2. El procedimiento judicial de rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas, si bien por su mayor alcance y ámbito de aplicación puede resolver la generalidad de casos, debido a la excesiva demora en su tramitación, así como la limitación para el logro de pronunciamientos definitivos favorables al saneamiento, no constituye una alternativa que brinde una respuesta satisfactoria y eficiente para solucionar las muy frecuentes discrepancias entre las características físicas de los predios que aparecen en el registro frente a las existentes en la realidad.
3. Si bien ha sido positivo que se establezcan, a través del artículo 13 de la Ley n.º 27333, dos medios notariales de saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas de predios urbanos, como la escritura pública de mutuo acuerdo y el asunto no

contencioso de competencia notarial, a través de muchos pronunciamientos emitidos por la jurisprudencia registral, se aprecia que tienen graves deficiencias que limitan su aplicación generalizada, no obstante la intención del legislador de establecer medios extrajudiciales de fácil uso por los administrados.

4. El Tribunal Registral de la SUNARP, ante las dificultades en la aplicación de los mecanismos de saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas notariales y la carencia de un verdadero catastro, ha establecido diversos precedentes de observancia obligatoria, generando nuevos mecanismos de saneamiento como el de corrección por «error de cálculo», «rectificación unilateral» y «renuncia de área», que si bien tienen una orientación favorable para el fin propuesto, constituyen supuestos parcialmente eficientes, orientados a casos específicos e, inclusive, sujetos a criterios contradictorios en la misma jurisprudencia registral.
5. Específicamente, respecto del mecanismo jurisprudencial denominado renuncia de área, consideramos que, por la forma desarrollada actualmente por los precedentes de observancia obligatoria, es un criterio jurisprudencial innecesario, pues los mismos efectos pueden lograrse con la aplicación de la denominada rectificación unilateral a área menor, que está debidamente regulada por el Precedente del CLV Pleno del Tribunal Registral. Además, se ha probado que su uso en la práctica jurisprudencial registral alcanza escasos niveles de eficiencia para lograr la inscripción del saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas que se aspira conseguir.
6. De otro lado, respecto de la misma renuncia de área, debemos destacar que, además de estar sujeta a cuestionamientos a su legalidad, por no estar expresamente regulada por el CC, genera la interrogante respecto de si el área renunciada sería adquirida (sin saberlo) por el Estado o que se estaría generando una

res nullius (bien predial sin titularidad alguna), que tampoco está prevista en nuestra legislación civil sustantiva.

7. Estimamos que la única razón para mantener este mecanismo de renuncia de área sería orientarlo a una nueva utilidad práctica: el reconocimiento de la titularidad que efectúa un propietario de un predio inscrito respecto del de otro con el cual presenta superposición, para lograr eliminar las numerosas duplicidades o superposiciones de partidas existentes en el Registro de Predios, sin tener que acudir a largos y complicados procesos judiciales.
8. Finalmente, atendiendo a las evidentes limitaciones operativas, los supuestos contradictorios y la carencia de regulación normativa (en el caso de los mecanismos jurisprudenciales), resulta necesario que a través de una norma legal específica se unifiquen y armonicen todos los supuestos, requisitos y efectos de los medios notariales y registrales de saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas de predios urbanos, para que obtengan un mayor grado de predictibilidad y eficiencia.

REFERENCIAS

- Banco Mundial (2020). *Doing Business en el Perú 2020*. Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo; Banco Mundial.
- Becerra, H. P., Samillan, A. R. y Esquivel, L. D. (2019). *La rectificación de área, linderos y medidas perimétricas en la legislación peruana*. Instituto Pacífico.
- Campos, S. (2014) Rectificación y/o determinación de área, linderos y medidas perimétricas de predios en la jurisprudencia registral. *Fuero Registral*, (12), 167-207. <https://scr.sunarp.gob.pe/repositorio/publicaciones/revista-fuero-registral/2014/FUERO-REGISTRAL-112014.pdf>

- Código Procesal Civil (1993). Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS. Perú: 8 de enero de 1993.
- Congreso de la República (2000). Ley n.º 27333. Ley complementaria a la Ley n.º 26662, Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones. Lima: 30 de julio de 2000.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Expediente n.º 28883-2018-0-5001-SU-DC-01. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Lima: 6 de diciembre de 2018. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/Expediente/DetalleExpediente.aspx?data=EDcGOhqO0FCBIbVE0tOGMmG7c8RUhvUC7ptwUaeL51G0uuaLootuVGI%2fZAFQwknsZibHCPAAR2x7ZR64CsQ2q2D1yXvvSgygG%2ffuMAf5vgk6eV3EjyJWOP7Iv%2fkh1Ov%2bkhKSHWRp9CVxdtlx51WwuxzHesRw%2bumllyHS%2boOZmT58Bgom1B%2fdHh5hUH8n%2fS0nkWRxP6OPovcmD7vnVvt06WLL1RkWGwPpUZiewDABdybiD>
- Escajadillo, F. (2018, 23 de octubre). Más allá de los efectos (meramente) registrales de la renuncia al derecho de propiedad. *Portal jurídico IUS 360º*. <https://ius360.com/mas-alla-de-los-efectos-meramente-registrales-de-la-renuncia-al-derecho-de-propiedad/>
- Gaceta Jurídica (2015). *La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015*. Gaceta Jurídica.
- Gaceta Jurídica (2021, 6 de enero). Fijan el valor de la Unidad de Referencia Procesal (URP) para el año 2021. http://gacetajuridica.com.pe/detalle_noti.php?in=OT0005090#:~:text=Sobre%20el%20particular%2C%20se%20fija,%C2%B0%20392%2D2020%2D%20EF
- Gonzales, G. H. (2002). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Jurista Editores.

- Gonzales, G. H. (s. f.). Sobre la renuncia de la propiedad. https://www.usmp.edu.pe/derecho/10ciclo/civil/seminario_derecho_registral/dr_amado/art_nac/RENUNCIA%20A%20LA%20PROPIEDAD.pdf
- Guerra, R. (2014). La función económica del predio y la necesidad de lograr la convergencia de la realidad física con el Registro. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (16), 339-355.
- Municipalidad de Miraflores (s. f.). Visación de planos. <http://www.miraflores.gob.pe/Gestorw3b/files/pdf/8977-17662-visacion.pdf>
- Silva, F. L. (2009). Rectificación de área, linderos y medidas perimétricas de un predio por mutuo acuerdo. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (127), 277-282.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) (2003). Directiva n.º 013-2003-SUNARP/SN.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) (2012). Resolución n.º 126-2012-SUNARP-SN.
- Tribunal Registral (1999). Resolución n.º 290-99-ORLC-TR. 5 de noviembre de 1999.
- Tribunal Registral (2005). Resolución n.º 182-2005-SUNARP-TR-T. Trujillo: 28 de octubre de 2005.
- Tribunal Registral (2006). Resolución n.º 062-2006-SUNARP-TR-L. Lima: 31 de enero de 2006.
- Tribunal Registral (2007a). Resolución n.º 054-2007-SUNARP-TR-T. Trujillo: 12 de marzo de 2007.
- Tribunal Registral (2007b). Resolución n.º 096-2007-SUNARP-TR-T. Trujillo: 2 de mayo de 2007.
- Tribunal Registral (2007c). Resolución n.º 324-2007-SUNARP-TR-T. Trujillo: 19 de diciembre de 2007.

- Tribunal Registral (2013). Resolución n.º 329-2013-SUNARP-TR-A.
Arequipa: 18 de julio de 2013.
- Tribunal Registral (2014). Resolución n.º 439-2014-SUNARP-TR-L.
Lima: 6 de marzo de 2014.
- Tribunal Registral (2015). Resolución n.º 1168-2015-SUNARP-TR-L.
Lima: 15 de junio de 2015.
- Tribunal Registral (2016a). Resolución n.º 024-2016-SUNARP-TR-T.
Trujillo: 14 de enero de 2016.
- Tribunal Registral (2016b). Resolución n.º 1622-2016-SUNARP-TR-L.
Lima: 16 de agosto de 2016.
- Tribunal Registral (2016c). Resolución n.º 456-2016-SUNARP-TR-T.
Trujillo: 18 de octubre de 2016.
- Tribunal Registral (2016d). Resolución n.º 560-2016-SUNARP-TR-T.
Trujillo: 26 de diciembre de 2016.
- Tribunal Registral (2017a). Resolución n.º 266-2017-SUNARP-TR-L.
Lima: 6 de febrero de 2017.
- Tribunal Registral (2017b). Resolución n.º 317-2017-SUNARP-TR-T.
Trujillo: 24 de julio de 2017.
- Tribunal Registral (2020). Resolución n.º 1359-2020-SUNARP-TR-L.
Lima: 10 de agosto de 2020.
- Tribunal Registral (2021). Resolución n.º 099-2021-SUNARP-TR-L.
Lima: 15 de enero de 2021.
- Tribunal Registral (s. f.). Acuerdos Plenarios. <https://www.sunarp.gob.pe/tribunalRegistral/AcuerdosactualizadosalCLXXII.pdf>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 103-125

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.391

Consecuencias adversas a la legítima defensa propia e impropia como causa de justificación

The adverse consequences of perfect and
imperfect self-defense as a cause of justification



EPIFANIO LÓPEZ CANTORAL
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: epifanio.lopez@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4704-2665>

RESUMEN

La legítima defensa —propia e impropia— es un instituto jurídico de defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, que opera frente a una agresión ilegítima, actual o inminente, que debe concurrir con los requisitos que prevé el artículo 20, inciso 3, del Código Penal vigente. Asimismo, usar el derecho a la legítima defensa como justificación a veces trae consigo consecuencias adversas no previsibles, como el daño o la lesión a bienes jurídicos de terceros, por ejemplo, la muerte o lesión de personas. Entonces, conlleva asumir la responsabilidad contra el accionante o el accionado, respectivamente. Más aún, ejercer tal derecho debe ser de

última ratio, no de primera línea. En tal sentido, usarlo implica ser cuidadoso y responsable en cada circunstancia particular. Por ejemplo: no es lo mismo ejercer la legítima defensa sin que haya presencia de personas, que ejercerla en lugares con presencia de ellas.

Palabras clave: legítima defensa; bienes jurídicos; consecuencias adversas; causa de justificación.

ABSTRACT

Self-defense -proper and improper- is a legal institute for the defense of one's own or third parties' legal interests, which operates in the face of a current or imminent unlawful aggression, which must meet the requirements outlined in article 20, paragraph 3, of the Criminal Code in force. Also, using the right to self-defense as a justification sometimes results in unforeseeable adverse consequences, such as damage or injury to the legal interests of third parties, for example, death or injury to persons. In this sense, using it implies being careful and responsible in each particular circumstance. For example, it is not the same to exercise self-defense in the presence or absence of the persons involved.

Key words: self-defense; legal interests; adverse consequences; cause of justification.

Recibido: 15/05/2021 Aceptado: 26/05/2021

1. INTRODUCCIÓN

En principio, la legítima defensa es una institución jurídica de carácter universal reconocida en muchas legislaciones del mundo. El Perú no es ajeno a ella. Esta institución está normada en el artículo 20, inciso 3, del Código Penal vigente. Asimismo, se trata

de uno de los temas que ha generado mayor debate doctrinario respecto de su regulación y aplicación normativa a nivel nacional e internacional. Ahora bien, la legítima defensa está catalogada como un derecho fundamental regulado en el artículo 2, inciso 3, de la Constitución Política vigente. Ahí radica el punto de partida para justificarla ante una eventual amenaza o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados. Entonces, la regulación normativa debe cumplirse como lo señala el Código Penal.

La doctrina especializada ha referido que entre los problemas patentes están los requisitos que deben cumplirse, así como los bienes defendibles que abarca. Por ello, el mayor debate se ha centrado en los requisitos exigidos por la norma penal, que suele presentar figuras alternas como la legítima defensa incompleta, el exceso a esta, entre otras. Por otro lado, Cerezo (1998) postula que

el derecho a la legítima defensa lleva implícito un precepto permisivo que interfiere en las normas de carácter general, dando lugar —en el caso más habitual— a que una conducta prohibida, que menoscaba un interés tutelado por el derecho, no sea desaprobada por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, resulte lícita por exclusión de su antijuricidad (p. 189).

Mientras que Revilla (2015) anota:

la antijuricidad, entendida como la propiedad de una conducta de ser contraria al derecho, es enervada por la legítima defensa; por ello, aunque sea la sede penal su ámbito por antonomasia, el ejercicio del derecho constitucional a la legítima defensa debe excluir la antijuricidad de la conducta en el ordenamiento jurídico en su conjunto (p. 351).

Además de lo señalado, una de las consecuencias que ha generado la legítima defensa es la adversidad al derecho invocado. Es decir, usar dicha institución para salvaguardar derechos e intereses

propios o de terceros, frente al peligro o la afectación de bienes tutelados, trae consigo una respuesta negativa de quien hace la defensa. Esto es básicamente la muerte o lesión de alguna persona ajena, o algún daño patrimonial producto del «enfrentamiento» entre el agresor y el agredido.

Lo señalado es una realidad que no debe ser desatendida. Incluso tendrían que existir lineamientos o protocolos que deberían tomarse en cuenta para quien invoca la legítima defensa, considerando el riesgo que genera el uso de este derecho. Es decir, se debe determinar cuál es la respuesta idónea para aquellas personas que por circunstancia ajena sufriesen algún daño a la integridad personal o patrimonial. En este escenario, podría sostenerse una responsabilidad compartida. En su defecto, la responsabilidad debe ser asumida por la persona que realiza la agresión, lo cual se ve en contadas oportunidades.

En ese sentido, el presente trabajo tiene como objetivo determinar las posibles consecuencias del empleo de la legítima defensa. Posibles porque caben los escenarios en que no se concreten. Asimismo, se tocarán tres requisitos indispensables sin los cuales no podría ser invocada. Vale decir, para una válida configuración de la legítima defensa deben concurrir los tres requisitos regulados en la normativa penal: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. Finalmente, se dará a conocer la posición sobre esta institución de suma importancia en la coyuntura social.

2. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Conviene recordar algunos conceptos de la legítima defensa: «repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la

defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla» (Jiménez de Asúa, 1939, p. 556) y «defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor» (Cuello, citado por Zambrano, 2006, p. 261).

Resulta claro que la legítima defensa es una causa de justificación atribuida a quien hace la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros frente a una agresión injustificada, lo que conlleva a ejercitar la acción defensiva para salvaguardar los derechos o los intereses correspondientes. Además, la legítima defensa opera en salvaguarda de derechos comunitarios o sociales. Asimismo, es un derecho defensivo que asiste a toda persona que se encuentra frente a una agresión ilegítima, actual o inminente, proveniente del que obra o de un tercero, dado que es susceptible de lesionar bienes jurídicos tutelados. Dicha agresión se justifica si no fue provocada por quien ejerce la acción defensiva. Además, la legítima defensa es una autoprotección jurídico penal y una reacción necesaria frente a un peligro inminente que se puede manifestar directa e indirectamente:

Así pues, la defensa cumple no solo una función de protección de bienes jurídicos, sino también, al afirmar y hacer prevalecer el Derecho frente al injusto agresor, si es preciso con una tremenda dureza, una importante función de prevención general: de intimidación frente a delincuentes y de prevalecimiento del orden jurídico, creando seguridad de los ciudadanos en el mismo. Es más, por su contundencia, que incluso puede llegar a la muerte del agresor, y por no ser una eventual reacción *a posteriori*, sino algo que hace fracasar la agresión en el momento decisivo, la legítima defensa puede ser, sobre todo si se emplea con frecuencia, un medio intimidatorio tanto o más eficaz que la pena (Luzón, 2006, p. 526).

Ahora bien, los alcances de la legítima defensa se basan en una agresión ilegítima, una racionalidad del medio empleado para ejercer la defensa y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. Para la doctrina mayoritaria, se trata del inicio de una reacción legítima, la misma que es una fuerza material para repeler una agresión ilegítima que atente nuestra integridad o la de terceros, o si se quiere decir, contra cualquier bien jurídico tutelado.

Finalmente, es preciso señalar que existe un consenso a nivel de la doctrina penal, que estima que todos los bienes jurídicos son defendibles: la vida, la libertad y la integridad personal propia o de un tercero. Además, se considera la protección al patrimonio, el domicilio, la morada, etc. También son bienes defendibles la colectividad o la comunidad, respectivamente. En efecto, es posible emplear la legítima defensa en pro de salvaguardar los derechos e intereses personales o de terceros.

3. LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

En sentido lato, las causas de justificación son aquellas que excluyen la antijuricidad o ilicitud de la conducta típica, es decir, se trata de una conducta sujeta a derecho. Se traduce en una situación objetiva y subjetiva de quien se defiende. Entre ellas tenemos a la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el consentimiento. Ahora bien, Villegas (2014) señala que

las causas de justificación operan como estructuras de descargo de la imputación, pues la conducta desplegada en esos supuestos concretos abarcados por las causas de justificación, se la considera conforme a derecho, es decir, no se habría creado un riesgo prohibido susceptible de sanción penal, sino que se trataría de un riesgo permisible (pero solo en esas especiales circunstancias) (p. 74).

Mientras que Muñoz y García (2010) consideran que

las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además, que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción (pp. 312-313).

En efecto, en la causa de justificación se activa una respuesta jurídico penal de autoprotección frente a conductas externas desaprobadas por la ley penal. Dicha respuesta debe estar vinculada al conflicto entre la posible afectación de algún bien jurídico y la tutela de este, pero con la aprobación de los requisitos exigidos por el artículo 20, inciso 3, del Código Penal. Si no fuese el caso, o faltase algún requisito, recae en el artículo 21 del Código Penal, como responsabilidad atenuada.

4. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Los requisitos legales están previstos en el artículo 20, inciso 3, del Código Penal vigente, el cual señala:

El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a. Agresión ilegítima;
- b. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelela. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa;
- c. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa (Poder Ejecutivo, 1991).

Entonces, es de suma importancia discernir lo antes señalado, en razón del cumplimiento estricto de los requisitos previstos. Sin la concurrencia de estos, no sería posible invocar la legítima defensa.

4.1. La «agresión ilegítima»

4.1.1. Concepto

Por agresión se entiende:

cualquier ataque a bienes jurídicos o derechos cuyo titular sea una persona [...] la agresión tiene que suponer un peligro serio e inminente de lesión del bien jurídico de que se trate. No basta con una lejana percepción del peligro por parte de la víctima; el peligro debe ser real, serio y grave (en el sentido de que puede menoscabar el bien jurídico) (Berdugo, Arroyo, García, Ferré y Serrano, 1999, p. 227).

Y «la agresión, [...] la amenaza de lesión, mediante una acción humana de intereses vitales jurídicamente protegidos» (Welzel, 1956, p. 91).

Por lo tanto, el punto de partida es la conducta humana. Si esta no existiese, no sería posible admitir la legítima defensa. Por ejemplo, la agresión de animales como el perro, *a contrario sensu*, procede cuando aquel es instruido o azuzado por el dueño. Tampoco sería admitida la agresión en casos de fuerza física irresistible, inconciencia o acto reflejo, lo que conllevaría a un estado de necesidad. Asimismo, no es posible la legítima defensa —agresión— si se trata de tentativa inidónea, como cuando alguien no saca el arma con la intención de azuzar al médico o enfermo, sino para disparar al cadáver que acaba de fallecer.

Según García (2019):

no hay impedimento para que la agresión se realice también mediante una omisión, siempre que esta sea penalmente relevante por existir una posición de garantía atribuida al omitente

(omisiones impropias). Esa posición de garantía puede ser de carácter organizativo o institucional. Ejemplos de agresiones omisivas serían el dueño que no detiene el ataque de su perro (competencia por organización) o la madre que no alimenta al recién nacido (competencia institucional) (p. 616).

En la doctrina dominante, se discute la situación de los menores de edad, epilépticos, locos, ebrios, sonámbulos o de quienes actúan por error, entre otros casos, dada la particularidad de su accionar humano. Sin embargo, cabe la posibilidad de ejercer la legítima defensa contra ello. En ese contexto, se descarta la posibilidad de agresión en aquellas conductas antisociales, éticas o morales que provengan de gestos o señales del cuerpo humano. Asimismo, «no hay agresión» en agresiones justificadas, como las que se producen en riñas, entre animales, en agravios verbales mutuos, entre otros casos.

Entonces, la agresión debe consistir en un comportamiento humano que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos tutelados propios o de terceros. Dicha agresión debe ser actual, ilegítima y real, lo que implica violencia o amenaza. Además, la agresión debe ser objetiva y no subjetiva. Para Villegas (2014), «en la agresión ilegítima se contempla únicamente la presencia de una acción humana antijurídica. No se requiere que dicha conducta se subsuma dentro de un tipo penal, en tanto la legítima defensa actúa contra cualquier interés jurídicamente protegido» (p. 76).

4.1.2. Características de la «agresión ilegítima»

Encontramos cinco características:

1. *La agresión siempre como acto humano.* Reiterando *supra*, la agresión debe ser una conducta humana, sea imputable o no. Esto descarta la agresión de animales, cosas, etc. Entonces, el accionar de una persona se da con pleno conocimiento y voluntad —o con la ausencia de ellos— de afectar o vulnerar bienes jurídicos tutelados propios o de terceros.

2. *Actualidad de la agresión.* Como bien señala Cuello (1976), «ha de ser actual e inminente. Antes que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, cuando ha cesado es superflua. Basta que la agresión esté próxima a realizarse» (p. 357) y como plantea Bramont-Arias:

no puede haber legítima defensa después de haber terminado la respectiva agresión, de lo contrario estaríamos situándonos ante un abuso de derecho, que podrían afrontarse en venganza o justicia por mano propia. Asimismo, el ataque deberá de ser inminente cuando la resolución del agresor sea irrevocable respecto al inicio del ataque; no podría llamarse inminente aquella acción jurídicamente imposible, así pues, una persona no podría agredir a otra con un mazo de plástico para piñata (no existiría agresión si esta es una tentativa inidónea) (Pérez, pp. 99-100).

El término «actual» alude al tiempo presente, mientras que «inminente» es una situación que amenaza con suceder de manera inmediata. Dado que representa una situación de peligro, se legitima la conducta. Asimismo, la acción defensiva puede subsistir en tanto permanezca la agresión. Si esta concluye, no se puede generar una nueva agresión ni accionar la legítima defensa.

3. *Ilegitimidad de la agresión.* Sobre esta, Mir (2008) propone que

equivale a agresión antijurídica. Ello significa que no basta que sea típica, pero también que no es preciso que sea personalmente imputable a su autor: cabe también legítima defensa frente a la agresión antijurídica de un inimputable o de quien actúa bajo una causa de exculpación (p. 438).

Con la antijuricidad de la agresión, el agredido no puede soportar jurídicamente una acción no autorizada, es decir, no es posible soportar la agresión ilegítima. Asimismo, para esta última es ineludible que exista un bien jurídico amenazado. Como bien señala

la doctrina dominante, la agresión no solo se refiere a los bienes jurídicos protegidos, sino también a cualquier interés jurídicamente protegido. En este escenario, no es posible admitir la legítima defensa contra legítima defensa. La conducta de quien hace la defensa está sujeta a derecho y está invocada por una causa de justificación.

4. *Realidad de la agresión.* Se presenta una existencia real y no imaginaria. Es decir, la agresión debe ser objetiva y creíble, y debe amenazar algún bien jurídico tutelado. *A contrario sensu*, estamos ante una legítima defensa putativa, lo que representa suposiciones o meras conjeturas de su real afectación.

5. *Bienes defendibles.* Puede ser cualquier bien jurídicamente protegido. Por ejemplo, la vida, la integridad, la libertad, etc. También derechos patrimoniales propios o de terceros, como la morada, el domicilio y, finalmente, el honor de las personas.

4.1.3. Legislación comparada

Según el Código Penal argentino:

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

[...]

6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima (Congreso de la Nación Argentina, 1984).

Mientras que de acuerdo con el Código Penal colombiano:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

[...]

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión (Congreso de la República de Colombia, 2000).

4.2. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

En principio, este requisito está previsto en el artículo 20, inciso 3, literal b, del Código Penal vigente. Presentado correctamente el primer requisito de la norma, sigue el análisis del presente para una válida configuración de la legítima defensa. Entonces, la «necesidad racional del medio empleado» no debe entenderse como proporcionalidad de medios (revólver contra revólver, sable contra sable, puño contra puño, etc.), sino que hace alusión al propio medio necesario para frenar o evitar la agresión ilegítima. Este requisito ha sido un tema controvertido en la doctrina dominante y ha llevado a interpretaciones disparejas y poco coherentes. Dada la última reforma penal, estaría resuelta la problemática respecto del segundo inciso.

Como señala Roxin (1997):

el defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como medios defensivos los medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro (p. 628).

Básicamente, la necesidad racional del medio empleado debe estar en función de cada circunstancia en particular. Sostengo que no es tan fulminante saber y emplear que la conducta agresiva sea repelida con un medio menos lesivo. Por ejemplo, si una persona robusta se enfrenta a una persona delgada, vencerá el primero. En ese escenario, si el segundo tiene a su alcance un cuchillo, debe emplearlo sin más remedio. Así también sucede cuando se utilizan armas de fuego y armas blancas.

Ahora bien, lo racional «hace suficiente una necesidad aproximada, no estricta para cualquier persona de las características del autor colocada en su situación en el momento de defenderse (*consideración ex ante*)» (Mir, 2008, p. 436). Asimismo, el término «racional» debe entenderse como razonable, un aproximado entre el ataque y la defensa, lo cual no implica un cálculo aritmético. Además, la racionalidad del medio empleado no puede someterse al principio de «proporción equitativa».

4.2.1. Exclusión del criterio de proporcionalidad de medios

Como ya dijimos antes, en principio, la proporcionalidad de medios estaba referida a la igualdad de medios empleados, es decir, quien hace la defensa debe emplear el medio igual al medio empleado por el agresor. Entonces, la actual regulación normativa ha sido modificada en cuanto a la proporcionalidad de medios, considerando en su lugar otros criterios. Entonces, en buena cuenta, ha sido un avance significativo para proteger los derechos e intereses del agredido y, por supuesto, de terceros.

4.2.2. Intensidad de la agresión

Debemos entender por «intensidad» al grado de fuerza con que se manifiesta el agresor, es decir, representa una magnitud física, anímica o una cualidad especial de agresividad. Lo que conlleva a ejercer la legítima defensa en pro de salvaguardar los derechos e intereses propios o de terceros.

4.2.3. Peligrosidad de la agresión

Implica que el accionar del agente o agresor pueda causar o generar daños, riesgo o amenaza a la integridad corporal de la víctima, así como a la esfera patrimonial. En suma, también se da para cualquier bien jurídico tutelado por la norma vigente.

4.2.4. Forma de proceder del agresor

Viene a ser el modo o la forma de accionar de la conducta en menoscabo de los bienes jurídicos protegidos, que puede variar la forma acorde a cada circunstancia. Esta representa en el agredido una agresión inminente, actual y real y, desde luego, se efectúa una reacción lógica en defensa de bienes y derechos propios o de terceros.

4.2.5. Disponibilidad de medios para la defensa

Implica que el agredido o víctima disponga en su entorno de cualquier medio, y que está listo para ser utilizado contra el agresor en defensa de los bienes jurídicos tutelados. Es válido cualquier medio disponible, y que no existan otros medios alternos para la defensa, por ejemplo: desde el uso de una piedra hasta el uso de un arma de fuego.

4.2.6. Legislación comparada

De acuerdo con el Código Penal argentino:

Artículo 34.- No son punibles

[...]

6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

[...]

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla (Congreso de la Nación Argentina, 1984).

Mientras que para el Código Penal chileno:

Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

[...]

4°. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

[...]

Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla (Congreso Nacional de Chile, 1874).

4.3. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa

El tercer requisito está previsto en el artículo 20, inciso 3, literal c, del Código Penal vigente. Entonces, cumplidos los primeros requisitos de la norma, ello nos lleva al análisis del presente, por consiguiente, constituye legítima defensa como tal.

La provocación puede consistir tanto en una conducta voluntaria como imprudente de quien pretende luego ejercer la acción defensiva. No puede restringirse a una provocación dolosa, pues se estaría recortando de forma injustificada la protección de los bienes jurídicos fundamentales, por quien es provocado ilegítimamente. La acción no es preciso que esté dirigida al fin de desencadenar la respuesta agresora (Peña, 2011, p. 683).

Este requisito implica el castigo de una acción de defensa racional y necesaria frente a una agresión ilegítima. Es decir, el agredido que se defiende no de haber provocado la agresión al agresor. Bien podría darse el caso de una agresión grave e intencional (provocación suficiente e insuficiente), en esta última, de sobrepasar los límites permisibles, podría incluso ocurrir una «contraagresión», en la cual perfectamente podría darse la legítima defensa.

Claro está, nadie tiene derecho a agredir, tampoco hay derecho a sobrepasar los límites permisibles en una agresión intencional o insuficiente. Como señalé anteriormente al tocar el tema de la «agresión ilegítima», no hay agresión, vale decir, en agresiones justificadas, en agresiones en riña, en agresiones mutuas, etc., pero si estas sobrepasan los límites, sí cabe la agresión ilegítima y por tanto hay legítima defensa.

Asimismo, si la agresión producida genera una suerte de arrepentimiento del agresor frente al agredido, este puede considerar su aceptación o no, producido el primero desaparece en cierta medida el tercer requisito, dado que se aceptaría como agresión legítima.

Considero pertinente que cuando se trata de agresiones verbales pasivas y mutuas, podría cumplirse el tercer requisito, ello cuando sobrepase los límites permisibles entre el agresor y el agredido, por ejemplo: si una mujer con justa razón reclama pasivamente a un hombre sobre el incumplimiento de una pensión alimenticia o alguna deuda pendiente, y este actúa con una conducta agresora al emplear palabras soeces, empujones, etc., que superen una real dimensión de agresividad verbal, física o psicológica, la primera está en todo el derecho de reaccionar en defensa de su integridad moral, psicológica o física, dando así lugar a un puñete, un manotazo, una patada, etc. En tal escenario, se produce una falta de provocación suficiente del que hace la defensa.

4.3.1. Prouocación suficiente

La provocación suficiente implicaría lo bastante grave como para provocar una reacción agresiva, ello supone quitar o despojar al agresor-provocador del derecho a una acción defensiva. Es decir, en dicha agresión debe ser objetivamente pronosticable un ataque o amenaza. Entonces, conlleva a descalificar conductas leves, insignificantes, burlas, chistes, etc., en estos casos no es aceptable ejercer la legítima defensa. Señala Peña Cabrera (2011) que quedan fuera de este marco las reacciones explosivas de quien recibe una ofensa verbal y ejecuta una conducta violenta, v. gr., quien ante los piropos que recaen sobre su pareja, reacciona disparando un arma de fuego, por lo que el provocador no está obligado a soportar dicha reacción agresiva, al estar amparado por la legítima defensa.

4.3.2. Prouocación intencional

Se excluye una conducta intencional, deliberada o premeditada de quien inicia la provocación para darse una reacción agresiva del provocado, no se puede poner pretextos o motivos injustificados que hagan permisible su reacción inmediata. Por ejemplo, si una persona busca razones o motivos para ser agredido y considerar que existe una agresión ilegítima, una provocación intencional, etc., pierde toda posibilidad de invocar una legítima defensa. Es decir, no será viable emplear la legítima defensa cuando medie una agresión injustificada, para luego ser considerada agresión ilegítima.

4.3.3. Legislación comparada

Para el Código Penal español:

Artículo 20

Están exentos de responsabilidad criminal:

[...]

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

[...]

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor (Ley Orgánica 10/1995).

De acuerdo con el Código Penal ecuatoriano:

Artículo 33.- Legítima defensa.

Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

[...]

3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

5. CONSECUENCIAS ADVERSAS PROPIAS

En principio, si la legítima defensa es ejercida en cumplimiento de los tres requisitos que exige el Código Penal vigente, estaríamos ante una causa de justificación acorde a derecho; por tanto, quien hace la defensa está exento de responsabilidad penal. Si por alguna circunstancia no se cumpliera algún requisito legal, estaríamos ante una figura de legítima defensa incompleta o imperfecta. En estos supuestos, habrá una responsabilidad penal atenuada, según la cual se fijará una pena por el mínimo legal, lo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional.

Asimismo, activar la legítima defensa como derecho fundamental, implica ser muy cuidadoso ante una agresión ilegítima de un tercero, debido a que a veces el agredido o víctima termina siendo más perjudicado, por ejemplo: podría fallecer o tener algún daño corporal en el ejercicio de su derecho legítimo.

Por ende, estar ante un peligro actual e inminente, nos faculta a ejercer la legítima defensa en salvaguarda de los bienes y derechos. En tal escenario, se deben medir las posibles consecuencias adversas que conlleva, por ejemplo: si solo está en riesgo la integridad de quien hace la defensa o, también, de terceras personas, dado que se ha visto ocasiones en que el perjudicado es un tercero, y no el agredido. Por ello, surge la pregunta: ¿quién se hace responsable por las consecuencias ajenas al ejercicio de la legítima defensa? Como respuesta a ello se considera viable ejercer en contra del agredido, ahora bien, si por alguna circunstancia se imposibilita al agresor, deberá asumir el agredido.

6. CONSECUENCIAS ADVERSAS IMPROPIAS

Este apartado es muy controvertido para quien apoya al tercero con la legítima defensa, debemos ser muy cuidadosos o cautelosos

para calificar los tres requisitos de la legítima defensa. Así, ante una posible o aparente pelea entre parejas o amigos, no se puede suponer o antelar que existe un peligro de algún bien jurídico de la víctima, cuando en realidad tal vez es un juego, una broma, etc. En tal escenario, no se podría invocar la legítima defensa de terceros.

Asimismo, surge una de las interrogantes: ¿cuándo es apropiado actuar en legítima defensa de terceros? Al respecto, no ha sido desarrollado por la doctrina penal, existe escasa fuente bibliográfica, entonces, considero y reiterando *supra*, quien apoya a un tercero con la legítima defensa debe ser muy cuidadoso y no caer en exceso de la legítima defensa o legítima defensa putativa. Lo que implicaría tener responsabilidad penal por el hecho.

7. TOMA DE POSTURA GENERAL

Primero, si bien es cierto que todos tenemos el derecho a la legítima defensa en pro de salvaguardar bienes jurídicos propios o de terceros, también implica un riesgo adverso al ejercicio de tal derecho. Ello en razón a lo expuesto anteriormente.

Segundo, de existir algún riesgo adverso como una muerte indirecta de terceros o algún daño, lesión, etc., este debe ser asumido por la persona que ejerce la legítima defensa; porque si el agresor fallece, no habría contra quién efectuar alguna suerte de reparación civil, más aún, sabiendo que en el mundo del hampa los delincuentes no cuentan con recursos o familiares cercanos. También debe ser asumido por el agresor, si por alguna circunstancia viviese ante el enfrentamiento defensivo.

Tercero, en dicha situación se está dejando indefensas a las víctimas que han sufrido alguna lesión o daño en su integridad personal o patrimonial. En estos casos se presenta algún gasto médico, funerario u otros.

Cuarto, cuando se emplea la legítima defensa surgen tres cuestiones a saber: a) puede producirse algún resultado adverso para quien hace la defensa y para el agresor, como lesiones, entre otros; b) pueden ser perjudicadas ambas partes, el agresor y la víctima; c) puede no presentarse algún daño o lesión en ambas partes, agresor y víctima, o resultar algún daño a una tercera persona.

8. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sirva como ejemplo de los requisitos de la legítima defensa, la siguiente cita:

Primer presupuesto: agresión ilegítima. Se trata de un comportamiento dirigido a lesionar o poner en peligro un bien legalmente protegido, donde el adjetivo ilegítimo es utilizado en el texto legal para calificar a la agresión de ilícito e injusto, contrario al orden jurídico. De tal forma que la agresión debe ser inminente, actual o presente.

[...]

Segundo presupuesto: necesidad racional del medio empleado para impedir la repelerla. Se trata —señala la Corte— de una apreciación de valor con referencia a la justicia y la equidad. La racionalidad de la defensa se determina apreciando la proporcionalidad entre el peligro propio a la agresión y la acción de defenderse; es decir, entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y los propios del comportamiento defensivo.

[...]

Tercer presupuesto: falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. Se trata de una actitud especial de quien se defiende, esto es, de poner cuidado en comportarse de manera tal que no origine, de parte de cualquier persona, una reacción contra él. La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor, no puede depender, por ejemplo, de la extremada susceptibilidad o irritabilidad del sujeto en cuestión (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018, f. j. 8).

9. CONCLUSIONES

La legítima defensa constituye un derecho fundamental de las personas, que goza de protección constitucional y legal, y se encuentra regulada en el artículo 2, inciso 23, de la Constitución Política vigente. Asimismo, está normada en el artículo 20, inciso 3, del Código Penal vigente, bajo la nomenclatura de eximentes de responsabilidad penal.

La agresión ilegítima opera como primer requisito de la legítima defensa frente a la vulneración de bienes jurídicos propios o de terceros. La conducta del agraviado está amparada a derecho. Solo es posible accionar la conducta defensiva cuando medie una circunstancia de ilegitimidad, real, actual o inminente.

La defensa necesaria es entendida como una defensa adecuada para frenar la agresión ilegítima del agresor. Es decir, entre los múltiples medios o formas de repeler la agresión, el agredido debe elegir la menos lesiva para proteger los bienes jurídicos tutelados. Ello en salvaguarda de los derechos e intereses personales.

La falta de provocación es una conducta desplegada por el agresor, que conlleva a una conducta previsible del agredido. Es decir, quien hace la defensa no debe actuar y provocar al agresor. Asimismo, la provocación es una acción u omisión anterior a la agresión ilegítima.

Del mismo modo, si por alguna circunstancia en el ejercicio de la legítima defensa, se presentan hechos ajenos no predecibles, como el daño, la lesión o la muerte de alguna persona, ello debe ser asumido por el agresor, y eventualmente por el agredido, de esta manera no se deja desamparadas a posibles víctimas ajenas. La finalidad de esto es básicamente resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Finalmente, para validar la configuración y el cumplimiento de los requisitos de la legítima defensa debe concurrir obligatoriamente lo señalado en el artículo 20, inciso 3, del Código Penal vigente. Caso contrario, estamos frente a la figura de la legítima defensa incompleta o exceso de esta.

REFERENCIAS

- Berdugo, I., Arroyo, L., García, N., Ferré, J. y Serrano, J. (1999). *Lecciones de derecho penal. Parte general* (2.^a ed.). Praxis.
- Cerezo, J. (1998). *Curso de derecho penal español. Parte general. Tomo II*. Tecnos.
- Congreso de la Nación Argentina (1984). Ley n.º 11.179. Código Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires: 27 de agosto de 1984.
- Congreso de la República de Colombia (2000). Ley n.º 599. Código Penal Colombiano. Bogotá: 24 de julio de 2000.
- Congreso Nacional de Chile (1874). Código Penal. Santiago: 12 de noviembre de 1874.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de nulidad n.º 910-2018. Lima Este. Sala Penal Transitoria. Lima: 5 de diciembre de 2018.
- Cuello, E. (1976). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Bosch.
- García, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.^a ed.). Ideas Solución Editorial.
- Jefatura del Estado (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid: 23 de noviembre de 1995.
- Jiménez, L. (1939). *Tratado de derecho penal. Tomo I*. Losada.

- Luzón, D. (2006). *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. BdeF.
- Mir, S. (2008). *Derecho penal. Parte general*. BdeF.
- Muñoz, F., y García, M. (2010). *Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.
- Peña, A. (2011). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Idemsa.
- Pérez, J. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad penal*. Gaceta Jurídica.
- Poder Ejecutivo (1991). Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal. Lima: 8 de abril de 1991.
- República del Ecuador. Asamblea General (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: 3 de febrero de 2014.
- Revilla, P. (2015). Derecho a la legítima defensa. En Gutiérrez, W. (dir.), *La Constitución comentada. Tomo I* (3.ª ed.) (pp. 350-359). Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. (trad. Diego Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente). Civitas.
- Sandoval, J. (1994). *Legítima defensa: los derechos defendibles*. Temis.
- Villegas, E. (2014). La legítima defensa en el derecho penal peruano. En Montoya, C. (dir.), *Las causales eximentes de responsabilidad penal*. Gaceta Jurídica.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal. Parte general*. Roque Depalma Editor.
- Zambrano, A. (2006). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). ARA Editores.



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 127-161

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.392

Derecho fundamental del acceso a la justicia y políticas institucionales del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción en el Perú

The fundamental right of access to justice and
institutional policies of the Judiciary in the fight
against corruption in Peru



DEYSY ELIZABETH VÁSQUEZ ROJAS
Corte Superior de Justicia de San Martín
(Moyobamba, Perú)

Contacto: dvasquezro@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1802-2286>

RESUMEN

Abordar el problema de la corrupción en la administración de justicia en el Perú resulta una tarea compleja, más todavía cuando se trata de una práctica instalada, estructural e histórica. El estudio presenta los alcances sobre el derecho fundamental del acceso a la justicia, además de una aproximación a la problemática de la corrupción en el ámbito judicial en el Perú. Asimismo, analiza los procesos judicializados e identifica los avances en políticas

institucionales y los desafíos que tiene pendiente el Poder Judicial, así como las implicancias de este problema en relación con el derecho al acceso a la justicia.

Palabras clave: acceso a la justicia; políticas institucionales; Poder Judicial; lucha contra la corrupción.

ABSTRACT

Addressing the problem of corruption in the administration of justice in Peru is a complex task, especially when it is an established, structural and historical practice. The study analyzes the scope of the fundamental right of access to justice, as well as an approach to the problem of corruption in the judicial sphere in Peru. It also analyzes judicial proceedings and identifies the progress made in institutional policies and the challenges pending for the Judiciary, as well as the implications of this problem concerning the right to access to justice.

Key words: access to justice; institutional policies; Judiciary; fight against corruption.

Recibido: 08/04/2021 Aceptado: 12/04/2021

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA

La reflexión sobre la justicia es tan antigua como la humanidad misma. Los primeros filósofos, como Platón y Aristóteles, plantearon sus ideas sobre la justicia a partir del lado contrario: la injusticia. Cada época histórica desarrolló una concepción y práctica sobre la justicia, y es que esta ha sido una preocupación constante en el devenir histórico de las personas y los pueblos. El derecho hizo lo propio y formuló regulaciones, doctrina y jurisprudencia sobre la justicia, con lo cual la comunidad judicial y jurídica asumió

como un derecho fundamental la justicia, y como uno de los pilares fundamentales del Estado moderno y de la creación del Estado constitucional de derecho.

El derecho fundamental de acceso o acceder a la justicia guarda relación directa con la administración de justicia. En ese sentido, desde la óptica constitucional se define como aquel poder de impartir justicia que surge de los pueblos y realiza el Poder Judicial por intermedio de las diversas instancias jurisdiccionales, de acuerdo con lo establecido en la carta magna y lo normado por las leyes (artículo 138 de la Constitución Política del Perú). Este poder del Estado actúa como contrapoder sobre la base de la división de poderes, debido a que es un contralor del cumplimiento de las funciones de los dos poderes restantes del Estado, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, de manera que busca que exista un equilibrio, evitando cualquier tipo de excesos. Sin embargo, para acceder a la justicia no basta el reconocimiento normativo ni que esta sea evocada en una norma suprema. Es necesario también el reconocimiento de los derechos y las obligaciones sociales de los gobiernos, las comunidades y los individuos (Cappelletti y Garth, 1996, p. 12), conforme a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). Resultaría inútil si solo se reconoce de manera formal a su titular cuando en realidad no se puede acceder de manera eficaz al sistema de justicia para obtener tutela jurisdiccional efectiva. Por consiguiente, el dogma de acceder a la justicia debe estar acompañado de mecanismos y medios que garanticen su acceso en condiciones de igualdad, celeridad, oportunidad e inmediatez. Toda persona aspira a que cuando acuda a la administración de justicia, obtenga una tutela jurisdiccional efectiva y una sentencia justa y motivada. Ante lo expuesto, cabe preguntarse: ¿cómo incide la corrupción enquistada en el aparato judicial en el derecho al acceso a la justicia?, ¿qué tan efectivas están resultando las políticas

institucionales del Estado, y en particular del Poder Judicial, para afrontar la corrupción judicial?, ¿cómo salir del círculo vicioso y dañino de la corrupción generalizada, estructural y sistemática?, ¿será esta una guerra perdida? Son preguntas que el ciudadano de a pie se hace a diario. Por ello, a lo largo de este artículo se irán respondiendo.

2. LA CORRUPCIÓN EN EL PODER JUDICIAL COMO ESCOLLO PARA ACCEDER A LA JUSTICIA, DERECHO FUNDAMENTAL RECONOCIDO

La preocupación en torno a este tema se presenta a nivel de Latinoamérica, como se puede advertir a continuación:

Autores y títulos de las investigaciones	Tipo de estudio	Métodos	Resultados	Conclusiones
Acosta-Daza (2020). Justicia sin daño: una apuesta por el fortalecimiento del acceso a la justicia.	Investigación original.	Recolección de información a través de talleres en 10 localidades.	Formula reflexiones respecto de cómo están diseñadas, implementadas y evaluadas las políticas públicas para acceder a la justicia en Bogotá.	La administración de justicia debe ser pensada de manera local y debe estar articulada y ligada a otros enfoques.
Carvajal Martínez, Hernández Díaz y Rodríguez Martínez (2019). La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate.	Investigación original.	Es una investigación de tipo sociojurídico.	Determina las causas de la existencia de la corrupción judicial.	La corrupción judicial no es un tema aislado del aspecto político ni exclusivo de él. Es un fenómeno que produce efectos en la gobernabilidad y el ámbito económico. La desconfianza en el sistema judicial trae consigo más corrupción.

Bernales Rojas (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.	Investigación original.	Recolección de datos a través del estudio de 89 sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Recogimiento jurisprudencial del derecho a la justicia.	El reconocimiento formal y expreso del instituto de acceder a la justicia, pues en lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso y el acceso a la justicia son diferentes entre sí.
Pardo Manrique (2018). La corrupción como descomposición de las relaciones constitutivas del ser humano. Una reflexión teológica.	Investigación original.	Método teleológico.	La socialización hace madurar al ser humano.	Urge un refuerzo ético en la sociedad, que comience en la educación a la más temprana edad. La corrupción hace que exista una sociedad pasiva, situación que es aprovechada por los poderosos.
Ponce de León y García Ayala (2019). La precariedad política en tiempos de Lava Jato.	Investigación original.	Método analítico.	Escándalos que generaron no solo sorpresa en la población sino mayor desconfianza en el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.	Se develó una red criminal en el sistema judicial peruano.

La primera investigación ha sido desarrollada por Acosta-Daza (2020). Ataño a una investigación original realizada en Colombia y tuvo como muestra a diez localidades de Bogotá. El método utilizado fue el de talleres, para conocer de primera mano los conflictos y los problemas que existen en el sistema judicial local, específicamente en la política pública de acceso a la justicia, cuyas conclusiones fueron la necesidad de una transformación de fondo del sistema de justicia, y con ello el acceso a la justicia, pero además

el combate contra las diferencias y los conflictos que surgen frente a los mandatos judiciales o interinstitucionales. En ese mismo orden de ideas, la importancia de la elección de este artículo recae en que en Bogotá existe, al igual que en Perú, la política pública de acceso a la justicia. Se realiza un análisis de los problemas y conflictos que enfrenta dicha política pública, además se ve que está afectada por diversos conflictos existentes, y una solución a dicha problemática consisten en aprender a trabajar desde un sistema de justicia local con enfoques interinstitucionales. Por tanto, se entiende que con ese método de trabajo se puede afrontar y controlar la corrupción en el sistema judicial.

El segundo artículo, presentado por Carvajal Martínez, Hernández Díaz y Rodríguez Martínez (2019), corresponde a una investigación original realizada con la finalidad de efectuar un análisis comparativo del fenómeno de la corrupción en la esfera pública y privada entre Perú, México y Colombia. La metodología utilizada fue la sociojurídica y esgrime como base la investigación realizada por Mejía Mori (2001) en el Perú. Según dicha investigación, las causas para que exista corrupción judicial son la deficiente formación ética y profesional en los servidores públicos, el desconocimiento de la misión y visión del Poder Judicial, que no existe un perfil o un modelo de juez ideal, la necesidad de mantenerse en el cargo, las bajas remuneraciones, el mal uso del poder otorgado a los funcionarios judiciales, la aceptación social de la corrupción dentro del Poder Judicial y la invasión de los grupos de poder (Mejía, 2001, p. 210). Asimismo, en esa investigación también se predijo lo que Mejía Mori indicó, existen cuatro formas principales de corrupción judicial en Perú, las cuales son:

1. Lobbies de abogados y gestores de la corrupción judicial. Es lo que comúnmente se conoce como tráfico de influencias. El ejemplo más claro que podemos encontrar de manera reciente en el Perú es el caso del juez Walter Ríos en la Corte Superior de

Justicia del Callao, quien designaba abogados como jueces supernumerarios a su medida. En términos sencillos, existía una red para atender procesos específicos.

2. **La corrupción individual de los agentes del sistema.** Esta forma de corrupción no funciona como una red, sino que define los actos individuales de los jueces, los fiscales, los abogados y la sociedad civil en general, quienes dan y aceptan sobornos o coimas, o favorecen intereses particulares con las decisiones judiciales.
3. **La injerencia política como medio tradicional de corrupción judicial.** Desde tiempos antiquísimos, de acuerdo con nuestra historia, el Poder Judicial siempre ha estado invadido por el poder político de turno. Casos tocantes fueron el régimen fuji-morista y el de Pedro Pablo Kuczynski con los Cuellos Blancos (caso Hinostroza Pariachi), donde la prioridad era el aspecto económico y político.
4. **La influencia de los medios de comunicación en la corrupción judicial.** Al ser el sistema judicial un sistema débil, la opinión pública juega un papel importante al momento de emitir un fallo (Mejía, 2001, pp. 212-213).

En esa misma línea, en los países latinoamericanos Perú, México y Colombia, las causas generadoras de la corrupción judicial son similares. Entre ellas se tiene la aceptación social de la corrupción, el inoperante sistema judicial y la permisiva intervención de los grupos de poder en el sistema judicial. Frente a dichas circunstancias, la sociedad civil tiene solo dos alternativas: hacer uso de la justicia por su propia mano o acudir a los favores judiciales (coimas o sobornos a cambio de fallos favorables), situaciones que sin duda alguna afectan el derecho de acción de aquellas personas honestas que solicitan el reconocimiento de un derecho en un Poder Judicial prolijo, justo y honesto.

El tercer artículo, de Bernaldes Rojas (2019), corresponde a una investigación original realizada en Chile. Tuvo como muestra 89 fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 2006 hasta 2017. Se utilizó el método dogmático, dejando notar en la primera parte de la investigación que, por primera vez en el 2006, el juez Cancado desarrolló jurisprudencialmente el acceso a la justicia cuando estaba en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que fue su principal defensor hasta el 2010. Él mismo se habría encargado de propulsar su reconocimiento jurisprudencial, teniendo como base al reconocimiento expreso que realiza la Convención Americana de los Derechos Humanos en el numeral 1 de los artículos 8 y 25. Asimismo, según esta convención, para que se haga efectivo el derecho antes indicado toda investigación debe realizarse en el tiempo oportuno, con la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo razonado y motivado, además de que cualquier medida que se adopte durante las investigaciones debe ser proporcional a los hechos y los posibles resultados. Finalmente, acceder a la justicia significa participar en un proceso, pero en igualdad de condiciones. Por ende, si dentro del sistema de justicia existen actos de corrupción, el usuario ve menoscabado su derecho porque no tiene esa tan ansiada igualdad de condiciones.

El cuarto estudio, desarrollado por Pardo Manrique (2018), corresponde a una investigación original hecha en España. Se utilizó el método teleológico para analizar algo que es materia de conversación a diario: «la corrupción». Resulta importante para la investigación que se está realizando debido a que para atacar o afrontar este conflicto institucional es necesario tener muy presente la ética y la moral, puesto que, en estos últimos tiempos el tema de conversación de la ciudadanía es la corrupción en el fuero judicial, mal que se conoce desde que uno pisa los pasillos de una sede judicial. Por ello, se define a la corrupción como «una cosa terrible

que hacen muchos, pero siempre otros» (Santos, citado por Pardo, 2018, p. 91). En esa misma línea, el papa Francisco hizo fuertes declaraciones sobre la corrupción e indicó que el pecado se perdonaba, pero la corrupción no. Y se sustenta en el hecho de que la corrupción es un pecado, pero que en vez de reconocerla como tal, ha sido elevada a sistema, pues ahora es aceptada como una forma de vivir, que de ningún modo puede decirse que es un acto, sino una condición que se ha naturalizado de manera personal y social. El corrupto se ha vuelto tan autosuficiente que no permite que nadie lo cuestione (Pardo, 2018, p. 96). Por ende, la experiencia de todos estos años nos dice que las reformas no son suficientes. Es necesario trabajar en el aspecto ético y moral, y ello empieza con una buena educación, primero en la casa y luego en las instituciones educativas, para tener una mejor sociedad, que sea capaz de aceptar sus propios errores, donde las personas puedan ver sus propios errores y no solo los del resto.

La quinta investigación estuvo a cargo de Ponce de León y García Ayala (2019). Pertenece a una investigación original realizada en Perú y tuvo como eje central los hechos políticos, las algarabías y las investigaciones fiscales relacionadas directa o indirectamente con el megacaso Lava Jato en el 2018. En el Perú, como pocos países latinoamericanos, el descubrimiento de la megacorrupción de Odebrecht y otras constructoras generó consecuencias arrolladoras en las principales figuras políticas y en los niveles más altos de los sistemas judicial y fiscal. Por ello, las propuestas de reforma buscan recuperar la confianza de la sociedad civil tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Judicial. La conclusión es que se destapó una red criminal de corrupción en el sistema judicial, que buscaba proteger a como dé lugar a los políticos. Sin embargo, la reforma judicial alegada por Martín Vizcarra fue muy populista, debido a que si bien dichos actos de corrupción ya no se cometen de manera tan descarada, se mantienen en el sistema.

Para nadie es un secreto que en las últimas décadas el Poder Judicial ha sido considerada una de las instituciones más corruptas del Estado. Ello conlleva no solo al desprestigio de la carrera judicial, sino además a que la ciudadanía perciba que no siempre los jueces actúan de modo imparcial y acorde a los principios procesales y jurídicos. El desprestigio y la deslegitimidad del Poder Judicial resulta mortal para cualquier proyecto de país, de democracia y de Estado constitucional de derecho, por la percepción negativa respecto de la labor de los trabajadores y jueces de este poder del Estado. La percepción generalizada de la opinión pública y de la ciudadanía sobre la corrupción de la administración de justicia resulta cada vez más preocupante y alarmante.

A decir de Hellman y Kaufmann (2001), la corrupción ha «capturado al Estado». Se trata de una captura sistemática, articulada y sostenida a lo largo de la historia republicana. Zafarnos de esa captura no es tarea fácil, ni inmediata ni solitaria. Ello requiere, entre otras acciones, una toma de conciencia y voluntad para sacudirse de ese letargo y lastre histórico que ha significado y significa aún la corrupción. Ante ello, surgen otras cuestiones: ¿por qué, si se cuenta con instancias que sancionan los actos de corrupción de los magistrados, siguen existiendo denuncias de presuntos actos de corrupción por parte de magistrados? La respuesta de alguna forma se explica en el libro de Alfonso Quiroz titulado *Historia de la corrupción en el Perú* (2013). En este estudio, el autor señala que, desde inicios de la República, los grupos de poder económico han instalado sus tentáculos en todo ámbito: Estado, medios de comunicación, empresas, clase política y, por supuesto, Poder Judicial. La corrupción, por tanto, termina siendo generalizada y permanente, y siempre se reinventa. Las denuncias contra jueces de las 35 Cortes Superiores del Poder Judicial son una muestra de lo mencionado. Por ello, se hace necesario conocer los alcances teóricos, críticos, legales, doctrinales y casuísticos de este problema.

Para la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (2017), el mal uso del poder para generar una gracia económica constituye corrupción, una ventaja indirecta o directa que vulnera normas, deberes éticos, principios y derechos fundamentales. Mientras que para Acemoglu, Johnson y Robinson (2005), la corrupción es un problema estatal, debido a que el mal uso de ese poder afecta sin lugar a dudas el funcionamiento de la administración pública. Por su lado, Joseph Nye, citado por Mavila (2012), señala que comete corrupción aquel agente que incumple los deberes y las normas propias del ejercicio de su cargo público buscando conseguir un favor de carácter privado.

La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (2017) caracteriza la corrupción del modo siguiente:

1. La corrupción es el mal uso del poder no solo en la esfera pública, sino también en la privada.
2. Beneficios irregulares: lo que se persigue con la violación de las normas éticas en el ejercicio de un cargo o puesto determinado es la obtención de un beneficio, y para ello se utiliza el poder que se ostenta de acuerdo con el cargo desempeñado.

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (United Nations Office on Drugs and Crime) (2004), respecto de los tipos de corrupción, precisa los siguientes:

1. Macro y micro corrupción. La corrupción más grande se cataloga en las esferas gubernamentales. Por ende, en dicha instancia se cometen las formas más grandes de abusos y violaciones a la legalidad, generando con ello no solo inestabilidad económica, sino desconfianza en el gobierno. En esa misma línea, se le denomina pequeña corrupción a la que se comete en la vía administrativa. De modo que se encuentra vinculada directamente con la prestación de un servicio público. Si bien por magnitud aparentemente no afectaría al Estado, a la larga termina afectando

sobre todo a la población más vulnerable. Así, el perjuicio económico que se genera con este tipo de corrupción es el más dañino debido a que afecta a las personas que menos tienen.

2. Corrupción activa y corrupción pasiva. Los términos utilizados son muy controversiales en la sociedad actual. Se define que comete corrupción activa la persona que ofrece un beneficio o un pago, y se comprende como corrupción pasiva todos los demás casos donde el servidor público o funcionario público solicita la entrega de algo a cambio del servicio prestado (dádivas, coimas, etc.). No obstante, lo claro es que ambas formas constituyen corrupción debido a que se vulneran los principios éticos del cargo público.
3. Soborno o coima. Es una de las modalidades de corrupción más dañinas y con más presencia en el sistema de administración pública. Se define como aquella conducta del agente que recibe regalos o promesas a cambio de la omisión de las obligaciones propias de su función (proposiciones sexuales, patrimonio, ofrecimientos, etc.).
4. Fraude y malversación. Son dos formas de corrupción que implican que el personal encargado de su administración se apropia de un bien, total o parcialmente, público o privado, y lo sustrae.
5. Extorsión. Es una forma de corrupción mediante la cual se utiliza la fuerza o la coerción para lograr que una persona acate lo ordenado.
6. Abuso de funciones. El agente en ejercicio no cumple con sus deberes, faltando así sus funciones, con la finalidad de obtener un beneficio singular o para otros.
7. Favoritismo y nepotismo. Utilizar las relaciones interpersonales no para conseguir beneficios de carácter personal directo, sino amical, familiar, político, etc.

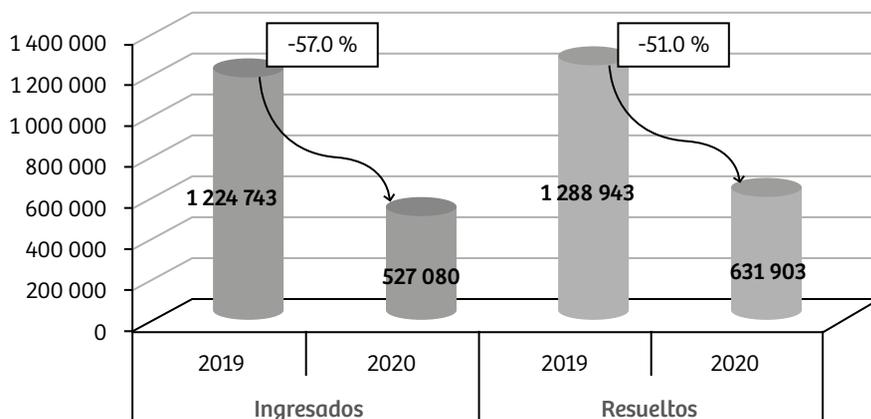
8. Contribuciones políticas inapropiadas. Son aportes que se realizan a un grupo político con la finalidad de obtener beneficios a la larga, influenciando en las decisiones políticas que se deba adoptar.

En el año 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos encargó a Ipsos la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos, que fue publicada el 10 de diciembre de 2019 por la conmemoración del Día de los Derechos Humanos. La encuesta antes indicada se aplicó a 3312 personas, tanto de ciudad como de lugares rurales del Perú. Para los encuestados, los derechos humanos más importantes son la educación, la salud, la vida y la integridad. Sin embargo, llama mucho la atención que los encuestados no tengan en cuenta al acceso judicial como uno de sus derechos más importantes, aunque sí lo consideran el menos garantizado, debido a que un 72 % indica que sus derechos están poco o nada protegidos.

En ese sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016, p. 4) explica que el Perú habría obtenido un bajo índice de puntaje en el indicador de integridad pública en el 2015, razón por la cual el subindicador de independencia e integridad pública también ha sido bajo, y ha recomendado la implementación de un sistema integral. Otro aspecto importante que se debe analizar es la carga procesal, puesto que ese contexto de demora, retraso y saturación de expedientes hace que los justiciables estén dispuestos a ofrecer sobornos o coimas a condición de que el juez acelere sus procesos. Para darnos cuenta de la dimensión de la carga procesal, la siguiente figura grafica la carga procesal del Poder Judicial de enero a septiembre de 2020. En la figura se evidencian 527 080 expedientes en estado de trámite. Es decir, la ciudadanía demanda con urgencia el servicio de justicia. Cabe indicar que este número resulta inferior (con una disminución de 697 663 expedientes) en comparación con el 2019, debido a los 199 días de cuarentena decretados por el Ejecutivo a razón de la pandemia mundial de la COVID-19.

Figura 1

**Procesos principales ingresados, resueltos y en trámite
(enero-septiembre, 2019-2020)**



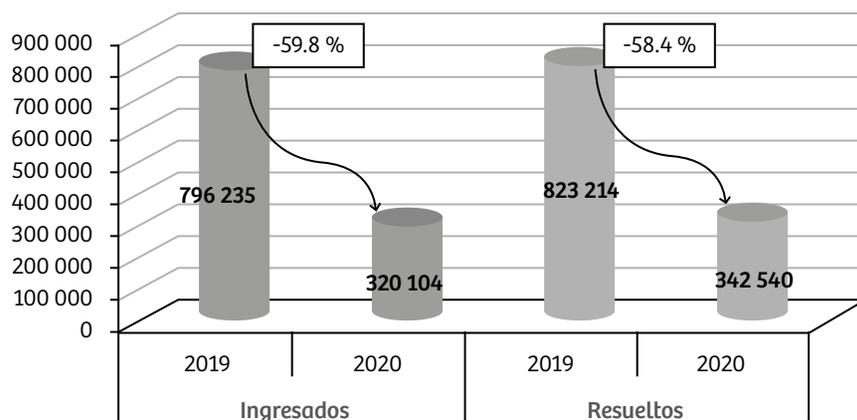
Fuente: Sistema Integrado Judicial. Formulario Estadístico Electrónico.

Elaboración: Subgerencia de Estadística. Gerencia de Planificación del Poder Judicial (2020).

La siguiente figura se basa en información actualizada hasta julio de 2020.

Figura 2

Procesos principales ingresados y resueltos trámite



Fuente: Sistema Integrado Judicial. Formulario Estadístico Electrónico.

Elaboración: Subgerencia de Estadística. Gerencia de Planificación del Poder Judicial (2020).

Las figuras muestran la carga procesal general que ostenta el Poder Judicial entre los años 2018 y 2020, existe un retraso en miles de expedientes cuya atención no ha sido valorada por múltiples razones, entre ellas, que los usuarios no estuvieron pendientes del trámite de sus procesos, los secretarios no brindaron atención diligente a los expedientes, los despachos judiciales se encuentran saturados de expedientes pendientes de resolver, etc. Si bien la carga procesal descrita no justifica los actos de corrupción de los magistrados, sí nos permite comprender e identificar uno de sus factores condicionantes.

3. LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El Estado, en su normativa legal, en especial en la constitución del Estado, establece en los articulados 39, 41 y 44 la lucha expresa contra la tan llamada corrupción. En ese orden de ideas, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), propone y adecúa medidas que sancionan, descubren e investigan a quienes actúan a favor de la corrupción. De igual modo lo hace la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (1996), pero también se promueven acciones de cooperación internacional, así como acciones preventivas para afrontar este flagelo estructural de la administración pública.

En el Perú se han penalizado muchas conductas que se enmarcan en los tipos de corrupción. Estas conductas están tipificadas en el Código Penal, y en el derecho administrativo son consideradas faltas administrativas. Pasemos a analizar algunas de ellas:

1. Cohecho. Delito mediante el cual un agente o ciudadano brinda, promete o da a un servidor o funcionario público un ofrecimiento, dádiva o favor a cambio del incumplimiento u omisión de sus funciones.

2. Peculado. Es la apropiación del dinero o bienes del Estado para sí o para un tercero.
3. Colusión. Delito en el que un funcionario o servidor público defrauda al Estado cuando interviene ya sea en las etapas de contratación pública o adquisición.
4. Malversación de fondos. Se produce cuando se administra o atiende con los bienes del Estado de una manera distinta a la establecida, rompiendo así el correcto funcionamiento de la administración pública.
5. Tráfico de influencias. Se presenta cuando un agente, invocando una influencia real o simulada a cambio de un beneficio, se ofrece a interceder contra un servidor o funcionario público que tiene bajo su custodia un proceso judicial o administrativo.
6. Enriquecimiento ilícito. Delito en el que un funcionario público se aprovecha de su cargo para incrementar su patrimonio sin justificación alguna.
7. Concusión. Se observa cuando un servidor o funcionario público obliga o induce a otra persona, abusando de su cargo, a entregarle un bien o un beneficio de carácter patrimonial.
8. Negociación incompatible. Cuando el servidor o funcionario del Estado se interesa de forma directa o indirecta en cualquier acto realizado por los particulares con el Estado.

A ello se añade la Ley n.º 27482, que regula la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado. Por ende, todo funcionario público y servidor del Estado está obligado a presentar una declaración jurada al asumir y cesar sus funciones con el Estado (artículos 40 y 41 de la Constitución Política del Perú), cuya finalidad es dar a conocer a la ciudadanía en general, en función del principio de publicidad, el cargo que desempeña, su experiencia laboral, el nombre de la empleadora, los bienes adquiridos antes y después de asumir el cargo, etc.

1. El Decreto Supremo n.º 138-2019-PCM establece la obligatoriedad de que los jueces de todos los niveles, independientemente de su condición de titulares o provisionales, cumplan con presentar la declaración jurada de intereses, bajo responsabilidad funcional en el ejercicio del cargo en caso de incumplimiento.
2. Respecto a la legislación aprobada para combatir y sancionar la corrupción de funcionarios, se cuenta, entre otras, con las siguientes disposiciones:
 - a) Ley n.º 30077, Ley Contra el Crimen Organizado.
 - b) Ley n.º 30214, Ley que incorpora el artículo 201-A del Código Procesal Penal.
 - c) Ley n.º 30304, Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, que modifica el artículo 57 del Código Penal.
 - d) Ley n.º 30353, Ley que crea el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI).
 - e) Decreto Supremo n.º 004-2014-JUS, del 6 de mayo de 2014, que aprueba el reglamento sobre el agente encubierto con la finalidad de garantizar la investigación.
 - f) Resolución Ministerial n.º 0174-2016-JUS, de fecha 22 de julio de 2016, que aprueba el «Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Prevención y Represión de los Delitos de Corrupción de Funcionarios».
3. Se han aprobado los siguientes decretos legislativos anticorrupción:
 - a) A través del Decreto Legislativo n.º 1243 se establece la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública.

- b) Con el Decreto Legislativo n.º 1265 se ha creado el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional.
- c) Mediante Decreto Legislativo n.º 1279 se establece la obligatoriedad de registrar el vínculo de parentesco.
- d) Mediante el Decreto Legislativo n.º 1291 se implementan en el sector interior los mecanismos para la lucha contra la corrupción.

Cabe precisar que con la creación del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado (FEDADOI), adscrito al Ministerio de Justicia desde el 2005, se han realizado avances significativos y relevantes en la lucha contra la corrupción de funcionarios.

Es necesario señalar que las políticas públicas aprobadas por el Estado, y en concreto por el Poder Judicial, se deben también a que el Perú ha suscrito una serie de tratados internacionales que lo obligan a asumir decisiones institucionales para una lucha efectiva contra la corrupción. Entre otras normas internacionales, se cuenta con las siguientes:

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en el Perú en 2004.
2. Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos, suscrita por el Perú en 1997.
3. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.
4. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo.

4. ANÁLISIS DE LAS INVESTIGACIONES CONTRA MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL

En este acápite se analizan los aspectos fácticos y procesales de diversos procesos judiciales seguidos contra magistrados del Poder Judicial en los últimos siete años. Para este estudio se indicará la numeración de las investigaciones, las instancias competentes, la norma aplicada, la sumilla de la sanción impuesta y se mantendrá en reserva la identificación personal de los magistrados involucrados en estos casos. El detalle es el siguiente:

Tabla 1

Investigaciones contra magistrados del Poder Judicial

Número de investigación definitiva / Región / Juez sancionado / Falta cometida / Tipo de falta	Instancia sancionadora / Sanción impuesta / Resolución	Sumilla de la sanción	Norma aplicada
N.º 94-2017. Cusco. Juez del Juzgado Mixto de Canchis, Sicuani, por solicitar y recibir dinero (S/ 5000.00 soles) de una comunidad campesina para favorecerla en el proceso. Falta muy grave.	Oficina de Control de la Magistratura. Sanción disciplinaria de destitución. Suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones. Resolución n.º 42 del 15 de enero de 2020.	Se incurre en responsabilidad disciplinaria cuando el magistrado mantiene relaciones extraprocesales con una de las partes de un proceso tramitado en el órgano jurisdiccional donde labora.	Inciso 9 del artículo 48 y numeral 3 del artículo 51 de la Ley de la Carrera Judicial. Artículo 43 del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura. T.U.O. de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura.

<p>N.º 1676-2018. Callao. El máximo representante de la dependencia judicial del Callao, juez supernumerario de paz letrado de la Comisaría de Alipio Ponce del Callao, juez de garantías del Decimoprimer Juzgado en Materia Penal del Callao, juez supernumerario del Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria del Callao, juez supernumerario del Quinto Juzgado de Familia del Callao y juez supernumerario del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Condevilla de la Corte Superior de Lima Norte, por recibir diversos montos de dinero (\$ 3000.00 y \$ 10 000.00 dólares y S/ 2000.00 soles), asumir irregularmente funciones, entablar relación extralaboral con el consejero del Consejo Nacional de la Magistratura, designación irregular de cargo, recibir seis botellas de <i>whisky</i> etiqueta azul, promoción indebida de cargo, tráfico de influencias y pertenecer a una red de corrupción.</p>	<p>Oficina de Control de la Magistratura. Sanción disciplinaria de destitución. Suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones. Resolución n.º 27 del 21 de enero de 2020.</p>	<p>Se incurre en responsabilidad disciplinaria cuando el magistrado mantiene relaciones extraprocesales con una de las partes de un proceso tramitado en el órgano jurisdiccional donde labora, cuando recibe dinero o sobornos, por promoción indebida de cargo, por tráfico de influencias, por pertenecer a una red de corrupción, por entablar relación extralaboral con el consejero del Consejo Nacional de la Magistratura y por designación irregular de cargo.</p>	<p>Inciso 9 del artículo 48 y numeral 3 del artículo 51 de la Ley de la Carrera Judicial. Artículo 43 del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura. TULO de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura.</p>
---	--	---	---

<p>N.º 302-2015. Ayacucho. Juez de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho de la Sala Penal, por recibir S/ 3000.00 soles y un venado.</p>	<p>Oficina de Control de la Magistratura. Sanción disciplinaria de destitución. Suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones. Resolución n.º 15 del 26 de febrero de 2020.</p>	<p>Incorre en responsabilidad el magistrado que no observa sus deberes de administrar justicia con imparcialidad e independencia, incurriendo en faltas muy graves al formar extraprocesalmente relaciones con la abogada de la procesada Leonila Humareda Zamora, quien responde al nombre de Sintia Claudie Huamán Vásquez, así como haber incurrido en la prohibición de aceptar donaciones.</p>	<p>Inciso 9 del artículo 48 y numeral 3 del artículo 51 de la Ley de la Carrera Judicial. Artículo 43 de lo normado por la Oficina de Control de la Magistratura. T.U.O. de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura.</p>
<p>N.º 1652-2016. Cusco. Juez del Juzgado de Familia de La Convención por recibir S/ 1500.00 soles del litigante para favorecerlo en el proceso.</p>	<p>Oficina de Control de la Magistratura. Sanción disciplinaria de destitución. Suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones. Resolución n.º 26 del 5 de marzo de 2020.</p>	<p>Se incurre en responsabilidad disciplinaria cuando el magistrado mantiene relaciones extraprocesales con una de las partes de un proceso tramitado en el órgano jurisdiccional donde labora y cuando recibe donaciones.</p>	<p>Inciso 9 del artículo 48 y numeral 3 del artículo 51 de la Ley de la Carrera Judicial. Artículo 43 del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura. T.U.O. de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura.</p>

<p>N.º 414-2013. Sullana. Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Sullana, Corte Superior de Justicia de Piura, por realizar patrocinio indebido a una de las partes.</p>	<p>Oficina de Control de la Magistratura. Sanción disciplinaria de destitución. Suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones. Resolución n.º 87 del 31 de agosto de 2020.</p>	<p>Se incurre en responsabilidad disciplinaria cuando el magistrado mantiene relaciones extraprocesales con una de las partes de un proceso tramitado en el órgano jurisdiccional donde labora y por realizar patrocinio indebido a una de las partes.</p>	<p>Inciso 9 del artículo 48 y numeral 3 del artículo 51 de la Ley de la Carrera Judicial. Artículo 43 del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura. TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura.</p>
<p>N.º 2376-2018. Lima. Juez superior de la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, por haber incurrido en soborno al solicitar el pago de S/ 30 000 soles en dos partes a procesados por el delito de estafa.</p>	<p>Oficina de Control de la Magistratura. Sanción disciplinaria de destitución. Suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones.</p>	<p>Está probado que el magistrado investigado recibió S/ 4000 soles del abogado de los imputados de un proceso en el que se encontraba como director de debates, y fue intervenido en flagrancia.</p>	<p>Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura. TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura.</p>

Fuente: Elaboración propia (2020).

En todas las investigaciones descritas se observa que los jueces han incurrido en faltas muy graves (soborno, recibo de dádivas y donaciones). Dado que se trata de actos que se realizan en la clandestinidad, y con la intención de ser ocultados, la Oficina de Control de la Magistratura realiza una valoración de la prueba

indiciaria en forma plural, concomitante y relacionada entre sí, lo cual, para esta instancia, resulta suficiente, concluyente y determinante para acreditar la responsabilidad. Posteriormente, la Oficina de Control de la Magistratura solicita a la Junta Nacional de Justicia, por intermedio del máximo representante del Poder Judicial, la destitución definitiva de los magistrados implicados en delitos. Mientras ello ocurre, impone la sanción de suspensión preventiva a los magistrados investigados.

5. PODER JUDICIAL: NORMATIVA Y POLÍTICAS INSTITUCIONALES DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El Poder Judicial es un poder independiente dentro de la estructura del Estado, cuya función principal está orientada a impartir justicia dentro del marco de la ley. Asimismo, su importancia refuerza la doctrina del *check and balance*, que deben tener los poderes del Estado, ya que gozan de absoluta autonomía e independencia.

Cabe mencionar que el Poder Judicial ha aprobado diversas normativas y políticas institucionales que tienen por objetivo común combatir la corrupción en todas sus formas. Entre dichas normativas tenemos:

- a) El Código de Ética del Poder Judicial del Perú (2004) establece que los magistrados deben conducirse con valores de idoneidad, probidad, transparencia y honradez, bajo modelos de conductas ejemplares, reafirmando los valores de imparcialidad, independencia o justicia. El Código establece que el juez debe evitar la incorrección (artículo 3); que el juez ejercerá funciones libres de interrupciones e impugnará cualquier tipo de influencia jerárquica, política, social, económica, de amistad, de grupos de presión o de cualquier otra índole que no esté acorde a lo establecido (artículo 4); y que el magistrado debe actuar con el decoro que corresponde a su alta investidura (artículo 9).

- b) La Ley de la Carrera Judicial prohíbe aceptar de los litigantes y abogados, donaciones, atenciones u obsequios (artículo 40). Establece dicha norma que el juez debe guardar una conducta intachable (artículo 43, numeral 17). Asimismo, prohíbe entablar a los jueces cualquier relación diferente a la del proceso que maneja con terceros cuando vea que su independencia e imparcialidad se vea afectada. La ley prohíbe al juez interferir en las funciones de otros órganos del Estado e inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales (artículo 48).
- c) Los sistemas de gestión de riesgo antisoborno se encuentran plasmados en el Plan Nacional del Poder Judicial de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018 - 2021, aprobado por Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ.
- d) Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ, de fecha 19 de diciembre de 2018, mediante la cual el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó la creación de la Comisión de Integridad Judicial.
- e) Resolución Administrativa n.º 000217-2020-CE-PJ, que aprobó la conformación y los miembros de la Comisión de Integridad Judicial.

Corresponde a la entidad del Estado la correcta administración de justicia a través de sus entidades judiciales, conforme a lo normado en la Constitución y las demás leyes. En ese sentido, está obligado a:

- a) Facilitar y aligerar el trámite de las audiencias.
- b) Juzgar con imparcialidad y neutralidad.
- c) Resolver casos de corrupción en función de metas.
- d) Ordenar y divulgar un conjunto de fallos emitidos sobre corrupción.

- e) Utilizar estadísticas, las cuales son indispensables para controlar y verificar los índices de corrupción.
- f) Publicitar la información almacenada en el portal judicial sobre el sistema anticorrupción, que es de vital importancia.

La normativa precisada nos permite señalar que el Poder Judicial, desde hace algunos años, cuenta con una serie de lineamientos (políticas públicas) aprobados, que tienen como propósito combatir la corrupción. Sin embargo, hasta la fecha no ha tenido un impacto favorable y significativo, lo que indica que se está frente a un continuo fracaso para afrontar el flagelo de la corrupción. Lo cierto es que los más perjudicados con el hecho de que no estén funcionando correctamente las políticas públicas implementadas son los usuarios. Su legítimo derecho para acceder a la justicia se ve afectado y sus demandas y denuncias no son resueltas conforme a los plazos procesales. Algunos malos magistrados prefieren resolver procesos de amistades, conocidos y, sobre todo, aquellos casos en que ciertos abogados fungen de *lobbies* ante los juzgados, lo cual genera en el justiciable desconfianza e indignación. Esto nos conduce a otra cuestión: si el problema no es de falta de normativa para combatir la corrupción en el sistema de justicia, ¿cuál o cuáles serán las causas de su inobservancia?, ¿qué tan eficaces son las dependencias encargadas de la investigación y sanción de los casos de corrupción en los que incurren los operadores de justicia?

6. INSTITUCIONALIDAD EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El organismo judicial peruano cuenta con políticas institucionales y órganos que se encargan de investigar y sancionar casos de corrupción de los operadores judiciales. Está integrado por diversos organismos autónomos, los cuales cumplen funciones propias y diferenciadas, que se detallan a continuación:

6.1. Junta Nacional de Justicia

Es un ente constitucional autónomo, sucesor del Consejo Nacional de la Magistratura que fue desactivado en junio de 2018. Entre sus funciones más importantes tenemos seleccionar, ratificar y destituir fiscales y jueces.

La Junta Nacional de Justicia cuenta con una Comisión Permanente de Procesos Administrativos que se encarga de recibir las denuncias y tramitarlas, ya sea como investigaciones preliminares o procesos disciplinarios seguidos contra jueces, fiscales y jefes de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Esta Comisión Permanente cuenta con el apoyo de la Dirección de Procesos Disciplinarios, que se encarga de brindar apoyo técnico jurídico a la comisión que vela permanentemente por los procesos administrativos, y le asiste en las actuaciones y diligencias que se derivan de los procedimientos que son de su conocimiento, los que se realizan del siguiente modo:

- a) Denuncias contra jueces o fiscales supremos. Le corresponde a la Junta Nacional de Justicia investigar y, de ser posible, aplicar la sanción correspondiente contra jueces supremos o fiscales de igual condición por la comisión de inconducta funcional, falta muy grave, y solo a pedido de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos a los jueces y fiscales de las demás instancias.
- b) Las denuncias contra jueces o fiscales supremos se pueden realizar de modo presencial en las instalaciones de la Junta Nacional de Justicia, completando los formatos y la información correspondiente.

Se pueden apreciar en el portal web de la Junta Nacional de Justicia los distintos procedimientos disciplinarios seguidos contra magistrados del Poder Judicial en el período 2009-2017.

Tabla 2

**Procedimientos disciplinarios contra magistrados del Poder Judicial.
Período 2009-2017**

Período por años	Procedimientos disciplinarios abiertos por expedientes	Decisión por magistrado investigado			
		Destituciones	Sanciones menores	Absoluciones	Otros(*)
2008	48	40	9	5	5
2009	85	65	14	14	8
2010	46	41	6	3	2
2011	26	20	1	10	1
2012	52	43	5	3	2
2013	31	29	2	2	-
2014	45	41	2	4	1
2015	44	42	-	4	1
2016	25	20	2	2	-
2017	45	17	5	2	1

Fuente: <https://www.jnj.gob.pe/files/estadisticas-dpd/Estadisticas%202008-2017.pdf>

De la tabla se evidencia que el pico más alto de procedimientos disciplinarios abiertos contra magistrados fue en el 2009 (85 procedimientos), de los que 65 fueron destituidos. El año con menor cifra fue el 2015 con 25 procedimientos, de los cuales 20 fueron destituidos. Cabe recordar que una destitución aplica cuando se trata de casos muy graves, por ejemplo, por corrupción. A la fecha, el portal web de la actual Junta Nacional de Justicia no cuenta con data actualizada y pública de estos procedimientos.

6.2. Oficina de Control de la Magistratura (OCMA)

Es un organismo judicial encargado de investigar a los jueces y auxiliares jurisdiccionales por la comisión de faltas graves o inconductas funcionales, con excepción de los jueces supremos, conforme a su Reglamento Disciplinario. La OCMA, después del procedimiento administrativo disciplinario, se encarga de pedir la

sanción o absolución para los magistrados o servidores del Poder Judicial. Luego, deriva el caso al Consejo Ejecutivo del organismo judicial.

Según el portal web de la OCMA, en el 2020 existen 213 investigaciones con propuesta de destitución a magistrados por diversa índole, entre las que tenemos: relaciones extraprocesales, retardo en la administración de justicia, falta de motivación y actos de corrupción. Como es de conocimiento público, resalta la investigación seguida contra el expresidente de la Corte Superior de Justicia del Callao (Investigación Definitiva n.º 001676-2018-Callao), Walter Benigno Ríos Montalvo, por la comisión de actos extraprocesales en la designación indebida de jueces supernumerarios y por haber tenido injerencia en el Consejo Nacional de la Magistratura en el nombramiento de jueces y fiscales a nivel nacional.

Todos los magistrados están obligados a actuar de acuerdo con el Código de Ética del Poder Judicial del Perú. No es una facultad, sino una obligación de carácter ético y funcional que expone los valores con los que deben actuar, sin distinción de su nivel. Ante ello, surge la siguiente interrogante: si existen políticas públicas, la Oficina de Control de la Magistratura, la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura y un Código de Ética, ¿por qué algunos de los magistrados continúan inmersos en presuntos actos de corrupción? Tal vez encontremos la respuesta en el libro de Alfonso Quiroz (2013). Según el autor, existe un grupo minoritario de personas con poder económico capaz de influenciar en las esferas políticas y judiciales. Lamentablemente, su práctica se extiende a todas las Cortes Superiores de Justicia del Perú. Pese a que existen políticas públicas orientadas a disminuir los índices de corrupción, en ocasiones los magistrados sustanciadores que investigan inconductas funcionales de sus colegas terminan siendo denunciados disciplinariamente por presuntos actos de corrupción, por aquellos a quienes investigaron.

Se puede apreciar que el Poder Judicial cuenta con mecanismos legales, tanto a nivel nacional como internacional, para combatir la corrupción. No obstante, el problema no radica en la inexistencia de normas contra la corrupción, sino pasa más bien por la conducta antiética de los agentes que tienen a su cargo la implementación de dichas herramientas.

7. FORMACIÓN ÉTICA Y DEONTOLÓGICA PARA LOS MAGISTRADOS DE LA CARRERA JUDICIAL: DIAGNÓSTICO Y DESAFÍOS

Diversas instancias e instituciones promueven, impulsan y desarrollan la formación ética y deontológica de los magistrados. Entre ellas tenemos la Academia de la Magistratura, el Colegio de Abogados de Lima, el Acuerdo Nacional de Justicia, la Comisión Nacional Anticorrupción, el Consejo Nacional Anticorrupción, la Oficina Nacional Anticorrupción, la Comisión Andina de Juristas, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Instituto de Defensa Legal, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Comisión de Magistrados para la Reestructuración del Poder Judicial y la Comisión de Planificación de Políticas de Moralización, Eticidad y Anticorrupción (2001), llevada a cabo por una de las Comisiones del Consejo Transitorio del Poder Judicial. Estas y otras cuentan con mecanismos e iniciativas públicas y privadas que impulsan la formación ética y deontológica para los magistrados de la carrera judicial. La Academia Nacional de la Magistratura realiza una labor fundamental en la capacitación y el perfeccionamiento de los magistrados, y cuenta con un programa denominado «Programa de Actualización y Perfeccionamiento (PAP)». Este capacita permanentemente a nivel nacional a todos los jueces y fiscales por medio de talleres, cursos, seminarios, etc. Entre algunos temas de esas capacitaciones, tenemos:

Tabla 3

Temática de la capacitación que realizan el Programa de Actualización y Perfeccionamiento y la Dirección Académica de la Academia de la Magistratura, octubre-diciembre, 2020

Temática del curso	Tipo de actividad
Quechua para operadores jurídicos quechuahablantes: terminología, lectoescritura y redacción	Curso especializado a distancia
Violencia contra la mujer y el grupo familiar desde un enfoque multidisciplinario	Curso especializado a distancia
Cultura jurídica y magistratura	Curso especializado a distancia
La prueba ilícita y la prueba irregular en la jurisprudencia nacional	Conferencia virtual
Elaboración de artículos jurídicos	Taller de investigación
Una nueva concepción del dolo y su acreditación en el proceso penal	Conferencia virtual
Delitos de corrupción en el ámbito de la criminalidad organizada	Conferencia virtual
Criminalidad y criptomonedas	Conferencia internacional virtual
Extinción de dominio: problemas teóricos y prácticos	Conferencia virtual
Admisión de los medios de prueba en la etapa intermedia	Conferencia virtual
Crimen organizado y corrupción	Programa de especialización
El proceso inmediato por flagrancia y la reducción de la pena por confesión sincera en tiempos de coronavirus	Conferencia virtual
Propiedad intelectual	Programa de especialización
Medios técnicos de defensa, alcances y perspectivas	Conferencia virtual
Los delitos omisivos en el sistema de corrupción funcional	Conferencia virtual
Bien jurídico y legitimación del derecho penal: a propósito del delito de maltrato animal	Conferencia virtual
Aspectos problemáticos del proceso de extinción de dominio	Conferencia virtual
Violencia basada en género en el contexto de la emergencia sanitaria por la COVID-19	Taller virtual especializado

Penas alternativas a problemas criminológicos en el sistema penal peruano	Conferencia virtual
Criterios para la resolución de casos de violencia de género	Conferencia virtual
Inferencia y máximas de la experiencia en la prueba indiciaria	Conferencia virtual
Jurisprudencia constitucional de control de resoluciones fiscales y judiciales en casos de violencia de género	Conferencia virtual
Delito de lavado de activos y personas jurídicas	Conferencia virtual
Lavado de activos y sus modalidades	Conferencia virtual
Prisión preventiva en el derecho posmoderno	Conferencia virtual
La conducta de desobediencia a las medidas sanitarias en época de cuarentena. Resistencia dolosa al uso de barbijos (mascarilla)	Conferencia virtual

Fuente: <https://www.amag.edu.pe/Servicio/Actividadesacademicas>

Sin embargo, de los 26 cursos, conferencias y talleres desarrollados por la Academia de la Magistratura, solo 3 de estos guardaban relación, de modo directo o indirecto, con asuntos de corrupción. La mayoría de los cursos impartidos por la Academia de la Magistratura han estado más enfocados en el desarrollo de temas de derecho penal, civil, familiar y procesal. Esto evidencia un vacío en la promoción y el desarrollo de temas relacionados con la formación ética y la deontología de los magistrados.

Por último, a pesar de contar con normativas nacionales e internacionales, y con una institucionalidad que, aun con sus limitaciones, ha desarrollado políticas e iniciativas con el objetivo de combatir la corrupción en la esfera judicial, no se ha obtenido buenos resultados en los últimos diez años. Esta problemática evidencia que la aprobación de políticas públicas y su normativa no han sido suficientes para disminuir la corrupción judicial. Este problema termina afectando a toda la administración de justicia y reafirma la desconfianza y el descontento de la población, que espera una justicia idónea, práctica y honesta.

8. CONCLUSIONES

Primera. La normativa, las políticas públicas y la institucionalidad que conforman el sistema de integridad pública en el país dan cuenta de un avance significativo. Sin embargo, sus resultados han sido poco efectivos para enfrentar el flagelo histórico de la corrupción, tanto así que la ciudadanía siente que este conflicto de intereses ha capturado no solo al Poder Judicial, sino a todo el sistema estatal, administrativo, jurídico y económico del país, y que dicha problemática ha tenido un efecto rebote en los abogados y los justiciables.

Segunda. La corrupción judicial no es una problemática que deba analizarse y abordarse de manera aislada. Esta debe ser enfrentada en toda su complejidad de modo integral y con la colaboración interinstitucional, pues no solo afecta la imagen del Poder Judicial, sino atenta contra la gobernabilidad del país.

Tercera. El derecho fundamental de acceso a la justicia se ve afectado por la corrupción, debido a que las políticas públicas institucionales y el sistema de integridad no han obtenido los resultados esperados. Por ello, se requiere desarrollar profundas reformas institucionales y contar con un plan de integridad que tenga mecanismos de seguimiento permanente y evaluación, pero además desarrollar políticas de Estado que permitan asegurar el presupuesto y el personal idóneo para su implementación.

Cuarta. La Academia de la Magistratura debe ser fortalecida con recursos, infraestructura y logística a fin de que pueda impulsar, de modo más decidido y permanente, cursos y programas certificados de formación en ética, deontología y valores jurídicos para los magistrados, con el objetivo de que estos fortalezcan el ejercicio de la ética pública. Los programas de formación deben ser desarrollados desde un enfoque interdisciplinario y transversal para lograr una formación integral de los magistrados.

Quinta. La Junta Nacional de Justicia debe fortalecer aún más el trabajo arduo que viene desarrollando la Oficina de Control de la Magistratura, a fin de contar con las capacidades operativas y ejecutivas propias de su labor disciplinaria: control, seguimiento, evaluación, investigación y sanción en contra de los jueces y fiscales que han cometido acciones irregulares que atentan gravemente a la ética, moral y probidad con las que se debe ejercer la función.

Sexta. La impunidad y la complicidad son un gran problema de corrupción en nuestro sistema de justicia, por lo que la tarea para las diversas instancias involucradas es ardua. Resulta importante que dichos esfuerzos no solo estén orientados a cuestiones meramente teóricas, sino que urge poner en práctica una verdadera cultura de servicio y de acceso a la justicia para el habitante común.

REFERENCIAS

- Acemoglu, D., Johnson, S. and Robinson, J. (2005). The Rise of Europe: Atlantic Trade, Institutional Change, and Economic Growth. *American Economic Review*, 95(3), 546-579.
- Acosta-Daza, D. F. (2020). Justicia sin daño: una apuesta por el fortalecimiento del acceso a la justicia. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e Intervención Social*, (29), 213-238. <https://revistapropectiva.univalle.edu.co/index.php/prospectiva/article/view/8085/11285>
- Bernales, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, (3), 277-305. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1374/654>
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica.

- Carvajal, J. E., Hernández, C. A. y Rodríguez, J. E. (2019). La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate. *Prolegómenos*, 22(44), 67-82. <https://doi.org/10.18359/prole.3667>
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (2017). *Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/388273/Politica-Nacional-de-Integridad-y-Lucha-contr-la-Corrupci%C3%B3n.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.
- Hellman, J. y Kaufmann, D. (2001, septiembre). La captura del Estado en las economías en transición. *Finanzas & Desarrollo*, 38(3), 31-35. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>
- Ipsos (2019). II Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Resumen ejecutivo. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611171/2.-Resumen-ejecutivo-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf.pdf>
- Mavila, R. (2012). *La corrupción en el Poder Judicial como parte del sistema de justicia en la década de 1990-2000: estudio crítico sobre las aproximaciones acerca de su naturaleza y solución* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Mejía, B. (2001). Corrupción judicial en Perú: causas, formas y alternativas. *Derecho & Sociedad*, (17), 208-215.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016). *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú*. <https://www.oecd.org/gov/ethics/peru-estudio-integridad-folleto.pdf>
- Pardo, R. A. (2018). La corrupción como descomposición de las relaciones constitutivas del ser humano. Una reflexión teológica. *Veritas*, (41), 89-115. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732018000300089>

- Poder Judicial (2004, 3 de junio). Código de Ética del Poder Judicial del Perú. *Diario Oficial El Peruano* [separata especial]. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0c2732004910533692f1d60375cdf40c/codigo+etica+03+de+junio+de+2004.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0c2732004910533692f1d60375cdf40c>
- Ponce de León, Z. y García, L. (2019). Perú 2018: la precariedad política en tiempos de Lava Jato. *Revista de Ciencia Política*, 39(2), 341-365. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X201900200341>
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- 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>
- United Nations Office on Drugs and Crime (2004). United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators. https://www.unodc.org/documents/afghanistan/Anti-Corruption/Handbook_practical_anti-corruption.pdf



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 163-183

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.393

La ficha de valoración de riesgo y su valor probatorio en las audiencias de medidas de protección por violencia de género

The risk assessment form and its probative
value in the hearings of protection measures
for gender violence



JULIA ELEANOR JARA CARRERA
Corte Superior de Justicia de Lima Este
(Lima, Perú)

Contacto: jjarac@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-2637-7765>

RESUMEN

Dentro de las audiencias de medidas de protección, la ficha de valoración de riesgo de mujeres víctimas de violencia contra la mujer es considerada, en muchas ocasiones, de forma aislada; además de tenerse en cuenta como el único sustento, sin valorar otros medios de prueba para fundar la medida de protección.

Palabras clave: ficha de valoración de riesgo; medidas de protección; valor probatorio.

ABSTRACT

Within the hearings for protection measures, the risk assessment form for women victims of violence against women is often considered in isolation; in addition to being taken into account as the only support, without evaluating other means of evidence to support the protection measure.

Key words: risk assessment form; protective measures; evidentiary value.

Recibido: 13/04/2021 Aceptado: 16/04/2021

1. PROBLEMA

El origen de la ficha de valoración de riesgo se encuentra en el Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP, que reglamenta la Ley n.º 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar», decreto que fue publicado el 27 de julio de 2016. Este instrumento ha facilitado la obtención de información al juzgador para conocer la situación de riesgo que tiene la víctima de violencia de género, mediante la ficha de valoración de riesgo, regulada en la norma mencionada.

No obstante el valioso aporte que ha significado dicha ficha para determinar el riesgo de los afectados y dotarlos de medidas de protección fundamentadas con la sola elaboración de la ficha, se ha generado controversia respecto a la fiabilidad que puede originar en el juzgador al momento de imponer medidas de protección y ha sido cuestionada como un documento simple sin mayor valor probatorio.

2. DESARROLLO

2.1. Las formas que puede adoptar la violencia de género

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, en el artículo 3, capítulo II, establece que «Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado» (OAS, 1994). En ese mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha señalado en su artículo 1 que:

la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (Naciones Unidas, 1979).

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 1 dispone que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» (Naciones Unidas, 1948); por ende, estando a dichos instrumentos internacionales los Estados, entre ellos el Perú, deben adoptarse las medidas ordenadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre ellas las medidas para erradicar la violencia contra la mujer.

Respecto a las formas de violencia contra la mujer, la ONG Ayuda en Acción (2017) ha realizado una clasificación didáctica de estas, que se detalla a continuación:

a) Violencia física

Aquella acción voluntaria que deja huellas en la integridad física de la víctima de forma temporal o permanente, ello dependerá de la magnitud del daño que se ocasione.

b) Violencia psicológica

Este tipo de violencia tiene como finalidad desvalorizar a la mujer, atacando su autoestima y amor propio mediante insultos, vejaciones, improperios, humillaciones, entre otros, que dejan una afectación en las emociones de la víctima.

c) Violencia sexual

Conlleva a forzar a una persona a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento; y en el caso de menores o personas con incapacidad de resistir o colocados en una situación que les impida dar su libre voluntad o consentimiento.

d) Violencia económica

Este tipo de violencia busca menoscabar los recursos económicos, a fin de coaccionar a la víctima o colocarla en una situación de desventaja ante su agresor, dañando su integridad.

e) Violencia patrimonial

Este tipo de violencia busca atacar contra el patrimonio de la víctima, con la finalidad de afectarla psicológicamente o ejercer sobre esta una posición de poder que la doblegue a obedecerle indubitablemente, bajo un supuesto de consentimiento viciado.

f) Violencia social

Acciones tendientes a aislar socialmente a la víctima, con la finalidad de alejarla de sus familiares y amigos para colocarla en un estado de indefensión absoluta que impide que solicite ayuda a personas de su confianza o amistades cercanas.

g) Violencia vicaria

El nivel de violencia va más allá de la víctima que puede ser pareja o expareja, sino que busca lastimar en un extremo tal que podría matar a su hijo con tal de dañar a la víctima.

Consecuentemente, se aprecia que existen múltiples formas de violencia contra las mujeres, lo cual es un catálogo abierto que admite nuevas modalidades, pues conforme avanza la tecnología y la informática, nuevas formas de violencia aparecerán en la sociedad. En un inicio estas pasarán inadvertidas como atentatorias a la dignidad de la mujer; por ello es necesario estar alertas a las nuevas tendencias ocultas de violencia contra la mujer, a fin de eliminar esta forma de discriminación a los derechos que tiene de igual manera que un hombre.

2.2. Respuesta del Poder Judicial ante la violencia de género

Conforme lo ha explicado didácticamente Delgado (2020), la respuesta de parte del Estado debe ser integral, es decir, en todos los ámbitos que impliquen afectación a la víctima de violencia, a fin de evitar la reiterancia delictiva y que se generen mayores daños en esta, pues conforme a los instrumentos internacionales antes mencionados, se ha visto por conveniente prevenir la violencia, ya que esta atentaría contra los derechos humanos que tiene una mujer. Así, Delgado (2020) señala tres niveles de prevención:

a) Prevención primaria

Atiende a las causas de la delincuencia actuando sobre la comunidad para resolver el conflicto social que daría lugar al delito.

b) Prevención secundaria

Actúa cuando se ha manifestado el conflicto social, para evitar que tenga lugar el delito. En este nivel se considera la victimización, por la cual se tiene en consideración a las víctimas potenciales o en situación de riesgo (especialmente vulnerables).

c) **Prevención terciaria**

Actúa cuando ya se ha producido el delito, para evitar que tenga lugar otro delito. En este sentido, partiendo de la victimización se considera a la propia víctima que ha sufrido el delito para evitar la victimización reiterada.

Con estos niveles se busca desde evitar la violencia hasta evitar la reiterancia delictiva. Cabe precisar que al estar en un nivel primario de prevención, las actuaciones preliminares muchas veces carecen de un acervo probatorio que permita determinar el peligro o riesgo que acontece a la víctima de violencia. Por ello se implementó la ficha de valoración de riesgo, para conocer bajo un estándar preestablecido el riesgo concreto que presenta la víctima.

2.3. Victimización secundaria y sus principales elementos

En este punto juegan un rol importante los funcionarios y los servidores del Estado que atienden a las usuarias de violencia de género, ya que al presentar vulnerabilidad ante eventos de violencia, se deberá evitar un trato desatinado o una dilación en el proceso de ser el caso. Esto resulta relevante si se pretende que la víctima confíe en las autoridades e informe espontáneamente lo sucedido, lo cual tiene mayor implicancia cuando en nuestro sistema de justicia se cuenta con una ficha de valoración de riesgo en donde la víctima será el actor principal de la información que se brinde en dicho documento.

Para mejor precisión del término esbozado, cabe tomar una cita de Gutiérrez de Piñeres, Coronel y Pérez (2009) en la que se señala que:

Muchos autores coinciden en definir la victimización secundaria como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, supone un choque frustrante entre las legítimas

expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a las necesidades de las mismas (p. 50).

En opinión de la estudiosa Cuesta (2014, p. 54), la participación de la persona ofendida en el proceso penal supone alta carga de estrés postraumático, pues el revivir el hecho una y otra vez produce constantemente su victimización.

Como elementos de la victimización secundaria tenemos a una persona ofendida por un delito de violencia de género y a los servidores y funcionarios del aparato estatal (Ministerio Público, Policía, Poder Judicial) que investigan e imparten justicia en el caso concreto, y que se presentan en los momentos en que la víctima se encuentra presente, en la etapa de investigación, intermedia y juicio, incluso en segunda instancia. En ese sentido, se advierte como estos momentos: durante la interposición de la denuncia, al momento de rendir la declaración, la atención en salud, el juicio, la sentencia, y en diferentes niveles: judicial, familiar, social y laboral (Gutiérrez de Piñeres, Coronel y Pérez, 2009, p. 52).

A manera de precisión, es necesario señalar que los funcionarios y los servidores del Estado que tengan contacto con las víctimas de violencia de género, deben evitar revictimizarlas. Para ello es útil la implementación de protocolos destinada a cada actuación que se realizará, además de distinguir a los diferentes sujetos vulnerables que se presentan como niños, adolescentes, mujeres, ancianos, entre otros. Por ende, de evitarse este tipo de violencia, conseguiremos no solo que la sociedad confíe más en la administración de justicia, sino promoveremos que ninguna víctima guarde silencio ante eventos delictivos que denigran su dignidad como persona.

2.4. La victimización reiterada

Varona, De la Cuesta, Mayordomo y Pérez (2015, p. 42) señalan que aunque puede darse en cualquier tipo de víctimas, aquellas socialmente vulnerables experimentan en mayor grado el fenómeno de la revictimización o victimización reiterada, desde perspectivas cualitativas, temporales o espaciales.

Llamada también revictimización, en ese sentido la Sociedad Vasca de Victimología (s. f.) precisa que se presenta cuando una misma víctima sufre más de una victimización (generalmente) del mismo tipo. A mayor vulnerabilidad, mayor probabilidad de sufrir una revictimización, que atiende a factores situacionales, personales o relacionales.

Con lo mencionado, se aprecia que existe una vinculación muy estrecha entre la situación de vulnerabilidad de la víctima y el grado de victimización, es decir, cuanto más vulnerable sea una persona, mayor será la posibilidad de ser revictimizada por el agresor. Por tanto, es imprescindible realizar preliminarmente un diagnóstico del riesgo que atraviesa la víctima si el Estado no la protege, pues cada persona varía en dicho riesgo y como tal deberán tomarse las medidas necesarias para evitar un daño irreparable o aún mayor. El papel del Estado es el de garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales de toda persona humana conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, por ello su respuesta deberá ser inmediata e integral, puesto que es un deber ineludible.

2.5. Protección y apoyo a la víctima

El profesor Delgado (2020) resalta la importancia de proteger a la víctima en todos sus niveles, a fin de darle eficacia a la protección de los derechos fundamentales tales como la vida, la integridad física, psicológica, psíquica y moral de la mujer. En ese sentido,

señala que el Estado mediante sus entidades públicas deberá evitar la victimización, y enumera una serie de acciones a fin de proteger y apoyar a la víctima:

- a) Mitigar la victimización primaria: mediante el pago de una reparación civil y una adecuada asistencia permanente a la víctima.
- b) Evitar la victimización secundaria: brindándole seguridad e información de sus derechos, y que sea escuchada en audiencia, a fin de conocer sus necesidades, ello en correspondencia con la dignidad que le asiste por ser una persona humana.
- c) Evitar la victimización reiterada: mediante la imposición de medidas de protección a la víctima provisionales o definitivas, las cuales deberán tener en cuenta el diagnóstico de la situación de riesgo.
- d) Asistencia para restablecimiento: en la cual deberá actuar el equipo multidisciplinario, a fin de brindar la asistencia que requiera la víctima de acuerdo con sus necesidades.
- e) Apoyando a la víctima de violencia: mediante el apoyo para su empoderamiento, brindando información sobre apoyo y protección, conociendo las necesidades de víctimas vulnerables y la protección de los hijos en custodia/visita.

De estas acciones, resaltan las medidas de protección que deberán derivar de la situación de riesgo de la víctima, bajo una predicción de la conducta del agresor. Al respecto, la fuente de dicha situación objetivamente no podría basarse solo en una declaración unilateral, como se puede apreciar de la ficha de valoración riesgo, en donde se consigna información de parte (víctima). Ello no es negativo, de ningún modo, pero se asumiría una postura subjetiva si es el único fundamento de la medida de protección.

2.6. La medida de protección y su naturaleza jurídica

El Tribunal Constitucional del Perú (2020) ha establecido que las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia. Así, ha precisado que la medida de protección es idónea, e incluso no podría, desde la perspectiva del imputado, vulnerar el derecho a la defensa, conforme se precisa a continuación:

Garantizar a las mujeres su derecho a una vida libre de violencia es de suma importancia para el Estado y es por ello que ha regulado las medidas de protección como un mecanismo idóneo para alcanzar ese objetivo. En consecuencia, la intervención que se produce en el derecho de defensa del agresor cuando la judicatura dicta tales medidas de protección es menor si se compara con la satisfacción del derecho a una vida libre de violencia que se alcanza. Para este Tribunal la intervención en el derecho de defensa del agresor no resulta desproporcional ni irrazonable (fundamento 93).

En ese orden de ideas, el Poder Judicial del Perú ha definido la naturaleza jurídica de la medida de protección. La Segunda Sala Civil de Trujillo, de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el Expediente n.º 05098-2017-93-1601-JR-FC-02 ha establecido que:

La naturaleza jurídica de las medidas de protección es que constituyen un proceso sui generis de tutela urgente y diferenciada, que tiene carácter sustantivo, representando así un medio autónomo, a través del cual se pretende cesar la violencia, salvaguardando en forma inmediata, célere y eficaz la integridad psicofísica, la dignidad, la libertad de las personas integrantes del grupo familiar, como también el lograr la recomposición del grupo familiar, como también en lo personal en el caso de las mujeres (fundamento 4.3).

En tal sentido, la legislación ha establecido plazos acordes a la urgencia que se requiera, luego de verificarse el nivel de riesgo según la ficha de valoración de riesgo. Márquez (2018) ha sintetizado ello:

El EXP. 00120-2016-0-0901-JR-FC-03 hace referencia a los principios rectores de la Ley 30364, priorizando el principio de Celeridad procesal, puesto que se busca evitar dilaciones en los procesos de [sic] El proceso especial de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar se realiza teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) En caso de riesgo leve o moderado, identificado en la ficha de valoración de riesgo, el juzgado de familia, en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde que toma conocimiento de la denuncia, evalúa el caso y resuelve en audiencia la emisión de las medidas de protección y/o cautelares requeridas, que sean acordes con las necesidades de la víctima.
- b) En caso de riesgo severo, identificado en la ficha de valoración de riesgo, el juzgado de familia, en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas, contadas desde que toma conocimiento de la denuncia, evalúa el caso y emite las medidas de protección y/o cautelares requeridas, que sean acordes con las necesidades de la víctima. En este supuesto el Juez puede prescindir de la audiencia.

La audiencia es inaplazable y se realiza con los sujetos procesales que se encuentren (p. 84).

Además, la tutela diferenciada es definida por la Real Academia Española (s. f.) como el procedimiento especial para la protección de derechos materiales privilegiados. Por ello en las medidas de protección el derecho privilegiado prevalece; atendiendo al estado de vulnerabilidad son protegidos por encima inclusive de otros derechos.

2.7. Definición y regulación normativa de la ficha de valoración de riesgo

Mateo (2020) define a la ficha de valoración de riesgo como:

La herramienta que debe ser usada por los responsables del sistema de justicia para definir la gravedad del riesgo, así como evitar la revictimización, dictar medidas de protección, sancionar al agresor/a, prevenir posibles feminicidios en caso de las mujeres y prevenir todo tipo de violencia contra algún integrante de la familia (p. 20).

El instructivo de las fichas de valoración de riesgo es llenado por los operadores cuando reciben la denuncia; no obstante, tiene ciertas deficiencias en cuanto a la persona que lo emite, así como en la información que contiene, tal como sigue:

- a) El juez no realiza ningún análisis sobre quién hace la evaluación en la ficha de valoración de riesgo, ya que al ser evaluada por un personal que no es especialista o no es licenciado en Psicología le resta verosimilitud y la verdad de los hechos (Mateo, 2020, p. 70).
- b) «El espacio que consta en la ficha para añadir observaciones de interés adicionales [...] es sumamente pequeño para redactar los datos relevantes que la víctima quisiera que se tomen en cuenta, así como también de la información de cómo percibe a la víctima, la autoridad policial» (Navarro, 2020, p. 22).

En cuanto a la legislación en la materia, el artículo 28 de la Ley n.º 30364, modificado mediante el Decreto Legislativo n.º 1386 establece que:

En casos de denuncias por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público o el Poder Judicial aplican la ficha de valoración

de riesgo, que corresponde a cada caso. También deben aplicarla cuando toman conocimiento de violencia durante el desempeño de otras funciones.

La Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público deben remitir la ficha de valoración de riesgo al juzgado de familia, conforme al proceso regulado en la presente ley, el cual la evalúa para su pronunciamiento sobre las medidas de protección y cautelar y debe ser actualizada cuando las circunstancias lo ameritan, lo que incluye la posibilidad de variar la evaluación de riesgo.

De esta manera, se aprecia una regulación taxativa que la delimita dentro del ámbito del dictado de medidas de protección y cautelar, es decir, a fin de atender inmediatamente los casos de violencia que ameriten atención oportuna por el Estado. Estas fichas son tres: la ficha de valoración de riesgo en mujeres víctimas de violencia de pareja, la ficha de valoración de riesgo en niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar y la ficha de valoración de riesgo en personas adultas víctimas de violencia familiar.

Se debe precisar que nuestra legislación hace hincapié en la atención urgente en los casos severos (1 y 2), ya que este nivel de violencia implica una alta probabilidad de un perjuicio extremo que podría acabar con su vida o tentar con ponerle fin, más aún en los casos de violencia de pareja, donde median relaciones en las cuales la víctima está en un contexto íntimo con el agresor.

2.8. Aporte de la ficha de valoración de riesgo a la protección de las víctimas

A través de su implementación, la ficha de valoración de riesgo en nuestra legislación ha permitido que los casos de violencia contra las mujeres se atiendan celeremente y por ende se dicten las medidas de protección necesarias de acuerdo con el riesgo presente y concreto, en sus cuatro niveles: leve, moderado, severo 1 y severo 2. En esta línea, se ha arribado a las siguientes conclusiones en el informe emitido por la Defensoría del Pueblo (2017):

El principal avance que aporta la norma es la celeridad en el otorgamiento de las medidas de protección y cautelares a favor de la víctima. Además de las pruebas que se puedan aportar durante la denuncia, se ha incluido la aplicación de una ficha de valoración del riesgo que permita determinar la gravedad de la situación en cada caso, a fin de adoptar todas las medidas necesarias para evitar mayores daños a la vida y salud de la denunciante y su entorno familiar (p. 24).

Si bien los estereotipos tienen más aspectos negativos en violencia de género, también es de rescatarse el aporte que representan para detectar cualidades de los hombres que permiten advertir una amenaza potencial (Cardoso, 2015).

De acuerdo con lo señalado, es necesario llenar correctamente dicha ficha para obtener información de calidad que permita tomar decisiones según el caso concreto, por lo que es importante que la persona encargada de su llenado esté debidamente capacitada.

2.9. ¿La ficha de valoración de riesgo es suficiente para conocer el riesgo de la víctima de violencia de género?

Las normas internacionales, en aras de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, han establecido que la valoración del riesgo de la víctima es prioritaria de atención por las autoridades de los Estados y que deben realizar las implementaciones de medidas necesarias y urgentes en los casos concretos que se presenten, a fin de evitar la reincidencia.

En ese sentido, el Consejo de Europa (2011), en el Convenio de Ginebra, exhorta a los Estados parte a que regulen dentro de sus legislaciones lo siguiente:

Artículo 51. Valoración y gestión de riesgos

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que todas las autoridades pertinentes puedan llevar a

cabo una valoración del riesgo de letalidad, de la gravedad de la situación y del riesgo de reincidencia de la violencia a efectos de gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo.

Consecuentemente, por sí sola, la ficha de valoración de riesgo no es determinante para establecer que la víctima tenga un riesgo al que se arribe en sus conclusiones, más aún si el diagnóstico del riesgo de un proceso, en palabras del profesor Delgado (2020), requiere de cuatro niveles:

1. Elección de datos objetivos relevantes (indicadores).
2. Aprehensión de los datos objetivos.
3. Valoración de la información: decisión sobre el riesgo.
4. Suministro de la decisión a quien deba decidir.

2.10. Propuesta de solución

El órgano jurisdiccional, en atención a tomar acciones positivas a fin de evitar una vulneración de derechos fundamentales de la mujer, tiene que procurar, sin dilaciones, que los hechos denunciados no se vuelvan a repetir, lo cual es legítimo si buscamos frenar la violencia de género (Mertens de Wilmars, s. f.).

De este modo, la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2019) ha establecido:

La ficha de valoración de riesgo es una herramienta técnica que permite al juez tener una óptica más amplia del problema familiar en sí, determinando el nivel de violencia que se encuentra ejerciéndose sobre la víctima —en grado de probabilidad—, lo que le permite hacer una predicción sobre las posibilidades de que en el futuro se reiteren situaciones de violencia, teniendo dicho documento un carácter presuntivo. Esta ficha permite tener elementos más óptimos para dictar las medidas de protección urgente según

la naturaleza del problema, ya que ubica el grado de violencia aparentemente existente: leve, moderado o de alto riesgo (fundamento 5.4.3).

De lo mencionado, se aprecia que la Corte Superior de Justicia de La Libertad es de la posición de atribuirle un carácter presuntivo a la ficha de valoración de riesgo, es decir, tiene cierta fiabilidad, salvo sea contradicha por alguna pericia especializada, como la psicológica, el certificado médico legal, etc. A su consideración, dicho documento es importante porque resulta un sustento válido para la imposición de medidas de protección y cautelares, que por su naturaleza no son definitivas sino temporales, esto es, que pueden ser modificadas o anuladas en el transcurso del proceso.

Del mismo modo, en un pronunciamiento reciente, el Tribunal Constitucional peruano (2020), como supremo intérprete de la Constitución, ha señalado:

Dado que la «Ficha de valoración de riesgo» es un instrumento objetivo que ayuda a establecer cuál es el tipo de violencia existente (leve, moderado o severo), así como a determinar cuáles de las medidas de protección reguladas por el artículo 22 de la Ley 30364 serán las más idóneas para proteger a la víctima de violencia, no se admite que el agresor participe de la diligencia donde se aplica el cuestionario contenido en dicha ficha porque su presencia se torna impertinente; ya que podría influenciar la espontaneidad de las respuestas que otorgue la víctima, distorsionando así los resultados que se obtengan de la evaluación del riesgo y propiciando, además, la revictimización a través de los cuestionamientos a las respuestas (fundamento 47).

Con ello deja en claro que si bien la ficha de valoración de riesgo es declarativa, es decir, unilateral, no afecta el derecho a la defensa, pues un escenario en que se permita la presencia de la parte agresora en dicha diligencia, solo le restaría credibilidad a la agraviada, ya

que la víctima puede verse intimidada con su presencia, y por ende la información que proporcione podría no ajustarse a la realidad, por el temor u otra emoción negativa hacia su agresor.

Comparto la propuesta formulada por Navarro (2020), quien sostiene que en su oportunidad deberá remitirse al juzgado de familia competente no solo la ficha de valoración de riesgo, sino que esta debe ir acompañada con el informe psicológico, ya que ambos se expiden inmediatamente; el primero por el que reciba la denuncia —Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y Poder Judicial— y el segundo por el psicólogo del Centro de Emergencia (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables), ello con la finalidad de darle más solidez a la ficha de valoración de riesgo, considerándose que el riesgo severo debe atenderse en un término de 24 horas.

Asimismo, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el Expediente n.º 9448-2017-70-1601-JR-FC-02, establece tomar en consideración todos los medios de prueba que se tenga a la vista, así como las circunstancias del caso concreto, como a continuación se aprecia:

La naturaleza jurídica en comento necesariamente obliga a que, para su dictado, el juez de Familia se guíe por criterios de razonabilidad, en función a la situación fáctica de violencia vivida, debiendo cubrir «todos los aspectos de violencia expuestas de los medios probatorios que se adjunta a la solicitud de medida de protección» presentada ante el Juzgado (el cese de la violencia ejercida y la restitución de los vínculos afectivos entre los miembros del grupo familiar); lo contrario —la omisión de pronunciarse sobre un aspecto de la violencia o no cubrir íntegramente el hecho de violencia misma— implicaría incumplir la función tutelar que busca la Ley 30364 (fundamento 4.7.1).

Lo señalado contribuiría a otorgarle mayor sustento al valor probatorio que se pretende meritarse al momento de imponerse las

medidas de protección que se requieran por eventos de violencia contra la mujer, y darle mayor motivación a la resolución que se emita. Ello en aras de no perjudicar el debido proceso por la atención prioritaria a la víctima de violencia; y así lograr un equilibrio entre la justicia y la debida protección de la víctima para garantizar su derecho a vivir libre de violencia.

3. CONCLUSIONES

1. La ficha de valoración de riesgo por sí sola no es suficiente para determinar el nivel de riesgo que se presenta en cada caso. Se requieren otras pericias tales como el certificado médico legal o la pericia psicológica correspondiente; asimismo, deben valorarse las circunstancias de hechos denunciados, para contextualizarlos de tal manera que se pueda realizar una prognosis de la conducta del agresor.
2. La ficha de valoración de riesgo, al sustentar las medidas de protección, no vulnera el derecho de defensa del agresor, pues son medidas temporales, y sobre todo de tutela urgente y diferenciada reconocida por el Tribunal Constitucional del Perú y los tratados e instrumentos internacionales, que exhortan a los Estados a implementar medidas que eliminen la violencia contra la mujer. Sin perjuicio de ello, al ser medidas temporales, pueden modificar o variarse, de ser el caso, cuando la información contenida en las fichas antes mencionadas no se corrobora con los actos de investigación que se practiquen o cambien las circunstancias del caso.
3. En los casos de nivel severo 1 y severo 2 de violencia, a fin de imponerse medidas de protección, se requerirá la consideración de las pericias que se tengan a la vista, e incluso los informes psicológicos emitidos por el Centro de Emergencia Mujer (adscrito al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables)

para verificar que la violencia denunciada se corrobore con las conclusiones a las que se arriba en la ficha de valoración de riesgo. Luego de ello ameritará imposición de medidas de protección más drásticas acordes al caso.

REFERENCIAS

- Ayuda en Acción (2017). Tipos de violencia contra las mujeres. <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/mujer/tipos-violencia-mujeres/>
- Cardoso, E. (2015). Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), 26-48.
- Consejo de Europa (2011). Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica. Ginebra. Estambul, 11V.2011. <https://rm.coe.int/1680462543>
- Corte Superior de Justicia de La Libertad (2018a). Expediente n.º 05098-2017-93-1601-JR-FC-02. Segunda Sala Especializada Civil de Trujillo. Trujillo: 11 de junio de 2018. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Expediente-5098-2017-93-1601-JR-FC-02-Legis.pe_.pdf
- Corte Superior de Justicia de La Libertad (2018b). Expediente n.º 09448-2017-70-1601-JR-FC-02. Tercera Sala Civil. Trujillo: 10 de octubre de 2018. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/Exp.-9448-2017-70-1601-JR-FC-02-Legis.pe_.pdf
- Corte Superior de Justicia de La Libertad (2019). Expediente n.º 13913-2018-47-1601-JR-FT-11. Trujillo: 29 de enero de 2019. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-13913-2018-47-1601-JR-FT-11-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR1nY_ghJSjPojTmuVPJ61VZ4AglGBoQbwEqDmo6CDKQUq7aGZht_9wOXDw

- Cuesta, D. (2014). Propuesta para evitar la revictimización de las víctimas en el delito de violación. [Tesis de pregrado, Universidad de las Américas]. <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/4602>
- Defensoría del Pueblo (2017). *La Ley n.º 30364, la administración de justicia y la visión de las víctimas*. Serie Informe de Adjuntía. Informe n.º 063-2017-DP/ADM. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-de-Adjuntia-N-063-2017-DP-ADM.pdf>
- Delgado, J. (2020). Marco conceptual y jurídico de la violencia de género. Sistema penal y violencia de género. Diploma de Postgrado en Derecho de Género (2.ª ed.), diciembre 2020.
- Diario Oficial El Peruano (2016, 27 de julio). Instructivo de las fichas de valoración de riesgo. *Diario Oficial El Peruano*. <https://observatoriovioencia.pe/wp-content/uploads/2018/06/instructivo.pdf>
- Gutiérrez de Piñeres, C., Coronel, E. y Andrés, C. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15(1), 49-58. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006
- Márquez, D. (2018). Las medidas de protección de la Ley 30364 y los efectos jurídicos en las víctimas de violencia familiar, Corte Superior de Lima 2017. [Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/50828>
- Mateo, G. (2020). Uso indiscriminado de las fichas de valoración de riesgo para acreditar violencia familiar en el Centro de Emergencia Mujer, Huánuco-2018. [Tesis de pregrado, Universidad de Huánuco]. <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2549/Mateo%20Celis%2c%20Gavimaela.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Mertens de Wilmars, F. (s. f.). Igualdad, equidad y paridad: semejanzas y diferencias conceptuales. *Feminismo y derecho*. Universidad de Jaén.
- Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naciones Unidas (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Navarro, K. (2020). La ficha de valoración del riesgo y su relevancia para la expedición de las medidas de protección otorgadas a mujeres víctimas de violencia física. <https://lpderecho.pe/ficha-de-valoracion-del-riesgo-proteccion-victimas-violencia-fisica/>
- OAS (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. «Convención de Belém do Pará». <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Real Academia Española (s. f.). Tutela diferenciada. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/tutela-diferenciada>
- Sociedad Vasca de Victimología (s. f.). Diccionario Abierto de Términos Victimológicos. <https://www.sociedadvascavictimologia.org/diccionario-1>
- Tribunal Constitucional del Perú (2020). Exp. n.º 03378-2019-PA/TC. Lima: 5 de marzo de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03378-2019-AA.pdf>
- Varona, G., De la Cuesta, J. L., Mayordomo, V. y Pérez, A. I. (2015). Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención. <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/Manual+de+Victimologi%CC%81a+2015.pdf>



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 185-223

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.394

El proceso de cambio de nombre y de reconocimiento de la identidad de género: propuestas para una reforma judicial y legislativa

The name change process and gender identity recognition: proposals for judicial and legislative reform



WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA

Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: wfernandez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4296-0467>

RESUMEN

El presente trabajo de investigación estudia el proceso de cambio de nombre y de sexo de las personas LGTBIQ (sigla formada por las iniciales las palabras lesbiana, gay, transexual, bisexual, intersexual y *queer*) que históricamente han sido discriminadas y vulneradas en sus derechos humanos de acceso a la justicia y de reconocimiento de la personalidad jurídica con relación a su orientación sexual e identidad de género. Para su desarrollo, se

analizó la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional, a fin de proponer una reforma judicial y legislativa que establezca los parámetros para la adecuación integral de la identidad de género autopercebida.

Palabras clave: acceso a la justicia; cambio de nombre; identidad de género; igualdad; no discriminación; orientación sexual; población vulnerable.

ABSTRACT

This research work studies the process of changing the name and sex of LGTBIQ people (acronym formed by the initials of the words lesbian, gay, transsexual, bisexual, intersexual, and queer), who have historically been discriminated against and violated in their human rights of access to justice and recognition of legal personality concerning their sexual orientation and gender identity. For its development, doctrine, legislation, and jurisprudence were analyzed to propose a judicial and legislative reform that establishes the parameters for the integral adequacy of self-perceived gender identity.

Key words: access to justice; name change; gender identity; equality; non-discrimination; sexual orientation; vulnerable population.

Recibido: 23/03/2021 Aceptado: 19/04/2021

1. INTRODUCCIÓN

La Defensoría del Pueblo, a través de su *Informe Defensorial n.º 175. Derechos humanos de las personas LGBTI: necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*, publicado en septiembre de 2016, evidenció una serie de problemas relacionados con el ejercicio del derecho a la identidad de género de dicha población en condición de vulnerabilidad. Esto fue advertido, especialmente, en

los procesos de cambio de nombre y sexo, y en la oposición, a nivel nacional, del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil —en adelante Reniec— frente a estas demandas.

Eduardo Vega Luna, quien fue defensor del pueblo durante la publicación de este informe, sostuvo que la comunidad LGTBI se encuentra en una situación de desprotección e invisibilidad por parte del Estado peruano, al no existir las políticas públicas que hagan efectivo su derecho al reconocimiento de identidad de género (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 7).

En efecto, las demandas de cambio de nombre y sexo tradicionalmente exigían requisitos que vulneraban la integridad y dignidad de las personas LGTBIQ, tales como cirugías, tratamientos hormonales y certificaciones médicas y psicológicas. No obstante, estos juicios eran declarados, en su gran mayoría, improcedentes, o solo reconocían el cambio de nombre, debido a que las juezas y los jueces mantenían la postura equivocada de que la orientación sexual y la identidad de género eran una «patología», «enfermedad» o «trastorno», especialmente dirigida hacia el transexualismo. Posición que fue reforzada a través de la sentencia del Expediente n.º 00139-2013-PA/TC, del 5 de mayo de 2014, establecida como doctrina jurisprudencial vinculante por el Tribunal Constitucional.

Años después, este máximo órgano e intérprete de la Constitución Política de nuestro país dejaría sin efecto su propia doctrina, al establecer que no era posible el cambio de sexo en los documentos de identidad a través de la sentencia recaída en el Expediente n.º 06040-2015-PA/TC, del 21 de octubre de 2016, al indicar que:

El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos (Tribunal Constitucional, 2016, párr. 17).

Asimismo, la magistrada Marianella Ledesma, al fundamentar su voto, sostuvo que: «La identidad de género y el sexo son conceptos dinámicos y, bajo tal perspectiva, la Constitución reconoce implícitamente que toda persona tenga el derecho a que se reconozca su identidad sexual desde un punto de vista dinámico» (Tribunal Constitucional, 2016, párr. 22).

En consecuencia, en los fundamentos del Tribunal Constitucional se dejaba claro que las demandas de cambio de nombre y, en especial, de sexo debían realizarse por la vía judicial ordinaria, tramitándose en el proceso sumarísimo, para la modificación del documento nacional de identidad de la persona LGTBIQ solicitante ante el Reniec.

No obstante, se presenta un problema vinculado a la falta de regulación del proceso de cambio de sexo cuando se demanda ante los juzgados especializados civiles como pretensión principal, o de manera acumulada al cambio de nombre, pese a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 06040-2015-PA/TC. Además que, en toda sentencia emitida que resuelve declarar fundada la demanda o fundada en parte, el Reniec es el órgano que apela estos fallos, vulnerando los derechos fundamentales a la identidad, la igualdad y la no discriminación. Ello, como se reitera, por la existencia de un vacío legal sobre la inscripción del cambio de sexo de las personas LGTBIQ.

Sobre esta situación de vulneración de derechos humanos, el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (2016) sostenía que:

La identidad sexual es considerada como uno de los aspectos más importantes, delicados, discutidos y complejos de la identidad personal. La identidad sexual constituye un elemento de la identidad personal en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. Es por ello que no puede prescindirse de su tratamiento cuando se hace referencia a la identidad personal (p. 54).

Por otro lado, el 24 de noviembre de 2017 fue una fecha histórica debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Opinión Consultiva OC-24/17, estableció las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Este instrumento, vinculante al Estado peruano por contener las recomendaciones para la aplicación de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada el 7 de diciembre de 1978, señaló el procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género autopercibida, que se complementa al nombre. Además, este debe estar basado, únicamente, en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que se exijan requisitos que puedan resultar irrazonables o patologizantes. Asimismo, este procedimiento debe ser expedito y gratuito, y no solo dentro de la vía jurisdiccional, sino adecuada a la vía administrativa. Esta última es la más idónea, al considerar que el cambio de nombre y sexo consiste en una simple manifestación de voluntad de la persona solicitante ante los registros públicos respectivos.

Este mecanismo parece innovador, pero desde hace algunos años, de acuerdo con Carlos Zelada (2017, p. 48), en la experiencia comparada de los países de Europa y América del Sur, el procedimiento idóneo para el reconocimiento de las identidades de las personas LGTBIQ es la vía administrativa.

Por el momento, en nuestro país la vía jurisdiccional es el único camino para demandar el cambio de nombre y sexo, pese a múltiples proyectos legislativos presentados ante el Congreso de la República. Estos no han sido aprobados por la falta de acuerdos entre los partidos políticos y la ausencia de compromisos con la comunidad LGTBIQ, lo que generó que las propuestas, actualmente, se encuentren archivadas.

En tal sentido, era cuestión de tiempo para que las juezas y los jueces especializados, según sus atribuciones conferidas por la Constitución Política y la ley, resuelvan esta situación de vulneración de derechos, aplicando el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad.

Ese es el caso de la trascendental sentencia recaída en el Expediente n.º 8097-2018, emitida por el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 30 de julio de 2020, que declaró fundada en parte la demanda de proceso de amparo interpuesta por S. Y. H. M. contra el Reniec y EsSalud por la vulneración a los derechos de identidad de género, de libre desarrollo de la personalidad y de salud. Asimismo, se declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional ante la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de nombre, sexo e imagen en los documentos nacionales de identidad. En efecto, se ordenó al Reniec que cumpla con implementar un procedimiento de acuerdo con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17.

Sin duda, este es un avance significativo, desde la judicatura, para efectivizar el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBIQ. No obstante, como era de esperarse, esta resolución ha sido apelada por el Reniec. De continuar así, en los alcances de la Opinión Consultiva OC-24/17, el Estado peruano puede ser pasible de una demanda internacional y ser sancionado por discriminación hacia esta comunidad históricamente vulnerable.

Sin embargo, desde el Poder Judicial es importante destacar que, mediante la Resolución Administrativa n.º 000198-2020-CE-PJ, publicada el 1 de agosto de 2020, este poder del Estado se adhirió a la actualización de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, las cuales forman

parte de la política institucional desde el 2010, a través de la Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ, del 26 de julio de 2010.

Lo resaltante de la modernización del texto de las 100 Reglas de Brasilia es el reconocimiento de la orientación sexual e identidad de género como condiciones de vulnerabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 20, la cual señala que: «Son causa de vulneración de acceso a la justicia, las acciones o conductas discriminatorias hacia las personas por motivo de su orientación o identidad sexual, o por razones de género» (Cumbre Judicial Iberoamericana. Secretaría Permanente, 2018).

Asimismo, esta conceptualización vanguardista será incorporada en los objetivos del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ, del 7 de abril de 2016, que es la principal herramienta de gestión para la eficacia de las Reglas de Brasilia, así como el seguimiento, el monitoreo y la evaluación de resultados en todos los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, en vísperas del bicentenario de la independencia de nuestra nación.

Como se observa, existen avances en la casuística nacional para la protección de los derechos, pero, también, hay tareas pendientes que el Poder Judicial debe cumplir, de acuerdo con sus responsabilidades asumidas a nivel internacional. La jueza suprema Janet Tello Gilardi (2019a, p. 128) sostiene que frente a las diversas formas de discriminación y violencia que padecen las personas por su orientación sexual e identidad de género, los operadores de justicia no pueden seguir permitiendo que se perpetúe la vulneración de sus derechos fundamentales, cuando ante los evidentes cambios sociales, la norma debe ajustarse a los nuevos contextos según las disposiciones del sistema internacional de protección de derechos humanos.

De parte del gobierno, debo resaltar que, en este período de crisis sanitaria por la pandemia, se realizó un gran progreso al aprobarse el Decreto Supremo n.º 220-2020-EF, publicado el 8 de agosto de 2020. Este aprueba normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia n.º 063-2020, que dispone el apoyo solidario de los funcionarios y servidores públicos del Poder Ejecutivo para la entrega económica a favor de los deudos del personal de la salud fallecido a consecuencia de la COVID-19, entre los y las convivientes del mismo sexo del personal de salud, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 6 del referido decreto supremo.

De manera similar, años atrás se promulgó el Decreto Legislativo n.º 1323, publicado el 6 de enero de 2017, que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, especialmente al modificar el artículo 323 del Código Penal, incorporando al sexo, la orientación sexual y la identidad de género como causas de discriminación e incitación a la misma.

Por tal motivo, a continuación se desarrollarán las bases normativas y teóricas que sustentan esta investigación, así como el análisis de la jurisprudencia nacional e internacional, para la presentación de conclusiones relevantes y propuestas para una reforma judicial y legislativa que haga realidad el efectivo acceso a la justicia de las personas LGTBIQ en nuestro país.

2. BASES NORMATIVAS Y TEÓRICAS

Para Graciela Medina (2001), profesora de la Universidad de Buenos Aires de Argentina, «dentro del mundo occidental, la condena represiva de la homosexualidad entre personas adultas y libres ya pertenece a un capítulo de la historia del derecho, y esta falta de represión ha contribuido notablemente a la publicidad de las relaciones afectivas de personas [LGTBIQ]» (p. 16).

No obstante, aunque se ha dejado de criminalizar las relaciones entre personas del mismo sexo, persiste la vulneración del reconocimiento de su derecho a la identidad de género autopercibida, así como a la igualdad y no discriminación por su orientación sexual, pese a su regulación en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el marco normativo nacional, el artículo 1 de la Constitución Política dispone que el fin supremo del Estado y de la sociedad es la defensa de la persona y el respeto de su dignidad (Congreso Constituyente Democrático, 1993). Asimismo, los incisos 1 y 2 del artículo 2 de la carta magna señalan que la identidad, la integridad moral, psíquica y física y el libre desarrollo y bienestar de la persona son derechos fundamentales que ejerce plenamente en igualdad ante la ley, sin discriminación alguna (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Por otro lado, en el marco normativo internacional, los principios de igualdad y no discriminación han sido consagrados en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al señalar que todos nacemos libres en igualdad de derechos, libertades y dignidad. Estas mismas disposiciones han sido contenidas en el inciso 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el inciso 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de las Naciones Unidas.

Mientras que en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos se dispone que el Estado debe respetar los derechos y libertades de las personas, para el ejercicio pleno y en igualdad de protección ante la ley.

También deben considerarse los Principios de Yogyakarta, del 9 de noviembre de 2006, que desarrollan el derecho al disfrute universal de los derechos humanos en su primer principio, al afirmar que: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y

derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos».

Según Paula Siverino (2019), quien es integrante del Comité Internacional de Bioética de la Unesco:

«Todos somos iguales en dignidad y derechos y «todos» no admite interpretación ni peros. El Perú tiene una deuda ética y legal con sus ciudadanos LGBT: reconocer [...] la identidad de género, conforme lo indica la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana.

En ese sentido, debo sostener que las personas LGTBIQ, al igual que cualquier otra persona, tienen derecho a la igualdad y no discriminación por motivo de su orientación sexual e identidad de género, como fundamento para la defensa de los derechos humanos y el respeto de su dignidad.

Complementando este marco normativo, se debe resaltar que en el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género», del 17 de noviembre de 2011, se advierte que las personas transexuales, en muchos países, no pueden obtener el reconocimiento legal de su identidad de género autopercibida, lo que genera que se encuentren con múltiples dificultades frente a la imposibilidad de modificar el documento nacional de identidad, como lo es el solicitar un empleo, créditos bancarios, prestaciones sociales del Estado, entre otros (párr. 71).

Además, en este mismo informe, se observa que: «Los países que reconocen la modificación del género suelen exigir, tácita o expresamente, el requisito de que los solicitantes se sometan a una cirugía de esterilización» (párr. 72). Entre otras exigencias que vulneran la integridad de la persona y su dignidad, como el tratamiento hormonal, los certificados psicológicos y psiquiátricos, entre otros.

Según expone la jueza de familia de Áncash, Karina Manrique Gamarra (2019): «La opción sexual es una decisión personal y autónoma, [el Estado] [...] tiene el deber natural de respaldar la misma. No hacerlo implica transgredir los derechos fundamentales» (p. 145). De igual manera, la exigencia de requisitos patologizantes, contribuye a perpetuar este contexto de violación de los derechos humanos, al resultar irracionales, y al continuar considerando a las personas LGTBIQ como personas «enfermas» o con «trastornos» que requieren de asistencia médica, lo que forma parte de un antiguo paradigma que ha sido superado tanto en la doctrina como en las normas y la jurisprudencia.

De igual modo, la Organización de los Estados Americanos, a través del estudio sobre la «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes», del 23 de abril de 2012, determinó que la construcción de la identidad propia es dinámica y no estática (párr. 7).

Para la jueza suprema Janet Tello Gilardi (2019b):

la aceptación del cambio de sexo o de nombre por parte del entorno social con el que a veces ya cuenta la persona LGBTQI también implica una afirmación de sus derechos fundamentales, basados en una argumentación del respeto a la identidad de género de las personas demandantes e incorpora la concepción dinámica de la categoría «sexo» (p. 210).

Por ello, se puede afirmar que, desde la doctrina y la jurisprudencia, la orientación sexual y la identidad de género son componentes dinámicos y no estáticos, como se creía y se mantuvo, erróneamente, durante muchos años.

En ese marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, estableció los criterios para la regulación e implementación de los procesos para el cambio de

nombre y de sexo, es decir, para el reconocimiento de la identidad de género, el cual debe estar basado, únicamente, en el consentimiento libre e informado de la persona solicitante. Ello encuentra su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y de escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada (2017, párr. 127).

Respecto a los requisitos que se solicitan para este tipo de proceso, la Corte Interamericana (2017, párr. 130) sostiene que no se deben pedir los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos, por tener un carácter invasivo que contribuye a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de los géneros masculino y femenino, y pone en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, que descansa en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que le fue asignado al nacer constituye una patología. Tampoco podrá exigirse como requisito que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas, totales o parciales, ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar, probar u otorgar la identidad de género que se motiva, por cuanto es contrario al derecho fundamental a la integridad personal y la dignidad (párr. 146).

Asimismo, sobre los certificados de antecedentes policiales y penales, si bien tienen una finalidad legítima de que la persona no eluda la acción de la justicia, ese requisito resulta en una restricción desproporcionada en la medida que se traslada la carga de la prueba de forma irrazonable al solicitante, por cuanto es una obligación del Estado la armonización de los registros en los cuales constan los datos de identidad de todos los ciudadanos y las ciudadanas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, párr. 132).

Todos estos procesos, como las rectificaciones realizadas ante los registros respectivos y en los documentos de identidad, de

conformidad con la identidad de género autopercebida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento nacional de identidad, debido a que la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, en trámite o concluido, puede poner al solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, contra su honor o su reputación, lo que puede significar un obstáculo para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, párr. 135).

Es importante, asimismo, que se establezca un plazo razonable en la duración del proceso, debido a que el tiempo desproporcionado de duración puede incidir negativamente en la situación jurídica del solicitante, por lo que se establece la necesidad de que el cambio de nombre, de sexo e imagen, conforme a la identidad de género de la persona, sean expeditos, es decir, se desarrollen con la mayor prontitud, a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, párr. 142).

Sobre la naturaleza del proceso de cambio de nombre y de sexo, es importante volver a resaltar que solo se puede acudir a la vía jurisdiccional, puesto que no existe un procedimiento en la vía administrativa en nuestro país. De allí su importancia jurídica y la evidencia de que existe un vacío legal sobre la materia.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017, párr. 159) establece que la vía administrativa es el procedimiento que, según su naturaleza, mejor se ajusta, debido a que en la vía jurisdiccional pueden incurrir demoras y excesivas formalidades. No obstante, se recalca que cada Estado puede establecer el trámite más adecuado para el cambio de nombre, sexo o género, adaptación de la imagen, y la rectificación en los registros civiles y en los documentos de identidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, párr. 160).

Entonces, se puede decir que, en el Perú, mientras no exista una regulación del procedimiento administrativo que se debe seguir para el cambio de nombre y de sexo de la persona LGTBIQ, se debe continuar bajo la jurisdicción ordinaria. No obstante, debo resaltar que el proceso de cambio de sexo no se encuentra contenido en el ordenamiento jurídico, tampoco la vía procedimental para su trámite, pese a que la jurisprudencia nacional y las recomendaciones de los órganos internacionales han establecido parámetros para su desarrollo, por lo que resulta necesario, también, modificar la norma civil y procesal respectiva.

Sobre los alcances de la Opinión Consultiva OC-24/17, Paula Siverino (2019) explica que: «Las opiniones consultivas son vinculantes, ya que interpretan derechos contenidos en la Convención Americana en uso de una competencia reconocida previamente por cada Estado» (párr. 13). Por su parte, Carlos Zelada (2020) fundamenta esta posición, añadiendo que

Se trata de documentos que establecen el alcance y contenido de las obligaciones internacionales de los Estados partes de dichos tratados [...] son vinculantes y por eso, en caso de incumplimiento de una regla de derecho producto de una interpretación autorizada de la Corte IDH, aun cuando fuera emitida en el marco de una opinión consultiva, es fuente de responsabilidad internacional (pp. 12-13).

En tal sentido, se debe aclarar que la Opinión Consultiva OC-24/17 es vinculante y de obligatorio cumplimiento por el Estado peruano, debiendo adecuar en su normativa interna los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso contrario, incurriría en un supuesto de violación de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo tanto, sería demandado y probablemente condenado por no actuar con la debida diligencia frente a la discriminación de las personas LGTBIQ y la vulneración de otros derechos conexos.

Por otro lado, es necesario señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del informe sobre los «Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ en las Américas», publicado el 7 de diciembre de 2018, resaltó que:

la orientación sexual de una persona «es independiente del sexo que le asignaron al nacer y de su identidad de género», y además «constituye un componente fundamental de la vida privada de las personas», existiendo una «clara conexión entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y el plan de vida de cada persona, incluyendo su personalidad, y las relaciones con otros seres humanos» (p. 48).

Años atrás, Carlos Fernández Sessarego (2006) sustentaba:

La identidad del ser humano, en tanto este es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, presupone una compleja trama de diferentes elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente psicosomáticos mientras que otros son de índole inmaterial, espiritual. Entre estos últimos encontramos elementos culturales, religiosos, profesionales, ideológicos, políticos, entre otros. Hallamos así, en cada persona humana, singulares características somáticas y psicológicas que determinan su personalidad, su singular manera de ser, su característica presencia en el mundo exterior (p. 53).

Por tal motivo, se debe entender que las normas deben actualizarse a estas nuevas realidades, pero que se barajan en contextos tan antiguos como la sociedad misma, y que, tradicionalmente, no han sido contempladas por el derecho por contravenir el orden público, criminalizando dicha situación incluso con penas privativas de libertad, pese a que sus conceptos han evolucionado con el tiempo y ahora existen nuevas doctrinas que defienden los derechos de

esta población vulnerable, como lo es la comunidad LGTBIQ. Por consiguiente, es labor de las juezas y de los jueces el garantizar el derecho de igualdad y de no discriminación para el reconocimiento de la identidad de género autopercibida y ordenar a las instituciones respectivas el cambio de los documentos de identidad para la afirmación de aquellas personas como tal. Sin embargo, y en oposición a las bases normativas y teóricas nacionales e internacionales expuestas, no existen criterios uniformes en los juzgados especializados, así como en las salas superiores, por lo que se realizará un análisis de las sentencias seleccionadas.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El Tribunal Constitucional a través de sus atribuciones conferidas en el artículo 202 de la Constitución Política, ha establecido doctrina y precedentes vinculantes importantes mediante la jurisprudencia, al interpretar la carta magna, de acuerdo con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y es de obligatorio cumplimiento por las juezas y los jueces a nivel nacional.

Entre las primeras sentencias relevantes sobre el cambio de nombre y de sexo, este tribunal resolvió el caso recaído en el Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC, del 20 de abril de 2006 (caso K. M. Q.), en el cual se demanda al Reniec tras denegar el otorgamiento de duplicado del documento nacional de identidad a la solicitante, señalando que mantiene una doble identidad sexual, como M. J. y como K. M., ello debido al cambio de nombre realizado ante el Poder Judicial años antes. Sin embargo, esta situación vulnera los derechos fundamentales a la identidad, la integridad personal, al libre desarrollo y el bienestar. El fallo resolvió declarar fundada la demanda, ordenando al Reniec que otorgue el duplicado del documento de identidad, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento (párrafos 35 y 36).

Al respecto, Paula Siverino (2010) señala:

Este caso es muy particular. El [...] [Tribunal Constitucional] concede la pretensión requerida haciendo importantes precisiones sobre el derecho a la dignidad y su relación con la identidad personal [...] pero elude cualquier referencia a la cuestionada identidad sexual de la demandante y opta por una solución formal, basada en el aspecto del derecho a la identidad vinculada a la identificación (p. 67).

No obstante, a partir de otro caso simbólico recaído en el Expediente n.º 06040-2015-PA/TC, del 21 de octubre de 2016 (caso A. R. S.), el Tribunal Constitucional resuelve la demanda contra la resolución expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que revocó la sentencia de primera instancia y declaró improcedente el cambio de nombre y de sexo.

En sus fundamentos, el tribunal sostiene que:

la realidad biológica [...] no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues este, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad), contravendría el orden de las cosas por alterar sin motivos suficientes los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica (fundamento 13).

Asimismo, advierte que el reconocimiento del derecho a la identidad de género, que forma parte del derecho a la identidad personal, está constitucionalmente protegido, así como en los tratados e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (fundamento 14). Sin embargo, hasta ese momento, no existía una vía procedimental determinada en la ley, para su trámite.

Por ello, sobre la solicitud de cambio de sexo, el tribunal, en búsqueda de una solución, indicó que se deberá realizar bajo el proceso sumarísimo en la vía judicial, debido a que:

a tenor del artículo 546.6 del Código Procesal Civil [que regula el proceso sumarísimo], se tramitarán ante los juzgados civiles los asuntos contenciosos que «no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo», por lo que es posible concluir [...] que sí existe una vía judicial en la que es posible solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad (fundamento 26).

Mientras que en la demanda de cambio de nombre, regulada en el artículo 29 del Código Civil, el tribunal dispuso:

En el presente caso, este Tribunal aprecia que el artículo 749.9 del Código Procesal Civil regula la posibilidad de solicitar la rectificación de nombre mediante un proceso no contencioso, el cual, de conformidad con el artículo 750 del mismo código es de competencia del Juez de Paz Letrado [...]. En cuanto al pedido de cambio de nombre, previsto en el artículo 29 del Código Civil, que es lo que en este caso se solicita en la demanda de autos, lo correspondiente es que, a fin de que la persona pueda hacer valer en una misma vía su solicitud, también sea tramitado en el proceso sumarísimo, junto el pedido de cambio de sexo en los documentos de identidad (fundamento 30).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda al haberse afectado el acceso a la justicia de la recurrente, pero improcedente el pedido de cambio de nombre y de sexo, dejando a salvo su derecho a fin de que lo pueda hacer valer en la vía judicial, de considerarlo como la vía idónea para ello.

En consideración de estos parámetros, se explicó que las personas LGTBIQ pueden demandar, de manera independiente, el cambio de nombre o de sexo, el primero ante la jueza o el juez de paz letrado en un proceso no contencioso, y el segundo ante la jueza o el juez civil en un proceso sumarísimo. Empero, cuando la demanda sea acumulada para el cambio de nombre y de sexo, será tramitado ante el juzgado civil en el proceso sumarísimo, aplicando los principios de socialización, economía y celeridad procesal, en los fundamentos de la Sentencia n.º 06040-2015-PA/TC.

Por tal motivo, es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer este tipo de procesos. Sin embargo, no todos los juzgados y salas superiores han resuelto en sus sentencias, de los años 2018 al 2020, bajo los criterios del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y han fallado de distintas maneras, a favor o en contra, sin encontrar uniformidad.

Desde la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el Segundo Juzgado Civil de Paucarpata, en la sentencia del Expediente n.º 05684-2016, del 5 de enero de 2018, se reconoció la identidad sexual de la parte demandante A. A. V. G., sosteniendo que

TERCERO [...] La identidad sexual constituye un muy importante aspecto de la identidad personal en la medida que la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y la disposición del propio

cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuales.

La resolución recoge lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 06040-2015-PA/TC, reconociendo que existe un derecho a la identidad de género que forma parte de la identidad personal, la libertad y el proyecto de vida. Por ello, el juzgado falló declarando fundada la demanda sobre el cambio de sexo femenino a masculino, la misma que ha sido dirigida contra el Reniec y se ordenó que aparezca así registrado en su partida de nacimiento y en el documento de identidad.

De igual manera, en la Corte Superior de Justicia de Áncash, el Primer Juzgado Civil de Huaraz, en la sentencia del Expediente n.º 00329-2017, del 28 de enero de 2019, declaró fundada la demanda presentada por A. P. R. sobre cambio de sexo masculino a femenino y de nombre dirigido contra el Reniec, y se tuvo como fundamento:

SEXTO: La razón de ser del Derecho es la persona humana, todos tenemos derecho a vivir dignamente, a ser tratados y reconocidos como lo que somos; en este caso, en particular, nos encontramos ante el supuesto que la persona de [A. P. R.] solicita y acredita que se siente con el género femenino, que, en su entorno social y laboral, se desenvuelve con el género que siente; incluso ha cambiado su apariencia física; que en el acto de la audiencia se ha ratificado en su pretensión [...] quien ha manifestado que tiene dificultades en el traslado, así como en el uso de tarjetas de créditos, y cualquier documento para su identificación, dado que los datos consignados en su documento nacional de identidad no concuerdan con su apariencia física ni menos con lo que ella siente.

Es importante resaltar que en esta sentencia se consideran, además del fallo del Tribunal Constitucional antes referido, las recomendaciones dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al indicar:

DÉCIMO SEGUNDO: Finalmente debemos de considerar que incluso en la opinión consultiva N° OC-24/17 [...] ha señalado que en el trámite del cambio sexo no es necesario que se demuestre la buena conducta del solicitante; por tratarse de derechos personales y que tiene relación con el derecho a la dignidad. Estando a lo expuesto corresponde declarar fundadas ambas pretensiones principales, debiendo ordenarse el cambio de nombre en la partida de nacimiento del demandante y el cambio de sexo como en el documento nacional de identidad.

En efecto, se ordenó al Reniec cambiar la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad, de acuerdo con el nombre y el sexo, ahora, en femenino. No obstante, el procurador público de la parte demandada apeló esta decisión, la cual fue resuelta en la sentencia de vista, del 2 de octubre de 2019, por la Primera Sala Civil de Huaraz, que declaró fundada la apelación, revocando la sentencia del juzgado y reformándola declaró fundada en parte la demanda respecto al cambio de nombre e improcedente el cambio de sexo, según lo siguiente:

19. [...] lo que el demandante pretende es que el juez ordene a RENIEC, que a través del funcionario competente consigne en su DNI un dato, respecto de su sexo de nacimiento, discordante con su acta de nacimiento, pues en tanto no cuestiona el sexo consignado en su partida de nacimiento pretende que el Estado consigne un hecho distinto en un documento público que debe contener datos fidedignos, oponibles *erga omnes* y que por estar suscrito por funcionario público genera confianza y presunción de veracidad en los terceros.

20. Siendo ello así, consideramos que dicha pretensión y la decisión adoptada en la sentencia afectan la seguridad jurídica, pues debiendo guardar correlación y congruencia el acta de nacimiento con el DNI, se obligaría al Estado a proporcionar información inexacta, respecto del cual los terceros confían en su veracidad y exactitud, lo cual terminaría por generar desconfianza respecto a los datos

contenidos en el DNI de cualquier ciudadano, lo que conllevaría a tener que contrastar los datos que el DNI contiene con el acta de nacimiento, vulnerando así el principio de seguridad jurídica.

21. Bajo dicha perspectiva por el acto que pretende el demandante, tal como ha sido planteada su pretensión, no cuenta con amparo legal ni constitucional ni convencional.

En cuanto a la sentencia de vista, omito lo señalado en la Opinión Consultiva OC-24/17, respecto a que el proceso debe estar enfocado en la adecuación integral de la identidad de género autopercibida, la cual debe basarse, únicamente, en el consentimiento libre e informado de la parte demandante, que se complementa con el nombre elegido.

Por el contrario, desde la Corte Superior de Justicia del Santa, el Cuarto Juzgado Civil de Chimbote, en la sentencia del Expediente n.º 01523-2017, del 24 de abril de 2019, declaró fundada la demanda de cambio de nombre, de masculino a femenino, de N. B. H. a A. A. B. H., y, en consecuencia, se ordenó al Reniec que realice la modificación en la partida de nacimiento y se expida un nuevo documento nacional de identidad, teniendo como fundamento lo siguiente:

SÉPTIMO: El recurrente, pese a su condición biológica de origen (sexo masculino), no se identifica como tal, sino que, por el contrario, y según manifiesta, desde muy pequeño se ha identificado como mujer y no como varón, con lo cual se ve involucrado su derecho a la identidad [...] al señalarse que la identidad del demandante es un elemento innato del ser humano, por el cual este se siente, en el caso en específico, mujer pese a su condición biológica; es por ello, que tanto la identidad de género como la orientación sexual son componentes fundamentales de la vida privada de las personas, que garantizan las esferas de la intimidad y abarca aspectos de la identidad física y social de un individuo. Así pues, si el recurrente invoca la protección del derecho a su identidad, debe entenderse

que lo hace con la finalidad de ser identificada frente a los demás como una mujer; por tanto, un nombre femenino, ya que tal distinción parte por datos tan elementales como son el nombre y las características físicas del recurrente.

Llama la atención que el magistrado eleve a consulta la sentencia, en caso de no ser apelada, pese a que se trata de un proceso de cambio de nombre y no se acumuló como pretensión el cambio de sexo, cuando desarrolló en la resolución sobre el derecho humano a la identidad de género.

De otro lado, desde la Corte Superior de Justicia de Lima, el Trigésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 12707-2018, del 26 de abril de 2019, declaró infundada la demanda interpuesta por M. L. T. L. sobre cambio de nombre y de sexo, de femenino a masculino, debido a que la demandante, en razón del magistrado, no fundó su pedido en un motivo o razón justificada para cambiar su nombre y sexo por el propuesto, ni lo fundamentó en razones de orden jurídico, sino que lo basó solo en su deseo, lo cual es insuficiente como justificación.

En este contexto, se resalta lo establecido por el juzgado civil, que es contrario, totalmente, a los lineamientos de la Sentencia n.º 06040-2015-PA/TC, así como de las garantías establecidas en la Opinión Consultiva OC-24/17, al sustentar:

CUARTO.- Que si bien es cierto, la parte demandante ha seguido tratamiento hormonal, con lo cual habría modificado parcialmente algunos elementos de su apariencia física exterior a fin de acercarse a la apariencia de un hombre, también es cierto que ese esfuerzo de cambio es solo exterior, pues no ha acreditado que su organismo actúe, se manifieste y cumpla las funciones que cumple el organismo de un hombre, por lo cual *prima facie*, no puede atribuírsele la calidad de hombre solo por su parcial apariencia física exterior alcanzada.

QUINTO.- La parte demandante manifiesta ser transexual, lo cual coincide con el informe psicológico; fenómeno de la conducta que consiste en el comportamiento de la persona orientado a adoptar socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, sin que exista una razón física aparente que lleve a esa decisión.

SEXTO.- En el caso de autos el recurrente en ningún momento ha manifestado que sea hormonal, gonádica o cromosómicamente de sexo masculino. El recurrente sustenta su demanda de cambio de sexo en razones que reposan estrictamente en «su deseo» que habita en su «esfera exclusivamente psicológica».

En el mismo sentido, resolvió el Trigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima, en el Expediente n.º 04014-2015, del 4 de junio de 2019, en el cual falló declarando infundada la demanda interpuesta por J. O. Z. S. sobre cambio de nombre y de sexo, de masculino a femenino, bajo las siguientes consideraciones:

QUINTO.- En el presente caso de autos, el demandante [J. O. Z. S.] pretende que la judicatura autorice el cambio de sus prenombrados masculinos por dos prenombrados femeninos [...], basándose principalmente en el hecho que por decisión personal ha optado cambiar su sexo orgánico mediante la extirpación o mutilación de sus órganos genitales masculinos, mediante un procedimiento estético de vaginoplastia, es por ello que considera que sus nombres deben quedar acorde con su apariencia física y cómo siente él su identidad, ya que además señala que desde hace mucho tiempo atrás ha asumido una identidad sexual como mujer, en razón de que la sociedad, su entorno familiar y laboral han interiorizado su identidad de género.

SEXTO.- Al respecto, esta judicatura aprecia claramente que la modificación del nombre materia de la pretensión, específicamente de los prenombrados masculinos por femeninos, excede los alcances de los motivos justificados a que se refiere el artículo 29 del Código Civil [...] pero en este caso [...] el asunto no se justifica en una simple denominación de la persona, sino busca en realidad la

asignación de un prenombre que identifique a una mujer, cuando el recurrente no es una mujer, por lo que, bajo un retoque, arreglo o compostura del nombre se estaría confundiendo la identificación de la persona, e inclusive permitiendo acaso una modificación sustancial de la naturaleza de la persona, obteniendo el reconocimiento de una identificación e identidad distinta a la que es, para que se le nombre como si fuese una persona mujer, situación que en ningún modo esta judicatura encuentra justificación para ello, máxime si el demandante no ha aportado medios probatorios según los cuales se hubiese hecho uso cotidiano de los prenombrados L. M. en sus actividades públicas y privadas.

SÉTIMO.- De otro lado, en relación a la pretensión de cambio de identidad de género y/o sexual de masculino a femenino, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún sustento normativo que ampare tal pretensión del demandante, sobre una supuesta transformación producida en el género de la persona por voluntad propia, o en su aspecto genital o aspecto físico en general, pues conforme a la naturaleza de la persona y según así lo reconoce nuestro ordenamiento, como es el caso del artículo 4 del Código Civil al establecer la igualdad entre el varón y la mujer en el goce y ejercicio de sus derechos, solamente se reconoce estos dos únicos géneros, varón y mujer, que se derivan del acto del nacimiento y no del desarrollo de una supuesta identidad dinámica o variante, según los gustos individuales de cada uno.

Al respecto, sobre estas últimas sentencias emitidas por los juzgados civiles de Lima antes referidos, se observa cómo mantienen esa perspectiva prejuiciosa, asociada con la construcción binaria de que solo existen los géneros masculino y femenino, los cuales son asignados al nacer y por lo tanto son estáticos, es decir, no es suficiente la voluntad de la persona para mantener una identidad de género autopercebida, como lo establecen los estándares interamericanos. Asimismo, realizan un análisis equivocado en cuanto a que la persona, para solicitar el cambio de nombre y/o de sexo, debe realizarse exámenes psicológicos o psiquiátricos, así como

intervenciones quirúrgicas, terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales, los cuales no son requisitos obligatorios, debido a su carácter invasivo y de vulneración de la dignidad e integridad de la persona (párrs. 130 y 146 de la Opinión Consultiva OC-24/17).

Por otra parte, el Noveno Juzgado Civil de Lima, en el Expediente n.º 11674-2018, del 25 de octubre de 2019, declaró fundada la demanda de cambio de nombre y de sexo, de V. K. H. P a C. H. P. y ordenó al Reniec la modificación de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad, de acuerdo con lo siguiente:

QUINTO: El derecho de identidad es uno de los atributos esenciales de la persona que se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, entendido como el derecho que tiene el individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. En tal sentido, si bien la demandante nació con el sexo biológico femenino y como tal como tal ha sido inscrita en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad de Jesús María, sin embargo, de los medios de prueba reseñados se establece que en realidad su comportamiento y su fisonomía actual es de un varón por lo que resulta atendible que en su partida de nacimiento figure con el nombre de C. como ha solicitado en la demanda y se consigne de sexo masculino con el objeto que acredite como se conduce actualmente en su entorno social; lo mismo debe acontecer en cuanto a su documento nacional de identidad ya que este constituye el instrumento que permite no solo identificar a la persona sino también facilitar realizar actividades de diversa índole como participar en comicios electorales, celebrar acuerdos contractuales, entre otros.

En ese caso, se aplicó lo dispuesto en el Expediente n.º 06040-2015-PA/TC, respecto a que la realidad biológica no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo y, por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad.

Al contrario, en la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en el Tercer Juzgado Civil de Ate, en la sentencia del Expediente n.º 01432-2018, del 27 de noviembre de 2019, se declaró fundada en parte la demanda y se dispuso el cambio de nombre de masculino a femenino de M. A. por el de A. L., a efectos de que se inscriba en la partida de nacimiento; pero, improcedente la pretensión de cambio de sexo en el documento de identidad, de conformidad con lo siguiente:

DÉCIMO NOVENO: [...] este juzgador ha llegado a formarse convicción que se encuentra justificado el cambio de nombre [...] porque así se identifica socialmente el demandante; y que por ello siendo el nombre un elemento distintivo ligado a su identidad frente a la sociedad y por ende relacionado con su desarrollo personal.

VIGÉSIMO: [...] la pretensión en la que se solicita el cambio de sexo [...] resulta ser improcedente, por ser contraria a normas de orden público, pues como se ha hecho notar ello implicaría de manera indirecta, que de cambiarse legalmente el sexo [...] esta podría contraer matrimonio con personas de su mismo sexo, supuesto de hecho que no está permitido en nuestra legislación.

Al respecto, en esta resolución se observa cómo el magistrado mantiene una mirada estereotipada sobre el demandante, a través de una idea prejuiciosa que se funda en el matrimonio o las uniones civiles de las personas del mismo sexo, a partir del reconocimiento de su identidad de género, basándose en que esta sería contraria al orden público, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico vigente, cuando los estándares interamericanos han establecido que la identidad de género forma parte de la identidad personal, la libertad y el proyecto de vida de cada persona, indistintamente si esta decide mantener una relación de pareja, casarse o convivir con alguien más, permanecer soltero o tener hijos; es decir, no se puede fundamentar la improcedencia de la solicitud de cambio de sexo

mediante patrones, conductas o estereotipos que creemos sobre la comunidad LGTBIQ y que, directa o indirectamente, pueden generar impactos negativos dentro de la sociedad, pues resultan inmotivados e irracionales.

Desde otro ángulo, a inicios de 2020, en el Distrito Judicial de Lima Este, el Segundo Juzgado Civil de La Molina y Cieneguilla, en el Expediente n.º 01569-2018, del 27 de mayo de ese año, se declaró fundada la demanda de cambio de sexo, de masculino a femenino, de E. C. G., quien, previamente, había iniciado, también, un proceso de cambio de nombre, el cual falló a su favor, y se ordenó al Reniec que modifique su partida de nacimiento y el documento de identidad. El fundamento fue el siguiente:

16.1. En nuestro caso, se tiene que el demandante se identifica como mujer; tiene fotos con fisonomía femenina; tiene un certificado psicológico que halla un diagnóstico de Disforia de Género con desenvolvimiento de rol femenino; tiene un certificado médico del psiquiatra que indica que tiene conductas y pensamientos egosintónicos compatibles con el rol femenino; más aún, se ha sometido a un afinamiento de rostro, liposucción de cuello, afinamiento de labios, e implantes de mamas, y recibe un tratamiento hormonal para feminización. Es decir, es evidente que viene identificándose como una mujer y no como un varón, entendiéndose que ostenta el sexo o género femenino.

De igual forma, en la Corte Superior de Justicia de Áncash, el Primer Juzgado Civil de Huaraz, en la sentencia del Expediente n.º 01313-2019, del 11 de junio de 2020, se declaró fundada la demanda de cambio de nombre de G. B. P., en atención a lo siguiente:

5. La razón de ser del derecho es la persona humana, todos tenemos derecho a vivir dignamente, a ser tratados y reconocidos como lo que somos; en este caso, en particular, nos encontramos ante el supuesto que la persona de [G. B. P.], solicita el cambio de sus pre

nombres; que en su entorno social y laboral se desenvuelve con el nombre de [J. A. B. P.]; incluso ha cambiado su apariencia física; por eso mismo refiere que sus documentos deben ir acorde a su nombre, su manera de vestir y su comportamiento como mujer, por su condición humana.

En cambio, hay una sentencia que destaca sobre la materia, emitida por el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima, recaída en el Expediente n.º 8097-2018, del 30 de julio de 2020, que declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional por la ausencia de un procedimiento administrativo que permita el cambio de nombre, sexo e imagen en los documentos de identidad y demás registros públicos de las personas LGTBIQ, al vulnerarse, sistemáticamente, su derecho a la identidad de género y el libre desarrollo de la personalidad.

Desde la interpretación de la Opinión Consultiva OC-24/17 de parte del juzgado constitucional, indica que:

11.8 [...] Corresponde exhortar al RENIEC a fin de que modifique la totalidad de sus formularios de inscripción [...] debiendo reconocer estas categorías adicionales a las tradicionales de masculino/femenino, esto a fin de que aquellas personas [LGTBIQ] que no se identifican con la clasificación binaria, puedan ver plenamente garantizado su derecho a la identidad de género, una vez se acojan al procedimiento de modificación y/o adaptación de la información contenida en los registros conforme a su identidad auto percibida.

Al respecto, como argumentamos antes, no existe en el país una regulación del cambio de nombre y de sexo a través de un proceso administrativo; por ello, es judicializado. Empero, corresponde a las juezas y los jueces salvaguardar los derechos de la población LGTBIQ, como en el presente caso, en el que la falta de reconocimiento de la identidad de género autopercebida y su reflejo

en los documentos de identidad, impide que la persona pueda ejercer otros derechos fundamentales, en este caso, el de salud, así como al sistema pensionario y sucesorio de sus parejas, entre muchos otros que pueden ejercer las personas heterosexuales. En consecuencia, no se trata de reconocer más derechos a una persona sobre la otra, sino de establecer la igualdad y no discriminación sobre aquellos derechos fundamentales que no deben ser negados por la orientación y la identidad de género, que en la antigüedad eran violentados. Incluso actualmente, cuando revisamos esta casuística, nos sensibilizamos y reflexionamos que no debemos ser indiferentes, sino que debemos iniciar, urgentemente, una reforma judicial y legislativa, necesaria desde hace mucho tiempo en nuestra sociedad, que continúa siendo excluyente y homófoba.

4. ESTUDIO COMPARADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de Estados Americanos mediante el «Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos», publicado el 12 de febrero de 2019, reconoce que «el desarrollo jurisprudencial de las decisiones por parte de organismos internacionales y regionales de derechos humanos con respecto a las situaciones de discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género es vasto y consistente» (pp. 135-136, párr. 86).

En ese sentido, debo mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Gelman versus Uruguay*, en la sentencia del 24 de febrero de 2011, respecto al derecho al nombre y a la identidad, estableció:

En cuanto al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales, la Corte ha establecido que constituye un elemento básico e

indispensable de la identidad de cada persona [...]. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido (párr. 127).

Ello guarda concordancia con lo establecido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación n.º 1532-2017-Huánuco, del 13 de marzo de 2018, en el cual se establece como precedente vinculante las reglas para el cambio de nombre señaladas en el artículo 29 del Código Civil, indicando:

DÉCIMO.- [...] el derecho a la identidad [...] [se] trata de un derecho que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona, desde los estrictamente físicos y biológicos [...] hasta los espirituales [...]. La identidad, específicamente, comprende el modo de ser de cada persona, proyectada a la realidad social es un derecho con vocación de integridad directamente vinculado a la dignidad de la persona humana. De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.

Al respecto, queda claro entonces que el nombre forma parte de la identidad de cada persona, así como su orientación sexual e identidad de género autopercibida, y que juntos van de la mano para construir el reconocimiento propio de cada sujeto, en el ejercicio libre del desarrollo de su personalidad, el cual es garantizando por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

De igual manera, en el caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, en la sentencia del 24 de febrero de 2012, sobre la orientación sexual y el derecho de autodeterminarse, se ha señalado que

la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, «[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad» (párr. 136).

En ese sentido, toda persona tiene la posibilidad de autodeterminarse y de escoger libremente los escenarios que se proyecte para darle sentido a su vida, para su desarrollo holístico, en igualdad de condiciones que los demás y sin ningún tipo de discriminación, tales como el género, la orientación sexual o la identidad de género, y debe acceder al sistema de justicia para superar aquellos obstáculos que se presenten, para el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

También en el caso *Duque versus Colombia*, en la sentencia del 26 de febrero de 2016, respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo, se estableció:

los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud [...], otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte (párr. 110).

A propósito de este caso, en nuestro país, recientemente, hubo un reconocimiento del derecho a los convivientes del mismo sexo, de acuerdo con el Decreto Supremo n.º 220-2020-EF, que dispone el apoyo económico a favor de los deudos del personal de salud que falleció por la pandemia. Sin duda, este es un paso muy importante en esta materia, debido a la desprotección legal que sufren las parejas LGTBIQ, a quienes el ordenamiento jurídico desconoce los mismos derechos patrimoniales que tienen los matrimonios o relaciones de convivencia entre las personas heterosexuales.

Además, en el caso *Azul Rojas Marín y otra versus Perú*, en la sentencia del 12 de marzo de 2020, sobre la situación de discriminación y violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género, se indica:

[Se] ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. En este sentido, ya ha establecido que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. En consecuencia, el Estado no puede actuar en contra de una persona por [estos motivos] (párr. 90).

La violencia contra las personas LGBTI es basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes [...] basados en la orientación sexual, identidad o expresión de género (párr. 92).

Sobre el particular, el sistema interamericano estableció como estándares la aplicación de los principios de acceso a la justicia y de la debida diligencia frente a la discriminación y los «crímenes de odio» por motivos de orientación sexual e identidad de género, los cuales, también, son sancionados en la normativa nacional a través de la Ley n.º 30364 y en el artículo 323 del Código Penal.

5. CONCLUSIONES

En el Perú se encuentra legislado el proceso de cambio de nombre en la norma civil y administrativa, pero no para el cambio de sexo. Existe un vacío sobre su regulación que ha impedido, por muchos años, a las personas LGTBIQ, el reconocimiento de su identidad de género autopercebida. No obstante, la jurisprudencia constitucional estableció que puede acumularse el proceso de cambio de nombre y de sexo, y que es la justicia ordinaria la vía igualmente satisfactoria al amparo para su trámite, bajo el proceso sumarísimo.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que las juezas y los jueces efectivicen el derecho humano de acceso a la justicia para el reconocimiento de la identidad de género autopercebida en los procesos de cambio de nombre y de sexo. Además, indicó que la orientación sexual y la identidad de género son conceptos dinámicos y no estáticos, que forman parte del derecho a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que no deben entenderse como patologías o enfermedades.

Por otro lado, en la Opinión Consultiva OC-24/17, vinculante al Estado peruano, se establecieron estándares interamericanos para el proceso de cambio de nombre, sexo e imagen, conforme al reconocimiento de la identidad de género, el cual debe estar basado solo en el consentimiento libre e informado de la persona. Por ello, las juezas y los jueces no podrán exigir como requisitos los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos, ni tampoco intervenciones quirúrgicas, ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales, así como cualquier otro que tenga carácter invasivo o sea contrario al derecho a la integridad personal y la dignidad humana.

De igual manera, toda rectificación debe ser expedita y dentro de un plazo razonable. Además, son reservadas todas las actuaciones

judiciales para la protección de la intimidad e imagen de la persona. Y los cambios realizados ante los registros correspondientes no pueden ser de acceso público ni deben plasmarse en el documento nacional de identidad.

Sin embargo, en el análisis de la casuística nacional, que se usó como muestra en la presente investigación, se observó que esta no es uniforme al momento de resolver el cambio de nombre y de sexo, por parte de los juzgados especializados y mixtos, y por las salas superiores de los diversos distritos judiciales del país.

Por tal motivo, se propone una reforma judicial sobre la materia. Para ello, el Centro de Investigaciones Judiciales debe convocar a las juezas y los jueces superiores a un pleno jurisdiccional nacional civil, a fin de unificar criterios para la resolución de estos casos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y los estándares interamericanos. Asimismo, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial debe aprobar un protocolo que establezca los lineamientos de actuación para los procesos de cambio de nombre y de sexo a partir de los aportes recogidos en el referido pleno jurisdiccional.

De igual modo, se debe llevar a cabo una reforma legislativa. Por eso, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia debe remitir un proyecto de ley al Congreso de la República, que regule el proceso de reconocimiento de identidad de género autopercibida (nombre, sexo e imagen), y modifique los artículos del Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial, adecuándolos a los estándares de la Opinión Consultiva OC-24/17, para regular el vacío legal antes referido, de allí su importancia jurídica.

REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.
- Congreso de la República (2004). Ley n.º 28237. Código Procesal Constitucional. Lima: 7 de mayo de 2004.
- Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (2012). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Azul Rojas Marín y otra versus Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Superior de Justicia de Áncash (2019). Expediente n.º 00329-2017. Primer Juzgado Civil de Huaraz. Huaraz: 28 de enero de 2019.
- Corte Superior de Justicia de Áncash (2020). Sentencia del Expediente n.º 01313-2019. Primer Juzgado Civil de Huaraz. Huaraz: 11 de junio de 2020.
- Corte Superior de Justicia de Arequipa (2018). Expediente n.º 05684-2016. 2.º Juzgado Civil. Sede Paucarpata. Arequipa: 5 de enero de 2018.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2019a). Sentencia del Expediente n.º 12707-2018. Lima: 26 de abril de 2019.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2019b). Sentencia del Expediente n.º 04014-2015. 36.º Juzgado Civil de Lima. Lima: 4 de junio de 2019.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2019c). Expediente n.º 11674-2018. 9.º Juzgado Civil de Lima. Lima: 25 de octubre de 2019.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2020). Sentencia del Expediente n.º 8097-2018. 3.º Juzgado Constitucional Transitorio de Lima. Lima: 30 de julio de 2020.
- Corte Superior de Justicia de Lima Este (2019). Sentencia del Expediente n.º 01432-2018. Lima: 27 de noviembre de 2019.
- Corte Superior de Justicia de Lima Este (2020). Expediente n.º 01569-2018. 2.º Juzgado Civil de la Molina y Cieneguilla. Lima: 27 de mayo de 2020.
- Corte Superior de Justicia del Santa (2019). Sentencia del Expediente n.º 01523-2017. 4.º Juzgado Civil. Del Santa: 24 de abril de 2019.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación n.º 1523-2017. Sala Civil Permanente. Lima: 13 de marzo de 2018.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. Secretaría Permanente (2018). 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.
- Defensoría del Pueblo (2016). *Informe Defensorial n.º 175. Derechos humanos de las personas LGBTI: necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. Defensoría del Pueblo.
- Fernández, C. (2006). Sexualidad y bioética. La problemática del transexualismo. *Foro Jurídico*, (5), 53-67.
- Manrique, K. (2019). Violencia contra las personas LGTBIQ+. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* (pp. 131-147). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/ Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Medina, G. (2001). *Uniones de hecho: homosexuales*. Rubinzal-Culzoni.
- Naciones Unidas. Asamblea General (2011). Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41.
- Siverino, P. (2010). El derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina. *Ius Et Veritas*, 20(41), 50-69.
- Siverino, P. (2019, 27 de junio). Derechos LGBTI: ¿por qué sigue siendo una deuda pendiente en el Perú? *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/somos/firmas/derechos-lgbti-sigue-siendo-deuda-pendiente-peru-noticia-649961-noticia/>

- Tello, J. (2019a). 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.
- Tello, J. (2019b). Discriminación, violencia y acceso a la justicia para las personas LGTBQI en el caso peruano. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras* (pp. 201-214). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Tribunal Constitucional (2016). Expediente n.º 06040-2015-PA/TC. Lima: 21 de octubre de 2016.
- Zelada, C. (2017). *Los estándares internacionales para el reconocimiento de las identidades trans*. DEMUS/Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.
- Zelada, C. (2020). *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: una propuesta de reforma para un problema de antaño*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 225-244

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.395

El populismo punitivo en los delitos de violación sexual en menores y su incidencia en la actividad jurisdiccional penal

The punitive populism in the crimes of sexual
violation of minors and its impact on criminal
jurisdictional activity



JOHN FRANCK HUERTA MOLINA
Corte Superior de Justicia de San Martín
(Moyobamba, Perú)

Contacto: jhuertamo@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-3062-0046>

RESUMEN

El populismo punitivo se caracteriza por la demanda popular del aumento de las penas y la inflexibilidad en el tratamiento normativo penal contra los procesados (eliminación de beneficios procesales y penitenciarios). Este populismo ha recaído de manera especial y palpable en el delito de violación sexual de menores.

El endurecimiento en el tratamiento legal y punitivo para el precitado delito es notorio, pues en el 2018 se extendió la cadena

perpetua. Aunado a ello, tenemos la prohibición de la aplicación de la simplificación procesal a través de la terminación o conclusión anticipada para los delitos contra la libertad sexual, lo cual degenera el proceso penal, dilatándolo, en cuantiosos casos, de manera innecesaria. Del mismo modo, el establecimiento de la pena tasada de la cadena perpetua elimina la discrecionalidad del juez para una aplicación proporcional y razonable.

Pero ello no ha bastado, la población exige penas más severas como la castración química y la pena de muerte. El legislador ha tomado dichas pretensiones y las ha plasmado, en reiteradas ocasiones, en proyectos de ley, incluso recientemente en marzo de 2020. Sin embargo, cabe preguntarnos si es que al acogerse constitucionalmente la pena de muerte para los delitos de violación sexual de menores, el juez tendrá la determinación de aplicarla, puesto que solo aplicar la pena de cadena perpetua requiere una motivación cualificada con el fallo unánime de un juzgado colegiado. Además de ello, ¿qué se necesitaría para aplicar la pena de muerte? Ciertamente, los efectos del populismo punitivo merman los principios del derecho penal, los derechos fundamentales, así como la actuación del juez en un Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: populismo punitivo; violación sexual en menores; cadena perpetua; actividad jurisdiccional; derechos fundamentales.

ABSTRACT

The punitive populism is characterized by the popular demand for increased penalties and inflexibility in the normative criminal treatment of the accused (elimination of procedural and penitentiary benefits). This populism has fallen especially and palpably on the crime of the sexual violation of minors.

The hardening of the legal and punitive treatment for the mentioned crime is notorious since in 2018 life imprisonment was extended. In addition, we have the prohibition of the application of procedural simplification through early termination or conclusion for crimes against sexual freedom, which degenerates the criminal process, delaying it, in many cases, unnecessarily. Likewise, the establishment of a life sentence eliminates the judge's discretion for a proportional and reasonable application.

But this has not been enough; the population demands harsher penalties such as chemical castration and the death penalty. The legislator has taken such demands and has repeatedly embodied them in bills, including most recently in March 2020. However, the question arises as to whether, if the death penalty is constitutionally accepted for the crimes of rape of minors, the judge will have the determination to apply it, since only applying the penalty of life imprisonment requires a qualified motivation with the unanimous decision of a collegiate court. Beyond that, what would it take to apply the death penalty? Certainly, the effects of punitive populism undermine the principles of criminal law, fundamental rights, as well as the performance of the judge in a constitutional rule of law.

Key words: punitive populism; sexual violation of minors; life imprisonment; jurisdictional activity; fundamental rights.

Recibido: 08/04/2021 Aceptado: 12/04/2021

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 30 de marzo de 2020, se presentó el Proyecto de Ley n.º 4961-2020-CR, rotulado: «Proyecto de reforma constitucional para la aplicación de la pena de muerte a violadores de menores de edad». Dicha propuesta punitiva no es una novedad en nuestro

ordenamiento jurídico, pues tal debate se remonta a la década de los 90. Pero cabe preguntarnos por qué no es un tema superado, si jurídicamente es inviable.

En ese contexto, el tema viene más allá de lo jurídico, tal vez tenga una respuesta política, pero siempre empujada por un contenido social. Es así que nace el populismo punitivo, que aparentemente trata de reivindicar la voz del pueblo.

El populismo punitivo es un fenómeno político y social negativo que recae sobre el derecho penal, resquebrajando con ello los principios sobre los cuales se construye. Este fenómeno, para justificarse, toma los fundamentos de ciertas teorías como el iusnaturalismo, el derecho penal del enemigo, el derecho simbólico, entre otros.

El populismo punitivo no se concretiza solo en la criminalización primaria, esto es, en la expedición de leyes, sino incluso en la criminalización secundaria: la aplicación de las leyes por parte de los operadores jurídicos.

En ese orden de ideas, se ha producido la problemática de la aplicación de penas por parte de los juzgadores, en particular con la de cadena perpetua en los delitos de violación sexual en menores. Ello en razón a que la pena tasada legalmente no deja margen a aplicar una menos gravosa, pues así surjan circunstancias atenuantes en la comisión del delito, sería ilegal la reducción punitiva.

Por lo que el presente artículo explicará la incidencia del populismo punitivo en la actividad jurisdiccional penal, demostrando así una de sus tantas consecuencias negativas en una sociedad que apela a la *vendetta* y que la disfraza con la aplicación del derecho penal.

2. POPULISMO PUNITIVO

Previamente a desarrollar el populismo punitivo, es necesario hacer referencia a la temática de la seguridad ciudadana y la política criminal, pues explicando estas se podrá entender el nacimiento y las teorías que recoge el populismo punitivo.

2.1. La seguridad ciudadana

La seguridad es un tema de preocupación principal tanto para el gobernado como para el gobernante; pero la obligación de brindar seguridad al ciudadano es un deber asumido por el Estado, ello por el contrato social existente y concretizado en la Constitución Política del Perú. Para hablar sobre el contrato social, debemos entender que este es un concepto estudiado y trabajado desde el nacimiento del Estado.

En ese entender, para Hobbes (1979):

El motivo y fin por el cual se establece esta renuncia y transferencia de derecho no es otro sino la seguridad de una persona humana, en su vida, y en los modos de conservar esta en forma que no sea gravosa. Por consiguiente, si un hombre, mediante palabras u otros signos, parece oponerse al fin que dichos signos manifiestan, no debe suponerse que así se lo proponía o que tal era su voluntad, sino que ignoraba cómo debían interpretarse tales palabras y acciones. La mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman CONTRATO (p. 109).

Lo que Hobbes planteaba hace cuatrocientos años era la existencia de un contrato social para la búsqueda de la paz entre los hombres (instinto de conservación y delectación), dado que se vivía en un estado natural de guerra permanente, el hombre era lobo del hombre, es decir, el enemigo del hombre era otro hombre. Es por ello que, ante la transferencia del monopolio de la fuerza del hombre al Estado, este tiene el deber de brindarle seguridad.

En ese contexto, el Estado, para brindar dicha seguridad, se plantea políticas criminales que buscan combatir el delito, sea de manera preventiva o producida. Sin embargo, cuando el Estado no puede afrontar de modo eficaz la problemática de la inseguridad ciudadana, surge la desazón de la población, los reclamos que se convierten en clamores y plantean, a su modo de ver, soluciones como la creación de nuevos delitos, el endurecimiento de las penas, la prohibición de beneficios procesales y penitenciarios.

Tal planteamiento de la población, al ser recogido por el Estado o propiamente por el gobernante de turno o los partidos políticos asentados en el parlamento, a consecuencia de la «presión social», es llamado populismo punitivo. Es así que el Estado, lejos de aplicar una política criminal fundamentada en la vigencia de los derechos fundamentales y políticas sociales, se concentra en la aplicación de políticas penales, olvidando el minimalismo del derecho penal, es decir, su intervención en *ultima ratio*.

2.2. Populismo punitivo

De lo explicado, se entiende que el populismo punitivo es un tipo de política criminal, en su vertiente menos justificada y facilista, que puede aplicar un Estado. El concepto de populismo punitivo ha sido desarrollado desde el siglo XX y ha evolucionado desde su primera insinuación.

Así, Bottoms (1995) alude a

la utilización del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales, tales como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas de delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad (p. 39).

Chevigny (2003, citado por Ampuero, 2018) señala que:

acuñó el término populismo punitivo al referirse a «las políticas que los gobiernos democráticos establecían con el fin de gobernar a partir del temor». El miedo al delito se convierte en un elemento muy importante en el marco de las campañas políticas, en las que se prefieren las promesas de mano dura frente al delito ante la incapacidad de atender las demandas sociales de la población, pues [...] «en épocas de escasez de servicios sociales, los políticos apelan al miedo a un enemigo interno, en este caso el miedo al delito y al delincuente» (p. 163).

Mientras que para Garland (2001):

Las medidas de política pública se construyen privilegiando la opinión pública y no la visión de los expertos y de las élites profesionales de la justicia penal. Los grupos profesionales que alguna vez dominaron la comunidad de aquellos que diseñan las políticas públicas han ido —cada vez más— perdiendo peso. Las políticas públicas son formuladas por comités de acción política y por asesores políticos, no por investigadores ni funcionarios públicos.

Las iniciativas se anuncian en escenarios políticos, es decir, en la convención o el congreso del partido político, en la entrevista televisada. Se las encapsula en frases pegadizas: «La cárcel funciona», «Tres strikes y estás afuera», «Verdad en la condena», «Cárceles sin comodidades», «Duro con el delito, duro con las causas del delito». Frecuentemente, estas iniciativas no se fundan en los resultados de la investigación científica y carecen de las proyecciones estadísticas y financieras que son habituales en otras áreas de política pública (p. 240).

De todo lo citado previamente, se puede entrever que el populismo tiene que ver con la forma de pensar o actuar de un ciudadano en un determinado tiempo y espacio; y agregándole el componente

punitivo o penal, podemos establecer que el populismo penal trata sobre lo que la gente piensa, opina y desea acerca del tema del delito, del transgresor y de la pena.

Ello trae a la colación otro tema importante: la democracia sobre la cual se fundamenta un Estado constitucional de derecho. Democracia en el sentido de la participación del ciudadano en la vida política del Estado y, por ende, en sus políticas, y más específicamente, en el tema de la política criminal. Ante ello cabe preguntarse si el ciudadano tendrá la capacidad para abordar dichos temas tan sensibles que afectan los derechos fundamentales de los procesados o sentenciados por algún delito.

Señalo que más allá del rédito político que se pueda obtener del populismo penal, lo que lo caracteriza principalmente es que el Estado adopta una política criminal basada en la expedición de leyes penales por el clamor o presión de los sectores sociales que se identifican como víctimas, generando con ello una política penal legislativa sin mayor sustento jurídico-social, y en consecuencia forjan una transgresión (permitida legalmente) a los derechos fundamentales de las personas sobre las cuales recaerían estas leyes.

Por ello, debemos recalcar que el populismo penal degenera el derecho penal, lo convierte en un instrumento politizado, involucionándolo al derecho penal retributivo, un derecho penal arcaico, un derecho penal que mira hacia el delincuente, ya no como un ciudadano sino como un enemigo, genera un costo social, económico y legal, pues al conceder más poder punitivo al Estado, le otorga la capacidad para limitar aún más los derechos fundamentales ya reconocidos en la carta magna.

3. EL POPULISMO PUNITIVO Y LAS TEORÍAS SOBRE LAS CUALES SE «SUSTENTA»

Si bien no se ha establecido formalmente que el fenómeno político-social del populismo punitivo tenga teorías que la sustenten y defiendan científicamente, podemos acotar que dicho fenómeno se nutre de diversas teorías que traerían una justificación racional mas no razonable.

3.1. La teoría del derecho penal del enemigo

Cabe partir de la idea usual que tiene el ciudadano respecto al delincuente, esto es, una persona que amenaza sus intereses y, por ende, debe tratársele como un enemigo. Esta idea ha sido trabajada en el derecho penal, por ello la existencia de diversas teorías, entre las que se encuentra la del derecho penal del enemigo.

Jakobs y Cancio Meliá (2003) refieren que:

El Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad (p. 43).

Esta dicotomía de derecho penal, al establecer la diferenciación entre ciudadano y enemigo, este último separado por no aceptar las reglas establecidas en una sociedad, genera un fundamento para las medidas legislativas que plantea el populismo punitivo.

En ese contexto, Téllez (2007) señala que:

El derecho penal del enemigo se alza en la actualidad como una posición doctrinal que legitima una mayor intervención cuantitativa y cualitativa del ius puniendi de los estados, y que viene a caracterizar al derecho penal por tres notas fundamentales. En

primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva y no retrospectiva, por lo que el punto de referencia es la posibilidad futura de la comisión de un hecho delictivo y no de un hecho ya cometido.

En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Y, en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas, cuando no simplemente suprimidas. El destinatario de este nuevo derecho penal no es el ciudadano, sino el enemigo, quien se caracteriza no por delinquir ocasionalmente sino por haber abandonado de forma duradera y permanente el derecho, sea a través de su comportamiento (delincuentes sexuales peligrosos) sea a través de su vinculación no pasajera a una organización delictiva (terrorismo, delincuencia organizada) o bien a través de su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada), es decir, en cualquier caso de manera presuntamente duradera ha abandonado el derecho, por consiguiente ya no garantiza un mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta, por lo que sale del derecho penal de los ciudadanos (Bürgerstrafrecht) para entrar en el derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht) (p. 170).

3.2. El populismo punitivo y la democracia

Por otro lado, tenemos que una política criminal basada en el populismo penal, aquella la justifica argumentando que sus ideas, posiciones, propuestas deben respetarse por tratarse de la voz del pueblo, y que debe tomarse en cuenta su participación por ser un país democrático.

Así, surge la discusión: ¿debe primar la opinión del ciudadano o del experto? Sozzo señala al respecto:

En los países en los que ha habido democracias liberales consolidadas, la toma de decisiones acerca de qué hacer en materia de control del delito, ha tenido como fuerte protagonista a los expertos que provienen del campo de la criminología en su proceso de institucionalización del campo del Derecho, de las Ciencias Sociales y que incluso a veces abarcan los operadores de la justicia penal (Gómez y Proaño, 2012, p. 118).

Un punto de convergencia entre el populismo y la democracia es la intervención de la población en la vida estatal del país. En efecto, el fenómeno político social y el régimen estatal se edifican sobre la participación ciudadana. Pero cabe preguntarnos también hasta qué punto es viable la participación ciudadana en la política criminal de un Estado.

Debe tenerse en cuenta que existen temas donde la participación ciudadana para «proponer» leyes es nula, véase el artículo 32 de la Constitución Política del Perú, donde se prohíbe que mediante referéndum se puedan suprimir o disminuir derechos fundamentales, normas tributarias, normas presupuestales y tratados internacionales vigentes.

En ese entender, existen temas de Estado en los cuales la ciudadanía no interviene, pues son propios de expertos. Entonces, ¿es posible que la ciudadanía pueda participar en temas de política criminal? *Prima facie*, la respuesta es afirmativa, puesto que ello implica una democracia participativa, pero luego se puede advertir que la voz del pueblo arguye con el ánimo de la venganza, con el ánimo del castigo al delincuente sin más respeto a sus derechos fundamentales. Todo ello es aprovechado por el político para encontrar legitimidad en la labor que le ha sido encomendada en el legislativo, y sin mayor sustento social y antropológico, proponen leyes que endurecen las penas sin advertir sus consecuencias.

4. EL POPULISMO PUNITIVO Y LA LABOR JURIDICCIONAL

El populismo punitivo en los delitos de violación sexual en menores no es una conjetura, ello se puede advertir con las leyes emitidas que han endurecido penas, disminución de beneficios procesales y beneficios penitenciarios.

A continuación, se mencionan las leyes que se expidieron con la finalidad de «prevenir» los delitos contra la libertad sexual. En dicha «evolución» normativa, se puede advertir, a simple vista, que ha existido un endurecimiento de las penas.

El artículo 173 del Código Penal, que tipificaba el delito de violación en menores establecía:

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será **no menor de quince años**.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será **no menor de ocho años**.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será **no menor cinco años**.

Las siguientes leyes modifican el artículo 173 del Código Penal y aumentan las penas de la siguiente manera:

- La Ley n.º 26293, publicada el 14 de febrero de 1994:
 1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de 20 años ni mayor de 25 años.
 2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de 15 ni mayor de 20 años.
 3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de 10 ni mayor de 15 años.

- El artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 896, publicado el 24 de mayo de 1998:
 1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
 2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
 3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

- El artículo 1 de la Ley n.º 27507, publicada el 13 de julio de 2001:
 1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
 2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
 3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

- El artículo 1 de la Ley n.º 28704, publicada el 5 de abril de 2006:
 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

- Finalmente, el artículo 1 de la Ley n.º 30838, publicada el 4 de agosto de 2018, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua.

La misma ley establece en el artículo 3: Modificación del Código de Ejecución Penal, que se modifiquen los artículos 46 y 50 del Código de Ejecución Penal, en los términos siguientes:

Artículo 46.- Imprudencia y casos especiales de redención de pena por trabajo o estudio

No es procedente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o la educación para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Tampoco es procedente para los internos sentenciados por los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Artículo 50.- Imprudencia y casos especiales de los beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional

No son procedentes los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 189, 200, 279-A, 297, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, así como los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Artículo 5. Imprudencia de la terminación anticipada y conclusión anticipada

No procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Pero estas severas medidas no le han bastado a la ciudadanía, sino exigen la máxima pena que si bien aún se mantiene en la Constitución Política de 1993, en la actualidad ni siquiera ha sido aplicada para los delitos de traición a la patria en tiempos de guerra o de terrorismo.

Lo que nos hace reflexionar es que la medida se debe a un contexto en el cual los ciudadanos piensan que los vejámenes sexuales en agravio de menores han ido en aumento. Ante ello el legislador toma dicha desazón popular y la convierte en un instrumento de rédito político, endureciendo penas mediante leyes, pero el populismo no acaba ahí, sino incluso es un fenómeno que genera una involución en la discrecionalidad de los magistrados al momento de expedir sus resoluciones judiciales.

Tal y como se ha señalado, el endurecimiento legislativo en los delitos contra la libertad sexual, empujado por el populismo punitivo, estableció la cadena perpetua para los violadores de menores de 14 años, también eliminó los mecanismos de simplificación procesal como la terminación y conclusión anticipada, además de los beneficios penitenciarios. Todo ello ha generado consecuencias negativas para los sujetos procesales en el proceso penal.

a) La cadena perpetua es una pena tasada sin lugar a una reducción punitiva, elimina la discrecionalidad de los juzgadores al momento de la determinación judicial de la pena. Si bien se pueden mencionar algunas causas de disminución como la tentativa, la responsabilidad restringida, causas de atenuación reguladas en el artículo 20 del Código Penal, estas son excepcionales o mejor dicho es casuístico, pero la excepción no hace la regla.

El proceso de la determinación de la pena en la sentencia penal es un proceso cognitivo, valorativo, para imponer una pena que tenga correspondencia con las formas y circunstancias de la comisión del hecho delictivo, su negación es la negación del juez

en un Estado constitucional de derecho, y eso es lo que provoca la pena tasada de la cadena perpetua, lo mecaniza y lo involuciona nuevamente a ser boca de la ley.

- b) Otra problemática que ha causado el populismo punitivo en la actividad jurisdiccional es la eliminación de los mecanismos de simplificación procesal para los delitos de violación sexual.

La aceptación de los cargos en la etapa intermedia o de juzgamiento del proceso penal ya no es un mecanismo de simplificación procesal para el delito de violación sexual en menores, dicha prohibición ha generado un «estiramiento» innecesario del proceso penal.

Antes de la prohibición de los beneficios procesales para los delitos contra la libertad sexual, el imputado en la etapa intermedia podía concluir el proceso penal mediante una terminación anticipada. Sin embargo, con la legislación vigente, el acusado, al no poder acordar una terminación anticipada, es obligado a la continuación del proceso, debe entrar a la etapa intermedia, para que así se emita la resolución que contiene el auto de enjuiciamiento y remitirlo al juzgado penal colegiado.

En la etapa de juzgamiento, nuevamente, a pesar de que el acusado deseará finiquitar el proceso penal mediante la conclusión anticipada, ello ya no es posible, lo que exige la continuación de la actividad procesal, es decir, la actuación probatoria y los alegatos finales.

- c) Todo lo descrito genera un entorpecimiento en la actividad jurisdiccional penal (sin dejar de pensar en lo desproporcional de la pena para el acusado), en tanto como ya no es posible utilizar los mecanismos de simplificación procesal, las defensas técnicas de los acusados cambian su estrategia de defensa al punto de solicitar absoluciones, y sí, ello es racional, puesto que el abogado

defensor y su patrocinado se preguntan ¿para qué aceptar los cargos de la acusación fiscal si no conseguiré ningún beneficio de disminución de la pena?

En general, la prohibición de los mecanismos de simplificación procesal (terminación y conclusión anticipada) y, por ende, la continuación del proceso penal, genera una dilatación innecesaria del proceso, incluso afectando el derecho de plazo razonable del acusado para ser procesado.

Si bien la prohibición para acceder a beneficios penitenciarios no es un problema jurisdiccional propiamente dicho, puesto que la improcedencia no ha sido exclusiva para el delito de violación sexual en menores, sino el catálogo de delitos «prohibidos» se amplía constantemente. Pero sí se puede señalar que dichas prohibiciones generan una mirada desesperanzadora en el sentenciado, ello porque no podrá acceder a ningún beneficio penitenciario, rechazando, en la mayoría de casos, el tratamiento individual y grupal que se recibe en los establecimientos penitenciarios, dejando de lado el objetivo principal de la ejecución de la pena, esto es, la reeducación, la rehabilitación y su reincorporación a la sociedad.

5. REFLEXIONES FINALES

- El populismo punitivo es un fenómeno político social negativo para el derecho penal garantista (en lo que respecta a los derechos fundamentales), pues aquel lo degenera al punto de utilizarlo como un medio para lograr un fin social ilusorio como es la seguridad ciudadana.
- Una política criminal basada en el populismo punitivo no solo deja entrever las falencias de los políticos y de las políticas del Estado, pues el endurecimiento de las penas, sin previos estudios

socioantropológicos, no contribuye a la reducción del crimen; por el contrario, el endurecimiento de las penas lo que hace es tratar al delincuente como un enemigo, al punto de condenarlo a la muerte en la cárcel. Tal es el caso en el delito de violación en menores, donde se ha establecido la cadena perpetua y si bien es revisable a los treinta y cinco años, ocurre que se tienen prohibidos los beneficios penitenciarios, es decir, muerte en vida.

- Entendemos que la disuasión que pretende el populismo punitivo mediante el endurecimiento de las penas en el delito de violación sexual en menores resulta hasta cierto punto racional, pero sus consecuencias no son razonables, al punto de entorpecer la labor jurisdiccional penal, generando una dilatación innecesaria y, en muchos casos, afectando el derecho a un plazo razonable para ser juzgado y gastos innecesarios en algunas ocasiones para el mismo imputado (abogados de libre elección) o para el Estado (defensores públicos).
- En ese mismo sentido, el populismo punitivo, al haber generado la pena tasada de la cadena perpetua en los delitos de violación sexual en menores, ocasiona que la determinación legal de la pena sea la única a aplicarse, dejando de lado la determinación judicial de la pena regulada en los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, en la cual el juzgador podía discrecionalmente aplicar una pena proporcional y razonable; sin embargo, ello no ocurre más.
- El populismo punitivo, que ha propuesto leyes draconianas y luego han sido aprobadas en nuestro ordenamiento jurídico penal, hace que una vez más el juez se convierta en boca de la ley, relegando con ello su labor en el Estado constitucional y convencional de derecho, esto es, la búsqueda de la prevalencia de los derechos fundamentales a través de sus resoluciones judiciales debidamente motivadas en el seno de la sana crítica y la justicia.

REFERENCIAS

- Ampuero, G. (2018). Impacto del populismo en la incidencia de los delitos de primera velocidad en el distrito fiscal de Arequipa. Sede central 2009-2015 [Tesis de doctorado, Universidad Católica Santa María]. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/8116/9B.0401.DR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bottoms, A. (1995). Philosophy and politics of punishment and sentencing. In Clarkson, C. and Morgan, R. (eds.), *The Politics of Sentencing Reform* (pp. 17-49). Clarendon Press.
- Congreso de la República (1994). Ley n.º 26293. Lima: 14 de febrero de 1994.
- Congreso de la República (2001). Ley n.º 27507. Lima: 12 de julio de 2001. https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/proc_ley_27507.pdf
- Congreso de la República (2006). Ley n.º 28704. Lima: 3 de abril de 2006. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28704.pdf>
- Congreso de la República (2018). Ley n.º 30838. Lima: 3 de agosto de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-y-el-codigo-de-ejecucion-pe-ley-n-30838-1677448-1/#:~:text=El%20que%20tiene%20acceso%20carnal%20por%20v%C3%ADa%20vaginal%2C%20anal%20o,con%20pena%20de%20cadena%20perpetua.>
- Garland, D. (2001). *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Oxford University Press.
- Gómez, A. y Proaño, F. (2012). Entrevista a Máximo Sozzo: «¿Qué es el populismo penal?». *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (11), 117-122. <https://www.redalyc.org/pdf/5526/552656551011.pdf>

- Hobbes, T. (1979). *Leviatán* (trad. Antonio Escotado). Nacional.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Thomsom-Civitas.
- Téllez, A. (2007). La pena de muerte en el marco del punitivismo contemporáneo. En Hurtado Pozo, J. (dir.), *Pena de muerte y política criminal. Anuario de Derecho Penal* (pp. 153-176). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2007_14.pdf



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 245-265

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.396

¿Defensa de la Constitución o de la constitucionalidad?

Defense of the Constitution or of constitutionality?



JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: jpalominom@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

DANTE PAIVA GOYBURU
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: dante.paiva@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

RESUMEN

El presente trabajo se centra en el análisis del artículo 38 de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece como un deber de todo peruano honrar al Perú, proteger los intereses nacionales, así como el respeto, el cumplimiento y la defensa de la Constitución y el ordenamiento jurídico del país. Se advierte que este último requiere precisión en torno a las instituciones que se protegen, debiendo distinguirse entre la Constitución, como norma de normas, y la constitucionalidad, que representa el principio

esencial bajo el cual se construyen las democracias modernas. De esta forma, se repasan los mecanismos establecidos para la defensa de la jerarquía normativa de la Constitución, así como la necesidad de forjar una comprometida cultura, patriotismo y un sentimiento constitucional.

Palabras clave: Constitución; sistema democrático; deberes del ciudadano.

ABSTRACT

This paper focuses on the analysis of article 38 of the Political Constitution of Peru of 1993, which establishes as a duty of all Peruvians to honor Peru, protect national interests, as well as to respect, comply with and defend the Constitution and the country's legal system. It should be emphasized that the latter requires precision as to the institutions it protects, distinguishing between the Constitution, as a rule of rules, and constitutionality, which represents the essential principle under which modern democracies are built. In this manner, the mechanisms established for the defense of the normative hierarchy of the Constitution are reviewed, as well as the need to forge a committed culture, patriotism, and constitutional sentiment.

Key words: Constitution; democratic system; duties of the citizen.

Recibido: **31/05/2021** Aceptado: **08/06/2021**

1. INTRODUCCIÓN

El bicentenario de la independencia peruana es la oportunidad propicia para reflexionar y formular propuestas que coadyuven a la solución de los problemas que aún se presentan en nuestra realidad. La informalidad, la falta de integración como nación y la

excesiva indiferencia sobre los asuntos públicos, por mencionar algunos, son flagelos que nos siguen costando la posibilidad de constituirnos plenamente como un Estado con miras al desarrollo y el progreso. En la actualidad incluso más con la pandemia de la COVID-19.

Gran parte de la vida política del país ha sido azarosa. Si bien en el siglo XXI hemos tenido la continuidad de varios gobiernos, conforme a las reglas previstas en la Constitución (sea por sufragio activo o pasivo, o relevo ante vacancias), lo que no se veía desde la República Aristocrática, la sensación de crisis e inestabilidad es una constante, mellando la confianza de la ciudadanía hacia el Gobierno y debilitando la aún endeble democracia. El ánimo ciudadano se puede percibir en el respaldo que tienen partidos políticos sin programa, improvisados o «antisistema», así como en las periódicas protestas que se realizan no solo en las calles, sino también en las redes sociales, que hoy toman un mayor espacio por los niveles de alcance y contacto con los ciudadanos.

¿Qué hacer frente a este descontento? Problemas estructurales como la falta de empleo, la inseguridad ciudadana y la delincuencia, la corrupción, la deficiencia en la prestación de servicios de salud, educación y otros de carácter público, fomentan los reclamos de la población y deben ser atendidos con prioridad y efectividad por parte de las autoridades. No obstante, advertimos que un aspecto se ha descuidado. Se trata de la educación cívica, la adecuada instrucción para que los ciudadanos, desde la escuela, conozcan sus derechos y deberes, así como las competencias y funciones del Gobierno y los deberes que emanan del Estado hacia su población. Los cambios de paradigma en la era digital exigen que la educación sea a tenor del autoaprendizaje.

Una adecuada enseñanza acerca de las instituciones jurídicas elementales, así como el civismo, debe ser una vocación permanente por parte del sistema educativo, apoyándose en la acción

civil organizada para poder llegar a los mayores espacios posibles. No hay futuro para la patria ni la defensa de los intereses del país sin una nación debidamente educada, que sepa defender a la patria y participar responsablemente en la vida política del país.

Lo expuesto se asocia con lo previsto en el artículo 38 de la Constitución Política del Perú, que establece que «todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación» (Congreso Constituyente Democrático, 1993). Sobre esto último, advertimos que se necesita una precisión terminológica acerca de las instituciones que comprende, a efectos de poder instruir adecuadamente a la nación sobre el correcto cumplimiento de este deber.

2. ENTRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN

A la luz de la normatividad constitucional de 1993, el artículo referido emplaza al respeto, el cumplimiento y la defensa de la Constitución. En este sentido, se establecen de manera textual los alcances del deber de todos los peruanos hacia la norma fundamental. No obstante, consideramos pertinente hacer una atinencia en torno al alcance y sentido de dicho artículo, por cuanto propugnamos que debe tutelarse y garantizarse la constitucionalidad del sistema jurídico y que los ciudadanos deben velar por esta.

A partir de lo anterior resulta oportuno distinguir la diferencia entre constitucionalidad y Constitución. La primera hace referencia a la condición de vivir conforme a los mandatos y el pacto político que representa la norma suprema, lo cual involucra los fines de la sociedad y el Estado, la organización y estructura de este, así como el respeto a los derechos fundamentales, y también supone que aquellas sociedades que no cuentan con la norma escrita pueden asociarse con el sentido material de Constitución. En el caso de la

segunda, tomando la perspectiva de la Constitución en el sentido formal, esta hace referencia al contenido o texto de la norma jurídica cuya aplicación se realiza de acuerdo con sus disposiciones textuales o interpretativas.

Ahora bien, el respeto, la defensa y el cumplimiento de la Constitución a los que hace referencia el artículo 38 deberían entenderse como una invocación a la protección y observancia del Estado constitucional, es decir, la actuación en el marco del principio de constitucionalidad, procurando que las acciones de gobernantes y gobernados se sustenten en los valores que encarna la norma fundamental. Esto implica que las medidas políticas y la acción civil no deben atentar contra el marco establecido, y que debe guardarse la debida observancia de los mandatos constitucionales. Asimismo, para una garantía jurisdiccional de la norma fundamental, teniendo en cuenta la categoría desarrollada por Hans Kelsen, contamos con procesos de control normativo, tales como el proceso de inconstitucionalidad y el proceso de acción popular, los cuales son competencia del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, respectivamente.

3. LOS MECANISMOS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA

Conforme planteamos, no debe confundirse la defensa de la constitucionalidad del sistema jurídico, que debe afirmarse mediante el deber previsto en el artículo 38 de la Constitución, con la defensa de la norma suprema, la cual tiene mecanismos específicos para su tutela, como vienen a ser, por ejemplo, los procesos constitucionales.

En su noción general, los procesos constitucionales, que suman siete, conforme a lo señalado en el Código Procesal Constitucional de 2004, se clasifican en procesos de tutela de derechos (*habeas*

corpus, habeas data, amparo y cumplimiento), procesos de control normativo (acción popular y de inconstitucionalidad) y el proceso de conflicto de competencias (competencial). Indudablemente, en el caso de los procesos de control normativo, la razón principal es la protección jurídica de la primacía de la Constitución respecto de las leyes o normas con rango de ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 51 de la norma fundamental, para el caso del proceso de inconstitucionalidad. Mientras que la primacía de la Constitución y la ley respecto del resto de normas de rango inferior a ley puede tutelarse mediante el proceso de acción popular.

De esta suerte, todo estudio en torno al proceso de inconstitucionalidad debe llevarnos, necesariamente, a revisar «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», célebre estudio de Hans Kelsen (2017), en el cual refirió, acerca del control de constitucionalidad, lo siguiente:

El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional— (p. 72).

En torno a la propuesta de Kelsen, el maestro Domingo García Belaúnde considera:

En realidad, lo que sostiene Kelsen en su sugestiva ponencia es, aparte de detalles que son de indudable atractivo, dos aspectos básicos: lo primero es que la Constitución tiene un valor jurídico y no político. Y lo segundo es, que siendo jurídica la Constitución,

hay que tener presente la posibilidad de que ella sea alterada o desconocida por los operadores o destinatarios del poder, y en consecuencia tiene que existir un órgano *ad hoc* que sea el vigilante de la Constitución y el que sancione las infracciones que atenten contra ella (Kelsen, 2017, p. 237).

Ahora bien, un concepto que podemos dar en torno a este proceso, sobre la base de lo dispuesto en la Constitución y el Código Procesal Constitucional, es que se trata de una garantía constitucional mediante la cual se ejerce un control normativo de carácter concentrado, que tiene por objeto defender la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa por parte de normas que tienen rango de ley.

4. PATRIOTISMO, CULTURA Y SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL

En lo tocante a este segmento, debemos precisar algunos conceptos. En efecto, las categorías que presentamos en esta parte se relacionan con el deber de defensa de la constitucionalidad, sobre el cual venimos abogando, y es que, como podrá apreciarse, el patriotismo, la cultura y el sentimiento constitucional resultan elementos esenciales para garantizar la viabilidad del Estado constitucional, toda vez que inciden en la formación de los ciudadanos y su responsabilidad en la sostenibilidad de un grupo humano organizado, jurídica y políticamente subsistente. La derivación lógica de lo anterior supone el imperio de la ley, que estableció una nueva forma de organización política con el propósito de lograr una sociedad más ordenada y segura. Naturalmente, y como es propio de todo fenómeno, se atraviesan distintas etapas, sobre todo por la reacción de la masa que, al no entender los cambios, y ante el temor por estos, mira con desconfianza lo nuevo. Ese paradigma, que no ha estado exento de cuestionamientos y alternativas, predomina aún en el mundo occidental del primer tercio del siglo XXI.

De esta forma, el Estado de derecho ha procurado consolidarse como el sistema que rompe con la arbitrariedad del Antiguo Régimen, y también ha tenido que perfeccionarse para asegurar un propósito mayor, nada sencillo, pero indispensable para todo Estado constitucional: la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, aspecto sobre el cual la evolución de los derechos humanos, y su incorporación en los distintos sistemas jurídicos del mundo (control de convencionalidad), juega un trascendental papel.

Ahora bien, la garantía sobre los derechos, su fomento y su protección implican un esfuerzo constante por parte del Gobierno. Esta visión general la concebimos a partir de lo sancionado en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (ratificada el 12 de junio de 1776), que prescribe lo siguiente:

III. Que el gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad: que de todas las formas y modos de gobierno, es el mejor, el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y el que está más eficazmente asegurado contra el peligro de un mal Gobierno; y que cuando un Gobierno resulte inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público.

Tal como puede apreciarse, el propósito irrenunciable que debe guiar a todo gobierno es la búsqueda del bienestar de su nación, asegurando su pleno desarrollo en libertad, garantizando una adecuada convivencia e inyectando prácticas globales para la educación mediante las políticas públicas. Un descuido sobre esta meta a seguir no hace más que devaluar al gobierno y defraudar la confianza en el sistema democrático, más todavía cuando trasunta en los servicios que son sinónimo de cultura.

Aun así, resulta pertinente considerar que no todos los ciudadanos o integrantes de la nación acatan plena y automáticamente las decisiones del gobierno, y tampoco tendrían por qué hacerlo así de sencillo. El libre albedrío busca prevalecer frente a todo aquello que se considere un obstáculo. Sin embargo, se debe advertir que la cuarentena y la aparición del coronavirus plantean una revisión total del servicio educativo mediante soportes tecnológicos. Y la cultura, *in genere*, no puede perjudicarse.

Así, urge sustentar el poder. Al romper con el paradigma anterior, del uso de la fuerza y el miedo a preservar un gobierno a partir del temor de los súbditos, los Estados constitucionales tienen la obligación de consolidarse a partir de la creencia y los valores infundidos en la población, mediante la enseñanza y el ejemplo, de que los actos que desarrolla el gobierno buscan asegurar el crecimiento y el bienestar de la gente. En tal sentido, Maurice Duverger (1970) sostiene que:

La definición de la legitimidad del poder [político] reposa en un sistema de valores. Los sistemas de valores sirven para justificar las reglas de conducta propuesta como modelos a los miembros de la sociedad. En la medida en que los individuos creen en el sistema de valores de la sociedad en que viven, obedecen sus reglas porque las consideran buenas. El sentimiento de deber moral es así la otra base de la obediencia de las reglas (p. 34).

A partir de lo señalado, en la cotidianidad política de las últimas décadas se han forjado categorías asociadas a reforzar la cuestión axiológica sobre el Estado constitucional, con el fin de instruir a la sociedad, principalmente a la masa, sobre las ventajas y los beneficios que surgen de un orden institucionalizado, y los mecanismos para asegurar su sostenimiento, entre los que podemos destacar el «patriotismo constitucional», la «cultura constitucional» y el «sentimiento constitucional».

En relación con el «patriotismo constitucional», cabe recordar que su origen se ubica en 1970, propiamente el *Verfassungspatriotismus*, expuesto por el politólogo germano Dolf Sternberger, recogido y difundido luego por Jürgen Habermas, con una visión integradora del pueblo en los valores que expresa la ley fundamental.

A su vez, sobre este concepto, Gregorio Peces-Barba (2003) ha referido lo siguiente:

La cultura constitucional y la idea de la constitución como vida conducen a la idea de patriotismo constitucional, que supone un añadido, una adhesión mayor que la simple aceptación de los valores y de las reglas de juego constitucionales y que la misma idea de lealtad a la Constitución. Constituye a esos valores y a esas reglas en la razón de ser de la convivencia, que se vive y se interioriza por los participantes en el sistema. Es la razón central del pacto social, la razón central por la cual se integran en ese pacto los ciudadanos y por la cual convierten a la constitución en el referente de la vida en común (p. 40).

En el concepto de patriotismo constitucional se encuentra la tradición republicana, desde Roma, con Cicerón y su idea de la libertad dependiente de la Ley, hasta Rousseau y Kant pasando por Maquiavelo, los humanistas del Renacimiento, Montesquieu o Voltaire que es también la de Habermas (p. 50).

Por su parte, Carlos Ruiz Miguel (2004) sostiene, acerca de esta categoría:

el «patriotismo constitucional» y la «defensa de la Constitución» se hallan estrechamente ligados. Solo el primero puede hacer efectiva la segunda. Mientras el primero *previene* los ataques a la Constitución, la segunda los *reprime*. Ahora bien, la mera represión de los ataques a la Constitución no resulta suficiente cuando las causas de la desestabilización siguen existiendo (p. 91).

Respecto de la «cultura constitucional», uno de sus principales difusores es Peter Häberle (2002), quien ha señalado sobre esta categoría lo siguiente:

La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón de ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias «culturales» transmitidas (p. 194).

Considerando una posición similar, pero desde el constitucionalismo iberoamericano, Néstor Pedro Sagüés (2010) reflexiona conforme se expone a continuación:

Una constitución sin una base cultural constitucional mínima a) en sus autores, b) en sus operadores fundamentales y c) en el pueblo al que va destinada es una constitución destinada al fracaso. En rigor de verdad, esa dosis de cultura constitucional, más que un adorno del sistema, es un presupuesto de su funcionalidad. Tal cultura constitucional requiere que la constitución cumpla con una cuota indispensable de buena técnica, razonabilidad y consenso. Por ello, no es acertado que sea utópica, copista ni elefantiásica (p. 106).

Mientras que, en una fecha más reciente, Lucio Pegoraro (2019) ha afirmado:

«Cultura constitucional» es la cultura jurídica que acepta, vive, venera la superioridad de la constitución, pero no cualquier constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco) y sobre todo los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el

Estado, el propio Estado de Derecho, confiando en un poder —el judicial y de control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores—, para imponer un «núcleo ético esencial» que orienta esos valores, los limita y a veces incluso los anula (pp. 22-23).

En relación con el sentimiento constitucional, advertimos que el germen de esta categoría se encuentra en la obra de Karl Loewenstein (1982), quien en su *Teoría de la Constitución* le dedica un acápite, donde resalta que

con la expresión «sentimiento constitucional» (*Verfassungsgefühl*) se toca uno de los fenómenos psicológicos sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonistas y tensiones existentes políticos-partidistas, económicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. [...] la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidad y la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la constitución ha salido airosa también en épocas de necesidad nacional. El sentimiento constitucional no puede ser explicado exclusivamente por la longevidad de una constitución (p. 200).

El alcance de esta categoría ha sido relevante (García, 2010, pp. 549-550). A lo propuesto por Loewenstein se han sumado las contribuciones de Pablo Lucas Verdú, Javier Tajadura Tejada, Gerardo Eto Cruz, entre otros. Al respecto, este último sostiene que

a la larga, el sentimiento constitucional va a constituirse en un modo de integración política dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho; y ello permitirá que, en los momentos de mayor crisis institucional, una cultura constitucional de adhesión genere

la estabilidad de todo el sistema político. Sin embargo, esta adhesión no se da gratuitamente, sino que va indefectiblemente ligada a las conductas reales y concretas de los detentadores del poder; a su lealtad a los valores constitucionales y a los contenidos esenciales de lo que tradicionalmente podemos identificar como los contenidos esenciales del respeto a los derechos fundamentales de las personas, tanto como el respeto de la parte orgánica de la Constitución (Eto, 2008, p. 375).

De esta forma se menciona al sentimiento constitucional como un aspecto esencial para asegurar la consolidación y el mantenimiento del sistema vigente, esto es, la democracia y la forma republicana de gobierno, sin perjuicio de las mejoras necesarias que corresponda implementarse. Así, Ernesto Blume (2019) ha referido que

en armonía con las tareas jurisdiccionales y de docencia constitucional que nos corresponden, inspiradas en la idea de difundir lo constitucional en aras de sembrar y forjar un verdadero sentimiento constitucional, que garantice una conciencia firme y segura en el pueblo del significado, el valor y la importancia de nuestra Constitución y del sistema constitucional peruano, así como del rol del Tribunal Constitucional (p. 6).

Debe considerarse, también, que al ser el sentimiento una categoría propia del ánimo, individual o colectivo, su explicación implica aspectos éticos y espirituales que resultan algo complejos de definir en su estructuración, así como la forma de fomentarlo dentro de la población.

5. LA VISIÓN DEL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ BICENTENARIO

Hace poco más de un siglo, Víctor Andrés Belaúnde (1994) sentenciaba lo siguiente respecto de nuestra realidad como sociedad:

Necesitamos robustecer el sentimiento nacional, esto que se llama el alma nacional, y que solo formará la universidad el día que estudie nuestra geografía y nuestra historia política y económica, más seriamente y por medio de las disciplinas especiales. Nuestro sentimiento nacional es débil, porque no queremos la tierra, ni tenemos culto a los muertos. Marchamos distraídos y solos. Somos desarraigados (p. 164).

El reclamo de Belaúnde sobre el espíritu nacional fue un quehacer permanente en toda su obra. Estudiando detalladamente los orígenes y las posibilidades de la patria, se entiende que esta no alcanzaría sus propósitos si no desarrollaba un auténtico amor por el Perú, para lo cual se necesitaba el impostergable esfuerzo de la universidad, así como de la educación en general, lo que permitiría mejorar la autoestima y la identificación con nuestra tierra. Precisamente, años más tarde nos diría:

En síntesis: la educación patriótica y cívica no solo debe comprender una lista de deberes y una serie de actos que las completen sino la visión amorosa y profunda de la realidad nacional, el señalamiento de las esencias y de las categorías peruanistas que den a la juventud la clara visión de la Patria y de sus gloriosos destinos (Belaúnde, 1983, p. 448).

Su visión incidía sobre el sentimiento nacional en general, analizando una situación que, al siglo XXI, parece no haber variado mucho, teniendo en cuenta, además, que la tan anhelada educación patriótica hoy está por otra vertiente, donde el curso de Educación Cívica prácticamente ha desaparecido y la informalidad predomina en muchos niveles y relaciones.

Ante este panorama, en el que la conciencia nacional se encuentra a medio hacer y el excesivo culto al individualismo ha frustrado el desarrollo de un alma nacional, es evidente que no existe un suelo fértil para que el sentimiento hacia nuestras instituciones

cale con profundas y sólidas raíces y, más bien, se repulse el orden normativo y los propósitos nacionales que corresponde asegurar mediante el sistema jurídico y el trabajo de las autoridades. Sobre este punto, Víctor García Toma (2010) ha referido lo siguiente:

El constitucionalismo peruano como promesa nacional —tomando la feliz expresión de Jorge Basadre— jamás afrontó los problemas de la segmentada y jerarquizada sociedad nacional, ni atacó programáticamente la distribución desigual de la riqueza. La retórica constituyente vació de contenido los principios y valores de la democracia (p. 556).

Sobre ello, consideramos que el constitucionalismo peruano ha tenido importantes avances y un desarrollo consistente en lo que corresponde al cultivo de la ciencia constitucional, llegando a posicionarse en un expectante lugar dentro del ámbito académico de Iberoamérica (Paiva, 2020). Sin embargo, en lo que concierne al respeto del Estado constitucional, este se ha visto amenazado y vulnerado por la acción de nefastos personajes en la política, quienes se abren paso ante una sociedad en la que los valores constitucionales tienen exigua enseñanza hacia la población, en la que los hogares y las escuelas no llegan a cumplir su rol esencial en este extremo.

Aun con los continuos quebrantamientos al orden institucional que han ocurrido en nuestro país, cabe señalar que, en ocasiones excepcionales, el sentimiento se ha manifestado súbitamente. Así, Valentín Paniagua, al momento de asumir la presidencia de la República el 22 de noviembre de 2000, sostuvo que «por extraño que parezca, son sentimientos nacidos de una profunda convicción nacional: la necesidad de exaltar, afirmar y consolidar la Constitución como norma de vida y de convivencia diaria» (2000, p. 1).

Consideramos clave para el adecuado desarrollo de una sociedad que todos los miembros de la nación cumplan con su deber.

Destacamos al respecto que, con el corto período que tenía el gobierno de transición a su cargo, el recordado expresidente Valentín Paniagua adoptó acciones para mejorar la calidad de la Constitución vigente, sumamente venida a menos por el actuar del gobierno que impulsó su establecimiento en 1993, y para ello convocó una Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional, integrada por personalidades comprometidas con ese noble propósito. El día en que este grupo presentó su informe, Valentín Paniagua (2001) esbozó algunas razones sobre el errante devenir de nuestra evolución política:

Ahí está, aun incumplida, la promesa republicana que puede y debe traducirse en un Estado de Derecho equilibrado, dinámico y comprometido con los valores inherentes a la dignidad de la persona humana. Es inaplazable, a las alturas del tercer milenio, la creación de igualdad de oportunidades económicas y sociales, para todos, a fin de enfrentar los desafíos de la sociedad y de la revolución del conocimiento. Está, en suma, el reclamo de democracia y paz para una sociedad ansiosa de reconciliarse consigo misma y con su irrenunciable destino histórico de libertad y de justicia (p. 11).

6. REFLEXIONES FINALES

A modo de visión panorámica, presentamos las siguientes conclusiones: el nuevo milenio representó una oportunidad para superar esas tendencias hacia la autocracia, que fueron continuas en gran parte de nuestra vida republicana. Sin embargo, con los años, los procesos seguidos contra todos los expresidentes involucrados en serias denuncias por casos de corrupción y enriquecimiento indebido, por mencionar solo algunos cargos, que llevaron incluso a que se dicten medidas de prisión, fueron una afrenta ante el país porque se valieron del cargo confiado para quebrantar la ley.

Frente a ello, el sentimiento constitucional —es justo decirlo— se ve inevitablemente mermado porque la esencial confianza que deben tener los ciudadanos hacia las instituciones no se ve correspondida con un trabajo honesto que tenga como prioridad el desarrollo del país, el cual se basa en el bienestar y la conducción sensata de la nación. Así, ese sentimiento queda como una de las tantas promesas pendientes en el país, que se ha visto frustrada de emerger ante tanta decepción y mediocridad.

En este sentido, sobre el valor de nuestras propias vivencias y la lección que estas nos dejan, es propicio invocar las clásicas palabras de Ortega y Gasset (1941):

Porque no puede aclararse el ayer sin el anteayer, y así sucesivamente. La historia es un sistema —el sistema de las experiencias humanas, que forman una cadena inexorable y única—. De aquí que nada pueda estar verdaderamente claro en historia mientras no está toda ella clara (p. 67).

Todo esto confirma que patriotismo, cultura y sentimiento constitucional, conforme a lo que hemos desarrollado en el acápite pertinente, son categorías con una infatigable búsqueda en la cual la educación juega un papel crucial para su desarrollo, y donde los hogares, las escuelas y las universidades asumen un rol preponderante. El producto final tiene que ser, sin mengua, el ciudadano responsable, para lo cual se tiene que trabajar denodadamente con el propósito de asegurar a las nuevas generaciones.

Como es lógico, el patriotismo constitucional involucra un ánimo superior de plena confianza en la Constitución como norte en la vida común, no necesariamente porque esta sea un producto perfecto, sino porque los valores que la inspiran reafirman la voluntad de vivir como sociedad y establecerse bajo los cánones de la tradición republicana. Este patriotismo, indispensable en los momentos álgidos, infunde valentía para hacer prevalecer la

Constitución, alentando el deber de defenderla ante las amenazas de las arbitrariedades y procurando dar solución definitiva a las razones que la originaron, para desterrar esas amenazas de raíz.

Por su parte, la cultura constitucional es una vocación permanente que debe ser especialmente asumida por el constituyente (originario y derivado) y por todos aquellos cuyo trabajo los vincula con los quehaceres políticos del país, sobre todo las autoridades, los abogados y los jueces. En su más amplio sentido, esta cultura implica un infatigable aprendizaje, muchas veces autodidacta, de los personajes convocados, inspirados en el cumplimiento de su rol histórico y social, porque la posición que asumen como profesionales y autoridades les exige un deber mayor, comprometido con las causas justas y la protección del sistema democrático.

Con este fin, la cultura constitucional debe ser un elemento recurrente en toda autoridad y profesional del derecho, que nutra también su conciencia en el desarrollo del rol que ocupa, para que anteponga, frente a toda tentación mundana material, los intereses de una sociedad que deposita la confianza en un sistema en el que la verdad y la justicia son el patrimonio más valioso, y que el cuidado de estos sea el que guíe sus actos, asegurando el sostenimiento del Estado para que este siga brindando oportunidades a quienes están y a quienes vendrán.

Convendría decir, por tanto, que el sentimiento constitucional no surge de forma automática. Es el resultado de la suma de experiencias de cada ciudadano, y la convicción de que las instituciones en la sociedad donde se desenvuelve garantizan la libertad y el respeto de los derechos fundamentales gracias a la Constitución como norma suprema. Para tal efecto, junto con la educación cívica constante en los hogares, las escuelas y las universidades, el ejemplo y el compromiso de las autoridades coadyuvan a que aflore este sentimiento, que, idealmente, debería estar presente cada día en la mente de todos los peruanos.

Para este propósito es indispensable asumir, como compromiso por el bicentenario, una acción más efectiva por parte de los agentes involucrados. Reiteramos: el sentimiento es algo que surge desde la propia persona, no puede ser impuesto el afecto hacia el mismo. No obstante, mediante la enseñanza sí puede instruirse sobre el valor de la democracia y la preservación del Estado social y democrático de derecho. Como tal, es preciso convocar la acción efectiva y la responsabilidad social de las universidades y los colegios de abogados del país, para que en forma conjunta con las autoridades nacionales, regionales y locales puedan complementar esa tarea pendiente en la formación cívica y preparar, así, el terreno para que el sentimiento constitucional encuentre el espacio fértil para su desarrollo.

A fin de cuentas, los elementos analizados permitirán instruir adecuadamente a la población en el cumplimiento de su deber, esto es, que sean capaces, tanto en el desarrollo de su vida diaria como cuando corresponda denunciar el oprobio, de defender de manera responsable la constitucionalidad del sistema jurídico, rechazando cualquier iniciativa, cualquiera sea la fuente de donde provenga, que ponga en riesgo la institucionalidad y la libertad.

REFERENCIAS

- Belaúnde, V. A. (1983). *Peruanidad* (5.^a ed.). Banco Central de Reserva del Perú; Fondo del Libro del Banco Industrial del Perú.
- Belaúnde, V. A. (1994). *La crisis presente. 1914-1939* (6.^a ed.). Luis Alfredo Ediciones.
- Blume, E. (2019). Discurso del presidente del Tribunal Constitucional del Perú, magistrado Ernesto Blume Fortini, en la ceremonia de celebración del vigésimo tercer aniversario institucional. <https://tc.gob.pe/publicaciones/resumenes/2019/junio/Discurso%20de%2023%20aniversario%20TC.pdf>

- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.
- Duverger, M. (1970). *Instituciones políticas y derecho constitucional* (5.ª ed.). Ariel.
- Eto, G. (2008). Sobre el sentimiento constitucional peruano. En Cáceres, J. (ed.), *Ponencias desarrolladas. IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Adrus.
- García Belaúnde, D. (2017). Kelsen en París: una ronda en torno al «modelo concentrado». En Kelsen, H., *Sobre la jurisdicción constitucional* (pp. 223-246). Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y derecho constitucional* (3.ª ed.). Adrus.
- Häberle, P. (2002). La Constitución como cultura. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (6), 177-198.
- Kelsen, H. (2017). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Sobre la jurisdicción constitucional* (pp. 39-106). Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución* (2.ª ed.). Ariel.
- Ortega y Gasset, J. (1941). *Historia como sistema y del Imperio romano*. Revista de Occidente.
- Paiva, D. (2020). *Del movimiento constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional*. Grijley.
- Paniagua, V. (2000). Mensaje del presidente constitucional del Perú, doctor Valentín Paniagua Corazao, ante el Congreso Nacional, el 22 de noviembre de 2000. <http://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/mensajes/mensaje-congreso-22-11-2000/>

- Paniagua, V. (2001). Discurso pronunciado en la ceremonia de entrega del informe de la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional. En Ministerio de Justicia, *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Peces-Barba, G. (2003). El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (20), 39-61.
- Pegoraro, L. (2019). Constitucionalización del derecho y cultura constitucional. *Revista de Derecho Político*, (104), 13-57.
- Ruiz, C. (2004). Patriotismo constitucional. *Cuadernos de Pensamiento Político*, (3), 81-92.
- Sagüés, N. (2010). Cultura constitucional y desconstitucionalización. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, 97-108. Konrad Adenauer Stiftung.



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 267-298

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.397

Derechos socioprestacionales como categoría ideológica y estructural

The socio-prestational rights as an ideological
and structural category



ALBERTO COLQUE LIZÁRRAGA
Tribunal Constitucional
(Lima, Perú)

Contacto: acolque@tc.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6974-2139>

RESUMEN

El presente trabajo pretende abordar las categorías vinculadas a los derechos sociales y prestacionales, así como sus garantías. Con esa finalidad, se parte de la distinción entre derechos de primera y segunda generación, y se encuentra que su reconocimiento no se debió a criterios cronológicos ni estructurales sino ideológicos. De ese modo, en la finalidad igualitaria se halla el fundamento ideológico común a todos los derechos sociales, lo cual servirá para plantear una distinción definitiva entre derechos ideológicamente sociales y derechos estructuralmente prestacionales. Así, será posible trazar una intersección entre ambos grupos y postular los derechos socioprestacionales. Finalmente, se desarrolla el tema de

las garantías primarias y secundarias de estos derechos, señalando los modelos que se han planteado para su implementación y las dificultades empíricas que se han presentado.

Palabras clave: derechos socioprestacionales; derechos sociales; derechos prestacionales; garantías primarias; garantías secundarias.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to address the categories related to social and benefit rights, as well as their guarantees. To this end, it starts from the distinction between first and second-generation rights and finds that their recognition was not due to chronological or structural criteria, but to ideological ones. Thus, the common ideological justification to all social rights is to be found in the egalitarian purpose, which will serve to establish a definitive distinction between ideologically social rights and welfare structural rights. Finally, the topic of primary and secondary guarantees of these rights is developed, pointing out the models that have been proposed for their implementation and the empirical difficulties that have arisen.

Key words: socio-prestational rights; social rights; benefit rights; primary guarantees; secondary guarantees.

Recibido: 13/04/2021 Aceptado: 16/04/2021

1. INTRODUCCIÓN

Por mucho tiempo, la clasificación de los derechos fundamentales, que distingue entre derechos de primera y segunda generación, o entre derechos de libertad (civiles y políticos) y derechos sociales, despertó el interés de gran parte de la doctrina, tanto para quienes plantean que no existiría alguna diferencia resaltante entre estos grupos, como para quienes encuentran en los derechos

sociales una categoría que implica un tratamiento especialmente degradado por su aparente naturaleza prestacional.

Discurrir sobre los derechos sociales suele ser una tarea llena de dificultades, no solo por los obstáculos que desde la sociología del derecho llevan a cuestionar su efectividad, sino también por las ambigüedades teóricas que han surgido como consecuencia de un desarrollo más minucioso. Una de estas dificultades tiene relación con la distinción que existiría entre derechos sociales y derechos prestacionales, pues son categorías que suelen usarse de forma equivalente, sin reparar en que cada una de ellas nace de un criterio independiente de clasificación.

Esclarecer este panorama es necesario para salvar una confusión recurrente, tanto entre quienes niegan que exista alguna diferencia entre los derechos de primera y segunda generación, como entre quienes usan un criterio material o estructural para distinguirlos. Por otro lado, este esclarecimiento permitirá un tratamiento objetivo de las estrategias de garantía que plantean los derechos sociales, así como de las dificultades que se presentan en cada una de ellas.

2. LAS GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

En noviembre de 1977, *El Correo de la UNESCO* publicó un artículo escrito por el jurista checo Karel Vasak, en el cual se desarrollaba, por primera vez, el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos, y se identificaba a los derechos civiles y políticos como derechos de primera generación; los derechos económicos, sociales y culturales como derechos de segunda generación; y se sugería, además, un posible reconocimiento de los derechos de solidaridad como derechos de tercera generación.

Dos años más tarde, Vasak redondeó su planteamiento en una conferencia brindada para el Instituto Internacional de Derechos

Humanos en Estrasburgo, dando una visión de orden cronológico al reconocimiento por generaciones de los derechos humanos y vinculando los derechos de primera generación con el valor de libertad, los derechos de segunda generación con el valor de igualdad, y preguntándose si no deberían existir derechos producidos por la fraternidad de los hombres y su indispensable solidaridad que constituyan derechos de tercera generación (citado en Rabossi, 1997, pp. 43-44). La propuesta de Vasak fue determinante en desarrollos académicos posteriores que abrazaron esta forma de entender los derechos humanos, y es actualmente un recurso pedagógico indispensable.

Sin embargo, la distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, así como la propuesta de su evolución progresiva, se remonta a 1950, año en que Thomas Humphrey Marshall sugiere estas características en *Ciudadanía y clase social*, relacionando los derechos humanos con la ampliación del concepto de ciudadanía. En ese sentido, Marshall (1997) refiere que «es posible asignar el período formativo en la vida de cada uno de ellos a un siglo diferente —los derechos civiles al siglo XVIII, los políticos al siglo XIX, y los sociales al siglo XX—» (p. 304). Sus planteamientos, reflejados en la propuesta de Vasak, justificarían hablar de «generaciones» en la aparición de los derechos humanos. No obstante, esta perspectiva se ha visto limitada en su aplicación desde un punto de vista histórico. Así, se tiene que, con algunas décadas de ventaja, Tom Bottomore (2007, p. 110), al realizar un análisis de la obra de Marshall, concluye que aquel parte de una concepción idealizada de los derechos de ciudadanía, al desconocer que estos son producto de procesos históricos contingentes y no teleológicos, así como que su desarrollo ha sido más irregular y más variable de lo que se podría esperar.

La crítica de Bottomore parece seguir la lógica del método genealógico propuesto por Michel Foucault (2004):

[para quien] las fuerzas que están en juego en la historia no obedecen ni a un destino ni a una mecánica, sino al azar de la lucha. No se manifiestan como las formas sucesivas de una intención primordial; tampoco se presentan con la apariencia de un resultado. Aparecen siempre en el azar singular del acontecimiento (pp. 48-49).

Con base en lo anterior se puede concluir que un planteamiento generacional de aparición de los derechos humanos impide considerar y valorar determinadas luchas reivindicatorias y triunfos que, vistos desde los parámetros temporales establecidos por Marshall, resultarían anacrónicos. Tómese por ejemplo el caso del movimiento sufragista que se extendió hasta mediados del siglo XX y que logró el reconocimiento del derecho al voto de las mujeres. Si continuara una visión generacional de los derechos humanos, este derecho no podría considerarse como uno político ni, en consecuencia, de primera generación.

Una propuesta generacional de los derechos humanos «no permite apreciar el carácter con frecuencia simultáneo y complementario de las reivindicaciones de derechos civiles, políticos y sociales» (Pisarello, 2007, p. 35). Puede decirse, entonces, que el nacimiento de los derechos no está condicionado a un orden teleológico, sino que, parafraseando a Bobbio (1991, p. 18), los derechos humanos nacen cuando deben o cuando pueden nacer.

Aunque es cierto que Marshall (1997) no pretendió una contemplación rígida de estas generaciones, sino más bien que se traten estos períodos con una «flexibilidad razonable» (p. 304), resulta indudable que esta visión ha sido determinante para justificar la distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, la cual ha tenido tanto éxito que ha sido abrazada incluso por el derecho internacional de los derechos humanos, con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos en 1966.

Al respecto, es inevitable compartir el asombro de Liborio Hierro (2009) cuando refiere que «puede resultar sorprendente que una distinción surgida y consolidada por factores históricos tan contingentes penetrase tan profundamente como lo ha hecho en la teoría de los derechos contemporánea» (p. 168). Sobre todo porque su inclusión no ha sido metódica y, por el contrario, ha dado origen a una serie de confusiones respecto de la forma en la que deben estudiarse los derechos humanos.

Es posible que el germen de esta problemática se encuentre en la propia obra de Karel Vasak (1997), quien respecto de la naturaleza de los derechos humanos refiere que «los derechos de primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado» (p. 29). Esta afirmación, tan reiterada en la doctrina, parece sugerir que los derechos civiles y políticos se satisfacen a través de una conducta negativa o de no intervención del Estado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales requerirían de prestaciones por parte de este.

Sin embargo, recurrir a criterios materiales o estructurales para distinguir los derechos de primera y segunda generación tiende a fracasar, pues no se toma en cuenta un criterio estructural para la elaboración de estas categorías. Esto se demuestra al analizar derechos típicamente sociales como el derecho a la libertad sindical o el derecho a la huelga, los cuales se satisfacen por una conducta negativa del Estado antes que por prestaciones. En consecuencia, las generaciones pueden abrazar un conjunto estructuralmente heterogéneo de derechos, o como dice Pisarello (2007), «ni los derechos civiles y políticos pueden caracterizarse solo como derechos negativos, de abstención, ni los derechos sociales actúan siempre como derechos positivos, de prestación» (p. 60).

Si el criterio de distinción entre derechos de primera y segunda generación no es estructural, como parecían sugerir Vasak y una gran parte de la doctrina, surge un problema respecto de su indeterminación, ya que si no existe un criterio de homogeneidad entre los derechos agrupados por generaciones, nada obsta para que en el futuro surjan más generaciones de derechos sin mayor sustento teórico. Esta es la preocupación de Martínez de Pisón (2004), quien señala que «las generaciones de derechos pueden ser infinitas si no hay algún tipo de control o supervisión» (p. 410). Esto último parece demostrarse en la actualidad, ya que algunos autores sugieren que existen las condiciones necesarias para reconocer una cuarta, quinta e incluso una sexta generación de derechos humanos (Rodríguez, 2015, p. 129).

Los controles que reclama Martínez de Pisón tienen relación con la intención de encontrar el elemento que vincule a todos los derechos dentro de la misma generación en la cual se les ha ubicado y, a la vez, establecer una suerte de control de calidad en la aparición de nuevas generaciones de derechos humanos. Por el momento, hemos visto que los criterios estrictamente cronológicos y estructurales no logran justificar que ahora hablemos de derechos de primera o segunda generación.

3. GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS E IDEOLOGÍA

Roberto González Álvarez (s. f.) rescata una anécdota relatada por Antônio Cançado Trindade, amigo de Karel Vasak, quien le pregunta a este último por la tesis de su conferencia, y obtiene como respuesta: «Ah, yo no tenía tiempo para preparar una exposición, en tanto se me ocurrió hacer alguna reflexión, y recordé la bandera francesa» (p. 1). Independientemente de si la anécdota es cierta o no, resulta evidente que Vasak se inspiró en los valores proclamados en la Revolución francesa para establecer sus planteamientos.

De esta manera, los valores de libertad, igualdad y fraternidad se vinculan directamente con las tres generaciones de derechos humanos que propone, aunque sustituyendo la fraternidad por el valor de «solidaridad» para su proyecto de derechos de tercera generación.

Lógicamente, cada una de estas generaciones de derechos es producto de una determinada lucha, ya que «ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que se trata de conquistas de movimientos revolucionarios» (Ferrajoli, 2008, p. 36). En ese sentido, los valores rescatados por Vasak, y ahora impresos en cada una de las generaciones de derechos, representan convicciones políticas y morales que, en un momento histórico determinado, motivaron su reivindicación. Por tal motivo, los derechos reconocidos no son neutrales, sino que indefectiblemente obedecen a una orientación ideológica determinada. Como dice García Belaúnde (1982), los derechos humanos «son ideologías en sentido amplio, porque reflejan intereses [...] de naciones, países o grupos de personas» (p. 114).

Esta naturaleza será común a todos los derechos pertenecientes a la misma generación, por ser productos de la misma gesta revolucionaria, ya que su contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos (Pérez, 1991, p. 205). Si esto es cierto, es posible encontrar en los aspectos ideológicos los parámetros necesarios para justificar la existencia de las generaciones de derechos humanos. Efectivamente, según Antonio Peña Freire (2016, p. 260) existen dos estilos diferentes para definir a los derechos. Uno material, que define a los derechos a partir de su contenido, es decir, del objeto de las normas que forman su estructura normativa; y un criterio ideológico, según el cual pueden definirse los derechos como expresión de determinados valores y principios.

Anteriormente, vimos que una distinción de los derechos de primera y segunda generación a partir de su estructura, es decir, tomando en cuenta el criterio material, es insuficiente, pues cada grupo contiene derechos estructuralmente heterogéneos. Ahora, al entender a los derechos desde un criterio ideológico, puede encontrarse un rasgo común en cada una de las generaciones, al margen del momento de su reconocimiento o la estructura que tengan.

Al hablar de generaciones de derechos humanos, se hace referencia a convicciones políticas y morales determinadas y al momento histórico en el cual se originaron. Sin embargo, estas ideologías son actuales y permanentes. Si entendemos con Fukuyama (1990) que «la ideología no se limita a las doctrinas políticas seculares y explícitas que asociamos habitualmente con el término, sino que también puede incluir a la religión, la cultura y el conjunto de valores morales subyacentes a cualquier sociedad» (p. 10), podemos estar de acuerdo en que los fundamentos ideológicos que dieron origen a las generaciones de derechos humanos no se circunscriben a una sola coyuntura, sino que se extienden en el tiempo.

Esto es relevante, pues solo así es posible salvar la objeción anacrónica que surge de la crítica de Bottomore a Marshall. Las generaciones de derechos son atemporales en la medida en que sus fundamentos ideológicos lo sean. Por ello, pueden reconocerse nuevos derechos de primera o segunda generación sin un estricto margen cronológico, ya que el derecho, entendido como práctica social y expresión axiológica, normativa e institucional, no se reduce a un único momento histórico (Sánchez, 2011, p. 19). De esta manera, también se supera el temor de una proliferación desmedida de generaciones de derechos humanos, por cuanto no surgen por el solo reconocimiento de nuevos derechos sino por la aparición de nuevas convicciones morales y políticas.

4. DERECHOS IDEOLÓGICAMENTE SOCIALES

Si los derechos de segunda generación se encuentran imbuidos de una ideología determinada, comparten la misma motivación y los fundamentos políticos y morales. Los derechos sociales, por lo tanto, no están agrupados por una asociación histórica o estructural sino ideológica. De ahí que pueden existir derechos sociales estructuralmente negativos, como el derecho a la sindicalización o la huelga, y los derechos anacrónicos como el derecho social al agua. Pero si el parámetro que gobierna y da origen a los derechos sociales en general es su ideología común, ¿cuál es esta última?

Para Norberto Bobbio (1996, p. 151), los derechos sociales son una de las conquistas más clamorosas de los movimientos socialistas. Esta opinión es compartida tanto por Thomas Marshall, cuando ubica el origen de los derechos sociales en el siglo XX, como por Karel Vasak, cuando refiere que

por inspiración socialista y cristiana, con la revolución mejicana [sic] y, sobre todo, la revolución rusa, aparecieron los derechos del hombre formulados, también aquí, de modo global y en dimensión universal, al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales: se trata de los derechos de la *igualdad* (citado en Rabossi, 1997, p. 43).

Nótese que Vasak resalta estos derechos como derechos de igualdad en general, sin prestar atención a la revolución que los motivó. Esto podría deberse a que «la razón de ser de los derechos sociales como el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, es una razón igualitaria» (Bobbio, 1996, p. 151), y por lo tanto esta motivación puede ser recogida como bandera por cualquier colectivo, independientemente de sus particularidades políticas.

Sin embargo, esta motivación no se vincula con la igualdad ante la ley o la igualdad de oportunidades, sino con la demanda de igualdad

sustancial (Bobbio, 1993, p. 83). Por lo tanto, Bobbio (1996) prefiere hablar de igualitarismo y no solo de igualdad, entendiéndolo:

no como la utopía de una sociedad donde todos son iguales en todo sino como tendencia, por una parte, a exaltar más lo que convierte a los hombres en iguales respecto a lo que los convierte en desiguales, por otra, en la práctica, a favorecer las políticas que tienden a convertir en más iguales a los desiguales (p. 152).

A partir de la crítica que realizaron las doctrinas igualitarias contra el Estado liberal nacieron primigeniamente las peticiones de derechos sociales. Estas exigencias, como señalamos, son atemporales. De allí que incluso se presentan en los regímenes continuadores de la tradición liberal (Bobbio, 1993, p. 91). Esto último justifica que actualmente se sigan reconociendo nuevos derechos sociales, los cuales, al margen de su estructura, comparten una razón igualitaria junto con sus pares reconocidos a principios del siglo pasado.

Pueden reconocerse dos estrategias de los derechos sociales para alcanzar el fin igualitario. La primera se refiere a la reducción de la desigualdad material entre quienes tienen y quienes no tienen, que se materializa a través de prestaciones por parte del Estado. La segunda consiste en establecer condiciones suficientes que empoderen a determinados grupos sin recurrir a prestaciones, con la intención de hacerlos menos desiguales. Ejemplos de la primera estrategia pueden encontrarse en el reconocimiento de la mayoría de derechos prestacionales, como son el derecho a la salud o a la educación. Respecto de la segunda estrategia son ejemplos resalantes los derechos a la libertad sindical y la huelga, que plantean un incremento en el poder de negociación de los trabajadores, lo cual es útil para encontrar mejores condiciones en términos de igualdad material. Es decir, aunque su naturaleza estructural no corresponde a una prestación, son ideológicamente sociales por tener una finalidad igualitaria.

De hecho, la propia doctrina reconoce una razón igualitaria en estos derechos. Por ejemplo, respecto del derecho a la huelga, Blancas Bustamante (2011) ha dicho que «no hay duda de que la huelga posee todos estos significados, que la proyectan como un instrumento importante en orden a la consecución de objetivos de igualdad material, equilibrio en las relaciones capital-trabajo y participación en la vida económica-social» (p. 474). En el mismo sentido, el derecho a la libertad sindical es entendido como «un instrumento de desigualdad compensatoria o igualación en tanto constituye o permite constituir un contrapoder que limita, acota o compensa el poder económico del empleador» (Ermida, 2012, p. 36).

Puede decirse, entonces, que los términos «derechos de segunda generación» o «derechos sociales» hacen referencia al criterio ideológico común entre ellos, el cual se basa en una razón igualitaria. Esta condición no debe confundirse con el criterio material, que se refiere a la estructura de los derechos fundamentales. Derechos sociales son, por tanto, todos aquellos reconocidos con la finalidad de alcanzar condiciones igualitarias entre los ciudadanos, al margen de las estrategias que se utilicen.

5. EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS DE PRIMERA Y SEGUNDA GENERACIÓN

Desde que se plantearon las categorías de derechos de primera y segunda generación han surgido posiciones opuestas respecto de la relación que existe entre ambas, unas tienden a justificar la distinción que habría entre ellas y otras pretenden encontrar una naturaleza común. Sin embargo, como veremos a continuación, ambos puntos de vista confunden los criterios material e ideológico y se obtienen resultados contradictorios.

Por ejemplo, quienes defienden una identidad entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos parten de un criterio

ideológico, pues desde este se puede hablar de derechos de primera y segunda generación. Luego trasladan el análisis a un criterio material para afirmar que en ambos grupos existen derechos con estructuras normativas diversas, y finalmente retornan al criterio ideológico para concluir que no habría diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles y políticos.

Como puede apreciarse, se llega a una generalización gratuita de la conclusión, pues si bien dentro de los derechos sociales pueden existir derechos que requieran obligaciones de no hacer, y dentro de los derechos civiles y políticos, derechos que requieran prestaciones, eso no quiere decir que estas características sean comunes a todos. Como refiere Antonio Peña (2016), «para que el argumento fuese relevante, habría que mostrar que todos los derechos de cada categoría ideológica comparten rasgos estructurales semejantes con todos los derechos de la otra» (p. 261). Estamos, en todo caso, ante una conclusión que a lo mucho puede tenerse por probable, pero que, por pretender abarcar los criterios material e ideológico a la vez, pierde certeza.

Por otro lado, quienes cuestionan que los derechos sociales tengan la misma naturaleza que los derechos civiles y políticos suelen referir que los primeros generan obligaciones positivas por parte del Estado, mientras que los segundos generan exclusivamente obligaciones negativas (Abramovich y Courtis, 2002, p. 21). Esto parece nacer del hecho de que la faceta más visible de los derechos sociales tiene relación con las obligaciones de hacer que estos implican y, en consecuencia, con la presunción de que, a pesar de que todos los derechos son costosos, los derechos sociales suelen costar más.

Esa afirmación, sin embargo, no es del todo definitiva, sino que se basa en una presunción. Aun así, es un aspecto considerado incluso por quienes defienden la identidad entre derechos de

primera y segunda generación. Por ejemplo, Miguel Carbonell (2004) desarrolla una lúcida defensa de la identidad entre ambos tipos de derechos, aunque inmediatamente después afirma que «todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones» (p. 322). En el mismo sentido, Víctor Abramovich y Christian Courtis (2002) refieren que «los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos» (p. 25).

Si bien esto podría parecer suficiente para realizar una distinción entre derechos de primera y segunda generación, nótese de nuevo que estos autores no realizan una afirmación categórica sobre la naturaleza prestacional y el costo de los derechos sociales, sino solo relativa. Que todos los derechos sociales requieran prestaciones y sean más costosos que los civiles y políticos es solo una presunción que de ninguna manera puede justificar una distinción estructural entre ellos.

Entonces, queda claro que resulta infértil plantear una distinción estructural entre los derechos de primera y segunda generación, por el simple hecho de que estas categorías abarcan un conjunto bastante heterogéneo de derechos —estructuralmente hablando—. Por tal motivo, las discusiones sobre si existen diferencias estructurales entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos o no, o las discusiones acerca de cuál de estos resulta más costoso, no tendrán una respuesta más que relativa, pues parten de imponer un criterio material o estructural a categorías conformadas con un criterio ideológico. Si se pretende una respuesta certera a estos cuestionamientos, será necesario hacer un análisis desde el punto de vista material, es decir, sobre la base de la estructura de los

derechos, prescindiendo de las clasificaciones de derechos por generaciones (o entendiéndolos como derechos sociales y derechos civiles y políticos) porque estas categorías son inevitablemente ideológicas.

6. DERECHOS ESTRUCTURALMENTE PRESTACIONALES

Una forma útil de distinguir la estructura de los derechos supone recurrir a los postulados de Luigi Ferrajoli (2004, p. 43), quien sostiene que los derechos subjetivos, y en específico los derechos fundamentales, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión, respectivamente. De esta forma, el sujeto encargado de cumplir con estas expectativas, que en el caso de los derechos fundamentales es el Estado, debe hacerlo a través de garantías positivas o negativas, según lo determine el tipo de expectativa a la que se refieran aquellos. Los derechos subjetivos son, en última instancia, expectativas, al ser en este caso el número gramatical de naturaleza contingente, pues un derecho subjetivo puede consistir en una sola expectativa o puede ser la suma de varias. Como refiere Ferrajoli (2013b), «los derechos subjetivos, y específicamente los derechos fundamentales, son habitualmente situaciones moleculares complejas» (p. 384).

En resumidas cuentas, un derecho subjetivo puede ser lo suficientemente genérico como para contener otros tantos derechos específicos, correspondientes cada uno a una expectativa determinada (negativa o positiva). Tómese el caso del derecho a la educación, que en esos términos contendría un conjunto de expectativas positivas y negativas. Así, incluiría, por ejemplo, el derecho a recibir una enseñanza gratuita (expectativa positiva), el derecho a elegir libremente el centro educativo o el derecho a no ser discriminado en este (expectativas negativas).

Desde esa perspectiva es posible identificar derechos fundamentales que consistan exclusivamente en una o varias expectativas positivas. Son estos derechos a los que denominaremos derechos prestacionales, por ser satisfechos solo a través de una conducta positiva por parte del Estado. O, como refiere Prieto Sanchís (1995), son «aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio» (p. 12).

Los derechos prestacionales son una categoría que nace de un criterio material o estructural de clasificación de los derechos fundamentales y, por lo tanto, resulta impertinente referirse a la ideología que estos tendrían, pues «las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos» (Prieto, 1995, pp. 15-16). Un ejemplo de lo dicho lo encontramos en el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, se trata de un derecho ajeno a una razón igualitaria o de igualdad material:

su origen histórico lo ubicamos en el concepto del *due process of law* del *common law* inglés, norma según la cual los individuos no deben ser privados de su vida, libertad o propiedad sin que previamente se les brinde una oportunidad de defensa judicial efectiva (Ortiz, 2008, p. 403).

Es, por lo tanto, un derecho íntimamente vinculado al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y, sin embargo, es ante todo un derecho prestacional, pues crea expectativas positivas que el Estado debe garantizar, no para cumplir fines igualitarios, sino de libertad.

7. GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES

Luego de distinguir, a partir de criterios independientes, los grupos de derechos sociales y prestacionales, no queda mucho por decir respecto de esta nueva categoría de derechos «sociales prestacionales» que no se pueda deducir del desarrollo realizado. Los derechos socioprestacionales, como también podemos llamarlos, representan una intersección del conjunto ideológicamente homogéneo de derechos sociales y el conjunto estructuralmente homogéneo de los derechos prestacionales. En ese sentido, derechos socioprestacionales son todos aquellos que consisten en expectativas positivas y que a la vez tengan una razón igualitaria. Sin embargo, para evitar que se generen dificultades innecesarias con la utilización de este neologismo, a partir de ahora nos referiremos a ellos simplemente como derechos sociales, ya que es la forma que la doctrina suele utilizar para aludir a ellos.

Corresponde ahora establecer las formas en las que estos derechos pueden ser garantizados. Como ya se mencionó, los derechos subjetivos consisten en expectativas positivas (de prestación) o negativas (de no lesión). Estas, a la vez, generan obligaciones que podemos denominar garantías (Ferrajoli, 2008, p. 63). Las garantías son negativas o positivas, según lo determine la naturaleza del derecho.

Ferrajoli (2008, p. 64) distingue dos clases de garantías. Llama garantías primarias o sustanciales a las que consisten en obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, y denomina garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones de los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten actos ilícitos o inválidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, las correspondientes garantías primarias. En otras palabras, mientras las garantías primarias representan deberes consistentes en prohibiciones o prestaciones, las secundarias son obligaciones de anulación o condena

por defectos de las garantías primarias (Ferrajoli, 2013a, p. 769), y tienen, en todo caso, una naturaleza subsidiaria respecto de ellas.

En el caso de los derechos sociales, las garantías primarias estarán referidas a los desarrollos legales que se hagan de cláusulas constitucionales que reconozcan estos derechos, a las políticas públicas, a los programas sociales y a las instituciones capaces de proveer las prestaciones, como escuelas, hospitales, seguro social, etc. Por su parte, las garantías secundarias o jurisdiccionales se presentan ante el incumplimiento de las prestaciones o por la falta de implementación de garantías primarias en general. En el caso de los derechos sociales, tanto sus garantías primarias como secundarias presentan algunos problemas como consecuencia de sostenerse exclusivamente en expectativas positivas.

Respecto de las garantías primarias surge un problema económico, pues el cumplimiento de las prestaciones a las que está obligado el Estado estará vinculado a que existan los recursos suficientes para proveerlas. No debe perderse de vista que el reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones es solo un acto simbólico si no se establecen y cumplen las garantías primarias. Al respecto, la evidencia empírica ha demostrado que el solo hecho de reconocer constitucionalmente derechos sociales no incide de modo directo en el desempeño social del Estado (Edwards y García, 2015, p. 102). Por otro lado, en cuanto a las garantías secundarias, surge el problema de la competencia política de los jueces para tomar decisiones sobre partidas presupuestarias, ya que esto afectaría la separación de poderes. Mientras más activista sea una decisión judicial referida a prestaciones, más afectación existirá a la competencia del órgano político correspondiente.

El problema es doble en estos supuestos, pues como consecuencia de lo anterior, cuando se trata de decidir sobre el otorgamiento de prestaciones, «los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema»

(Abramovich y Curtis, 2002, p. 127). En el caso *Lindiwe Mazibuko y otros vs. Ciudad de Johannesburgo y otros*, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica, frente a la pretensión de vulneración del derecho fundamental al agua por la instalación de medidores para determinar el pago de su uso en exceso, resolvió que no podía deducirse de la redacción constitucional una cantidad específica de agua, por lo que no le correspondía a ninguna corte determinar esa cantidad, al ser más bien un asunto de política pública que debía dejarse en manos del gobierno.

Los problemas enunciados se verán influidos por la dimensión que se dé a las garantías de los derechos sociales, pudiendo construirse modelos de amplias y universales garantías primarias, y débiles garantías secundarias o modelos en los que las garantías primarias se otorgan de forma focalizada y las garantías secundarias tengan un mayor protagonismo. A fin de entender mejor estos modelos, es pertinente referirnos a la universalidad como característica de los derechos sociales fundamentales.

8. UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Según la doctrina predominante, la universalidad es una característica esencial en los derechos fundamentales. Cuando se habla de ella, suele entenderse una condición que abarca a todos los sujetos del género humano. De ahí que, si un derecho excluye a determinados grupos de personas, no se le considera como derecho fundamental por no ser universal. Sobre ello, Pedro Nikken (1994) menciona que «una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente» (p. 16).

Sin embargo, una concepción de la universalidad como esa solo puede ser valorada dentro de un enfoque filosófico moral, por

constituir un anhelo para las normas jurídicas antes que la descripción de la realidad dogmática. La universalidad, así entendida, resulta inútil cuando se trata de estudiar los ordenamientos jurídicos, pues estos se encuentran lejos de reconocer que la titularidad de todos los derechos fundamentales le corresponde a toda persona, solo por su condición de ser humano. Prueba de ello es que aun en los ordenamientos jurídicos más progresistas, algunos derechos fundamentales se encuentran reservados para determinados grupos, que, aunque bastante amplios, están lejos de una universalidad como la descrita.

Para Luigi Ferrajoli (2004), la universalidad, vinculada a la teoría de los derechos fundamentales, está determinada por tres estatus: el de persona, el de ciudadano y el de capaz de obrar. En esa línea, «son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar» (Ferrajoli, 2004, p. 37). Esto cobra sentido si se toma en cuenta que existen ordenamientos jurídicos que condicionan el disfrute de los derechos fundamentales a estas tres categorías. Por ejemplo, actualmente es poco probable que exista una constitución que limite el derecho a la vida solo a sus ciudadanos o los mayores de edad, pues la mayoría de ellas otorga este derecho a todas las personas. Por otro lado, un derecho como la participación política suele no estar reconocido a todas las personas, sino solo a los ciudadanos de un determinado país. Ambos derechos son universales en sus términos: el derecho a la vida es universal respecto del estatus de personas y el derecho a la participación política es universal respecto del estatus de ciudadano.

Tomando en cuenta esto, queda claro que los derechos sociales pueden garantizarse sobre la base de estos tres estatus, sin que se comprometa su condición de derecho fundamental. Sin embargo, si bien en algunos estados de bienestar los derechos sociales han

llegado a garantizarse de forma tal que todas las personas o los ciudadanos, capaces de obrar o no, pueden disfrutar de ellos sin más exigencia que su condición como tales, lo cierto es que en la mayoría de países, sobre todo los que se encuentran en vías de desarrollo, se han adoptado estrategias de focalización para proveerlos, debido a la limitación de sus recursos. De esta forma, en esos países los derechos sociales solo pueden ser exigidos por los más desventajados.

Estas estrategias de focalización podrían sugerir que en los países que las aplican, los derechos sociales no serían derechos fundamentales, pues para ser titular de ellos se requeriría de un estatus adicional, además del de persona, ciudadano o capaz de obrar. Ferrajoli (2013a, p. 688), atento a estos detalles, plantea la existencia de estatus particulares y contingentes, de los cuales todos, en algún momento, podremos ser titulares, como por ejemplo la condición de trabajador, de imputado, de cónyuge, de enfermo, etc. Estas condiciones pueden justificar la existencia de derechos fundamentales que se reserven a personas o ciudadanos, capaces de obrar o no, que requieran de un estatus específico adicional. Ferrajoli (2013c) resume la situación en la siguiente tesis: «son derechos fundamentales todos los derechos pertenecientes a todos en cuanto personas o ciudadanos y/o capaces de obrar, incluso si dotados de otros estatus específicos» (p. 609).

Por ese motivo, los derechos sociales que son provistos por los Estados a través de técnicas de focalización mantienen su condición de derechos universales, solo si se considera para su garantía la existencia de un estatus contingente adicional. Este nuevo estatus estará determinado por la situación de pobreza en la que se encuentre una parte de la población, y a la que todos podrían llegar en algún momento. Entonces, podemos concluir que, en estos casos, además de los estatus de persona, de ciudadano y de capaz de obrar, existiría un estatus contingente de menesterosidad.

9. MODELOS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Fernando Atria (2004, p. 32) distingue dos concepciones de derechos sociales: una liberal, vinculada a la eliminación de la pobreza, y otra socialdemócrata, que busca eliminar la desigualdad. La concepción liberal se concentra en estrategias de focalización de la garantía de los derechos sociales, tomando en cuenta los grupos vulnerables y estableciendo prestaciones mínimas y subsidiarias. Por otro lado, la concepción socialdemócrata implica una garantía universal y gratuita en términos de igualdad.

9.1. Modelo socialdemócrata

Atria defiende una concepción socialdemócrata de los derechos sociales. En tal sentido, sigue la línea de Thomas Marshall (1997, p. 323), quien refiere que estos derechos son una extensión de la ciudadanía. Por lo tanto, para aquellos los derechos sociales «configuran una forma diferente de comunidad, una en que la comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros» (Atria, 2004, p. 44). Esta forma de entenderlos lo lleva a cuestionar su reconocimiento como derechos jurídicamente subjetivos, en el sentido de que, al poder ser exigidos individualmente, se trastocaría la intención de colaboración entre todos los miembros de la sociedad, que es justamente lo que sustenta a estos derechos. En palabras de Atria (2004):

Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de esta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás (p. 46).

Si los derechos sociales son una responsabilidad de todos, como plantea Atria, no es posible que su satisfacción se deje al arbitrio

de demandas individuales. Esto plantea una distinción entre el mercado y la esfera pública caracterizada por los derechos sociales, pues:

lo que caracteriza al mercado como criterio de distribución es que el hecho de que cada uno obtenga lo que quiere en el mercado es un problema privado de él, mientras que el hecho de que una persona reciba aquello a lo que tiene derecho es un problema público, de todos (Atria, Larraín, Benavente, Couso y Joignant, 2013, p. 181).

Por consiguiente, la provisión de los derechos sociales debe atender a todos por igual, en la medida en que tienen el mismo derecho. En ese sentido, no se trata de una situación que deba dejarse al arbitrio del mercado. Para ello, Atria recurre a una universalización de los derechos sociales que descartaría la exigencia de un estatus de menesterosidad para su disfrute.

En el lenguaje teórico de Ferrajoli, podría entenderse que Atria propone que los derechos sociales deben satisfacerse exclusivamente a través de garantías primarias, pues, como señala el filósofo florentino, «menos problemáticas son las garantías sociales secundarias, una vez introducidas las garantías primarias [...] y por tanto la posibilidad de detectar y eliminar sus posibles violaciones» (Ferrajoli, 2013b, p. 388). Desde ese punto de vista, la propuesta de Atria representaría un sistema en el que las garantías primarias de los derechos sociales se encuentran ampliamente cubiertas, dejando un corto espacio a la exigibilidad jurisdiccional, por el incumplimiento de estas. Entendiendo que se plantean garantías primarias seguras y eficaces, no tendría sentido hablar de garantías secundarias, al haberse cumplido de forma universal las expectativas positivas de los derechos sociales.

9.2. Modelo liberal

Fernando Atria (2004) menciona que «los derechos sociales en clave liberal son concebidos como una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado» (p. 31). Es decir, desde la perspectiva liberal, los derechos sociales son entendidos como derechos subsidiarios. Robert Alexy (2007), en la misma línea, los define como «derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtener también de los particulares» (p. 443). La propuesta de este último supone que en general los bienes y los servicios son preferiblemente asignados por el mercado, y solo cuando faltan medios financieros o no existe una oferta suficiente debe hacerse presente el Estado.

Alexy refiere que el argumento principal a favor de los derechos sociales es uno de libertad, para ello se basa en dos tesis. La primera señala que la libertad jurídica no tiene ningún valor si no existe una libertad fáctica. Es decir, la libertad jurídica que habilita a una persona a realizar una acción o no, no tendrá valor alguno si esta no posee los bienes materiales o espirituales suficientes para poder ejercerla. La segunda refiere que, bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de personas no está dentro de un ámbito vital dominado por ellas, sino que requieren de la intervención del Estado para poder alcanzarla (Alexy, 2007, p. 447).

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales implica el aseguramiento de la libertad fáctica de las personas, sin la cual las libertades jurídicas se convertirían en meras fórmulas vacías o, en términos de Riccardo Guastini (2001, p. 220), en meros derechos sobre el papel, y no verdaderos derechos. Si el fundamento principal de los derechos sociales es la igualdad de oportunidades para alcanzar la libertad fáctica, y no una

igualdad material general, es posible concluir que los derechos sociales aseguran solo los mínimos necesarios para alcanzar dicha libertad.

De esta manera, los derechos sociales tendrían dos rasgos definidos: ser subsidiarios y ser mínimos. Son subsidiarios, pues se refieren a bienes y servicios condicionados a la ausencia de capacidad para adquirirlos por los propios medios en el mercado, y son mínimos, pues su finalidad es proveer un mínimo de satisfacción de necesidades básicas suficientes para poder ejercer la libertad jurídica. Esta fórmula recuerda la intención de Hayek (2006) de

asegurar a todos una renta mínima, o un nivel por debajo del cual nadie descienda cuando no puede proveer por sí solo, no solo es una protección absolutamente legítima contra riesgos comunes a todos, sino una tarea necesaria de la Gran Sociedad en la que el individuo no puede ya apoyarse en los miembros del pequeño grupo específico en que ha nacido (p. 422).

Nótese que Hayek no solo reconoce la naturaleza subsidiaria y mínima de las prestaciones que el Estado debe otorgar a título de derechos sociales, sino que a la vez reconoce que los titulares de estas deben poseer un estatus particular y contingente como consecuencia de riesgos comunes a todos los miembros de la sociedad. Es decir, un estatus adicional al de persona, de ciudadano o de capaz de obrar, al que hemos denominado estatus de menesterosidad.

10. OBSTÁCULOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

La propuesta de Fernando Atria es impecable desde el enfoque de la filosofía de la justicia, pues no cabe duda de que la universalización de los derechos sociales cumple en mayor grado su razón igualitaria. Se deja de lado la lógica del mercado, por la que cada

uno recibe lo que quiere y puede pagar (y quien no puede, recibe el mínimo), y se adopta lo que Atria (2012, pp. 70-71) denomina la «descomodificación», según la cual la distribución de los bienes se realiza conforme a la lógica universalista de los derechos sociales. Institucionalmente, esta forma de organizar la provisión de los derechos sociales permite justificar la existencia del Estado de bienestar, en el que «suele haber sistemas públicos de educación o salud que en general no admiten, o admiten solo limitadamente, libertad de elección» (Atria et al., 2013, p. 178).

Aunque podemos calificar la propuesta socialdemócrata como justa, desde el plano de la sociología del derecho, todo parece indicar que es ineficaz o, por lo menos, que su implementación traería algunos efectos contraproducentes para la misma razón igualitaria que los derechos sociales pretenden alcanzar. Por ejemplo, sobre la discusión de la implementación de la gratuidad de la educación superior en Chile (en los términos defendidos por Fernando Atria), se ha dicho que su provisión universal y gratuita generaría un desbalance fiscal, y aunque también tendría efectos en la reducción de la desigualdad, estos serían menores que los de un modelo focalizado (Beyer y Cox, 2011, p. 1).

Fernando Atria (2012), sin embargo, parece darle más importancia a una razón igualitaria ideal antes que a los problemas que se presentarían con su implementación fáctica. O, como él dice, «el problema está en los principios generales, no en su aplicación», y agrega:

Organizar el gasto público bajo el principio de focalización es una manera de introducir al sistema educacional (y de salud, y de seguridad social, etc.) un principio de segregación que hará que los pobres reciban algo que ni siquiera tiene la pretensión de estar al mismo nivel que lo que reciben los ricos (p. 66).

Si bien todos podemos compartir la intención de la propuesta y conceder que se trata de una que asegura en mayor grado el fin igualitario de los derechos sociales, no podemos dejar de lado su factibilidad, que parece postergarse cuando se trata de una implementación universal.

Por otro lado, respecto del modelo liberal también se presentan problemas en la garantía de los derechos sociales. Así, se tiene que, según las investigaciones del profesor David Landau (2015), en la mayor parte del mundo la aplicación de estos derechos incrementa los beneficios concedidos a los grupos de las clases más altas, antes que otorgarlos a los grupos sociales con mayor necesidad, ya que, a diferencia de ellos, la clase media tiene mayor posibilidad de conocer sus derechos y poder manejar los costos y las particularidades del sistema jurídico.

Debe advertirse, sin embargo, que estos problemas surgen de los intentos de universalizar los derechos sociales sin asumir las responsabilidades del criterio socialdemócrata. Es decir, de pretender una garantía universal de estos derechos a través de la vía jurisdiccional, dejando intactas las garantías primarias en su lógica focalizadora. Esta estrategia se limita a eliminar el estatus de menesterosidad como exigencia para ser titular de derechos sociales y habilita a cualquier persona para reclamar jurisdiccionalmente una prestación del Estado. Sus efectos son totalmente contraproducentes, pues la focalización establecida por las garantías primarias termina siendo aprovechada por quienes pueden acceder con mayor facilidad a las garantías secundarias y, en consecuencia, las cortes tendrán una mayor tendencia a proteger los derechos de los funcionarios públicos pensionados o subsidiar viviendas para la gente de la clase media antes que a transformar las vidas de los grupos marginados (Landau, 2015). Esto debido a que la clase media tiene mayor facilidad de acceso a las vías jurisdiccionales, ya sea por poseer los recursos suficientes como para asumir los costos

de un proceso judicial, o por el simple hecho de estar en mejores condiciones de conocer sus derechos, a diferencia de la población más vulnerable.

11. REFLEXIONES FINALES

La distinción entre derechos de primera y segunda generación, o entre derechos de libertad (civiles y políticos) y derechos sociales, no obedece a un criterio estrictamente cronológico o estructural, sino que se basa en las convicciones políticas y morales que les dieron origen. En el caso de los derechos sociales, su carácter distintivo es un fin igualitario, pues a través de estos se pretende alcanzar ciertos grados de igualdad material para los ciudadanos.

Una visión de los aspectos ideológicos de los derechos sociales permite distinguirlos de la categoría de derechos prestacionales, la cual se basa en aspectos estructurales que exigen una prestación estatal para su garantía. Es, por lo tanto, ajena a cualquier tipo de convicción política o moral. Esto nos permite diferenciar dos grupos: uno de derechos ideológicamente sociales y otro de derechos estructuralmente prestacionales, ambos independientes, pero que pueden encontrarse para dar origen a un grupo de derechos que estén orientados por una ideología igualitaria y a la vez asuman una estrategia prestacional para su garantía, a los que bien puede denominarse socioprestacionales.

Los derechos sociales han sido garantizados a través de dos estrategias bastante opuestas. Una estrategia liberal que, en última instancia, se concentra en la reducción de la pobreza a través de una provisión focalizada de las prestaciones, y una estrategia socialdemócrata que busca reducir la desigualdad a través de una provisión universal de las prestaciones, al margen del estatus de menesterosidad de los ciudadanos. La estrategia socialdemócrata es más justa en términos filosófico-morales, pero ineficaz en términos

sociológicos. En cambio, la estrategia liberal resulta eficaz en términos sociológicos, pero menos deferente al fin igualitario frente a la estrategia socialdemócrata.

La implementación de la estrategia liberal ha encontrado como obstáculo una tendencia que pretende la universalización de los derechos sociales sin asumir los costos de la estrategia socialdemócrata. En tal sentido, se elimina su provisión focalizada, manteniéndolos como derechos subjetivos para que sean reclamados por todos, incluso por quienes se encuentran en mejor condición económica. Esto ha generado un sistema que resulta justo solo en intenciones y apariencias. La evidencia demuestra que se ha transformado en una herramienta para mantener las desigualdades entre las clases sociales.

El establecimiento de una forma coherente de provisión de las prestaciones sociales requiere reconsiderar la estrategia liberal, retomando como presupuesto el estatus de menesterosidad, que es necesario para que los recursos, naturalmente escasos, sean destinados a quienes realmente los necesitan. Frente a propuestas «más justas» en términos morales, como la estrategia socialdemócrata, surge el dilema de elegir entre lo justo y lo eficaz, entre la realidad y las buenas intenciones. No debe olvidarse, sin embargo, que de buenas intenciones está empedrado el camino al infierno.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atria, F. (2004). ¿Existen derechos sociales? *Discusiones*, (4), 15-59.

- Atria, F. (2012). Observaciones sobre el comentario del profesor Julio Verdugo. *Anuario de Derecho Público*, (1), 62-74.
- Atria, F., Larraín, G., Benavente, J. M., Couso, J. y Joignant, A. (2013). *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*. Debate.
- Beyer, H. y Cox, L. (2011). Gratuidad de la educación superior: una política regresiva. *Puntos de Referencia*, (337), 1-8. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095625/pder337_LCox_HBeyer.pdf
- Blancas, C. (2011). *La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Paidós.
- Bobbio, N. (1996). *Derecha e izquierda*. Taurus.
- Bottomore, T. (2007). Ciudadanía y clase social, cuarenta años después. En Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social* (pp. 85-138). Alianza Editorial.
- Carbonell, M. (2004). La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. *Jurídica*, (34), 301-333.
- Edwards, S. y García, Á. (2015). Educación y derechos constitucionales. *Estudios Públicos*, (139), 67-104.
- Ermida, Ó. (2012). Crítica de la libertad sindical. *Derecho PUCP*, (68), 33-61.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013a). *Principia iuris. 1. Teoría del derecho*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013b). *Principia iuris. 2. Teoría de la democracia*. Trotta.

- Ferrajoli, L. (2013c). *Principia iuris. 3. La sintaxis del derecho*. Trotta.
- Foucault, M. (2004). *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Pre-Textos.
- Fukuyama, F. (1990). ¿El fin de la historia? *Estudios Públicos*, (37), 5-31.
- García Belaúnde, D. (1982). Los derechos humanos como ideología. *Derecho PUCP*, (36), 97-114.
- González, R. (s. f.). Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación. <https://www.tendencias21.es/derecho/attachment/113651/>
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Fontamara.
- Hayek, F. (2006). *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial.
- Hierro, L. (2009). Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. En García, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación* (2.^a ed.) (pp. 163-222). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado* [ePub]. Universidad Externado de Colombia.
- Marshall, T. H. (1997). Ciudadanía y clase social. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (79), 297-344.
- Martínez, J. (2004). Las generaciones de derechos humanos. En Betegón, J., Laporta, F., Prieto, L. y De Páramo, J. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 409-435). Centro de Estudios Constitucionales.
- Nikken, P. (1994). El concepto de derechos humanos. En Cerdas, R. y Nieto, R. (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I* (pp. 15-37). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- Ortiz, L. (2008). El derecho de acceso a la justicia. En Becerra, M., Cruz, Ó., González, N. y Ortiz, L. (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes. Tomo II* (pp. 403-422). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Peña, A. (2016). La teoría fuerte de los derechos sociales: reconstrucción y crítica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (34), 251-269. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8262/8811>
- Pérez, A. E. (1991). Las generaciones de derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 203-217.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Trotta.
- Prieto, L. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (22), 9-57.
- Rabossi, E. (1997). Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché. *Lecciones y Ensayos*, (69-71), 41-52.
- Rodríguez, C. (2015). La influencia de las clasificaciones de derechos humanos en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Ciencia Jurídica*, (7), 123-139.
- Sánchez, D. (2011). Sobre el concepto de *historización*. Una crítica a la visión sobre las de-generaciones de derechos humanos. *Praxis*, (67), 9-22.
- Vasak, K. (1977, noviembre). La larga lucha por los derechos humanos. *El Correo de la UNESCO*, 29-32.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 299-332

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.398

Pandemia, gobernanza y derechos humanos

The pandemic, governance and human rights



EDWIN VILMER FIGUEROA GUTARRA
Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)

Contacto: efigueroag@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

RESUMEN

La COVID-19 ha colocado a la humanidad entera en un laberinto, similar al del Minotauro, que demanda escrutar complejas salidas para superar la pandemia. Nuestra vida se ha transformado radicalmente dadas las enormes restricciones a los derechos fundamentales en todos los países del orbe. En esa disyuntiva, resulta necesario realizar un reexamen del concepto de gobernanza y sus diversas variantes en relación con las políticas públicas, así como reevaluar la dimensión axiológica de los derechos humanos como elementos centrales a tener en cuenta en la denodada lucha por recuperar parte de nuestra vieja normalidad. En ese camino, la lucha contra la pandemia nos deja algunas enseñanzas de valor que es necesario destacar.

Palabras clave: COVID-19; pandemia; gobernanza; derechos humanos.

ABSTRACT

The COVID-19 has placed the whole of humanity in a labyrinth, similar to that of the Minotaur, which demands scrutinizing complex exits to overcome the pandemic. Our lives have been radically transformed by the enormous restrictions on fundamental rights in all countries of the world. In this dilemma, it is necessary to reexamine the concept of governance and its various variants concerning public policies, as well as to reassess the axiological dimension of human rights as central elements to be taken into account in the courageous struggle to recover part of our former normality. On this path, the fight against the pandemic has taught us some valuable lessons that should be highlighted.

Key words: COVID-19; pandemic; governance; human rights.

Recibido: **11/05/2021** Aceptado: **25/05/2021**

La pandemia de COVID-19 está exacerbando las violaciones ya existentes de derechos humanos y propiciando otras. No obstante, también está estimulando oportunidades para promover la agenda de los derechos humanos.

OXFAM

1. INTRODUCCIÓN

Los años 2020 y 2021 nos legan una lección muy compleja y de difícil asimilación de aprendizaje: no obstante los avances sustantivos acumulados en los últimos quinquenios, en materia de derechos humanos y a nivel de sistemas nacionales y regionales de protección de estos derechos, nunca antes habíamos apreciado, esta vez con incredulidad, una deconstrucción tan manifiesta, un retroceso tan marcado, un camino en reversa tan discutible de nuestras libertades públicas, en buena cuenta, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19.

Se trata, pues, de un mal que aún amenaza, con fuerza constante, nuestros tradicionales modos de vida, y que habría hecho incluso desaparecer aquella «vieja normalidad» a la que estábamos acostumbrados. Inclusive esta crisis pone en entredicho, dadas sus múltiples manifestaciones, si acaso hemos de recuperar el *modus vivendi* de libertades fundamentales que acumulamos en decenios, de una tendencia que fue consistente en su matiz de progresividad de los derechos humanos, pues siempre opusimos la tesis del crecimiento inexorable de los derechos de la persona humana frente a posibles, y hasta muy lejanos, escenarios de regresividad de los derechos de esta naturaleza.

Hoy, enfrascada la humanidad en constantes dilemas de vacunas y medidas para la reducción de los contagios, las democracias del mundo están orientadas a decisiones urgentes en el plano de la salud, de tal forma que las demás esferas del quehacer humano parecerían relegadas a un segundo plano. Intuimos que la crisis es temporal, pero no tenemos certeza alguna de cuándo volveremos a un panorama cercano a nuestro modo de vida hasta entonces acostumbrado, sobre todo caracterizado por la convivencia en democracia de amplias libertades y siempre matizado por un avance cualitativo de las políticas públicas en materia de derechos humanos.

A pesar de diversos retrocesos, queremos recoger la idea, y así lo proponemos, de que los derechos humanos persiguen rescatar un aliento de inalienabilidad, y que en medio de la incertidumbre creada por la COVID-19, los tiempos venideros han de consolidar que, aun en panoramas inciertos de pandemia, es obligación moral de la sociedad civil un necesario apuntalamiento de los derechos de primer orden de la persona. Y ello se logra con medidas adecuadas respecto de una buena gobernanza, una de las esferas centrales hacia la cual apunta nuestro objeto de análisis.

Bajo el marco del razonamiento que antecede, el presente estudio desarrolla varias de las reflexiones expuestas *supra* y pretende

destacar un análisis mixto de la relación que se debe construir entre las nociones de pandemia y gobernanza; de esa forma, las interrelaciones entre ambos conceptos definen incidencias que persiguen consolidar una tesis principal de defensa de los derechos humanos en contextos complejos, que ponen a prueba, por cierto, todos los avances hasta ahora logrados en la materia.

Con este fin, es importante enfatizar cómo la pandemia que hoy nos afecta ha trastocado, contra todo pronóstico inicial, las relaciones en sociedad y, en especial, cuáles afectaciones relevantes ha supuesto esta misma plaga en los conceptos de gobernanza, noción que debe distinguirse de la idea de gobernabilidad. Para ello es relevante destacar que distintas acepciones de gobernanza, que siempre entendimos como una propuesta de viabilidad, prácticamente han caído, por la misma pandemia, en contradicciones de definición, las cuales nos obligan a replantear ideas de uso afianzadas hasta hoy, para dar paso —lo entendemos así— a una idea de necesaria dosis de pragmatismo de las políticas públicas en el combate contra la COVID-19.

Y aludíamos a una noción de revisión del *statu quo*, como hasta entonces entendimos las políticas públicas más tradicionales, pues habremos de ver, sucintamente, por qué el accionar de las democracias tradicionales frente a la pandemia parece no haber surtido los efectos necesarios y, por el contrario, son precisamente varias economías desarrolladas las que acusan un desempeño hasta cierto punto negativo frente a la pandemia, expresado ello en altos niveles de muertes y un profuso crecimiento de contagios en la lucha contra la propagación de la enfermedad. Por el contrario, otras naciones de menor tamaño, aunque no exentas de problemas, han acusado una respuesta de mejor alcance, en términos de ahorro de vidas humanas, frente a una aparentemente sólida maquinaria pre-COVID-19.

En esa lógica conceptual, los efectos de estas disparidades en materia de derechos humanos son destacables, en tanto en cuanto las políticas públicas de los gobiernos finalmente inciden en las perspectivas sistémicas de los derechos humanos, y es este último balance el que merece valorarse.

En esa medida, merece aprobación social una política pública que logra resultados tangibles si logra salvar más vidas humanas frente a los embates de la pandemia, así como merece desaprobación social aquella política de orden público que, bajo un espíritu negacionista de la enfermedad o anquilosada en una concepción tradicional de hacer las cosas como siempre se hicieron, finalmente exhibe resultados negativos en el acápite más relevante de la acción social de un país: el bienestar de vida de sus ciudadanos. Y en definitiva, si la tasa de mortalidad de un país por COVID-19 es alta, o sumamente compleja en otros factores de medición, existen estándares que señalan que hubo inacción o bien las acciones emprendidas fueron lamentable y manifiestamente insuficientes.

Concluimos con algunas reflexiones de valor, y en este segmento de ideas, una interrogante fluye con diáfana nitidez: a pesar de todas las incidencias negativas que ha acarreado este nuevo coronavirus en el campo de los derechos humanos, ¿es posible extraer enseñanzas positivas de esta pandemia? Se trata de una pregunta retadora que pone de manifiesto si ante tantos escenarios negativos que nos ha deparado la pandemia, acaso podemos adoptar algunas lecciones y enseñanzas a futuro. Arriesgamos una respuesta positiva a esta interrogante en la medida que en este contexto en el cual nuestros derechos se han reducido de modo ostensible, justificando eso una palmaria preocupación, la COVID-19 nos enseña a valorar, de mejor forma, aquellas otras libertades de que antes gozábamos en forma cuasi irrestricta. Así, quizá vivíamos, cual alegoría volteriana, en el mejor de los mundos posibles, a pesar de todos los defectos de las democracias constitucionales, y en realidad no lo sabíamos.

Pues bien, es moralmente exigible, entonces, la necesidad de acotar que resulta un imperativo categórico la exigencia de demandar que se restauren nuestros viejos derechos, pero, al mismo tiempo, es razonable entender que no existe comprensión cabal del mundo, de sus valores, de sus alcances, de sus más íntimas manifestaciones de valor democrático, sin un correlato de observancia, respeto y tutela *in crescendo* de los derechos humanos.

En esa línea de reflexión, no aludimos a la concepción miltoniana de un paraíso perdido, ni a la visión de Moro de un mundo utópico, sino simplemente a la exigencia directriz de que las políticas públicas procuren una línea material de protección de los derechos de la persona, tal y como se han manifestado los sistemas regionales de protección de los derechos humanos una vez declarada la pandemia. Esto es, son aceptadas las medidas extraordinarias de los gobiernos en cuanto a estados de alarma, de excepción o de calamidad, en sus respectivas latitudes, pero siempre que ello se exprese respetándose las líneas tutelares de salvaguarda de los derechos del individuo, sin excesos manifiestos, sin expoliación incongruente de derechos y sin despojo irrazonable del contenido esencial, del núcleo duro, del fin último de los derechos humanos.

En ese propósito, los derechos humanos deben salir fortalecidos en su valor material, a pesar de los difíciles contextos a que han sido sometidos por causa de la COVID-19.

2. PANDEMIA Y DERECHOS

Analizar la pandemia de la COVID-19 desde la perspectiva de los derechos en su acepción general nos conduce inevitablemente a una noción de restricción de libertades. Fue así durante la peste negra de 1347 y los años siguientes en Europa, plaga que se llevó alrededor de 75 millones de vidas. En ese entonces, las personas aquejadas por el mal eran encerradas por la fuerza en sus propios domicilios

y se marcaba las puertas de las casas para evidenciar que allí había un enfermo. Ocurrió también una sesgada restricción de los derechos de la persona durante la gran pandemia de Londres de 1665, la cual cobró no menos de 100 000 vidas, cuando el sistema de cuarentena adquirió cierta organicidad, y nadie podía entrar ni salir de una casa donde había muerto alguien de peste por espacio de 40 días.

De la misma forma, los derechos en materia de salud se redujeron a su mínima expresión durante el período de la gripe española de 1918, dado que la respuesta hospitalaria de los Estados fue deficiente en extremo, elemento que incrementó el número de pérdida de vidas humanas hasta un estimado de 50 millones, es decir, hubo más muertes a causa de este mal que durante la Primera Guerra Mundial, acaecida entre 1914 y 1918. La pandemia de aquel entonces mató más personas que la gran conflagración mundial.

Es importante anotar que un rasgo particular de la COVID-19 es su ocurrencia durante una etapa en la cual la tecnología ha logrado avances cualitativos extraordinarios. Incluso el genoma del nuevo coronavirus fue descifrado en enero de 2020, y aun cuando se trata de una enfermedad cuyas incidencias y efectos todavía exigen estudios más exhaustivos, podemos aseverar categóricamente que hoy, a diferencia de las épocas de las grandes plagas referidas, la ciencia, indudablemente, se encuentra de nuestro lado, en cuanto a avances técnicos para luchar contra muchos males. Sin embargo, todas esas sumas, frente a la actual pandemia, acusan preocupante insuficiencia, sobre todo por la dimensión todavía desconocida de esta pandemia y por su condición de «riesgo global».

En relación con lo afirmado, señala Sanahuja (2020) que la COVID-19 genera dos crisis que convergen: una ecológica y otra médico sanitaria, y en ello

inciden tres factores causales: a) la actividad humana, que causa la desintegración de ecosistemas a un ritmo cataclísmico; b) la existencia de una «virusfera» gigantesca, con un gran número de organismos patógenos parasitarios; y c) la creciente tendencia de esos organismos parásitos a buscar nuevos anfitriones donde alojarse, siendo los candidatos obvios los seres humanos, dado su número y omnipresencia (p. 32).

Acota el mismo autor:

como expresión de un «riesgo global», el alcance sistémico de la crisis creada por la enfermedad de la COVID-19 parece responder más a la falta de preparación de los gobiernos, las sociedades y la respuesta multilateral, que al patógeno mismo, aun admitiendo las características de este virus, muy dañino cuando se manifiesta, pero también difícil de diagnosticar, ya que puede permanecer hasta doce días sin manifestarse, y que en muchos portadores se muestra asintomático (2020, p. 31).

Lo antedicho tiene un efecto relevante en el campo de los derechos, pues las pandemias ponen a prueba hasta dónde los seres humanos han consagrado sus libertades públicas. Al respecto, es de destacar una dimensión positiva en ese contexto de derechos logrados, dado que podemos alegar que un haz de instrumentos normativos, así como un importante estándar de decisiones jurisprudenciales en materia de derechos humanos, en buena cuenta, confieren a los individuos una importante noción expectativa respecto de sus derechos, configurándose así una dimensión positiva de estos. Nos referimos aquí a un cúmulo de potenciales elementos para el ejercicio del derecho de petición, el cual le asiste a toda persona por su sola condición de ser humano.

Muy distinto era el horizonte de esta posibilidad de ejercicio de derechos durante las otras grandes plagas en los siglos pasados, ya que las personas querrían haber optado por demandar de sus

Estados o sociedades un ejercicio de protección de sus derechos, mas ese conjunto normativo de elementos no existía, y bajo una lógica utilitarista, el individuo se limitaba a defenderse con lo único que poseía: su intuición, sus creencias y sus emociones, sin esperar mayor acción de los Estados.

La pandemia actual, por otro lado, muy a nuestro pesar, destaca una dimensión negativa de los derechos, pues logra demostrar, las más de las veces, que el ejercicio de los derechos, principalmente los de la salud y la vida, admite flagrantes limitaciones y restricciones, más aún frente a un fenómeno todavía poco conocido como la COVID-19, cuyo comportamiento es todavía impredecible en muchos aspectos, y ello causa crisis de gobernanza en los Estados, por acción u omisión.

Entonces, ello se traduce en que los avances logrados en la consolidación de los derechos humanos son sometidos a duras pruebas de corroboración. En ese tránsito nos damos cuenta de que lo que dábamos por cierto y descontado, por ejemplo, la atención inicial suficiente de un servicio hospitalario de salud, frente a problemas de saturación de oxígeno por causa de la COVID-19, choca, en la dura realidad, con la ausencia de equipos para estas atenciones especiales, o la insuficiencia de camas de unidades de cuidados intensivos, o bien la falta de personal sanitario entrenado para estos avatares.

Lo descrito es quizá, y es tan solo un ejemplo, una de las facetas más complejas de los escenarios que nos plantea la COVID-19. Nos referimos a que hemos dado por cierto, pues nos asiste ese derecho expectatio, que el Estado cumple la implementación de un sistema de salud adecuado. Esto último constituiría la dimensión positiva de los derechos humanos en la concepción que presentamos y, sin embargo, con ese mismo rigor, la faceta negativa se expresaría en la difícil realidad diaria que plantea la enfermedad para derechos humanos de envergadura como el de la salud. Ello nos lanza a un

balance de dura asimilación del contexto verdadero de nuestros derechos, con pronóstico por ahora desfavorable.

Podríamos ejemplificar nuestra posición con otro fenómeno quizá distinto a la COVID-19. Esto pudo ocurrir con desapariciones forzadas de personas, asesinatos masivos de poblaciones u otras tantas situaciones de las que, a diario, son testigos los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Y sin perjuicio de lo señalado, hay una diferencia sistémica con la actual pandemia. Ello se expresa en la naturaleza pluriofensiva de este mal, en tanto otras lesiones a los derechos humanos focalizan el daño y el universo es más cerrado. La COVID-19 es una enfermedad que se caracteriza por atacar a todos los seres humanos sin distinción de rangos, estatus social o condiciones personales. En esa lógica, todos nos podemos contagiar, nadie queda a salvo de los efectos que pudiera causar la enfermedad, y ello obliga a multiplicar los esfuerzos de los gobiernos, los cuales, a la fecha, acusan un preocupante nivel de insuficiencia, pues los Estados y la sociedad parecemos caminar a pie en los avances de progreso frente al mal, en tanto que la COVID-19 nos demuestra que viaja, figurativamente, en medios motorizados.

¿Cuál habría de ser entonces el panorama de los derechos humanos en su perspectiva general frente a la COVID-19? Podemos tentar un ejercicio aproximado, no definitivo de escenarios, y podemos realizar un ejercicio cronológico de acercamiento: en el 2020 la pandemia se consolidó como la principal amenaza pública en materia de salud y los Estados esbozaron respuestas que notoriamente fueron incompletas, a pesar de los esfuerzos desplegados. Es más, no vimos en el 2020 un retroceso del mal y, por el contrario, hacia fines del año, el panorama era el de posible mayor propagación del problema, tema proyectado con las variantes, de mayor efecto de contagio, del Reino Unido, Sudáfrica y Brasil.

El 2021 habría de ser el período de vacunación en muchos países, mas es necesario anotar que las vacunas por sí mismas no representan el fin de la enfermedad. Al respecto, vale señalar una distinción que realizan los científicos. En rigor, se trata de que la vacuna propiamente no impide el contagio *per se*, sino que logra, y ello es plausible, que quien resulte contagiado no desarrolle los efectos más severos del mal, e inclusive la vacuna evita la muerte misma.

Por lo tanto, el riesgo de contagio ha de seguir existiendo y, al respecto, lo positivo será que el número de muertes irá disminuyendo. ¿Cuál es el panorama de los derechos en este contexto? Creemos que seguirán las restricciones y lo apreciamos ya en las medidas que adoptan los gobiernos: toques de queda ampliados, restricciones adicionales de atención de los negocios, nuevas limitaciones de movilidad de las personas, etc.

El contexto de mejora de libertades públicas mejoraría en el 2022, mas ello habrá de definirse en función de los efectos logrados por las vacunas y, sobre todo, a partir del análisis costo-beneficio de las medidas adoptadas por los Estados. Sin embargo, sí es tangible que la situación de los derechos ya no empeorase, pues entendemos que la crisis ya habría tocado fondo entre los años 2021 y 2022. El aspecto contingente o hipotéticamente contrario a destacar, de imprescindible mención por necesidad de transparencia con nuestro razonamiento, es que las mutaciones del virus causen crisis adicionales y pongan en jaque nuevamente los sistemas de salud. No obstante, debemos confiar en que esa situación no se produzca.

Anotado lo expuesto, el 2023 habría de ser el año con una mejor recuperación de la humanidad y de nuestros derechos en relación con los efectos de la COVID-19. Los Estados irán reduciendo, gradualmente, las limitaciones impuestas por causa de la pandemia en los años anteriores y podremos percibir un clima de progresiva

recuperación de nuestros derechos. Naturalmente todo esto se supe-
dita a que los indicadores de retroceso de la enfermedad sean
consistentes, y ello habrá de permitir, sobre una base más sólida,
que los Estados puedan adoptar decisiones basadas en un contexto
verificable de la eliminación paulatina de la pandemia.

Bajo el análisis desarrollado, podríamos llamar al 2024 y los años
siguientes como los de la pospandemia, que se caracterizarían por
volver, en gran medida, a nuestra normalidad de antaño, aunque
es ciertamente presumible que algunas medidas de control habrán
de seguir vigentes, pues la previsión es que la COVID-19 se con-
vierta en un problema estacional y deje de ser la pandemia con las
características que hoy posee. Desde ese eje, esperamos una mejor
recuperación del goce y ejercicio de los derechos de las personas.

Los derechos apuntan, en consecuencia, a recuperar su ejercicio,
ya que esa es la naturaleza implícita de su desarrollo y, sin embargo,
no podemos negar el carácter de *temporary pause*, es decir, de pausa
temporal en que nos pone la pandemia.

3. LA GOBERNANZA COMO CONCEPTO MATERIAL

Un concepto central en este estudio es la incidencia de la noción
de gobernanza, acepción a la cual pretendemos conferirle un rol
relevante desde una dimensión material, esto es, de identificación
de sus rasgos más distintivos desde una visión de esencia de la idea
expuesta.

Antonio Guterres, secretario general de las Naciones Unidas,
reseña que «necesitamos con urgencia pensar de manera innovado-
ra sobre la gobernanza global y el multilateralismo, y adaptarlos
al siglo XXI» (Noticias ONU, 2020, «A la altura de los tiempos»,
párr. 2), y acota sobre esto mismo que «el mundo precisa de un mul-
tilateralismo en red, con vínculos y cooperación sólida entre orga-
nizaciones internacionales y regionales, instituciones financieras

internacionales y otras alianzas e instituciones globales» (Noticias ONU, 2020, «A la altura de los tiempos», párr. 3). Complementa estas reflexiones agregando que «Naciones Unidas deberían mejorar la eficacia de su contribución a la gobernanza global. [...] la responsabilidad principal de garantizar el funcionamiento de esa gobernanza recae en los Estados miembros» (Noticias ONU, 2020, «A la altura de los tiempos», párr. 9), así como «La reforma de la gobernanza global no sustituye a la acción colectiva de los Estados miembros para superar los desafíos comunes» (Noticias ONU, 2020, «A la altura de los tiempos», párr. 10).

Desde otra perspectiva, González Placencia (2013) señala que:

una sociedad bien ordenada, que ha resuelto el tema de la gobernabilidad en sentido democrático, es aquella en la que, como señalaba John Rawls (1996), los intereses de todos los individuos racionales pueden acompasarse en una voluntad política que les permite reconocerse como colectivo, al tiempo que ellos mantienen los rasgos —su religión, su raza, su doctrina política— que los hacen particulares (p. 8).

El panorama de los derechos, a tenor de lo afirmado, es muy complejo. Bachelet (2020) acota:

Estamos ante una situación de gobernanza internacional muy difícil. Uno habría pensado que esta pandemia hubiera permitido poder decir «tenemos que trabajar todos juntos», sin embargo, es algo que no se ha dado todavía, no se ha dado ni entre los más grandes, ni se ha dado entre los más pequeños, o los medianos (p. 29).

Reseñados los conceptos que anteceden, los cuales inciden en definir una idea muy inicial de gobernanza y, sobre todo, contrastarla con el contexto actual que vivimos, es relevante diferenciar, inicialmente, gobernanza de gobernabilidad. La gobernabilidad

mantiene una perspectiva gubernamental dominante o exclusiva, y parte del supuesto de [...] un gobierno dotado con las capacidades necesarias [...] para dirigir a la sociedad, mientras que la perspectiva de la gobernanza supone que por sí solos los gobiernos, aunque sean legítimos [...] no pueden hacer frente a varias cuestiones públicas complejas, cuya solución exige la labor conjunta del gobierno y sus ciudadanos (Zavala de Alba, 2015, p. 16).

Efectuada esa necesaria diferenciación, queremos ser puntuales en destacar que la COVID-19 se ha encargado, en este período de acciones gubernamentales frente a la pandemia en 2020 y lo que va de 2021, de desbaratar aquello que entendíamos por supuestos dados. De esa forma, ha afectado radicalmente a nuestras definiciones tentativas de democracias mejor preparadas para enfrentar adversidades de distinto rango. La pandemia parece lograr que se reescriba, por ahora, la historia misma de la humanidad.

Lo expuesto nos sirve de marco para reflexionar sobre los aspectos pragmáticos de la gobernanza. Recurrimos así a una valiosa reflexión de la profesora Ngaire Woods (2021, p. 22), quien anota un escenario contradictorio respecto de la COVID-19 entre dos naciones desarrolladas —EE. UU. y Reino Unido— y otras dos naciones con menores avances —Senegal y Sri Lanka— para destacar resultados notoriamente adversos en su lucha contra la pandemia: bastante desfavorables para los dos países de habla inglesa y, cuando menos, de expectativa alentadora para las dos modestas naciones.

La profesora Woods toma como referencia, para su importante contrastación, una comparación prepandemia de estos países en el Índice Global de Seguridad Sanitaria (GHSI), herramienta global que califica la capacidad de los países para prevenir, detectar y reportar una infección, y responder rápidamente frente a brotes de enfermedades. La misma autora anota que, declarada la COVID-19 y valorada la actuación de los países referidos, «estos rankings parecen absurdos», y anota un aspecto de suma importancia: «los

10 países más afectados por el COVID 19 en términos de muertes por millón de habitantes están entre los primeros 20» (Woods, 2021, p. 22) del mencionado *ranking*.

En el desarrollo de su tesis, Woods destaca los países cuyas políticas de gobernanza merecen un análisis. Señala así, como referimos antes, el caso de Senegal, y menciona que su ubicación en el GHSI era el puesto 95, con una calificación de 37,9 —Estados Unidos, en el primer puesto, registraba 83,5—, y destaca las acciones inmediatas de dicho país contra la pandemia desde el mismo enero de 2020.

Refiere Woods (2021) que el país africano

desplegó unidades de testeo móviles, estableció un sistema de rastreo de contactos y construyó instalaciones de aislamiento en hospitales y hoteles. El gobierno también prohibió de inmediato reuniones públicas, impuso un toque de queda nocturno, restringió el turismo doméstico y suspendió los vuelos internacionales. En octubre, el país había registrado alrededor de 15,000 casos y 300 muertes (p. 22).

Añade a su comparación el caso de Sri Lanka, país ubicado en el puesto 120 del GHSI. En este caso:

el gobierno desplegó al ejército para ayudar y puso en marcha testeos rápidos desarrollados localmente. Estableció un régimen riguroso de rastreo de contactos, brindó ayuda a quienes estaban aislados y detectó obligatorio el uso de mascarillas faciales en público. En noviembre de 2020, el país había reportado solo 13 muertes por COVID 19 (Woods, 2021, p. 22).

Además, acota una pregunta que invita a la reflexión: «Si estos países pobres pudieron manejarse tan bien, ¿por qué EE. UU. y Reino Unido fracasaron?» (Woods, 2021, p. 22). Ciertamente es un ejercicio hartamente complejo responder esta interrogante, pues se ponen en juego muchos factores. Sin embargo, debemos esbozar algunos

trazos tentativos a modo de nueva pregunta: ¿manejaron Senegal y Sri Lanka mejores estándares de gobernanza en relación con sus homólogos EE. UU. y Reino Unido?

Creemos, intentando ordenar una respuesta congruente a lo arriba planteado, que primó, sustantivamente, una respuesta pragmática de entorno inmediato frente a la situación producida por la COVID-19, de un lado; y, de otra parte, coincidiendo con la profesora Woods, podemos afirmar que la gobernanza siempre puede dejarnos lecciones brutales, al tiempo que, en esencia, la gobernanza *per se* no implica un concepto engominado y sujeto a delimitaciones teóricas en exceso formalistas.

Hemos de insistir en que la diferencia de las realidades de los países referidos es implícitamente manifiesta. Sin embargo, no hemos de llegar a la falacia de generalización de que todo, al fin y al cabo, es distinto, y que nada puede ser igual. En efecto, es distinto manejar un país de más de 300 millones de habitantes, como EE. UU., a hacerlo con un país de alrededor de 16 millones, como Senegal, pero vayamos, en concreto, a que son exigibles, de suyo, en contextos de pandemia, acciones inmediatas de los propios Estados, así como decisiones de gobierno que apunten a respuestas inmediatas en resultados. En tanto, se puede acotar tres escenarios: en un primer rango, nos encontramos ante un nuevo tipo de crisis, como en el caso de la COVID-19, y esto causa un segundo contexto de amenaza a la salud humana; ello deja abierto, lo hemos constatado en todo este tiempo, un tercer campo: son exigibles resultados que amainen los efectos de la pandemia, y sin ellos, siempre habrá más muertes y más adversidad.

De la misma forma, conviene analizar brevemente, desde la lógica de la gobernanza misma como abstracción, por qué un país con una buena ubicación en el barómetro GHSI acusa una respuesta bastante deficitaria frente a la pandemia, en tanto que un

país relegado en esa misma lista ha obtenido mejores estándares de rendimiento en concreto frente al avance de la COVID-19.

Creemos, en fórmula de hipótesis, que la pandemia ha modificado todos los parámetros de actuación de los gobiernos en materia de perspectivas de desarrollo de la misma COVID-19, y lo ha hecho también en cuanto a estándares usuales en materia de salud; finalmente, sin que esta sea una lista exhaustiva, sí influye la pandemia *sans doute*, esto es, sin duda, en la tradicional concepción de gobernanza, modificándola, de raíz, frente a los complejos escenarios que denota la pandemia. Desarrollemos uno a uno estos tres aspectos señalados: perspectivas, salud y gobernanza.

En relación con el ítem de perspectivas, la evolución inicial de la COVID-19, es de anotarse, condujo a la proyección del término de una primera ola de la enfermedad, y naturalmente ello trajo consigo cierta visión de que lo peor ya había pasado, hacia el tercer trimestre de 2020, para muchos países. Sin embargo, la segunda e incluso la tercera ola de esta pandemia parecen ser realidades complejas que, de hecho, acarrearán ya más fallecimientos que la primera.

¿Faltó aquí proyección de los gobiernos? Creemos que las olas posteriores eran fenómenos previsibles, pero, en rigor, ante la complejidad de una enfermedad cuyos estándares de desempeño son desconocidos, la realidad misma de la evolución del mal desbordó los escenarios de actuación de los gobiernos y puso a la humanidad misma en una situación que hoy es permanentemente deficitaria en términos de salvación de vidas. Eso lo demuestran, día a día, las estadísticas de la Organización Mundial de la Salud.

En el ámbito de la salud, la COVID-19 ha demostrado, de igual forma, que toda previsión de infraestructura hospitalaria, incluso de los países mejor ubicados en el GHSI, ha demostrado ser marcadamente insuficiente. La evolución de la misma COVID-19 y de sus variantes, que hacen inclusive más contagiosa la enfermedad,

viene generando una presión hospitalaria más fuerte sobre los sistemas de salud, pues a más contagios, más exigencias de camas en los hospitales y, con certidumbre, la velocidad de implementación de servicios de salud en cuanto a camas para los casos más graves no necesariamente habría de ir al mismo ritmo que una mayor demanda de camas de Unidades de Cuidados Intensivos en el sistema de salud. Por consiguiente, de nuevo la cruda realidad desborda la previsión de las autoridades en salud.

El balance de los aspectos acotados nos conduce, con lógica de inferencia y como tercer aspecto que se tiene que delimitar, a una crisis de gobernanza que nos replantea la exigencia de revisar los conceptos tradicionales hasta ahora construidos nominalmente, es necesario replantear, incluso, su revisión. En esa dinámica conceptual, un primer trazo de conclusión nos lleva a inferir que la buena ubicación de un país en el estándar GHSI no asegura una mejor respuesta frente a una pandemia, y los ejemplos esbozados por la profesora Woods son más que ilustrativos y nos relevan de un comentario más exhaustivo.

Sin perjuicio de lo afirmado, sí es importante anotar, incluso como la primera importante conclusión de este estudio, la necesidad de revisar los conceptos de gobernanza construidos en relación con el parámetro GHSI y la misma realidad de la COVID-19. Ha sido concluyente que se han venido abajo supuestos que asociábamos con naturalidad. Esto es, en concreto, que una economía desarrollada con toda lógica conducía a estándares de respuestas adecuadas frente a una pandemia. ¿Por qué? Porque el barómetro GHSI así parecía garantizarlo.

Podemos esbozar una conclusión importante, a partir de un estudio de Naciones Unidas (2008), y ello reside en que

las reformas de la gobernanza promueven los derechos humanos cuando mejoran la capacidad del Estado para cumplir su

responsabilidad de ofrecer bienes públicos indispensables para la protección de cierto número de derechos humanos, como el derecho a la educación, a la salud y a la alimentación (p. 2).

En ese orden de ideas, la mejor gobernanza se construye a partir de un enfoque de incidencia en los derechos humanos. Esto es, se trata de un binomio intrínseco en el cual la gobernanza requiere de los derechos humanos y estos de aquella.

4. ¿NUEVA DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA PANDEMIA?

Oxfam destaca una reflexión de interés respecto de la relación entre pandemia y derechos humanos, e identifica principios de relevancia. Anota, de esa forma, que «los cinco principios clave de los derechos humanos especialmente relevantes para las respuestas ante la pandemia son: igualdad y no discriminación, participación, proporcionalidad, dignidad humana y cuidados, y los derechos a la libertad de expresión, de reunión y a la información» (Oxfam, 2020, p. 4). Se trata, creemos, de ejes esenciales para la construcción de una política pública idónea en derechos humanos.

Igualmente, Nash Rojas (2020) aporta que «la crisis generada por la pandemia del COVID-19 no es solo una crisis sanitaria, sino que también es una crisis de Derechos Humanos que obliga a los Estados a adoptar una respuesta multidimensional que los incluya dentro de su diseño» (p. 45). A esa reflexión agrega:

en este contexto un riesgo evidente ha sido que se abran espacios para pensar la crisis del COVID-19 como una oportunidad propicia para establecer una suerte de «receso» en las obligaciones de los Estados en materia de Derechos Humanos o como una oportunidad para avanzar en agendas restrictivas en materia de Derechos Humanos (p. 46).

¿Y dónde se produce la mayor incidencia de esta compleja interacción entre pandemia y derechos humanos? En el campo del derecho a la salud. De este modo, señala Nash Rojas (2020):

sin duda, el primer gran desafío y la mayor urgencia generada por la pandemia era enfrentar la crisis de salud pública. El Estado chileno tenía el deber de enfrentar la pandemia garantizando a todas las personas sujetas a su jurisdicción el acceso a salud bajo los principios de accesibilidad, calidad, adecuación y aceptabilidad (p. 49).

En efecto, la salud resulta un bien frontalmente agredido por la COVID-19, y de esa forma:

la pandemia es un riesgo para todos nosotros, pero tiene efectos desproporcionados en la salud y en los medios de vida de ciertos grupos y de ciertas comunidades. El virus no discrimina, pero los impactos sí lo hacen: los más pobres, los más vulnerables, ya estaban en riesgo previo (Bachelet, 2020, p. 17).

Esas exigencias sobre la salud llevan, de igual forma, a prestar más atención a las políticas públicas, y Bachelet (2020) aporta una reflexión especial: «Estoy convencida de que las políticas públicas tienen que adaptarse a las personas y no las personas a las políticas públicas, porque es la única manera de dar respuestas efectivas» (p. 24).

En balance de las líneas de reflexión desarrolladas *supra*, no podemos dejar de anotar que un efecto directo de la pandemia de la COVID-19 es su incidencia en el campo de los derechos de la persona, desde una acepción general, y he aquí que nos planteamos si acaso esta crisis sanitaria trae consigo cambios en nuestra visión de los derechos humanos, tal como la conocemos hasta hoy.

Los derechos humanos, a partir de la compleja coyuntura trazada por la COVID-19, debemos aceptarlo así, nunca retrocedieron

tanto como en estos tiempos desde que, en Wuhan, China, hacia inicios de 2020, se detectara el primer caso de esta enfermedad. El resultado, a poco más de un año de la pandemia, es un cuantioso número de fallecidos, más de 3 millones hacia abril de 2021.

Anotamos el número de muertes porque es el indicador estadístico que mejor describe el contraste final a que son sometidos los derechos humanos. En efecto, no podemos dejar de referir que se ha restringido severamente, al decretarse medidas de confinamiento a nivel mundial, nuestro derecho de locomoción, lo cual afectó, con creces, nuestra libertad de tránsito. De igual manera, alternativas de esparcimiento como cafés, cines, teatros y actividades conexas fueron cerradas por tiempo no determinado, lo cual implicó afectaciones al derecho al uso del tiempo libre, como componente de ese otro derecho mayor que es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Inclusive fue restringida la libertad de viajar, con lo cual la industria del humo blanco, esto es, el turismo, en sus diversas formas, acusó pérdidas considerables en los rubros de hotelería y vuelos aéreos. Así, toda la economía en conjunto ha resultado afectada y el receso mundial es una realidad ahora innegable.

Y, sin embargo, si bien partimos de una tendencia a afianzar en el sentido de que todos los derechos humanos son de una misma naturaleza, esto es, que deberían ocupar todos los derechos, desde los civiles y políticos hasta los económicos, sociales, culturales y ambientales, una sola y misma categoría, no podemos negar la importancia mayúscula que revisten, lo reiteramos una vez más, los derechos humanos a la vida y a la salud, bienes jurídicos que ha atacado con mayor vehemencia la COVID-19, y cuyas cifras acumuladas a 2021, en términos de daños, contextualizan los alcances de una pandemia que ha puesto contra las cuerdas a la humanidad, y que la obliga a adoptar medidas que a su vez son constantemente replanteadas, dada la naturaleza cambiante de la enfermedad misma.

Debemos poner énfasis, por otro lado, respecto a estos dos bienes jurídicos enunciados, a algo importante: si bien la salud humana se ha visto afectada en forma mayúscula por el desborde de la infraestructura de salud pública en hospitales de todo el mundo, puntualicemos que, al fin y al cabo, la salud es un bien en esencia recuperable. Esto es, aun en las condiciones menos favorables, un paciente hospitalizado que obtiene su alta médica ve en el horizonte inmediato o mediato la perspectiva de una recuperación psicoemocional y física, quizá paulatina, pero que al menos le asegura un probable retorno a sus condiciones de salud previas a la enfermedad.

No sucede lo mismo con el bien jurídico vida, cuya naturaleza, en casos extremos, huelga decirlo, pero vale anotarlo, es irrecuperable. En efecto, la pérdida de vidas humanas es un saldo verdaderamente doloroso por sus implicancias dado que, a simple vista, el número de muertes puede representar una fría cifra cuya causa es el grado de evolución que la enfermedad alcanzó en las personas. Sin embargo, es importante advertir que, detrás de cada cifra, en modo unitario, se esconden una historia de vida y seres queridos, un conjunto de perspectivas de realización truncadas, y una manifiesta contradicción: que el propio Estado no estuvo en la capacidad, por múltiples razones, de ofrecer una respuesta suficiente a un grave requerimiento de salud de un ciudadano, no obstante ser obligación de ese mismo Estado, bajo la noción de un deber especial de protección, garantizar la vida humana.

De esa forma, el Estado incumplió, por acción u omisión, con proteger el bien jurídico vida, elemento inalienable contemplado en el tercer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento que, podrá argüirse, es una herramienta de *soft law*, pero que, en buena cuenta, implica, también, *moralische Verpflichtungen*, es decir, obligaciones morales de los Estados a efectos de garantizar el pleno disfrute de los derechos más elementales de la persona.

Es importante contextualizar entonces que, a pesar de los retrocesos anotados por los indicadores en todos los Estados respecto de las afectaciones observadas, y que estos tiempos transcurridos entre el 2020 y el 2021 parecen haber sido los de una epidemia *sine die*, esto es, sin término, es esperanzador afirmar, con vehemencia, que los derechos humanos conservan su calidad axiológica intacta. Es decir, podemos concluir que no han perdido su esencia. En ese sentido se han pronunciado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020a), así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020), entidades que, en abril de 2020, a pocas semanas de instaurada la pandemia, manifestaron su preocupación, en sendos instrumentos, respecto de la situación de los derechos humanos en contextos de pandemia.

En síntesis, estas entidades avalaron, con cierta reserva, las acciones de los Gobiernos tendientes a las declaratorias de estados de excepción. Entre estados de alarma, emergencia o calamidad, y otras acepciones nacionales, instaron a los Estados a que esas medidas a adoptar, ciertamente duras, fueran determinadas dentro de los lineamientos de tutela de derechos adoptados por las entidades defensoras de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, así como dentro de los estándares de salvaguarda igualmente anotados por estas instituciones tutelares en el marco de sus Opiniones Consultivas, decisiones jurisprudenciales y otros instrumentos de protección de los derechos humanos.

Observemos aquí, con necesario interés, la importancia de dejar de lado esa connotación de meras declaraciones de intención con las cuales se tiende, a veces, a identificar los derechos humanos, alegándose que se trata de proposiciones semánticas sin concurrencia de ejecutoriedad, de coerción u obligatoriedad, con lo cual, de suceder así, las instituciones protectoras de los primeros

derechos de la persona no ostentarían la calidad de organismos de tutela forzosa de los derechos humanos.

Lo arriba anotado descuida, en su visión de solo apreciar el árbol y no el bosque en su conjunto, que las cuestiones relativas a graves afectaciones de los derechos humanos son esencialmente judicializables, y que si bien determinado asunto puede requerir un necesario tránsito por el exigible agotamiento de la vía nacional, así como un estándar previo a nivel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en perspectiva aquello que sea decisión de la Corte Interamericana reviste todas las características de exigibilidad, en tanto constituya cosa juzgada. Valga la acotación de que es relevante graficar esa exigibilidad coercitiva de los derechos humanos a través de los fallos de la Corte, seguramente no numerosos pero sí vinculantes.

En efecto, si hacemos un balance de casos desde la primera sentencia de la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en el año 1988 hasta la actualidad, un balance de la memoria de la Corte al 2019 nos arroja un total de 290 sentencias en casos contenciosos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020b, p. 60), lo cual no representaría una cantidad considerable de fallos. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional que, sin Comisión Europea de Derechos Humanos desde 1998, en mérito a la entrada en vigencia del Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ha sentenciado solo en 2018 y 2019 un total de 1014 y 884 asuntos, respectivamente (European Court of Human Rights, 2020, p. 129).

Sin embargo, aludir al camino largo del tránsito de un caso interamericano no nos exime de un necesario comentario, en clave de construcción, que podríamos denominar la conceptualización de una nueva cultura jurídica de los derechos humanos, es decir, de una fuerza vinculante de los derechos humanos, desde las Opiniones Consultivas de la Corte hasta las Declaraciones tanto de la Corte

IDH así como de la CIDH, lo que se refuerza, incluso, a través de la misma labor pedagógica de estos órganos cuando se trata de encuentros académicos, audiencias temáticas u otros mecanismos colaterales.

Tales elementos coadyuvan, es necesario ponerlo de relieve, y nos permiten entender, como alguna vez proponía en sus clases magistrales en la Washington College of Law el excomisionado Víctor Abrámovich, la importancia de atarse, cual Ulises, al mástil de los derechos humanos, reflexión que a su vez venía acompañada de otra idea sustantiva: es preferible lograr que la importancia de los derechos humanos se instale en el quehacer reflexivo de los jueces en materia de derechos fundamentales. Esto es, que el sistema interamericano vaya hacia los jueces, antes que los jueces dejen que las personas vayan al sistema interamericano de derechos humanos.

La frase que antecede es muy gráfica y habría de lograr el efecto de que si un juez conoce la dimensión, importancia y valía de los derechos humanos, entonces los casos sometidos a su conocimiento habrán de terminar, muy probablemente si las condiciones lo ameritan, con una conclusión de salvaguarda de los derechos humanos involucrados en el caso materia de examen. Ello requeriría un juez imbuido en los estándares más importantes en materia de derechos humanos. Por el contrario, un juez alejado del sentir, palpitar y vibrar de los derechos humanos, hará un tanto las veces de ese ejercicio de *laisser faire, laisser passer*, que alguna vez caracterizó al Estado *watchman* del siglo XIX. Esto es, habrá una conducta de anomia frente a los derechos humanos.

En resumen, consecuentemente, los derechos humanos ostentan una calidad de exigibilidad vinculante, y de ahí la importancia de percibir que, a pesar del duro escenario en materias justiciables que representa la pandemia, es importante inferir que los derechos de la persona no han perdido su carácter de progresividad, su

realización gradual y su implícito espíritu de concreción que hoy caracterizan a las controversias en materia de derechos humanos.

5. LECCIONES POSITIVAS FRENTE A ESCENARIOS NEGATIVOS

Nos debemos interrogar, con manifiesta inquietud y porque la naturaleza de lo hasta ahora abordado así lo exige, si podemos sacar conclusiones positivas para el horizonte de los derechos humanos en los sistemas regionales de protección, a pesar de los graves contextos descritos: imparable número de fallecidos por la COVID-19, desbordamiento de los sistemas de salud nacionales, paralización de las actividades económicas, restricción generalizada de los derechos de las personas, frustración generalizada de las expectativas de desarrollo de los ciudadanos, entre otros aspectos que hoy son moneda común en estas épocas de pandemia.

Pues bien, se hace necesario responder, una vez más, en clave de progresividad, y debemos afirmar, meridianamente, que la COVID-19, junto a todos los escenarios negativos descritos, también nos deja un considerable número de lecciones positivas, aun cuando pueda parecer poco congruente referirnos a aprender en medio de la misma tragedia humana a que la pandemia nos ha empujado. Anotemos algunas primeras, de orden general, y otras más específicas, en cuanto conciernen al tema de gobernanza.

Una lección válida para todos los ámbitos, lo entendemos de esa forma, es que la COVID-19 nos ha enseñado a valorar, con espíritu más reflexivo, el tiempo en nuestras vidas: tiempo de familia, tiempo de trabajo, tiempo libre, entre otras manifestaciones vinculadas a los derechos humanos, incluso respecto a la misma gobernanza.

Diríamos que el tiempo en familia hoy asume una nueva dimensión de valor porque el confinamiento obligó a una convivencia más en común y de mayor compartir entre las familias. De pronto la COVID-19 nos permitió distinguir, sin darnos cuenta,

una dimensión de valía del tiempo familiar que antes transcurría ante el inexorable y veloz tránsito de una vida dominada por la modernidad y celeridad de las obligaciones laborales.

De otro lado, el tiempo de trabajo, igualmente, adquirió otra connotación. La obligada nota de presencialidad de las tareas en el trabajo, por efectos de la COVID-19, ha transitado hogaño hacia un escenario de virtualidad que, es cierto, exige mayor apego y entrenamiento en tecnología, pero, al mismo tiempo, se ve compensada por una representación digital que, en parte, ha reemplazado la exigibilidad de desarrollar tareas en forma física. Y por supuesto que esto redundará a favor, también, del ahorro de costes para las instituciones.

Hoy menos empresas se ven precisadas a alquilar espacios físicos y, en buena cuenta, el uso de plataformas como Zoom, Google Meet o Microsoft Teams desarrolla una fuerte competencia con el mundo presencial. Y aunque aseveremos con certeza que las plataformas tecnológicas no pueden reemplazar la calidez de la presencialidad, un importante contexto a definir es, una vez amaine la pandemia, cuánto de estas plataformas ha de quedar vigente en las reuniones de trabajo a futuro. Naturalmente nos inclinamos por la idea de que muchos de estos aplicativos han de seguir vigentes, en gran medida, en el mundo laboral, en razón de las ventajas que suponen en varios de los aspectos de la relación de trabajo.

Adicionalmente, también como aspecto trascendental, y a tenor de los ítems antes acotados, hoy el tiempo libre asume otra dimensión y creemos es su calidad de disfrute. La COVID-19 nos ha enseñado a valorar más y de mejor forma la calidad del tiempo sin labores de que ahora disponemos, naturalmente variando esto en función de la naturaleza de la ocupación que tengamos. Así, será muy diferente el tiempo libre para quien forma parte de la planilla de una institución, en relación con el tiempo libre de una contratación *free lance*, o de quien recurre al autoempleo. Sin embargo, en

todos los casos mencionados existe una variable en común: aquellos espacios laborales que la pandemia ha permitido identificar como espacios personales, han redefinido una extensión del tiempo libre, lo cual obliga a una nueva comprensión personal de este.

Bajo ese orden conceptual, no podemos dejar de señalar la importancia de los efectos positivos de nuestra perspectiva en cuanto al goce de los derechos humanos más inmediatos y vinculados al libre desarrollo de la personalidad, a pesar de la considerable cantidad de cifras negativas que la COVID-19 deja a su paso en nuestras vidas. Y he aquí que viene a erigirse otra cuestión de no menor importancia: ¿era necesaria una crisis general de la dimensión que hoy ha generado la pandemia para darnos cuenta de la importancia que reviste un derecho de tanta relevancia como el derecho al libre desarrollo de la personalidad? Aun contra nuestras convicciones de contexto, esbozamos que la respuesta habría de ser positiva.

La pandemia nos deja, de la misma forma, importantes lecciones positivas en materia de derechos humanos desde una perspectiva de la integridad de estos. En tanto, si bien las reflexiones que anteceden obedecen más a una perspectiva de vida en general, debemos aseverar que los derechos humanos asumen una visión no solo de positividad en cuanto al derecho mismo, sino también está de por medio su trascendencia axiológica.

Desde ese contexto, la COVID-19 nos ha instado a revalorar nuestros derechos, a distinguir que a pesar de las restricciones generales de las libertades públicas, los derechos humanos nunca perdieron su carácter inalienable, y si bien las circunstancias obligan hoy, en general, a una restricción de derechos, es también importante la naturaleza de potencialidad, como perspectiva de goce de su ejercicio, que siempre revistieron los primeros derechos de la persona.

Entonces, podrá relegarse a las familias a quedarse en sus domicilios, o bien limitarse las actividades de los espacios públicos dedicados al goce del derecho al tiempo libre, pero, invariablemente, deberemos entender que se trata más de una restricción que de la suspensión o eliminación de un derecho. Esto último sí es grave, pues el derecho en sí mismo desaparece y ello sería la eliminación de un derecho por sí mismo. La suspensión, a su vez, sigue siendo un escenario peyorativo, pero menor en intensidad, ya que no hay en absoluto ejercicio del derecho de manera temporal. Desde esa conceptualización, entendemos como mejor definición la restricción de derechos, pues el derecho simplemente es atenuado en cuanto a su valor, no desaparece del todo, y se restringe su ejercicio. En ese orden de ideas y para graficar mejor nuestra idea, por supuesto que una persona podrá transitar por la calle, incluso en situación de emergencia, pero a condición de que una causal suficientemente válida, por ejemplo, un grave problema de salud, lo justifique. En ese sentido, es más propio aludir a que los derechos se restringen y no que se eliminan o suspenden. En consecuencia, la pandemia nos ayuda a identificar, de mejor forma, que una restricción de derechos es una forma de contextualizar, de forma más progresiva, la naturaleza de los derechos humanos en tiempos de la COVID-19.

Por último, la crisis de la actual pandemia nos deja, como un legado de relevancia, importantes lecciones, quizá ominosas, como parece enunciar la profesora Woods, en materia de gobernanza. ¿Y qué es lo positivo en medio de esa ciénaga negativa? Consideramos que sobre la acotada materia es importante concluir que los estándares de buena gobernanza, delineados en barómetros como el GHSI, no necesariamente garantizan buenos resultados, y aunque los casos de la realidad son muy dinámicos, pues en todo el mundo las variaciones de acción de los gobiernos conducen a diferentes resultados. Senegal y Sri Lanka, ejemplos anotados en este análisis,

pueden revestir mejores resultados que los de democracias gigantes como las de EE. UU. y el Reino Unido, en los términos que antes hemos descrito.

Por tanto, hay otras variables a considerar para la buena gobernanza de la crisis de la COVID-19, y es positivo, en definitiva, que la condición de ser un país en vías de desarrollo, con restricciones de diverso orden, pueda incluso conducir, a mérito de decisiones bien llevadas, a buenos resultados, como ha sucedido en los casos descritos.

6. CONCLUSIONES

La pandemia generada por la COVID-19 ha modificado radicalmente la convivencia de los seres humanos desde su irrupción en 2020, y en especial, ha transformado el panorama de los derechos de las personas a través de diversas medidas que, aunque necesarias, son de suyo discutibles si nos atenemos a ese matiz de progresividad que los derechos humanos han mostrado como rasgo distintivo en los últimos decenios.

De esa relación entre pandemia y derechos se generan varios supuestos complejos: aquella implica la restricción de derechos en tanto que estos pretenden conservar su carácter inalienable. Ello da lugar a una pugna constante entre los gobiernos, promoviendo medidas limitativas de las libertades públicas, y los ciudadanos que, en medio de ese símil de guerra civil a la que hace mención Agamben respecto de los estados de excepción, buscan que no se restrinjan severamente tantas libertades públicas.

En ese tránsito, hemos postulado una noción de inalienabilidad de los derechos humanos, y así nos lo recuerdan los organismos regionales de protección de los derechos humanos. Al respecto, entonces, los Estados podrán adoptar medidas restrictivas para el

combate contra la COVID-19, mas ello deberá realizarse dentro de una necesaria línea de tutela de los derechos humanos, siendo el marco material precisamente los criterios de protección mínima de los derechos humanos promovidos por estas entidades de tutela en sus diversos pronunciamientos.

Ha sido un campo importante de trabajo en este estudio el abordaje de la idea de gobernanza como concepto material, en la medida que es precisamente a través de las líneas directrices de acción de los gobiernos en sus esfuerzos contra la COVID-19 que valoramos la dimensión de los resultados de las medidas dispuestas. A ese respecto, hemos reseñado cómo medidas oportunas, pragmáticas e inmediatas de dos países, como Senegal y Sri Lanka, han logrado resultados inmediatos, aunque siempre provisionales, en su lucha contra la pandemia, por sobre las medidas de acción de naciones como EE. UU. y el Reino Unido, países que a pesar de encontrarse en lugares expectantes en el GHSI, un índice de valoración de acción preventiva de los Estados frente a las pandemias, han mostrado resultados de suyo insuficientes. Por tanto, corresponde una reformulación de la noción de gobernanza, y es nuestra idea que se requiere una dosis de pragmatismo en la lucha sin cuartel contra la COVID-19.

De otro lado, en el necesario redimensionamiento de los derechos humanos a partir de la pandemia, consideramos reafirmar y reiterar su inalienabilidad, ya señalada, pero desde una dimensión de continua progresividad y no regresividad de estos derechos. En efecto, la pandemia parece denotar que los derechos retroceden, que estos ceden ante tantas medidas restrictivas de los Estados, que parecen perder su contenido material y, sin embargo, los derechos humanos nunca perdieron, en todos estos *tempi bui*, o tiempos aciagos de pandemia, su esencia constitutiva, su núcleo duro, su contenido esencial, pues ellos constituyen parámetro de acción y

norte de referencia para los Estados. De manera tal que no obstante la fuerza de irrupción de la pandemia, es menester atender a que los derechos humanos no pueden perder su trascendencia material.

Adicionalmente, rescatamos algunas lecciones positivas frente a tantos escenarios negativos que nos deja la pandemia. Postulamos que la COVID-19, a pesar de su peligrosidad, nos ha dejado importantes enseñanzas, entre ellas, la revaloración del tiempo libre, del tiempo en familia, del tiempo laboral, entre otras facetas de la vida contemporánea. Es cierto que tantas restricciones debían, de alguna forma, contener también un efecto de orden positivo en nuestras vidas, y ello se traduce, desde nuestro punto de vista, en la cuestión medible de que, en efecto, la pandemia nos ha inducido a cambios sustantivos en nuestras vidas, y hemos querido sacar, de ese contexto, alcances de valor.

En ese sentido, las nociones de pandemia, gobernanza y derechos humanos constituyen un trípode que nos debe servir de marco de reflexión para mejorar la calidad de los derechos de las personas, pues finalmente a ello apuntan los esfuerzos por una mejor gobernanza, y aun cuando la pandemia pugne por restringir nuestras libertades fundamentales, cual Sísifo, los derechos vuelven a rodar, una y otra vez, por las pendientes de la realidad, sin perder su esencia existencial.

REFERENCIAS

Bachelet, M. (2020). Gobernanza y protección de derechos civiles y políticos en contexto de pandemia COVID-19. En Programa de Salud Global, Escuela de Salud Pública y Unidad de Redes Transdisciplinarias, Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile, *Gobernanza y protección de derechos civiles y políticos en contexto de pandemia*

- COVID-19. *Position Paper n.º 2* (pp. 15-30). Universidad de Chile. <https://www.uchile.cl/publicaciones/171248/position-paper-gobernanza-y-proteccion-de-derechos-en-pandemia>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). Resolución n.º 1/2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas. (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020). <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020a). Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20. 9 de abril de 2020. COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020b). Informe anual 2019. <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2019/espanol.pdf>
- European Court of Human Rights (2020). *Annual Report 2019*. https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf
- González Placencia, L. (2013). Democracia, gobernabilidad y derechos humanos. *El Cotidiano*, (180), 5-9. <https://www.redalyc.org/pdf/325/32528338009.pdf>
- Naciones Unidas (2008). *Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos*. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance_sp.pdf
- Nash Rojas, C. (2020). La pandemia del COVID-19 y los derechos humanos en Chile. En Programa de Salud Global, Escuela de Salud Pública y Unidad de Redes Transdisciplinarias, Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile, *Gobernanza y protección de derechos civiles y políticos en contexto*

de pandemia COVID-19. Position Paper n.º 2 (pp. 45-58). Universidad de Chile. <https://www.uchile.cl/publicaciones/171248/position-paper-gobernanza-y-proteccion-de-derechos-en-pandemia>

Noticias ONU (2020, 24 de septiembre). El mundo reprobó el examen de cooperación frente a la pandemia, urge repensar el multilateralismo: Guterres. <https://news.un.org/es/story/2020/09/1481212>

Oxfam (2020). La COVID-19 y los derechos humanos. <https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621037/dp-covid-19-human-rights-principles-070820-advance-es.pdf;jsessionid=9893451B7C1C8D0540543FFB2F393947?sequence=5>

Sanahuja, J. A. (2020). COVID-19: riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global. En Mesa, M. (coord.), *Riesgos globales y multilateralismo: el impacto de la COVID-19. Anuario CEIPAZ 2019-2020* (pp. 27-54). <https://ceipaz.org/wp-content/uploads/2020/05/0.2020-ANUARIO-COMPLETO.pdf>

Woods, N. (2021, 3 de enero). Las brutales lecciones de gobernanza del 2020. *El Comercio*, 22.

Zavala de Alba, L. E. (2015). *Gobernanza en derechos humanos: hacia una eficacia y eficiencia institucional*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH18.pdf



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 333-355

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.399

La eterna pandemia. Análisis del Decreto Legislativo n.º 1470

The eternal pandemic. Analysis of Legislative
Decree No. 1470



JESÚS MARCELO NAVA FLORES
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: a20151238@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5057-2555>

RESUMEN

El estado de emergencia debido al SARS-CoV-2 ha supuesto un nuevo reto para las medidas de protección en los casos de violencia contra la mujer. Los derechos a la integridad personal y la vida de la mujer necesitan ser adaptados para ser efectivos durante la pandemia, pues los casos de violencia se incrementaron debido a las nuevas ventajas y los estimulantes que tiene el agresor de cometer el delito. Por tal motivo, el presente artículo tiene como objetivo analizar si el Decreto Legislativo n.º 1470 satisface esas exigencias. Con dicho propósito, se procederá a una conceptualización de los derechos humanos y la violencia contra la mujer en el Perú. Luego, se delimitarán la ley que regula estas medidas y el decreto

materia de análisis. Finalmente, se determinará si las soluciones propuestas atienden los derechos en peligro.

Palabras clave: derechos humanos; medidas de protección; violencia contra la mujer.

ABSTRACT

The state of emergency due to SARS-CoV-2 has meant a new challenge for protection measures in cases of violence against women. The rights to personal integrity and life of women need to be effectively adapted during the pandemic, as cases of violence increased due to the new advantages and stimulants for the aggressor to commit the crime. For this purpose, a conceptualization of human rights and violence against women in Peru will be made. Then, the law that regulates these measures and the decree under analysis will be delimited. Finally, it will be determined whether the proposed solutions address the rights at risk.

Key words: human rights; protection measures; violence against women.

Recibido: 11/05/2021 Aceptado: 25/05/2021

1. IDEAS PRELIMINARES

Desde épocas del Imperio romano —e incluso mucho antes—, el hombre ha gozado de mayores privilegios que la mujer, quien ha llegado, incluso, a ser interpretada como un objeto a favor del supuesto sexo superior. Esta lógica androcéntrica ha impedido que las mujeres gocen de sus derechos humanos de manera efectiva. Asimismo, las ha expuesto a sufrir diversos tipos de violencia por parte, entre otros, de parejas propensas a ser agresivas en función de presupuestos machistas. Esa violencia contra la mujer es definida por la Convención Belém do Pará, en su artículo 1, como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause

muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (Organización de los Estados Americanos, 1994). En ese sentido, la protección de la mujer ante la referida violencia resultaría fundamental en todo Estado que haya ratificado dicha convención —el Perú, por ejemplo—.

Sin embargo, durante el 2019, el Instituto Nacional de Estadística e Informática registró que el 57,7 % de mujeres en el Perú fueron víctimas de dicha violencia por su esposo o compañero (2020, p. 137). Si bien esta violencia ha disminuido cada año gracias a las diversas medidas estatales —se registró 72,4 % en 2014 y 63,2 % en 2018—, dicha situación sufriría, lamentablemente, desde 2020, una desventaja sin precedentes: el SARS-CoV-2. Este virus ha suspendido al mundo en una pandemia que exigía, como mínimo, el distanciamiento social obligatorio. En otras palabras, era inevitable que se limitaran ciertos derechos humanos para evitar un contacto riesgoso. Caso contrario, el contagio se esparciría con mayor facilidad y rapidez en las esferas externas de la sociedad. En consecuencia, las esferas internas serían afectadas, independientemente de que el resto de los miembros no se expusieran.

Debido a estas circunstancias, el Estado peruano se vio en la necesidad de emitir el Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM para declarar el estado de emergencia por el brote del virus. Dicho decreto, en su artículo 4, limita el derecho a la libertad de tránsito en tanto solo se permite circular por la vía pública para prestar o acceder a ciertos servicios y bienes esenciales. Asimismo, en su artículo 7 suspende diversos locales y establecimientos, así como reuniones que arriesguen la salud pública. Dichas consecuencias, inevitables a raíz de este virus, no solo generaron daños imprevisibles e irreparables, sino que han facilitado la comisión de diversos delitos que se trataban de combatir previamente como

prioridad estatal. Uno de los más estimulados habría sido la violencia contra la mujer. Esto debido a que millones de mujeres en el país tuvieron que mantenerse en el hogar para prevenir el contagio. Por lo tanto, la interacción entre la mujer y su pareja se volvía menos discutible y más inevitable. En otras palabras, más susceptible de violencia. Este escenario hipotético se refuerza en tanto miles de peruanas han sido perjudicadas por el impedimento que implica no realizar actividades no esenciales. En otras palabras, al no acceder a medios por los cuales obtengan una remuneración, la preocupación respecto de sostener los gastos esenciales genera tensión y estrés. Esta preocupación se complementa con el hecho de que ahora la mujer no solo está aislada de otras personas, sino que los recursos para denunciar resultan también menos accesibles. De esta manera, se pueden indicar dos factores que propiciarían un aumento en los casos de violencia contra la mujer. En primer lugar, la preocupación sobre la satisfacción de bienes esenciales, que deriva en un ambiente de constante tensión y estrés. En segundo lugar, la dificultad del contacto con personas distintas a su pareja, así como con la mayoría de medios para presentar una denuncia.

Dicho escenario propicia, entonces, que las mujeres víctimas de esta violencia, aisladas, estén desprotegidas ante los abusos de su agresor, factor que propiciaría un aumento de casos y víctimas. Sería por tal rebrote que el Estado emitiría el Decreto Legislativo n.º 1470. Ello por la necesidad de replantear la medida de protección en casos de violencia contra la mujer durante el Estado de Emergencia a raíz del SARS-CoV-2. ¿Estas medidas son acordes a los derechos humanos? ¿Las personas más beneficiadas resultan ser las víctimas o los victimarios? La delimitación pertinente para responder dichas preguntas es la motivación del presente artículo.

2. DERECHOS HUMANOS

Con el fin de conceptualizar los derechos humanos, se debe tener en cuenta por qué y para qué existen estos en una determinada realidad social. Respecto de la primera pregunta, esta se respondería mediante una pretensión moral justificada. Respecto de la segunda, esta se respondería mediante la incorporación de dicha pretensión en el ordenamiento jurídico. Asimismo, estos fenómenos deben asegurar la satisfacción práctica en la realidad social de los individuos. La comprensión de los derechos humanos implica, entonces, la delimitación de tres planos: el moral, el jurídico y el de la eficacia.

En un plano moral, los derechos humanos son entendidos como pretensiones éticas que satisfacen la idea de dignidad humana. El ser humano, debido a su inherente condición humana, tiene derechos que lo distinguen de los demás animales. Dichos privilegios se fundamentan en la idea de la dignidad humana, como se puede evidenciar en el hecho de que las convenciones siempre hacen referencia a esta para justificar lo estipulado en sus contenidos. Sin embargo, la dignidad humana nunca se define por los documentos que la invocan. Esto debido a que, para cumplir con su rol fundacional de derechos humanos, se necesitaba que el contenido sea interpretado mediante la intuición. Caso contrario, no podría adaptarse a las nuevas circunstancias en las cuales se invoca:

La dignidad se ha incorporado en los preámbulos de las principales declaraciones de derechos humanos no para expresar algún significado particular sino para operar como un tipo de «comodín» en circunstancias en que los redactores querían sonar filosóficos, pero no pudieron ponerse de acuerdo en qué poner (Waldron, 2019, p. 198).

Mediante estos fenómenos morales los derechos serían deducidos. Al respecto, cabe resaltar que los razonamientos abstractos referidos deben obedecer a ciertos principios acordes a los derechos

humanos: autonomía, inviolabilidad y dignidad. En cuanto al principio de autonomía, este impide que las pretensiones éticas busquen ser perfeccionistas con respecto a la regulación de los individuos y sus planes de vida. El Estado, en lugar de condicionar estrictamente el parámetro del plan de vida de todos los individuos bajo su jurisdicción, aprecia y estimula la capacidad para poder decidir en función de un sistema de valores propio, «limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida» (Nino, 1989, p. 205). En ese sentido, se rechaza el principio de perfeccionismo en tanto la intervención estatal excesiva impide que las personas puedan realizar sus preferencias. De esta forma, se infiere que toda persona debe tener un espacio mínimo de autonomía que excluye a todo tercero. En consecuencia, a ninguna pretensión ética debería permitirse atentar contra dicho espacio.

En relación con el principio de inviolabilidad, este permite que el principio de autonomía sea limitado en tanto impide que se sacrifiquen individuos o grupos colectivos para el beneficio de otros: «proscribe, entonces, imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio» (Nino, 1989, p. 239). Por lo tanto, este principio regula las compensaciones interpersonales que se derivan de las pretensiones éticas. Caso contrario, el aislamiento de la autonomía derivaría en que algunos individuos sean instrumentalizados para que otros puedan maximizar los alcances de su autonomía. Asimismo, este principio impide toda pretensión ética que interprete al bienestar meramente como la suma agregativa de los inscritos en la jurisdicción.

Por último, respecto del principio de dignidad, se regula la responsabilidad por los actos propios: «los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento» (Nino, 1989, p. 287). El ser humano es tratado dignamente cuando se le toma en serio. Así, una persona puede exigir que se le

trate como ella prefiera y exprese. En el mismo sentido, a la persona se le debería exigir que sea responsable por su propio comportamiento. Si no fuese así, no se podría adjudicar responsabilidad a quienes penetren en la esfera de autonomía de otros, lo cual atenta contra ambos sentidos de la dignidad. En consecuencia, este principio rechaza toda pretensión ética que presuponga no considerar los comportamientos causalmente determinados que una persona considere una manifestación de su voluntad o adyacentes.

Una vez satisfechos dichos principios, ya en el plano jurídico, las pretensiones éticas justificadas serían positivizadas en el derecho. En otras palabras, se materializarían mediante una norma jurídica. De esta manera, «la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales» (Nino, 1997, p. 202). Dicho de otro modo, las necesidades particulares de un individuo o grupo colectivo son recogidas por el Estado, haciéndolas suyas para buscar su satisfacción idónea. Sin embargo, resulta fundamental que dicha adopción se haga acorde a una determinada concepción de la moralidad. Es decir, que se fundamente en la dignidad humana según los principios del plano moral de los derechos humanos planteados previamente.

Para que dichas pretensiones positivizadas puedan cumplir con su propósito, se considerará imprescindible que el gobierno a cargo sea un Estado social y democrático de derecho. Ello debido a que el énfasis al factor social y democrático en el Estado de derecho permite que se busque asegurar los derechos humanos como aplicables a toda la población sin jerarquías, así como los mecanismos de participación política necesarios para un diálogo exitoso (González, 2004, p. 153). Con este fin, el Estado no solo debe garantizar la protección y tutela judicial de los derechos humanos como elemento esencial, sino que debe cumplir dicho propósito atendiendo a la realidad social dinámica pertinente. De lo contrario, no se habría evolucionado del concepto primitivo

al Estado de derecho, pues se atiende a la garantía de los derechos humanos de manera abstracta, lo cual podría derivar en la idealización de los recursos estatales o la realidad social. Entonces, el Estado social de derecho es el modelo idóneo para los derechos humanos. Así visto, se deducirá que un sistema democrático beneficia a la búsqueda de garantizar los derechos humanos, ya que tiene la capacidad de explotar el mecanismo del diálogo. Cabe resaltar, entonces, el reconocimiento de una conexión necesaria e interdependiente entre el derecho positivo y las pretensiones éticas justificadas.

Dicho énfasis permite la satisfacción del último plano, el cual entiende que los derechos humanos deben responder adecuadamente a su realidad social: la eficacia. Esto debido al reconocimiento de variables más allá de lo jurídico sobre cuán efectivos resultan ser los derechos fundamentales en la práctica. Considerando la escasez de recursos para garantizar los derechos humanos, un análisis sobre la efectividad de la técnica jurídica resulta imprescindible para determinar si es que se debe incorporar la pretensión ética justificada. Por ello, los dos planos previamente delimitados son reinterpretados. Con relación a la pretensión ética justificada, «es necesario que desde el punto de vista de sus contenidos sea generalizable, susceptible de ser elevada a la Ley general, es decir, que tenga un contenido igualitario» (Peces-Barba, 1999, p. 109). En esa secuencia de ideas, en el plano jurídico, dicha pretensión solo debería ser incorporada al derecho positivo en tanto pueda asegurarse su satisfacción general en la sociedad donde se implementa.

En síntesis, se entenderá como derecho humano a la producción del derecho que se deduce sobre la base de los criterios que la pretensión ética justificada y la eficacia implican. Por lo tanto, las medidas que busquen proteger dichos derechos deben satisfacer

el parámetro moral referido para su positivización, así como una satisfacción de la realidad social pretendida. En ese sentido, ¿cuál es la realidad social del Perú en lo que concierne a la violencia contra la mujer?

3. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL PERÚ

Desde finales del milenio pasado, el machismo es rechazado, en general, por los hombres peruanos: «Aunque, contrariamente a la versión original que exalta la virilidad y el control sobre las mujeres, el machismo se define como aquello que los hombres no deben ni quieren ser» (Cáceres, Salazar, Rosasco y Fernández, 2002, p. 65). Entendido de esta forma, pareciera que se ha superado la persecución de estos ideales patriarcales que se definían en el hombre machista. Sin embargo, como se señaló previamente, las tasas de violencia contra la mujer por parte de su pareja alcanzan aún a más de la mitad de ellas al año en el Perú. La percepción machista de control sobre la mujer, entonces, no ha desaparecido del imaginario peruano, sino solo en el discurso superficial que la sociedad vigente exige.

La violencia contra la mujer sigue sin ser reconocida: antes, el comportamiento era legitimado; ahora, es excepcionalizado. Este reinterpretado discurso sería el que minimiza la violencia contra la mujer, pues los hombres que lo cometen son separados como casos anómalos, ya que se presupone que la sociedad peruana no sufre de violencia contra la mujer como problema patológico alrededor del país (Plácido, 2020, p. 158). Así visto, el machismo, en lugar de desaparecer, se ha reinterpretado para mantenerse vigente: si se particulariza el problema, se puede catalogar de innecesario implementar medidas que pretendan asumir la violencia contra la mujer como un delito favorecido por el sistema de valores de la sociedad peruana.

En consecuencia, a pesar del rechazo referido, existen aún roles patriarcales latentes en el imaginario peruano. En estos parámetros de conducta, la mujer es relegada a la satisfacción del círculo interno de la familia o, en concreto, de su pareja:

Las características masculinas predisponen a los hombres para el desempeño en el ámbito público, el esfuerzo, la competitividad y el sufrimiento de sacar adelante a la familia y de contribuir al mantenimiento de la sociedad: roles productivos. Las características femeninas, por el contrario, predisponen a las mujeres para el cuidado, la crianza y la permanencia dentro del hogar, en un entorno cómodo, protegido y seguro, aunque a veces dificultoso y abnegado: roles reproductivos (Plácido, 2020, p. 159).

Atendiendo a los roles patriarcales delimitados, se infiere que los casos de violencia ocurren con mayor frecuencia y en sentido directamente proporcional cuando la mujer acata y se comporta según el rol pasivo que se le asigna. En estas relaciones dependientes, resulta común que los hombres solventen en un sentido económico. Ello obedece a estos roles, ya que los peruanos son expuestos desde temprana edad a que la mujer, por su rol reproductivo, sea el bien máspreciado por los hombres. Al ser ellos quienes deben producir, resulta consecuente que la mujer, por lo general, carezca de medios económicos propios para sustentarse sin su pareja. En ese orden de ideas, se presupone la necesidad que tiene todo hombre activo de tener a una mujer pasiva a su lado: parte de ser hombre implicaría poseer una mujer que satisfaga las necesidades domésticas. Si dicha presión condiciona el comportamiento de los hombres peruanos, se infiere que las mujeres también crecen con esta influencia patriarcal. Por lo tanto, ser una mujer implicaría que un hombre pueda contar con ella para garantizar las necesidades domésticas. De esta manera, la mujer, en diversos ámbitos de la sociedad, es maltratada mediante el rol de dependiente pasiva.

Así visto, a medida que los tratos de pareja involucren y permitan cada vez más limitaciones, la mujer puede ser víctima de diversas violencias que concreten la subordinación y sumisión. Esto debido al perfil depredador de los agresores: siendo la mujer dependiente suya, el hombre alimenta su rol reproductor y se asegura, mediante la violencia, que su pareja también interiorice el rol que supuestamente le debe corresponder (Ruiz, 2002, p. 28). En consecuencia, la mujer será cada vez más sumisa ante las manipulaciones emocionales que ejerce su agresor, de tal forma que comprometerá su integridad personal —e incluso su vida— para que la relación de pareja no termine. El abuso constante y la falta de ayuda permiten que los roles se intensifiquen a capricho de la parte dominante; mientras, la mujer normaliza el maltrato y la percepción que lo justifica. En ese sentido, la dependencia emocional de las mujeres por satisfacer sus ideales patriarcales de pareja propicia casos de violencia cometidos por sus parejas (Aiquipa, 2015, p. 429).

Entendidos de esta forma, los roles patriarcales, mediante la manipulación económica y emocional, asumen que ser hombre deriva en un estatus de mejores condiciones humanas que ser mujer, respecto de los derechos humanos a la integridad y la vida. Sobre la integridad, esta se vulnera en tanto lo que el referido derecho protege es que la persona sufra un menoscabo físico, moral o psíquico mediante comportamientos violentos (Sáenz, 2015, p. 69). Así, la integridad física de la mujer se vulnera cuando se perjudica la salud de su cuerpo, ya sea mediante su incapacitación, mutilación, alteración, etc. Igualmente, su integridad moral será tal en tanto el agresor le imponga un sistema de valores ajeno al derivado del ejercicio de su propia libertad de conciencia para guiar el desarrollo de su vida personal. Por último, su integridad psíquica se vería afectada si es que la agresión atenta contra la preservación de sus componentes psicológicos y discursivos como la personalidad, la lucidez, etc. (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, pp. 4-6).

Sobre la vida, cabe resaltar que este derecho humano no solo se vulnera cuando se comete un feminicidio, sino también por impedir el ejercicio de una vida digna. El derecho humano a la vida tiene dos dimensiones: formal y material. La vida formal sería el derecho entendido en un sentido estricto. En otras palabras, lo que se protege es el estatus de la mujer en tanto ser vivo dotado de las condiciones mínimas que exige dicho estatus (Sáenz, 2015, p. 51). Por otro lado, la vida material enfatiza que este derecho debe garantizar que el estatus de ser vivo sea disfrutado plenamente mediante la capacidad de llevarlo a cabo bajo condiciones dignas. Es decir, el derecho humano a la vida material no se considerará satisfecho a menos que cumpla con los principios que regulan la deducción de los derechos en el plano moral: «La dimensión material del derecho a la vida guarda especial conexión con la dignidad humana como base del sistema material de valores de nuestro sistema jurídico» (Tribunal Constitucional del Perú, 2007, párr. 14). Por lo tanto, el derecho humano a la vida es vulnerado en los casos de violencia contra la mujer si el Estado actúa con indiferencia frente a dichas agresiones y desventajas, perpetuando los roles patriarcales en su jurisdicción al no regular con atención las fuentes de tales comportamientos (Saénz, 2015, p. 62).

Resulta evidente, entonces, que en el Perú, los hombres, por el hecho de serlo, gozan de mayores beneficios frente a las mujeres: la violencia de género es evidencia de que existe un presupuesto de superioridad frente a la integridad y la vida de las mujeres. En consecuencia, la dignidad humana no es reconocida igual entre los seres humanos, razón por la cual esa jerarquía de privilegios no podría satisfacer el filtro de eficacia que presupone el concepto de derechos humanos. ¿Cómo regula el Estado peruano dicha violencia?

4. LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

Las denuncias respecto de casos de violencia contra la mujer son reguladas por la Ley n.º 30364 (Congreso de la República, 2015, art. 13), así como las medidas de protección (Congreso de la República, 2015, art. 16). Estas no adjudican responsabilidad contra el demandado por violencia. En su lugar, intervienen las libertades necesarias del referido agresor para que, según el caso, se protejan los derechos humanos pertinentes (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, p. 8).

Por tal definición, en dicha ley las medidas de protección buscan «la protección de la integridad personal y la vida de la víctima o sus familiares» (Congreso de la República, 2015, art. 22). Su motivación reside en el enfoque social de los derechos humanos: siendo las mujeres mucho más vulnerables que los hombres en la sociedad peruana, resulta natural que el objeto de su protección sea esta población vulnerable. Lo previo obedece a que si el proceso busca que la violencia contra la mujer se prevenga, se sancione y se erradique, no se podría justificar que la dinámica común entre el agresor y su pareja no se restrinja durante el proceso, ya que propicia nuevas agresiones, llegando, incluso, a devenir en irreparable dicho juicio por el asesinato cometido en contra de la víctima. En consecuencia, las medidas de protección deberían representar una actuación fundamental por parte del juez, ya que «en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla otro mecanismo tutelar, célere y especializado para salvaguardar la integridad de las mujeres frente a la violencia» (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, p. 13).

Las medidas que implica pueden variar desde retirar al varón agresor del domicilio hasta prohibirle su derecho a poseer armas de fuego (Congreso de la República, 2015, art. 22). Para que esta

medida se dicte, el juez debe verificar alguno de los siguientes presupuestos: fuerte probabilidad, perjuicio irreparable y no caución. En el caso del primero, este se confirmaría en tanto la víctima evidencia una alta probabilidad de sufrir mayor violencia si se mantiene la interacción. Respecto del segundo, este se refleja cuando la víctima, al mantener algún contacto con su agresor durante el proceso, es afectada de manera irreparable o perpetuada. Por último, en cuanto al tercero, este se refiere a los casos en los cuales las circunstancias exijan, debido su naturaleza y lo solicitado por la demandante, que no sea necesario el cometido del perjuicio para que se decida una medida de protección a favor de la mujer (Pico citado en Pariasca, 2016, pp. 99-100).

En obediencia a la protección de los derechos humanos pertinentes, la garantía de estas posibilidades es responsabilidad del Estado, ya que la protección de las mujeres frente a esta violencia es de interés público. En otras palabras, se considera que los intereses de estas mujeres perjudicadas no son particulares a ellas, sino que trascienden en relevancia, de tal forma que su satisfacción es imprescindible para sostener el equilibrio social (Zegarra, 2012, p. 23). Considerando que la violencia contra la mujer vulnera, como se delimitó previamente, los derechos a la integridad personal y la vida de las víctimas, dicho comportamiento vulnera derechos humanos. Así visto, el Estado peruano, al ser un Estado social y democrático de derecho, debe proveer las exigencias que impliquen los parámetros establecidos respecto de las medidas de protección que buscan asegurar la eficacia práctica de los derechos mencionados.

Entonces, el interés público no se limita a reconocer dicha trascendencia, sino a remitir cuál es la organización pertinente para su satisfacción. De este modo, la referida ley explicita que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) tendrá el

cargo de implementar y administrar los hogares de refugio temporal que provean los diversos niveles de gobierno y las instituciones privadas (Congreso de la República, 2015, art. 29). Esto en tanto que allí son dirigidas las víctimas retiradas de sus domicilios como medida de protección a su integridad. Por lo tanto, se infiere que los hogares de refugio temporal cumplen un rol imprescindible para la eficacia de estas medidas, razón por la cual se considera una política permanente.

Estas necesidades se catalizarían debido a la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2. Por tal motivo, las nuevas urgencias dieron a luz la publicación del Decreto Legislativo n.º 1470 el 27 de abril de 2020. Dicho decreto busca adaptar el proceso de otorgamiento de medidas de protección y cautelares regulado por la Ley n.º 30364, de tal manera que pueda cumplir con el propósito de la ley: prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. ¿Cómo se buscó satisfacer dicho fin en estas nuevas circunstancias?

5. DECRETO LEGISLATIVO N.º 1470

La nueva realidad social del Perú exige que se necesiten protecciones diferenciadas para combatir la violencia contra la mujer. Por tal motivo, el proceso en estos casos exigirá tanto una formalidad ligera como una autoridad que busque garantizar los derechos a la integridad y la vida. Las víctimas deben tener la posibilidad de acceder oportunamente a los medios que tienen para presentar la denuncia contra su agresor. Asimismo, el juez debe estar en la capacidad de atender las verdaderas necesidades que el caso específico requiera. En ese sentido, el dictado de medidas del decreto legislativo referido se basa, sobre todo, en los siguientes dos principios procesales de la medida de protección: celeridad y dirección y actuación de oficio.

En cuanto al principio de celeridad, este se refiere a que la medida de protección debe ser emitida lo más inmediato posible. En esa línea, las formalidades del proceso se condicionan a la tutela eficaz de la víctima; caso contrario, se arriesga a que la víctima sufra mayores daños o incluso sea asesinada, lo cual refutaría el propósito de estas medidas de protección (Corte Superior de Justicia de La Libertad, 2018, fundamento 4.4.3). Este principio se ve reflejado en la habilitación de medios digitales para la emisión de estas medidas —en su defecto, el traslado del juez a donde se presentó la denuncia para dictar de inmediato la medida—, en la no necesidad de motivarse a través de una ficha de valoración —entre otros formalismos— y en el dictado de esta medida con un plazo máximo de 24 horas (Poder Ejecutivo, 2020, arts. 4.1, 4.3 y 4.5).

En relación al principio de dirección y actuación de oficio, este exige que el juez a cargo del proceso cumpla un rol dinámico que satisfaga eficazmente las necesidades del caso. De esta forma, las medidas de protección no pueden responder solo a las peticiones de parte, sino que el juez, en tanto observa y analiza el caso, puede dictar medidas de oficio que garanticen la protección de los derechos humanos objeto de las medidas de protección (Corte Superior de Justicia de La Libertad, 2018, fundamento 4.4.4). En otras palabras, lo que la parte demandante solicite como medidas de protección no condiciona al juez en su parámetro de opciones que considere pertinentes y necesarias para garantizar su vida e integridad durante el proceso. Dicho principio se evidencia en que la medida de protección se motiva en los hechos, las limitaciones a derechos por otras medidas durante la pandemia y el riesgo de la víctima (Poder Ejecutivo, 2020, art. 4.4).

Sin embargo, la aplicación de las medidas de protección, en la práctica, no satisface su propósito. En otras palabras, el Decreto Legislativo n.º 1470 no garantiza la protección de la integridad

personal ni de la vida de las mujeres durante las circunstancias que implica el SARS-CoV-2. ¿Cuáles serían los motivos?

6. INSUFICIENCIA DEL HOGAR DE REFUGIO TEMPORAL

Teniendo en cuenta las circunstancias producto de la pandemia, resulta evidente una necesidad de que las medidas de protección sean eficientes en un contexto de aislamiento social. Por ello, era imprescindible que el Decreto Legislativo n.º 1470 pudiese garantizar que la víctima no vuelva a tener algún tipo de contacto riesgoso con su agresor, a pesar de que, por diversos motivos, sea este quien no pueda ser desalojado del domicilio donde conviven. Esto debido a que si el propietario del bien donde convive la pareja es denunciado por violencia, ordenar su retiro del domicilio implicaría atentar contra su goce y ejercicio del mismo (Ramos citado en Bendezú, 2015, p. 130).

En nuestro ordenamiento, el derecho a la propiedad goza de considerable protección: «cabe enfatizar que las restricciones admisibles para el goce y ejercicio del derecho de propiedad deben: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática» (Tribunal Constitucional del Perú, 2009, p. 2). Así visto, si bien la ley sí estipula el retiro del domicilio como medida de protección, el retiro del domicilio propio no sería necesario en tanto sea exigible al Estado la disponibilidad de hogares de refugio temporal como medida de protección. En ese orden de ideas, a pesar de que se busque un objetivo democrático —garantizar los derechos humanos a la integridad personal y a la vida—, no podría ser proporcional afectar al derecho de propiedad del agresor —sobre todo en el contexto actual de pandemia: al ser retirado de su domicilio, la exposición al contagio atenta contra la motivación del Estado de emergencia y las restricciones consecuentes—

si los argumentos, como se explicó previamente, no determinan responsabilidad por violencia contra la mujer, ya que dicha adjudicación excede a la naturaleza de las medidas de protección y su propósito. En otras palabras, una apelación podría, de manera motivada, ser fundada, haciendo la decisión tomada por el juez inútil, pues no se cumplen todos los requisitos necesarios para que se motive la restricción al derecho de propiedad.

Dicho escenario hipotético obedece a nuestra realidad social. Esto porque, como se detalló, la mayoría de casos de violencia contra la mujer involucran una relación de dependencia económica. En consecuencia, resulta frecuente que el propietario del bien donde vive la pareja sea el hombre. Ante dicho escenario, el decreto referido responde de la siguiente manera: «De no ser posible el retiro, se debe evaluar si la víctima cuenta con redes familiares o sociales de apoyo o si requiere que se le dé acogida en un Hogar de Refugio Temporal, o en otro centro. Para ello, debe coordinar con las instituciones correspondientes» (Poder Ejecutivo, 2020, art. 4.4). En otras palabras, este decreto adjudica al juez la responsabilidad de averiguar si existe algún otro domicilio disponible en el que la mujer agredida pueda residir. De lo contrario, el juez debe asegurar que sea domiciliada en un hogar de refugio temporal. Si bien el artículo también se refiere a centros adyacentes, son estos hogares los que deben cumplir dicho propósito. Asimismo, puesto que otros centros tendrían propósitos específicos, se condicionarían los derechos a la integridad personal y a la vida de las mujeres a que centros ajenos tengan vacantes que puedan disponer, por tiempo indeterminado, para motivos externos. En consecuencia, para que el Estado pueda garantizar la eficacia de sus medidas de protección en casos de violencia contra la mujer, necesita asegurar la disponibilidad de hogares de refugio temporal.

Sin embargo, actualmente solo existen dos hogares de refugio temporal en Lima, uno de ellos instalado en junio de 2020.

Asimismo, a nivel nacional, solo existen quince hogares de refugio temporal (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2020, párrs. 1 y 4). A primera vista, tal cifra resulta preocupante ante la cantidad de casos de violencia contra la mujer que se sufren en Perú. Eso debido a que, si solo tomamos en cuenta los casos desde enero hasta marzo de 2021, resulta inevitable concluir que esos quince hogares son insuficientes para albergar dichas cantidades: 34 896 casos registrados (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2021, p. 1). Eso quiere decir que, si los escasos hogares de refugio temporal están en su completa capacidad, el Decreto Legislativo n.º 1470 solo ofrece como alternativa el presupuesto de que otro centro tenga disponibilidad. Entonces, si esos centros, por sus propios propósitos, no se hallan disponibles, dicho decreto no ofrece ninguna alternativa viable para asegurar que la mujer y su pareja dejen de tener contacto.

En síntesis, subsanar el descarte de retirar al agresor del domicilio mediante el hogar de refugio temporal no obedece a la realidad social del Perú y deriva en medidas imposibles de aplicar, lo cual desnaturaliza el propósito que estas medidas de protección exigen: evitar que se concrete la violencia. Es decir, lo expuesto en el presente artículo confirma que las medidas tomadas por el decreto materia de análisis perpetúan la vulneración a los derechos a la integridad personal y la vida de las mujeres víctimas de violencia durante el Estado de emergencia a causa del SARS-CoV-2. La solución, sin observancia de cuántos recursos se posee, motiva que se interprete a la mujer como meramente un sujeto procesal, ya que si se le humanizara, se tendrían en cuenta las desventajas que sufre en el Perú. Así visto, pareciera que los intentos estatales por atender la manifestación de estos androcentrismos derivan en que el mismo Estado se exponga como parte del problema. ¿Cómo, entonces, podría atenderse mejor esta eterna pandemia?

7. POR UN DERECHO DE LA MUJER EN EL PERÚ

El derecho peruano necesita reconocer que las mujeres sufren de discriminaciones exclusivamente por ser ellas, ya que se deben a su propia naturaleza. Caso contrario, se continuará con la práctica de dictar medidas con recursos irrealistas ante la falta de consideración de estos factores particulares. Entonces, lo que se propone es que en nuestro ordenamiento se desarrolle una disciplina que se enfoque exclusivamente en regular dicha problemática.

De esta manera, dicha disciplina podrá considerar en sus medidas a la mujer y la garantía de sus derechos como su objetivo, en lugar de asumirla como un presupuesto para lo que se establezca y busque en lo estipulado (Facio, 2002, p. 100). Si es que se integra esa perspectiva al derecho peruano, el plano de la eficacia de los derechos a la integridad personal y a la vida de las mujeres en casos de violencia podría mejorar en lo que respecta a su satisfacción, ya que un diálogo democrático que discuta y atienda esas necesidades particulares podrá dictar medidas que aprovechen mejor los escasos recursos para cumplir sus propósitos. Si bien dicha disciplina no soluciona la escasez de los recursos, sí aporta una respuesta sobre cómo dejar de desperdiciarlos por asumir que se tienen en exceso o por relativizar este problema social. Para ello es también imprescindible que se fomente la investigación académica rigurosa sobre esta violencia en el Perú. Ello no solo debido al beneficio que implica la discusión académica alrededor de las diversas aristas que a la violencia contra la mujer se le pueda adjudicar, sino porque permite que este tema sea de notoriedad tanto en la realidad jurídica como en la social. La referida presencia es fundamental para que estos derechos de las mujeres no sean vulnerados sin impunidad o protección consecuente.

REFERENCIAS

- Aiquipa, J. (2015). Dependencia emocional en mujeres víctimas de violencia de pareja. *Revista de Psicología*, 33(2), 412-437.
- Bendezú, R. (2015). *Delito de feminicidio. Análisis de la violencia contra la mujer desde una perspectiva jurídico-penal*. ARA Editores.
- Cáceres, C., Salazar, X., Rosasco, A. M. y Fernández, P. (2002). *Ser hombre en el Perú de hoy. Una mirada a la salud sexual desde la infidelidad, la violencia y la homofobia*. REDESS Jóvenes.
- Congreso de la República (2015). Ley n.º 30364. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. Lima: 22 de noviembre de 2015.
- Corte Superior de Justicia de La Libertad (2018). Exp. n.º 005098-2017-93-1601-JR-FC-02. Segunda Sala Especializada Civil de Trujillo. Trujillo: 11 de junio de 2018.
- Facio, A. (2002). Con los lentes del género se ve otra justicia. *El Otro Derecho*, (28), 85-102.
- González, M. (2004). El Estado social y democrático de derecho y el Estado peruano. *Derecho & Sociedad*, (23), 144-159.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Informe Perú: Indicadores de Resultados de los Programas Presupuestales, 2014-2019*. https://proyectos.inei.gob.pe/endes/2019/ppr/Indicadores%20de%20Resultados%20de%20los%20Programas%20Presupuestales_ENDES_2014_2019.pdf
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020). MIMP inauguró segundo Hogar de Refugio en Lima para proteger a las mujeres víctimas de violencia [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/mimp/noticias/189364-mimp-inauguro-segundo-hogar-de-refugio-en-lima-para-proteger-a-las-mujeres-victimas-de-violencia>

- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2021). *Cartilla estadística marzo-2021*.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos* (2.^a ed.). Astrea.
- Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa.
- Organización de los Estados Americanos (1994). Convención de Belém do Pará. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>
- Pariasca, J. (2016). *Violencia familiar y responsabilidad civil. ¿Tema ausente en la nueva Ley n.º 30364?* Grupo Editorial Ley & Iuris.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado.
- Plácido, Á. (2020). *Violencia familiar contra la mujer y los integrantes del grupo familiar*. Instituto Pacífico.
- Poder Ejecutivo (2020). Decreto Legislativo n.º 1470. Lima: 27 de abril de 2020.
- Presidencia del Consejo de Ministros (2020). Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM. Lima: 15 de marzo de 2020.
- Ruiz, R. (2002). *La violencia familiar y los derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Sáenz, L. (2015). Derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física. En Gutiérrez, W. (dir.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I* (3.^a ed.) (pp. 51-74). Gaceta Jurídica.
- Tribunal Constitucional del Perú (2004). Expediente n.º 02333-2004-HC/TC. Lima: 12 de agosto de 2004.

- Tribunal Constitucional del Perú (2007). Expediente n.º 0489-2006-PHC/TC. Lima: 25 de enero de 2007.
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Expediente n.º 05614-2007-PA/TC. Lima: 20 de marzo de 2009.
- Tribunal Constitucional del Perú (2020). Expediente n.º 03378-2019-PA/TC. Lima: 5 de marzo de 2020.
- Waldron, J. (2019). *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Zegarra, D. (2012). Del servicio público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico. *Revista de Derecho Administrativo*, (12), 13-43.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 357-380

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.400

Los dilemas médicos que se suscitan ante la insuficiencia de camas de UCI por el coronavirus desde una perspectiva biojurídica¹

The medical dilemmas posed by coronavirus
ICU bed shortage from a biojuridical
perspective



EVA MARGIORY BEJAR CHUCHON
Universidad Femenina del Sagrado Corazón
(Lima, Perú)

Contacto: eva.bejarc@unife.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5485-5317>

YASMIN GRACIELA CASTRO TITO
Universidad Femenina del Sagrado Corazón
(Lima, Perú)

Contacto: yasmin.castrot@unife.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1074-7664>

1 El presente artículo ha sido redactado dentro de un contexto biojurídico. No forma parte de un proyecto mayor y ha sido financiado íntegramente por las autoras.

RESUMEN

En el presente artículo se analizarán los dilemas médicos que trajo consigo la COVID-19, pandemia que reveló las carencias que tiene cada país en el ámbito de la salud. Como sabemos, el crecimiento raudo de personas contagiadas alarmó a los Estados por la escasez de las camas de las unidades de cuidados intensivos.

Por ello, realizaremos un análisis exhaustivo, desde un enfoque nacional e internacional, de los procedimientos para poder acceder a una cama de UCI. También sobre los diferentes criterios que se han establecido dentro de los centros de salud para otorgar dichas camas. Así, en las conclusiones podremos establecer el mejor criterio posible. Recordemos que estamos hablando de vidas humanas, las cuales necesitan y merecen un análisis que vaya más allá de nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: unidades de cuidados intensivos; COVID-19; escasez; dilemas médicos.

ABSTRACT

This article will analyze the medical dilemmas brought about by COVID-19, a pandemic that revealed the shortcomings of each country in the field of health. As we know, the rapid growth in the number of infected persons alarmed the States due to the scarcity of beds in intensive care units.

For this reason, we will carry out an exhaustive analysis, from a national and international approach, of the procedures to be able to access an ICU bed. Also on the different criteria that have been established within the health centers to grant such beds. Thus, in the conclusions, we will be able to establish the best possible criteria. Let us remember that we are talking

about human lives, which need and deserve an analysis that goes beyond our legal system.

Key words: intensive care units; COVID-19; shortage; medical dilemmas.

Recibido: 08/04/2021 Aceptado: 20/04/2021

1. INTRODUCCIÓN

A finales del año 2019, se dio a conocer el primer caso de SARS-CoV-2, también conocido como coronavirus, en Wuhan, una pequeña ciudad en China, el cual tuvo una propagación rápida en el continente asiático y en el europeo. Tal fue la coyuntura a nivel mundial, que el director general de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declaró el 11 de marzo de 2020 que nos encontrábamos ante una pandemia.

Antes de la aparición del coronavirus, el sistema de salud peruano presentaba ineficiencias respecto a las atenciones que se brinda y las camas disponibles para que los pacientes puedan ser atendidos en la unidad de cuidados intensivos, a la cual a partir de ahora denominaremos con las siglas UCI. Al encontrarnos en una pandemia provocada por el virus más letal que ha aparecido en los últimos años, iba a ser cuestión de días o semanas para que nuestro sistema de salud colapse y lleguemos al punto de hacernos las siguientes preguntas: ¿a quién salvamos?, ¿cómo puedo acceder a una cama de UCI?, ¿se tiene alguna pauta, criterio o principio ético para el otorgamiento de camas de UCI?

Este nuevo virus no mira edad, razón social, raza, ideología o cualquier otra característica en las personas, simplemente arremete contra ellas; en algunos casos no es tan grave porque llegan a ser asintomáticas, pero en la gran mayoría de los casos necesitan terapia intensiva para recuperarse por completo, o en el peor escenario, provoca la muerte.

Por ello, nos encontramos en la necesidad de realizar el presente artículo, no para imponer una solución, sino para ofrecer un criterio desde el ámbito jurídico y bioético, a fin de que pueda ser tomado en cuenta; porque hablamos de personas que tienen el derecho a la vida, a la salud, a la no discriminación, pero principalmente a la dignidad, y merecen que este otorgamiento de camas de UCI no se haga a la ligera o emocionalmente, sino que se realice un estudio detenido, en el cual no se tenga que discriminar a nadie por su edad o por su condición. Debemos pensar en una solución racional en donde pongamos al máximo nuestra actividad cerebral para lograr los mejores resultados.

2. ¿POR QUÉ UN ABOGADO DEBE INTERVENIR EN UNA SITUACIÓN DE OTORGAMIENTO DE CAMAS DE UCI?

Durante toda la pandemia, los abogados han comentado sobre diversos temas relacionados con las nuevas legislaciones que se promulgaban por la coyuntura en la que nos encontrábamos, o sobre los diferentes decretos que se han dado; pero algunas personas consideran que los abogados no son los más apropiados para adentrarse en estos asuntos, ya que los profesionales que se encuentran más capacitados para deliberar sobre este tipo de temas son aquellos que se relacionan directamente con el área de la salud: los médicos. Sin embargo, dentro del derecho existe una rama denominada bioética, que según Iserson (2006) «es un subconjunto de la ética que proporciona soluciones razonables y defendibles que incorporan principios éticos para los dilemas morales que enfrentan los médicos en la medicina y biología» (p. 513). De igual manera, Rich (2015) menciona que «la bioética es un dominio específico de la ética, centrado en cuestiones morales en el campo de la asistencia sanitaria» (p. 33). Entonces, podemos decir que, dentro del derecho, la bioética es un fin supremo que busca respaldar el

ordenamiento jurídico, que va a regular los avances científicos que se den en el campo de la tecnología a favor de la medicina y la biología, con la finalidad de que no se dañe la dignidad del ser humano.

Asimismo, los doctores son aquellos que manejan las pautas médicas dentro de los hospitales o clínicas; sin embargo, las pautas que siguen son elaboradas por abogados que conocen la materia y saben de qué manera esas pautas van a servir para que lleven a cabo sus funciones bien, sin hacer daño a nadie y siguiendo todas las medidas y protocolos que se imponen. También se deben tener en cuenta los derechos humanos, que son inherentes e irrenunciables² a cada persona que va a atenderse a un hospital o a una clínica.

Además, los profesionales de la salud, al ver que no conocen el ordenamiento jurídico que se maneja a nivel nacional, van a recurrir a los abogados para que puedan ilustrarlos mejor al respecto, pues son estos profesionales quienes están relacionados con la justicia, y el otorgamiento de camas de UCI debe ser lo más justo posible.

Finalmente, por todas las razones presentadas en los párrafos anteriores, consideramos que los abogados, junto con los médicos, están aptos para brindar un criterio razonable sobre el otorgamiento de camas de UCI, pues a través de sus conocimientos van a poder establecerlo usando la frónetica, es decir, van a pensarlo detenidamente, a fin de que sea equitativo, justo y beneficioso para todas las personas que las necesiten para salvar su vida.

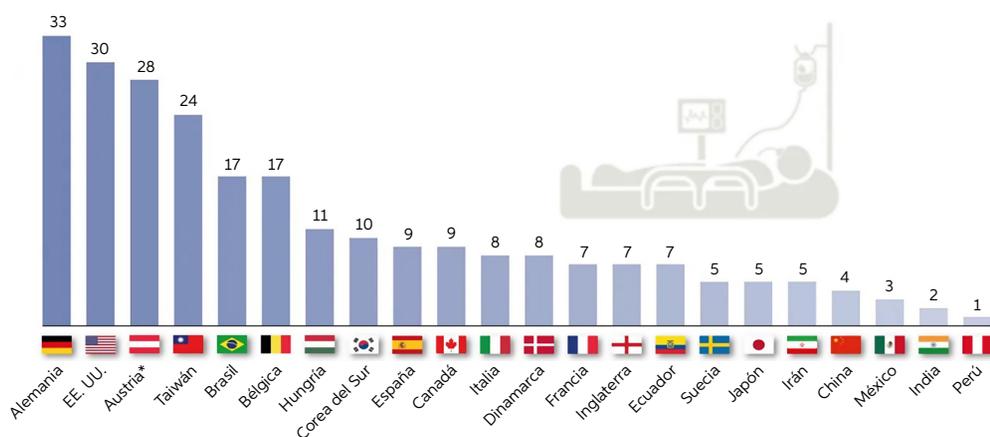
2 Se encuentra positivizado en el Código Civil peruano, artículo 5.

3. PROBLEMÁTICA DE LAS CAMAS DE UCI EN EL PERÚ

El sistema de salud peruano, al igual que los sectores a nivel nacional como educación, comunicaciones, entre otros, se dividen en dos subsistemas: privado y público. El subsistema público en el Perú es aquel que cuenta con la mayor cantidad de asegurados, por ser un servicio que brinda el Estado. Antes de la pandemia, solo se contaba con 1 cama de UCI en el subsistema público por cada 100 000 habitantes; los países de la región no se encuentran tan alejados, ya que México contaba con 3 camas por cada 100 000 habitantes, Ecuador con 7, y encabezando la lista a nivel regional tenemos a Brasil con 17 camas por cada 100 000 habitantes, tal como se demuestra en el siguiente cuadro:

La capacidad de las unidades de cuidados intensivos

Camas de cuidados intensivos por cada 100 000 habitantes (último año disponible, 2014-2020)



*Solo incluye camas públicas

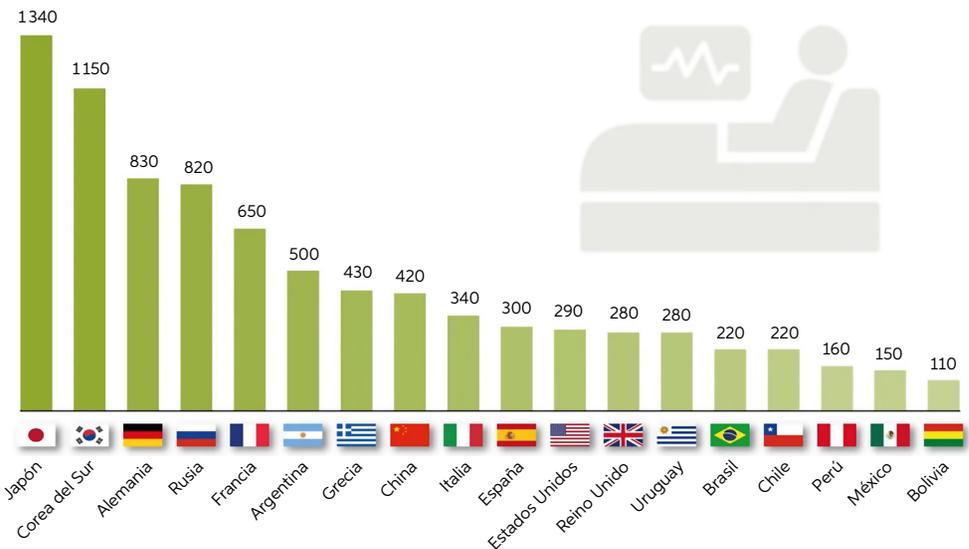
Fuente: Merino (2020).

Por el contrario, no hay que confundir las camas de UCI con las camas hospitalarias; las primeras son aquellas que se encuentran equipadas con todo lo necesario para atender a los pacientes que llegan de gravedad o con un riesgo alto de presentar complicaciones (Recoletas Red Hospitalaria, 2019); por otro lado, Rechel,

Wright, Barlow y McKee (2010) señalan que la camas hospitalarias se suelen utilizar en la planificación hospitalaria, para llevar a cabo los procesos que necesita el paciente con la finalidad de seguir un tratamiento dentro de sus instalaciones. De ello podemos deducir que las camas de UCI están destinadas a la atención al instante de aquellas personas que llegan con enfermedades graves, y las camas hospitalarias son aquellas con las que cuenta un centro de salud para poder tratar a cualquier persona que lo necesite sin ser de suma urgencia. En el Perú, el subsistema público cuenta con 160 camas hospitalarias por cada 100 000 habitantes, tal como se ve en el siguiente cuadro:

La capacidad de los hospitales

Camas de hospital por cada 100 000 habitantes (2019)



Fuente: Merino (2020).

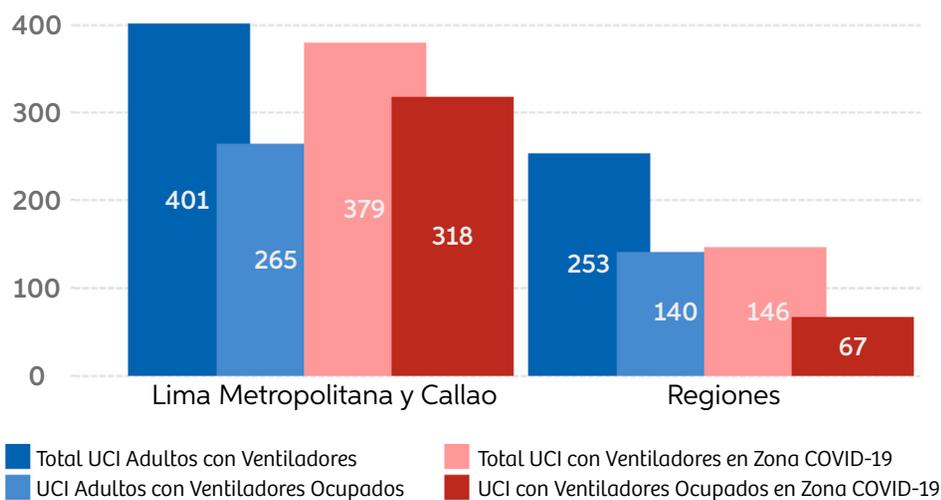
Sin embargo, esas camas no están adecuadas a la perfección para tratar a pacientes que llegan con enfermedades graves, tales como el coronavirus; por ende, contar con una cantidad de capacidad hospitalaria superior no equivale a camas de UCI, porque no van a cumplir la misma función.

Al encontrarnos en una emergencia sanitaria, el Ministerio de Salud (Minsa) tomó la decisión de que las camas de UCI se dividieran en dos: aquellas que son exclusivas para tratar a las personas con coronavirus y aquellas destinadas a las personas que ingresen por otros problemas de gravedad. El Minsa, al empezar la pandemia, mostró a través de estadísticas la cantidad de camas de UCI con las que se contaba en ese momento a nivel nacional.

Figura 1

Aplicativo para gestión centralizada de la disponibilidad de camas de hospitalización y UCI a nivel nacional

Ocupación de camas UCI con ventiladores en Lima Metropolitana - Callao y regiones durante el estado emergencia sanitaria



Fuente: Minsa (2020a).

Como se puede observar en el gráfico, al llegar la pandemia a territorio peruano, en el subsistema público de salud, contábamos con un total de 1179 camas de UCI, que fueron separadas en dos bloques. El primer bloque de 525 camas de UCI fue destinado a los casos de coronavirus, de los cuales 379 camas se encontraban

en Lima y Callao, dejando a las otras 24 regiones con 146 camas de UCI destinadas a tratar el coronavirus ((Minsa, 2020a).

El Dr. Iseron (2006, p. 527) nos menciona que la justicia distributiva se relaciona con la equidad en la asignación de recursos y con las obligaciones del médico con los pacientes. Si bien es cierto que al inicio de la pandemia en Lima y Callao se encontraba la mayor cantidad de afectados por el virus, en provincias ahora se está viviendo una problemática aún peor, porque en muchas de ellas no hay hospitales y tienen que viajar horas o días para encontrar un centro de salud. A ello se debe añadir que no hay camas de UCI suficientes para cubrir la demanda, ya que según las gráficas no parece tan justo otorgarle a una región más que a otras veinticuatro juntas, ¿acaso esas personas no tienen derecho a la vida o a la salud?, derechos que se encuentran positivizados en nuestra carta magna y no deberían pasar desapercibidos, pues todos somos iguales ante la ley y no por ser un país centralizado vamos a otorgarle mayores beneficios a una región.

A medida que ha ido avanzando la pandemia, el Estado no ha dejado de implementar camas de UCI con la finalidad de que todos los peruanos y las peruanas que se encuentren con el coronavirus puedan ser atendidos. En el Decreto de Urgencia n.º 055-2020 se establece que el Estado deberá implementar con no más de 5000 camas los hospitales a nivel nacional. Según Rodríguez (2020):

El 21 de junio se realizó la entrega de 100 camas, en un área de 3900 m² habilitadas en el Hospital Nacional Hipólito Unanue, en Lima [...] Igualmente, el avance es importante en regiones como Arequipa (500 camas), Piura (500 camas), Loreto (300 camas), entre otras (párr. 3).

El 17 de julio, Zulema Tomás, comisionada del Minsa en Arequipa, señaló en una conferencia de prensa que «se aumentaron 40 camas de Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) a las 54 ya existentes

en la región. Sin embargo, lamentó que no hay personal médico especializado para su implementación» (Radio Programas del Perú, 2020b, párr. 1).

Asimismo, el Minsa, al ver que las clínicas eran una pieza clave para poder parar las muertes provocadas por la falta de camas de UCI, trató de realizar un convenio, el cual permite que las personas afectadas con COVID-19 que requieran atención hospitalaria especializada puedan ser referidas desde los hospitales públicos hacia las clínicas privadas, con todos los gastos pagados por el Estado (BBC News Mundo, 2020b). Pero la asociación de clínicas particulares cobraban en exceso por las camas de UCI, tal y como lo venían haciendo con varios pacientes, que denunciaban diariamente el costo abusivo de las clínicas para llevar a cabo el tratamiento del coronavirus: «se denunciaron casos de pacientes atendidos en estos establecimientos, con facturas que muchos consideran exorbitantes y abusivas, que superan el medio millón de soles, a razón de 10,000 soles diarios por atención» (Andina, 2020, párr. 3). Finalmente, las clínicas llegaron a un acuerdo con el Minsa y se pusieron a su disposición por todo el tiempo que dure el estado de emergencia.

A través de los diferentes medios de comunicación, se ha ido viendo que el Estado, a pesar de todas las adversidades que se le han ido presentando, como la falta de personal médico que conozca el funcionamiento de las máquinas respiratorias suscitado en Arequipa o el problema provocado por el convenio al negociar entre la asociación de clínicas particulares con el Minsa para aumentar las camas de UCI a nivel nacional, ha estado cumpliendo con la implementación de estas camas en cada región como ha podido. Sin embargo, no fueron las suficientes para cubrir la demanda y el 22 de julio la presidenta ejecutiva de EsSalud, Fiorella Molinelli, mencionó que «no hay camas UCI para pacientes COVID-19 ni en los hospitales ni en las clínicas. La situación se desborda mientras una situación similar ocurre en regiones como Arequipa, Huánuco,

Cajamarca y otros» (Gestión, 2020, párr. 1). Cada día, las noticias son peores, los casos van en aumento, ya no hay camas de UCI y en general los hospitales están saturados con pacientes infectados de coronavirus. Países con una mejor economía y mejores condiciones de salud como Italia, España y China, en su momento llegaron al colapso; era cuestión de semanas o meses para que el sistema de salud peruano pase por lo mismo.

4. ACCESO A LAS CAMAS DE UCI

El Ministerio de Salud, con el primer caso de coronavirus que se presentó el 6 de marzo de 2020, designó a un grupo de hospitales³ para que se centraran en la atención de los pacientes con coronavirus y, de esa manera, evitar la propagación del virus en los demás hospitales en donde las personas van a tratarse cualquier otra patología, emergencia o urgencia. El infectólogo Carlos Medina, en una entrevista, mencionó que:

esta designación fue para evitar que el virus se difumine por más hospitales y así centralizar la atención, para que los pacientes portadores de coronavirus no contagien a pacientes que portan otro tipo de patologías que podrían hacerlos susceptibles a un contagio. Sin embargo, todos los hospitales tienen pacientes con COVID-19 debido a que el poblador va al hospital que le queda cerca, no a los específicos (LaMula.pe, 2020, párr. 3).

El Minsa tuvo una buena idea al realizar ello; sin embargo, su error fue no promocionar en los medios de comunicación la designación que se había hecho a un determinado número de hospitales para que puedan tratar el coronavirus, ya que la gente, al entrar en pánico y no saber a dónde recurrir exactamente, iba

3 Ate (principalmente para UCI), Cayetano Heredia, Sergio Bernales de Collique, Hipólito Unanue, el hospital de emergencia de Villa El Salvador y el Dos de Mayo.

al centro de salud más cercano a su domicilio. Podemos ver que la comunicación es lo primordial en una sociedad, porque puede cambiar el rumbo o los resultados que uno anhela.

Además, el ingreso para las camas de UCI no necesitaba un mayor protocolo que haberse realizado una prueba que confirme que el paciente tenía coronavirus, y que al momento de llegar a uno de los hospitales destinados para combatir este virus letal, presentaba alguna dificultad respiratoria; no tenían procedimientos estrictos por cumplir, dado que no había muchos pacientes infectados. Sin embargo, con el pasar de los días el número de personas que ingresaban a UCI se multiplicaba velozmente; por ello, vieron conveniente establecer procedimientos para el ingreso a las camas de UCI, ya que algunas personas solo con presentar síntomas ya solicitaban una cama por «precaución».

CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN PARA EL INGRESO A LA UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS (UCI)

Pacientes con Prioridad 1	Pacientes con Prioridad 2
<ul style="list-style-type: none"> • Crítico e inestables: necesitan monitorización y tratamiento intensivo que no puede ser proporcionado fuera de la UCI (ventilación mecánica invasiva). • Beneficio potencial y reversibilidad esperable 	<ul style="list-style-type: none"> • Precisan monitorización intensiva y pueden necesitar intervenciones inmediatas. No ventilación mecánica invasiva. Oxigenoterapia alto flujo o VMNI por PaO₂/FiO₂<200 o <300 con fallo de otro órgano. • Beneficio potencial y reversibilidad esperable.
Ingreso en UCI	Ingreso en UCI
Pacientes con Prioridad 3	Pacientes con Prioridad 4
<ul style="list-style-type: none"> • Inestables y críticos, pero con pocas posibilidades de recuperarse a causa de su enfermedad de base o de la aguda. Pueden recibir tratamiento intensivo para aliviar su enfermedad aguda, pero también establecerse límites terapéuticos, como por ejemplo no intubar y/o no intentar RCP. 	<ul style="list-style-type: none"> • Su ingreso no está generalmente indicado: beneficio mínimo o improbable por enfermedad de bajo riesgo. Pacientes cuya enfermedad terminal e irreversible hace inminente su muerte
No ingreso en UCI	

Fuente: Grupo de trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos (SEMICYUC). https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf

Hay dos modos por los cuales uno puede conseguir camas en UCI, de la manera formal y de la manera informal. La manera formal se da al ser evaluado telefónicamente llamando al 106, que es la línea de emergencia del SAMU. Un asesor realiza una serie de preguntas sobre los síntomas que presenta el paciente, si cuenta con alguna condición de salud que pueda empeorar su estado actual (como diabetes, cáncer, presión arterial, entre otros) y si vive con alguna persona que corra peligro al compartir la misma vivienda, como personas de la tercera edad, embarazadas, niños o personas con alguna enfermedad crónica. Luego el asesor determinará si es o no un paciente que presenta signos de gravedad. Si no los tiene, indicará que realice un aislamiento en su propia casa y dará las instrucciones para ello: cómo hacerlo y durante qué tiempo, que normalmente es de 14 a 20 días. Si los signos fueran graves, tales como infecciones respiratorias agudas graves (IRAG), es decir, fiebre superior a 38 °C, tos, dificultad para respirar, agitación al hablar; si el paciente presenta algún cuadro de neumonía, presión y nivel de conciencia muy baja, si requiere múltiples medicamentos para estabilizarse, entubación de ventilación mecánica u oxígeno, se procederá con la hospitalización; de inmediato se mandará una ambulancia al domicilio en donde se encuentre el paciente o podrá ir al centro de salud que se le indicará, con su DNI en mano, para que ingrese sin problema alguno. Adicionalmente, hay un área a la cual se le denomina Unidad de Cuidados Intermedios, que se encarga de tratar a pacientes mayores de 60 años que no tienen síntomas de gravedad, pero que sí presenten dificultades respiratorias leves, tienen algún problema patológico que afecta su estado de salud en el tiempo o que no cuenten con un soporte necesario en casa para poder cuidarse por sí mismos.

El segundo modo por el cual uno puede acceder a una cama de UCI es el informal. La mayoría de personas han optado por este debido a su desesperación y por no tener el conocimiento del

procedimiento que deben seguir: acudir al centro de salud más cercano al domicilio para que algún familiar, vecino o amigo pueda ser atendido por algún síntoma grave que presenta. Sin embargo, al recurrir a este modo, no se tiene la certeza de que el paciente que se lleve va a ser atendido; dado que en la entrada de la mayoría de hospitales y clínicas se encuentra personal de seguridad que llamará a los doctores para que puedan hacer una evaluación afuera de las instalaciones. Se corre el riesgo de que se demoren al salir o que no haya ningún médico disponible en ese momento para realizar la evaluación; asimismo, la evaluación que se realiza es muy subjetiva y va a depender del criterio del doctor si es o no un estado de gravedad.

En la actualidad, no hay camas de UCI disponibles para que ingresen más pacientes con coronavirus en situación grave. Las personas que cuentan con familiares, amigos o vecinos enfermos están entrando en pánico porque no se desocupan las camas o no hay un aumento por parte del Estado. En una entrevista, el director del hospital de Chiclayo comentó con suma preocupación:

A diario tres pacientes ingresan a una lista de espera de una cama UCI [...]

Las personas tienen que esperar que un paciente de UCI fallezca o sea dado de alta, en el mejor de los casos, para acceder a una cama (RPP, 2020b, párrs. 2-3).

Este hecho es lamentable, porque se ha recurrido a colocar las vidas de las personas en una lista para determinar, según el orden en el que lleguen o llamen, quién vive y quién no.

5. CRITERIOS ADOPTADOS ANTE LA INSUFICIENCIA DE CAMAS DE UCI

El coronavirus tiene la capacidad de abrumar las clínicas, los hospitales y las unidades de cuidados intensivos debido a que impacta con los equipamientos, las camas de UCI, el equipo de oxígeno y hasta afecta a los profesionales de salud. Ello ha suscitado problemas éticos y médicos, entre los que destaca la asignación de los recursos sanitarios frente al incremento masivo de personas positivas a la COVID-19. Los médicos de todos los países se ven obligados a tomar una decisión para otorgar camas de UCI ante esta catástrofe sanitaria. Se cuestiona si otorgarla a una persona joven en vez de a una persona de la tercera edad, o si es mejor brindarle la cama a una persona que se encuentra en situación crítica; asimismo, está la cuestión de asignarla por orden de llegada o, en casos extremos, optar por el azar.

Por todo lo expuesto, se analizarán los siguientes criterios que se fueron adoptando y cuestionando en las guías bioéticas de países latinoamericanos (Perú, México) y europeos (Italia, España) para asignación de camas de UCI:

5.1. Criterio de la edad

Este criterio, como su propio nombre lo señala, se basa en optar por la persona más joven, es decir, si se tiene a una persona de 85 años que dio positivo a la COVID-19 y esta necesita una cama de UCI y a su vez también se tiene una persona de 40 años en las mismas condiciones, se optará por asignarle la cama a la persona más joven. Cabe señalar que este criterio se reflejó en la posibilidad de aplicación en los países europeos, entre ellos Italia. Martin-Fumadó, Gómez-Durán y Morlans-Molina (2020) mencionan que la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia y Cuidados Intensivos (SIAARTI) expresó la siguiente recomendación: «puede ser necesario establecer un límite de edad para la admisión a cuidados intensivos. No

es una mera elección relacionada con valores, sino una reserva de recursos extremadamente escasos» (p. 122). Aunque esta recomendación recalca que este criterio no se basa en valores y a pesar de que fue muy criticada, no pasó mucho tiempo en realizarse en las regiones de Italia.

En Piamonte, una región italiana, al sentirse amenazados por la escasez de recursos, entre ellos las camas de UCI, optaron por no dar prioridad a los pacientes mayores de 80 años con coronavirus. A su vez, el diario digital argentino *Infobae* (2020) menciona la propuesta del equipo que maneja la emergencia causada por la COVID-19 en dicha región:

Las personas contagiadas con coronavirus que tengan escasas probabilidades de supervivencia debido a la edad avanzada o a patologías preexistentes podrían tener negado el acceso a los cuidados intensivos en caso de que se agoten las plazas en los hospitales (párr. 1).

Asimismo, BBC News, el 19 de marzo, en su nota periodística «Coronavirus en Italia», citó las declaraciones que realizó el doctor Christian Salaroli, jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos de un hospital de Bérgamo al periódico italiano *Corriere della Sera*:

Si una persona entre 80 y 95 años está con dificultad respiratoria grave, es probable que no puedas proceder [con el tratamiento] [...]

Estas son palabras terribles, pero lamentablemente son ciertas. No estamos en condiciones de intentar lo que ustedes llaman milagros (2020a, «Decisiones difíciles y dolorosas», párrs. 7-8).

El abogado Walter Albán Peralta expresó:

la edad es un criterio importante, sin embargo, «no sería justo» que, a una persona, por ser mayor, se le niegue automáticamente el ingreso a UCI. No basta la edad podría ser una persona joven

con problemas de comorbilidad alta, en cambio, puede ser una persona mayor sin ningún tipo de afectación previa (Chávez, 2020, «El criterio de la edad», párr. 2).

5.2. Criterio por orden de llegada

Este criterio de llegada era la práctica cotidiana de los hospitales, las clínicas, las postas médicas y las farmacias, debido a que en la asignación de recursos se priorizaba a la persona que solicitaba un servicio o un medicamento escaso frente a otro paciente que pedía el mismo medicamento o servicio y por ende el personal médico optaba por brindar este recurso al paciente que lo solicitó primero. Esta práctica a lo largo de los años fue aceptada y hasta interiorizada por parte del personal de salud y los pacientes. Esto lo argumenta la Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia del Estado de México, al señalar que «el principio de orden de llegada se ha justificado en términos de que es eficiente, transparente, se mantiene neutro respecto a las cualidades personales y sociales de las y los pacientes, y les trata de manera equitativa» (Consejo de Salubridad General, s. f., p. 3).

La cuestión es si este criterio debe seguir prevaleciendo frente a esta catástrofe sanitaria, Alfredo Celis López, médico y presidente del Comité de Ética del CMP recalca que «el criterio de quién llegó primero no prevalece, sino quién tiene mayor probabilidad de recuperarse, de sobrevivir» (Chávez, 2020 «El criterio de la edad, párr. 3). Por otro lado, el filósofo David Rodríguez-Arias sustenta que «el criterio de llegada, el primero que llega se sirve, tiene la ventaja de que es imparcial, trata a todos por igual, pero la justicia no consiste en tratar a todos por igual» (Méndez, 2020, párr. 5); en otras palabras, expresó que la justicia es equivalente a la equidad, entendiendo por ella dar las mismas oportunidades a las personas, no tratarlas a cada una por igual.

5.3. Criterio del azar

México, como respuesta a la crisis de recursos, elaboró un Proyecto Guía de Triage para la Asignación de Recursos de Medicina Crítica en el cual se señalaba que «la manera aceptada de asignar recursos escasos cuando nos encontramos en situaciones donde los pacientes son similares es seleccionar al azar» (s. f., p. 3). Entonces el azar se convierte en un factor decisivo, en otras palabras, la vida de una persona dependerá de la cara o sello de una moneda.

Barragué y Padilla (2020) respecto a este criterio señalan que la sociedad española se expresó sobre el azar haciendo referencia al sorteo o jugarse a los dados por una cama de UCI disponible; en consecuencia, consideran que es un «mecanismo [...] razonable [...] precisamente porque nadie puede alegar tener un interés o derecho especial sobre el objeto del reparto» (párr. 4). Este criterio no prioriza a nadie, ya que no otorga mayores probabilidades a ciertas personas frente a otras.

Es preciso señalar que este criterio es práctico, pero no es objetivo, porque significa renunciar a nuestra capacidad racional; nosotros como seres humanos no podemos dejar a la suerte decisiones que requieren de nuestro raciocinio a pesar de que sean muy difíciles.

5.4. Criterio del estado de salud

Este criterio va a priorizar algunos pacientes sobre otros debido a que tienen mayor posibilidad de vivir frente a la amenaza de la COVID-19. Por ello, la Sociedad Española de Medicina Intensiva Crítica y Unidades Coronarias ha elaborado una guía ética para ayudar a tomar esas decisiones, por lo cual recomienda, ante dos pacientes similares, priorizar la mayor esperanza de vida con calidad. Asimismo, el Perú no es ajeno en tomar esta postura, los miembros del grupo temático sobre ética realizaron un documento técnico basado en las consideraciones éticas para la

toma de decisiones en los servicios de salud durante la pandemia de la COVID-19 y recomendaron que «la asignación de recursos sanitarios en condiciones de escasez insubsanable debe tener como objetivo garantizar tratamientos intensivos a pacientes con mayor expectativa clínica de recuperación» (Minsa, 2020b, p. 19).

Este documento detalla que se debe brindar soporte intensivo a aquellas personas que tienen mayor esperanza de vida luego del tratamiento. Pese a que este documento es muy genérico, se destaca la importancia de estandarizar criterios, por ello Jesús Valverde señala que «la oferta de camas UCI es muy limitada, no se decide entre uno o dos pacientes [...]. A veces, hay que priorizar a uno entre 50» (Chávez, 2020, «Ajustes en documento», párr. 3).

6. CONCLUSIONES

Frente a este dilema médico y bioético surgieron diversas respuestas de los Estados, que optaron por posibles aplicaciones para la asignación de las camas de UCI. Ante esta catástrofe, la mayoría de países decidió salvaguardar a un gran número de personas.

Los Estados establecieron las consideraciones que se deben tomar al momento de aplicar un triaje frente a la escasez de recursos (camas de UCI) en guías con una base bioética. Uno de los documentos más importantes elaborados en nuestro país fue realizado por médicos y bioéticos, y aunque algunos puntos no se encuentren desarrollados a la perfección, el Estado tomó la iniciativa de realizarlo y eso es un gran avance.

Para esta difícil tarea se tuvo que recurrir a los principios bioéticos como el principio a la autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Este último principio es clave para resolver problemas éticos y médico-legales. Cabe mencionar que más allá de desarrollar estrategias, guías o criterios basados en el conocimiento clínico y la optimización de los recursos, el proceso de planificación de

una crisis de salud requiere una reflexión sobre los valores, como la responsabilidad, la inclusividad, la transparencia, la sensibilidad o la razonabilidad.

Respecto al Perú, se dejó constancia, por todos los argumentos desarrollados en el presente artículo, de la ineficiencia de nuestro sistema de salud en cuanto a la atención, la disposición de equipos y la disponibilidad de las camas en las unidades de cuidados intensivos. Por eso, el Estado peruano, a pesar de haber tomado medidas adecuadas para evitar la propagación del virus, no obtuvo buenos resultados, ya que la principal barrera fue su sistema de salud.

En el mes de agosto, cuando nos encontrábamos en el pico más alto de la enfermedad, no contábamos con camas de UCI a nivel nacional, y el criterio al que estaban recurriendo las clínicas y los hospitales era la organización de las personas mediante listas de espera. Ello evidencia que se está actuando por frenesí, no se piensa en las consecuencias, ya que decidir si una persona vive o no, no puede depender íntegramente de una lista que se realiza conforme van llegando las personas al establecimiento de salud o respecto a las llamadas que hagan. La dignidad de la persona debe verse protegida ante todo. Por ello, si se da un segundo apogeo de la enfermedad en nuestro país, se debería actuar con frónética, porque una vez ocasionado el daño, no hay vuelta atrás. Es necesario que se medite acerca de las circunstancias y las situaciones antes de actuar por impulso o emocionalmente, más aún si estamos hablando de vidas humanas.

REFERENCIAS

- Andina (2020, 21 de junio). Coronavirus: Susalud insta a las clínicas privadas a resolver problemas de facturación. <https://andina.pe/agencia/noticia-coronavirus-susalud-insta-a-las-clinicas-privadas-a-resolver-problemas-facturacion-802536.aspx>
- Barragüé, B. y Padilla, J. (2020, 26 de marzo). A quién (no) debemos dejar morir. *Agenda Pública*. <http://agendapublica.elpais.com/a-quien-no-debemos-dejar-morir/>
- BBC News Mundo (2020a, 19 de marzo). Coronavirus en Italia: «La sala de emergencias se está derrumbando»: la dramática situación que deben enfrentar los médicos que atienden a pacientes con COVID-19 en el país europeo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51919561>
- BBC News Mundo (2020b, 25 de junio). Coronavirus en Perú: el tenso acuerdo entre las clínicas privadas y el gobierno sobre el precio por atender a pacientes de COVID-19. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53185216>
- Chávez, C. (2020, 26 de julio). La difícil elección para sobrevivir: a quién le otorgan una cama UCI. *Ojo Público*. <https://ojo-publico.com/1978/eleccion-para-sobrevivir-el-dilema-de-la-ultima-cama-uci>
- Consejo de Salubridad General (s. f.). Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia. México. http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/GuiaBioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf
- Gestión (2020, 22 de julio). No hay camas UCI ni en los hospitales ni en clínicas para pacientes COVID-19, asegura EsSalud. <https://gestion.pe/peru/no-hay-camas-uci-ni-en-los-hospitales-ni-en-clinicas-para-pacientes-covid-19-asegura-essalud-noticia/?ref=gesr>

- Infobae (2020, 15 de marzo). Por el colapso sanitario en Italia, proponen no dar prioridad a los pacientes mayores de 80 años con coronavirus. *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/15/por-el-colapso-sanitario-en-italia-proponen-no-dar-prioridad-a-los-pacientes-mayores-de-80-anos-con-coronavirus/>
- Iseron, K. V. (2006). Ethical Principles. *Emergency Medicine Clinics of North America*, 24(3), 513-545. https://www.researchgate.net/publication/278600571_Principles_of_biomedical_ethics
- LaMula.pe (2020, 4 de abril). Los retos y desafíos que afrontan las Unidades de Cuidados Intensivos en Perú ante el Covid-19. <https://redaccion.lamura.pe/2020/04/04/las-uci-en-el-peru-en-tiempos-de-coronavirus/karlacuestase/>
- Martin-Fumadó, C., Gómez-Durán, E. y Morlans-Molina, M. (2020, julio-septiembre). Consideraciones éticas y médico-legales sobre la limitación de recursos y decisiones clínicas en la pandemia de la COVID-19. *Revista Española de Medicina Legal*, 46(3), 119-126. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.05.004>
- Méndez, R. (2020, 30 de marzo). «La pandemia está obligando a muchos médicos a actuar como dioses sin quererlo». *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-30/david-rodriguez-arias-bioetica-respiradores-coronavirus_2522799/
- Merino, A. (2020, 30 de marzo). ¿Cuántas camas UCI tiene cada país? *El Orden Mundial - EOM*. <https://elordenmundial.com/mapas/cuantas-camas-uci-tiene-cada-pais/>

- Ministerio de Salud (Minsa) (2020a, 20 de abril). Disponibilidad de camas de hospitalización y UCI a nivel nacional. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/informes-publicaciones/483027-disponibilidad-de-camas-de-hospitalizacion-y-uci-a-nivel-nacional>
- Ministerio de Salud (Minsa) (2020b, mayo). Documento técnico. Consideraciones éticas para la toma de decisiones en los servicios de salud durante la pandemia COVID-19. Grupo de trabajo en aspectos bioéticos durante la pandemia COVID-19. http://bvs.minsa.gob.pe/local/minsa/consideraciones_eticas.pdf
- Proyecto Guía de Triage para la Asignación de Recursos de Medicina Crítica* (s. f.). https://laurieximenez.files.wordpress.com/2020/04/3-guia_bioetica_15abril2020_v3.pdf
- Radio Programas del Perú (RPP) (2020a, 22 de julio). Chiclayo: pacientes tienen que permanecer en lista de espera para ingresar a UCI de hospitales. *RPP Noticias*. <https://rpp.pe/peru/lamba-yeque/chiclayo-pacientes-tienen-que-permanecer-en-lista-de-espera-para-ingresar-a-uci-de-hospitales-noticia-1281969>
- Radio Programas del Perú (RPP) (2020b, 23 de julio). «Hay un incremento de 40 camas UCI en Arequipa, pero no tenemos personal», dice Zulema Tomás. *RPP Noticias*. <https://rpp.pe/peru/arequipa/coronavirus-en-peru-arequipa-hay-un-incremento-de-40-camas-uci-pero-no-tenemos-personal-dice-zulema-tomas-noticia-1282078?ref=rpp>
- Rechel, B., Wright, S., Barlow, J. & McKee, M. (2010). Hospital capacity planning: from measuring stocks to modelling flows. *Bull World Health Organ*, 88(8), 632-636. <http://dx.doi.org/10.2471/BLT.09.073361>

Recoletas Red Hospitalaria (2019, 25 de septiembre). ¿Qué es la UCI y cómo actuar cuando un familiar está ingresado en esta unidad? <https://www.gruporecoletas.com/noticias/que-es-la-uci-hospital/>

Rich, K. L. (2015). Introduction to Bioethics and Ethical Decision Making. In Butts, J. B. and Rich, K. L., *Nursing Ethics: Across the Curriculum and Into Practice* (pp. 33-66). Jones & Bartlett Publishers. http://samples.jbpub.com/9781284059502/Chapter_2_Sample.pdf

Rodríguez, J. (2020, 25 de junio). COVID-19 en Perú: 5000 camas más. <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2020/06/25/covid-19-en-peru-5-000-camas-mas/>

Reseñas



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021

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. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 383-395

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.401

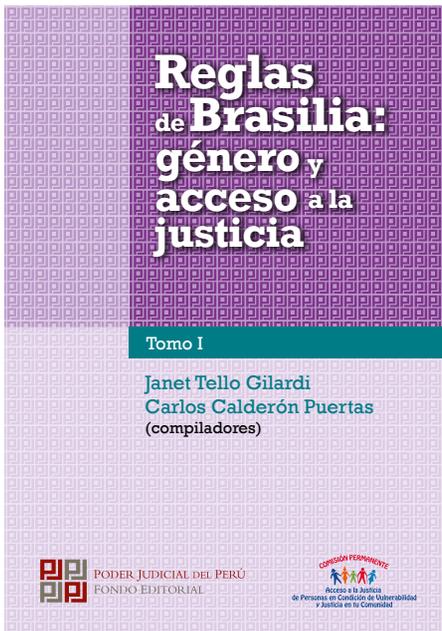
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores).

Reglas de Brasilia: género y acceso a la justicia. Tomo I.

Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas
en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad;
Fondo Editorial del Poder Judicial, 2021, 294 pp.



En el libro que reseñamos, la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, en coordinación con la Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia (JUSDEM), a través del Capítulo de Mujeres Juezas y la Asociación Peruana de Mujeres Juezas (APMJ), presenta una compilación de artículos sobre el género y el acceso a la justicia. Esta publicación aparece en el marco del décimo aniversario de la adhesión del Poder Judicial a las 100 Reglas de Brasilia y como homenaje a Ruth Bader Ginsburg (1933-2020), jueza de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, reconocida por su lucha por la igualdad de género, quien largamente ha trascendido como un ícono de talla mundial por su influencia en el llamado constitucionalismo feminista del siglo XXI.



En efecto, a la jueza Ginsburg se le reconoce su actuación estratégica porque realizó una cuidadosa selección de casos con el fin de lograr que la Corte Suprema —integrada exclusivamente por hombres— empezara a reconocer la barrera constitucional contra la discriminación de género. Su trabajo en la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo sin duda un componente educativo, no solo en aquellas decisiones que fueron adoptadas en consenso con la

mayoría, sino también, y quizás especialmente, en sus célebres disidencias. Por ello, sumándonos al homenaje que el libro reseñado ha querido darle a Ruth Bader Ginsburg, hemos organizado una reseña de los artículos que se presentan en torno a las temáticas que la jueza abordó a lo largo de su fructífera carrera.

Uno de los temas que abordó fue la discriminación por género, como en *United States v. Virginia*, 518 U. S. 515 (1996)¹, caso histórico en donde la jueza Ruth Bader Ginsburg, con la mayoría de la corte, anuló la política de admisión exclusiva para hombres del Instituto Militar de Virginia, al no proporcionar igual entrenamiento y oportunidades a las cadetes. En ese marco, resulta interesante presentar los artículos de Beatriz Miranda Verdú, «Discriminación por género: estereotipos y prejuicios en la función judicial», y de Wéllia Pimentel Santos, «Discriminación, escenario político-religioso y homofobia en las escuelas

1 Revisar <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/>

brasileñas». Ambos artículos comparten la urgente necesidad de erradicar la discriminación de género en instituciones públicas como el ámbito judicial y las escuelas.

En efecto, Beatriz Miranda Verdú analiza qué son los estereotipos, y los distingue de prejuicios y creencias, para luego ver cómo se presentan en la actividad judicial. Aquí se reconoce que jueces y juezas no están libres de la cognición cultural, que comprende estereotipos y prejuicios. De este modo, propone analizar si los estereotipos y los prejuicios afectan a la función judicial, si se insertan en el momento de recibir la información, así como en la práctica y la valoración probatoria, y en qué medida influyen en estas. Asimismo, en los razonamientos presentes en las sentencias se utilizan expresiones discursivas cuyas cargas valorativas denotan la aceptación y la reproducción de estereotipos que incorporen prejuicios sociales y culturales (incluidos los de género). La autora propone que las Reglas de Brasilia deben introducir la causa tanto en el sexo y en el género, como una construcción sociocultural en la definición de la discriminación hacia la mujer. Igualmente, manifiesta la necesidad de una formación psicológica y sociológica adecuada que pueda coadyuvar a eliminar aquellos estereotipos basados en el género.

Por otra parte, Wéllia Pimentel Santos analiza la proliferación de la homofobia en la sociedad brasileña, que, según la autora, se explica por dos causas: la falta de legislación especializada y la escasa inversión en políticas públicas. En relación con lo primero, afirma que Brasil no tiene una legislación especial que penalice la discriminación contra lesbianas, gays, bisexuales, travestis y hombres transgénero, como sí se tiene frente a la violencia doméstica con la ley Maria da Penha. Esta crea mecanismos para frenar la violencia familiar contra las mujeres, como estaciones de policía, refugios, hogares de mujeres, es decir, aparatos institucionales que proporcionan una estructura de apoyo. Además, en los últimos

años, si bien han existido una serie de iniciativas legislativas que abordan dicha problemática, estas no han sido aprobadas por la confrontación con líderes religiosos fundamentalistas que han bloqueado toda la agenda de derechos de aquella población vulnerable. De otro lado, no se han desarrollado políticas públicas orientadas a la educación, la comunicación y la cultura, con el fin de promover debates o reflexiones sobre el reconocimiento de una sociedad menos prejuiciosa. De acuerdo con la autora, la reducción de la violencia LGBTQI requiere acción en varios frentes, y uno de los más importantes es el educativo, por lo que resulta urgente que directores, maestros y gerentes escolares de todo el país asuman la responsabilidad de combatir el prejuicio y la discriminación, sin importar si nace en la familia o no.

De otro lado, recordamos a Ginsburg y su compromiso por la no discriminación en razón de la orientación sexual, tanto en el caso *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015)² —en el cual el tribunal falló, bajo su liderazgo, sobre el derecho fundamental de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio—, como en su posterior disidencia en el caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al.*, 584 U. S. (2018)³, donde una pareja homosexual fue rechazada en una panadería que se negó a hacer un pastel para su boda. Este hecho fue interpretado por la jueza como un trato discriminatorio, dado que la panadería no estaba brindando sus servicios de la misma manera a una pareja heterosexual que a otra homosexual. A propósito de estos fallos, comentaremos dos artículos que nos hacen reflexionar sobre el trato profundamente discriminatorio que reciben en nuestra sociedad las personas trans. El primero, «Acceso a la justicia y reconocimiento de la identidad de género de las personas

2 Revisar https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

3 Revisar https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf

trans», de autoría de Adrián Lengua Parra y, el segundo, «Niñez y adolescencia trans: un hecho evidente, pero invisible para el acceso a la justicia en el Perú», de Ximena Salazar Lostaunau.

El artículo de Adrián Lengua Parra trata sobre la vulneración que sufre actualmente la población trans en el Perú para acceder a la justicia, con el fin de lograr el reconocimiento de su identidad de género. De acuerdo con el autor, en el caso de las personas trans nos encontramos ante un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a un contexto de discriminación por razones de identidad de género. En esa línea, cuentan con las Reglas de Brasilia como una guía interpretativa para la protección de sus derechos, ya que desde el 2018 se incorporó la identidad de género como una causal de vulnerabilidad, según la tercera y la cuarta regla. Este análisis se refuerza sobre la base del desarrollo de la jurisprudencia internacional, que confirma que la identidad de género es una categoría identitaria tutelada en el derecho internacional de los derechos humanos por el principio de no discriminación. De esta manera, toda medida restrictiva en perjuicio de una persona trans, a causa de su identidad, debe fundarse en necesidades imperiosas y pasar un juicio estricto de proporcionalidad. El autor concluye en la necesidad de que el Estado peruano apruebe una ley de identidad de género que habilite una vía administrativa para tutelar los derechos de esta población, a fin de cumplir sus obligaciones internacionales y aplicar las directrices de las Reglas de Brasilia.

Ximena Salazar Lostaunau presenta testimonios de adolescentes trans de la selva peruana, quienes se encargan de evidenciar el duro panorama que atraviesan desde temprana edad, que muchas veces se origina en el no reconocimiento de su identidad de género en sus familias. Así, los testimonios que se presentan permiten reconocer cómo se les niega o vulnera los derechos a estas adolescentes trans, quienes van a experimentar discriminación en contextos de

pobreza, alejadas de sus familias, lo que se suma a su condición étnica o lugar de origen. Al revisar las 100 Reglas de Brasilia, la autora reflexiona sobre cómo estas deberían ser aplicables a los y las NNA trans, pero que, al no reconocérseles su identidad, ello incrementa exponencialmente los riesgos a la vulneración de sus derechos y reduce al mínimo sus posibilidades de acceso a la justicia.

Otros temas abordados por la célebre jueza Ruth Ginsburg guardan relación con la discriminación laboral, como su disenso en el célebre caso *Lilly Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U. S. 618 (2007)⁴ sobre discriminación en el pago de salarios, en el cual Lilly Ledbetter presentó una demanda argumentando que había recibido un salario bajo por razón de su sexo, lo cual resultaría discriminatorio, al violar la ley federal. Sin embargo, su solicitud no fue presentada de manera inmediata a los hechos, por lo que perdió el caso. Ante ello, la situación fue acogida por el Congreso, aprobando la Lilly Ledbetter Fair Pay Act (2009)⁵. Respecto a ese contexto discriminatorio, presentaremos los problemas que aún deben enfrentar las mujeres en el ámbito laboral, discutidos en los artículos de Patricia Nieto Rojas, «Recomendaciones para incrementar el trabajo decente de las mujeres a través del emprendimiento. La eficacia de las políticas públicas en la lucha contra la desigualdad», y el de Laura Elena Zárate Negrete y María Eugenia Sánchez Ramos, «Binomio “acoso sexual y trabajo”: mujeres mineras en México».

El artículo de Patricia Nieto Rojas aborda un tema tan actual como problemático en la agenda de nuestros países: el diseño de programas de seguridad social que permitan dar un nivel de protección a las mujeres emprendedoras. Como se sabe, el emprendimiento femenino surge por necesidad más que por oportunidad. Además, se profundiza durante las crisis económicas, donde los

4 Revisar <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/618/>

5 Revisar <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/senate-bill/181>

flujos de entrada al autoempleo son mayores, aunque, al mismo tiempo, la tasa de supervivencia de sus empresas es menor. A ello se suma que la probabilidad de que las mujeres desistan de un empleo asalariado para autoemplearse depende de la presencia de hijos pequeños, debido al horario más flexible que permite el trabajo independiente en una gran parte de los casos. La autora analiza detenidamente algunas fórmulas utilizadas en Argentina y Colombia, reiterando la necesidad de promover la realización de estudios que aborden la protección social de las personas trabajadoras independientes, desde una perspectiva de género, ya que tradicionalmente la seguridad social tiene un sesgo en su organización y financiamiento hacia los trabajadores asalariados. En ese sentido, considera que las unidades de género gubernamentales deben integrar en sus análisis el impacto de la asunción de responsabilidades familiares, tanto en las cifras de emprendimiento como en la futura protección social de las trabajadoras independientes.

Por su parte, Laura Elena Zárate Negrete y María Eugenia Sánchez Ramos abordan la problemática del acoso sexual en las mujeres que laboran en la actividad minera. Su investigación recoge testimonios de sesenta y cinco trabajadoras del ámbito operativo de la industria minera (supervisoras, productoras y administradoras) de los estados mexicanos Sonora, Zacatecas, Guanajuato, Hidalgo y Oaxaca. A partir de estos testimonios, se evidencian las dificultades del contexto en el que laboran estas mujeres, pero también su pasión como pioneras. La mayoría de las mineras entrevistadas no solo no fueron apoyadas por sus familiares, sino que, una vez en la industria, fueron subestimadas y demeritadas desde su llegada. Por ello, además del beneficio económico y el apoyo hacia la familia, como elementos valorados por ellas, también se perfilan la pasión y la autorrealización como los impulsos individuales encargados de la fortaleza de estas mujeres.

La violencia y la discriminación que sufren las mujeres, especialmente en torno a sus derechos sexuales y reproductivos, han sido largamente discutidas por la honorable Ruth Ginsburg, como en el caso *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, 579 U. S. (2016)⁶, en el cual la corte, con el voto concurrente de Ginsburg, dictaminó que un estado (Texas) no podía imponer restricciones a la prestación de servicios de aborto creando una carga indebida, y por tanto discriminatoria para las mujeres, y poniendo en riesgo su salud y seguridad. En este marco, resulta pertinente comentar algunos de los artículos presentados que abordan la dimensión de la violencia sexual, pero también la responsabilidad que le compete a los estados y a sus agentes en relación con la protección de los derechos de las mujeres: «Género y acceso a la justicia. Algunos comentarios sobre la investigación de la violencia sexual a partir del caso *Espinoza González vs. Perú*», de Karen García Curiel y Renato Sotelo Torres, y «La múltiple vulnerabilidad de las niñas abusadas en Ecuador: el caso de Paola Guzmán», de Ana Dolores Verdú Delgado y Lucianne Anabell Gordillo Placencia.

Karen García Curiel y Renato Sotelo Torres afirman que la vocación tutelar de las Reglas de Brasilia debe ir acompañada de una profunda y permanente reflexión sobre el concepto y el fundamento de los derechos humanos, con la finalidad de que los órganos del sistema de justicia no pierdan la perspectiva sobre las condiciones elementales del acceso efectivo a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Esta reflexión la desarrollan en torno al caso *Espinoza González vs. Perú*, el cual presenta la situación de una mujer que, además de ser procesada y condenada por el delito de traición a la patria o terrorismo, fue víctima de violencia sexual, tortura y detención ilegal y arbitraria por parte de agentes estatales. García Curiel y Sotelo Torres abordan

6 Revisar https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274diff_97bf.pdf

tanto los aspectos relativos a la investigación de actos de violencia sexual contra la mujer y el cumplimiento cabal de la obligación estatal de investigar, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el aparente dilema de la calificación de una víctima cuando concurren, simultáneamente, en su esfera subjetiva, las cualidades de parte lesionada y victimaria. Por último, plantean el reto que implica buscar mecanismos de compensación entre el pago de la reparación civil adeudada por un terrorista y el monto indemnizatorio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a causa de una violación a los derechos humanos, cuando en una misma persona concurren las cualidades de víctima y victimario.

Ana Dolores Verdú Delgado y Lucianne Anabell Gordillo Placencia reflexionan sobre una dura realidad presente en toda Latinoamérica, es decir, la situación de vulneración de derechos que sufren las niñas y las adolescentes víctimas de violencia sexual, especialmente aquellas que terminan embarazadas. Al analizar las Reglas de Brasilia, las autoras concluyen que la condición de víctima de Paola Guzmán constituye una triple vulnerabilidad agravada por la existencia de una victimización secundaria, debido al hecho de que el delito cometido en su contra fue incrementado por el propio sistema de justicia. Por ello, consideran necesario determinar las barreras estructurales que impiden el pleno ejercicio de los derechos de estas adolescentes y modificar la cultura jurídica tradicional mediante el apoyo de instancias internacionales, nacionales y locales y, en general, la sociedad civil. De acuerdo con las autoras, ello requerirá aceptar la relación del embarazo en las adolescentes con un sistema de género sexista que minimiza y naturaliza la violencia contra las mujeres, legitimando la falta de actuación eficaz del Estado.

La jueza Ginsburg también participó en otros casos en donde se abordó la violencia contra la mujer, como *United States v. Hayes*,

555 U. S. 415 (2009)⁷, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la prohibición federal de posesión de armas por personas condenadas por delitos menores de violencia doméstica. Además, en dicho caso Ruth Bader Ginsburg afirmó que las armas de fuego y los conflictos domésticos eran una combinación potencialmente mortal en todo el país, y dictaminó que se puede prohibir portar armas a los abusadores domésticos, condenados bajo las leyes generales de agresión, si existe una relación doméstica probada entre la víctima y el delincuente. Así, los peligros a los que se enfrentan las mujeres pueden provenir de fuentes diversas, incluyendo las más cercanas, lo que evidencia la falla en la responsabilidad de la comunidad y el Estado para garantizar su protección. En ese marco, comentaremos «Violencia institucional y revictimización de la violencia sexista y los femicidios/feminicidios en el contexto de las Reglas de Brasilia», de Esther Pineda G.; «El fenómeno de la violencia de género en Europa: estado de la cuestión y principales desafíos», de Sandra López de Zubiría Díaz; «Defensa de la capacidad de decisión sobre el cuerpo propio frente a las violencias machistas en Lamu (Kenia)», de Ana Fernández Quiroga; y «El acceso a la justicia de las mujeres con discapacidad víctimas de violencia», de Graciela Lucy Oroche Merma.

La violencia institucional, especialmente la que se ejerce en las instituciones del sistema de justicia, es analizada por Esther Pineda G. En su artículo, manifiesta una dura realidad en la región, dado que aproximadamente el 27.7 % de las víctimas de femicidio/feminicidio denunció al agresor ante el sistema de justicia, y este no reaccionó a tiempo. La autora identifica una serie de prácticas extendidas entre los operadores judiciales, que al revictimizar, ignorar, desatender y desproteger a las víctimas, generan una gran desconfianza en muchas otras mujeres, que no acudirán al sistema, de manera que en numerosas ocasiones los femicidios/feminicidios

7 Revisar <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/415/>

son consecuencia de la violencia institucional indirecta. Esto no queda allí, ya que esta misma violencia institucional es sufrida por los familiares de las víctimas, quienes se enfrentan al sistema en la búsqueda de justicia. Por ello, la autora encuentra indispensable aplicar las Reglas de Brasilia actualizadas, las cuales deben constituirse en un instrumento para la transformación de las concepciones y las políticas en las instituciones de justicia y sus funcionarios.

Sandra López de Zubiría Díaz realiza una revisión del avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres en Europa desde 1979, con la CEDAW, hasta el 2011, con el Convenio de Estambul, y lo que este tratado supone en materia de la consolidación de la lucha contra la violencia de género. Sin embargo, la autora es crítica sobre el grado de adecuación de los estados a las obligaciones derivadas de la ratificación del convenio, especialmente en lo referente a la recopilación y la estandarización de datos, así como en lo relativo a la legislación penal, caracterizada por una amplia heterogeneidad. Finalmente, analiza la normativa española, que si bien es una ley integral de la violencia de género, limita el objeto de su regulación al ámbito de la pareja. Por ello, afirma que resulta imprescindible proponer alternativas que se desvinculen del punitivismo y ofrezcan soluciones encaminadas a cambios sociales y educativos.

Por otra parte, Ana Fernández Quiroga nos traslada a una realidad distante físicamente, pero similar a la que enfrentan muchas mujeres indígenas de nuestro continente. Su artículo se basa en una investigación que tuvo como objetivo conocer las manifestaciones de la violencia machista, que afecta la integridad física, la capacidad de decisión de las mujeres indígenas y sus estrategias de resiliencia frente a estas, teniendo en cuenta diversas variables relativas a la etnia, la religión o el nivel sociocultural. Así la autora, a través de la observación participante, se aproximó a las mujeres de la isla Lamu en Kenia, donde, como extranjera, se

desempeñó como coordinadora de una ONGD. Allí convivía con más de ochenta mujeres que sufrían diversos tipos de maltrato. A través del análisis del discurso, glosa testimonios de violencia física, económica, psicológica o social, así como el recorrido que hacen estas mujeres para enfrentarla. De acuerdo con la autora, las mujeres de Lamu conocen los pasos socialmente aceptados para solucionar los conflictos: acudir a la familia, a los hombres líderes tribales y, en última instancia, a la policía, a la que no se suele recurrir. Ellas, frente a la desconfianza de las instituciones públicas, optan por huir como forma de solución frente a la violencia, aunque muchas han tenido que recurrir a sus padres para que cuiden a sus hijos e hijas. Así, como muchas de sus pares en todo el mundo, no asumen una actitud pasiva, sino que promueven estrategias para mejorar sus condiciones de vida, a pesar de los enormes costos que ello acarrea.

Graciela Lucy Oroche Merma plantea el contexto de vulnerabilidad de la niña y la mujer con discapacidad. Por ello, detalla las principales barreras que enfrentan para concretar su pretensión de protección judicial. Para su análisis, utiliza perfiles de las víctimas con discapacidad, a partir de casos atendidos en los Centros Emergencia Mujer durante el 2019. Concluye que las víctimas de violencia contra las personas con discapacidad en el Perú tienen, en su mayoría, rostro de mujer, mientras que el perpetrador es, regularmente, un miembro de la familia, y que los tipos de violencia más frecuentes son la psicológica y la sexual. Además, analiza la necesidad de atender los principales requerimientos de estas mujeres tomando en cuenta la diversidad propia de la discapacidad y los contextos específicos de vulnerabilidad. Finalmente, propone la utilización de herramientas que contribuyan al acceso a la justicia de todas las mujeres con discapacidad, como el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad (2018), así como la urgencia de

implementar ajustes en el procedimiento ante instancias como la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, entre otras.

Luego de este recorrido, solo resta recordar que si bien las 100 Reglas de Brasilia son un conjunto de estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, la aspiración consiste en que sean efectivamente incorporadas como líneas de actuación para los poderes judiciales, con el fin de brindar a estas personas un trato adecuado a sus circunstancias. Estas reglas, que como parte de un proceso histórico van transformando la realidad y nuestra visión del mundo, requieren de personas que se apropien y se comprometan con ellas con pasión, como ya lo dijo la jueza Ruth Bader Ginsburg: «Una constitución, siendo tan importante como es, no significará nada a menos que la gente esté anhelando la libertad»⁸ (citado en Rivoli, 2012, párr. 12). Estoy convencida de que el libro reseñado generará que cada vez más personas anhelan la vigencia efectiva de las 100 Reglas de Brasilia en el quehacer judicial de nuestros países.

REFERENCIA

Rivoli, D. (2012, 2 de marzo). Supreme Court Justice Ginsburg to Egypt: Look Outside U.S. When Drafting Constitution. *International Business Times*. <https://www.ibtimes.com/supreme-court-justice-ginsburg-egypt-look-outside-us-when-drafting-constitution-video-405304>

MARCELA HUAITA ALEGRE
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: mhuaita@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-3720-7406>

8 La traducción es mía.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 397-403

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.402

Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores).

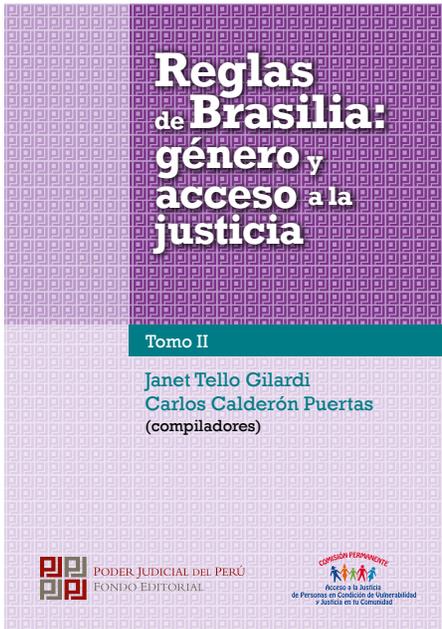
Reglas de Brasilia: género y acceso a la justicia. Tomo II.

Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas
en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad;
Fondo Editorial del Poder Judicial, 2021, 404 pp.



En la exposición de motivos de las 100 Reglas de Brasilia, encontramos que la Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún, 2002). Específicamente, los que se incluyen en el apartado titulado «Una justicia que protege a los más débiles».

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de



las personas en condición de vulnerabilidad. No resulta muy útil que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta en general a todos los ámbitos de la política pública, se visibiliza más cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos

mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Las Reglas de Brasilia son verdaderas mandas que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Es así que nuestros países deben propender a cumplir esas reglas en favor de los más débiles. La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú lo ha comprendido y lo lleva a cabo a través de estas publicaciones que ilustran y marcan un camino para llegar a esos nobles objetivos.

Los trabajos que se detallan a continuación muestran y alertan sobre la necesidad de mayor capacitación y divulgación para lograr la implementación de políticas públicas de verdadero acceso a la justicia para las poblaciones de nuestros países, por parte de los tres poderes del Estado. También debemos incluir la participación de las universidades y de los organismos no gubernamentales en el diseño de las políticas públicas, a fin de alcanzar una mayor promoción de derechos, con el objetivo de lograr una justicia más cercana, más accesible y más amigable. Los trabajos que integran el libro son «Reglas de Brasilia: la tutela de los derechos fundamentales y la igualdad de género en América Latina y Europa», de Claudia Nasi y Elisabetta Palici di Suni; «La evolución de la violencia de género en las Reglas de Brasilia», de Néstor Orejón Sánchez de las Heras; «La trata de personas y las 100 Reglas de Brasilia: factores por considerar en la investigación del delito en cuestión», de Nicolás Santiago Cordini; «Desarmando estereotipos de género: hacia una metodología», de Laura Clérico; «Por una democracia inclusiva y real. La relevancia del enfoque de género en la justicia y la sociedad peruanas», de Paloma Rodríguez Sumar; «Discriminación por estereotipos de género en el acceso a la justicia», de Emanuela Cardoso Onofre de Alencar; «Derecho penal y género: nuevos retos para el acceso a la justicia ante el ciberacoso y la violencia de género en Cuba», de Manuel Alberto Leyva Estupiñán, Rosabel Francisca Medina Sarmiento y Filadelfa Vidal Aguilar; «Acceso a la justicia en contextos de violencia feminicida en México: omisiones en el cumplimiento de las recomendaciones internacionales», de Adriana Aguilar Gutiérrez y Olivia Araceli Aguilar Hernández; «Una mirada de género al itinerario académico de las mujeres con diversidad funcional en la universidad», de Marcela Ramírez Morera y Rosa María Díaz Jiménez; y «La crisis climática y su impacto en el acceso a la justicia de las mujeres: herramientas y retos jurídicos», de Inés Moreno Martín-Pozuelo.

Los textos aludidos nos demuestran la pericia de sus autores, el manejo solvente de los contenidos legislativos y jurisprudenciales de sus respectivos países, así como el conocimiento sobre sus destinatarios, pues contienen la mirada de la vulnerabilidad en correspondencia con las disposiciones de las reglas que definen en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia. También podrán constituir causas de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas o, incluso, de su nivel de desarrollo social y económico.

En cada uno de los trabajos incluidos en el libro encontramos el desarrollo teórico para analizar y comprender alguna de estas causas y su tratamiento. Estas miran a las reglas como protectoras de derechos humanos fundamentales, y se puede destacar que la tutela supranacional establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se erige como una valla contra la insuficiente protección en la legislación interna de varios países latinoamericanos. Recordemos que históricamente la tutela de los derechos fundamentales tomó fuerza luego de las guerras mundiales, sobre todo la segunda, ante los horrores del Holocausto y la vulneración de todos los derechos humanos durante esa contienda bélica mundial.

Un tópico especial lo encontramos en los trabajos que abordan el tema de género, pues este presenta mayor grado de vulnerabilidad en nuestros países. Los índices de feminicidio, las estadísticas de violencia de género y la violencia familiar son altamente preocupantes. En los trabajos se plantean miradas contextualizadas, enmarcadas en la tipología de cada uno de los países relatados por los autores y las autoras, con la perspectiva de género apropiada para tratar de quebrar los estereotipos culturales y patriarcales impuestos. El desafío de desarmar estereotipos será la clave para que una persona pueda vivir una vida libre de violencia, lo que encontramos, por ejemplo, en el trabajo de Laura Clérico.

Respecto de las modificaciones, una de las más importantes se realizó en la regla 19, que trata con precisión el concepto de violencia contra la mujer, que define como:

cualquier acción o conducta, basada en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado la muerte, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o afectación patrimonial a la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto en el ámbito público como en el privado (p. 368).

El concepto de violencia contra la mujer incluye la violencia doméstica y las prácticas tradicionales nocivas, como la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado, además de cualquier acción o conducta que menoscabe su dignidad. Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a las diligencias, los procedimientos, los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna. Esto lo

trata destacadamente Néstor Orejón Sánchez de las Heras en «La evolución de la violencia de género en las Reglas de Brasilia». La publicación revela la actualidad en el tratamiento de los temas, lo que permite una acabada comprensión de los conceptos jurídicos y sociológicos fundamentales para su debida aplicación y para desarrollar políticas públicas pertinentes.

Otro aspecto novedoso y muy importante lo vemos en «La crisis climática y su impacto en el acceso a la justicia de las mujeres: herramientas y retos jurídicos», de Inés Moreno Martín-Pozuelo, quien expresa:

En ese sentido, es esencial contextualizar a qué nos referimos con «cambio climático» y «emergencia climática». Cuando hablamos de cambio climático, pensamos en la degradación del suelo, el calentamiento de la temperatura terrestre, el aumento del nivel del mar, el proceso de deshielo de los polos, etc.; sin embargo, estos fenómenos son solo algunas consecuencias de nuestra relación con el entorno natural. La administración de los recursos naturales afecta los derechos humanos, especialmente los de las personas vulnerables; por ello, nuestro análisis se enfoca en la gestión de los recursos, su impacto en los derechos de la sociedad y la violencia contra la mujer (pp. 642-643).

La autora detalla el enorme impacto de los fenómenos climáticos sobre los derechos humanos de las mujeres, al aumentar su vulnerabilidad, y marca un rumbo para trabajar en esos temas y sus incidencias. Sin lugar a dudas, los contenidos de estos trabajos alertan sobre la debilidad de los grupos vulnerables —y más aún en épocas de pandemia como la actual—. Por ello, cuanto más se difundan y se visibilicen los temas de las ponencias y los derechos puestos de manifiesto en estos trabajos, se podrá llegar a una mayor cantidad de comunidades y personas, para que cada una pueda ejercer de manera activa la defensa de sus derechos y logre evitar

que estos se conviertan en letra muerta o simple expresión de deseos. Solo así podremos lograr sociedades más pacíficas, más inclusivas y con un desarrollo sostenible.

MARISA ESTHER SPAGNOLO
Poder Judicial de la Provincia de Corrientes
(Corrientes, Argentina)

Contacto: marisaspagnolo@juscorrientes.gou.ar
<https://orcid.org/0000-0003-3405-4464>



Esta reseña se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 405-413

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.403

Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores).

Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad.

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, 332 pp.



Llega a mis manos una obra transformadora de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, del Poder Judicial de Perú. Esta comisión, un verdadero faro para la justicia latinoamericana, que activa el empoderamiento de los más frágiles de nuestra comunidad, a través de este libro y de publicaciones previas, trata de acercar al ciudadano de a pie a la justicia que, muchas veces, por circunstancias personales, le resulta esquiva. Esta nueva obra ha convocado a grandes juristas del ámbito interno e internacional. Contiene doce artículos con sendas miradas sobre diversos obstáculos en el acceso a la justicia y los caminos posibles para su superación.



El profesor peruano Edwin Figueroa Gutarra nos enfrenta a un problema tantas veces señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana: se presenta una extraterritorialidad, una sensación de exilio lingüístico cuando una parte dentro de un proceso no puede comprender el procedimiento en el cual se deciden sus derechos. Se trata casi de una expropiación del derecho propio, cuando este se enajena en vericuetos procesales y lenguajes inaccesibles para su titular.

El autor no señala únicamente las dificultades lingüísticas provenientes del uso técnico del lenguaje jurídico frente a usuarios del servicio de justicia que comprenden solo el lenguaje común. Entre los asuntos a considerar aparecen la necesidad de despojar al lenguaje de ambigüedad y vaguedad; del uso del lenguaje común, sencillo y claro en las resoluciones judiciales; de evitar las expresiones discriminatorias; y de la adecuada comprensión de las actuaciones orales. Resulta evidente que para que la parte pueda empoderarse en el proceso que decide sus derechos, este debe ser asible: comprendido de modo que la parte sea dueña de su respuesta. La condición de igualdad y la satisfacción e implementación práctica de medidas que tiendan a acercar lingüísticamente los procesos para hacerlos accesibles supone parte del principio de efectividad que obliga a los estados a realizar los derechos.

El profesor español José Garberí Llobregat ofrece un análisis del tratamiento del derecho al acceso a los órganos judiciales y su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Como exige la disciplina comparatista, el autor clarifica el sentido del acceso a la justicia en el derecho español como abarcador no solo del acceso a la jurisdicción, sino también del derecho a obtener una resolución judicial dictada de acuerdo con las debidas instancias recursivas. El derecho al acceso a la justicia se ve conculcado por interpretaciones manifiestamente erróneas, o basadas en rigorismo o formalismo, o normas que impongan obstáculos excesivos de forma irrazonable. Por otra parte, el marco institucional del proceso puede ser un obstáculo en sí mismo: son ejemplos los altos costes, la imposición de instancias previas en procesos de bajo monto u otras circunstancias similares. Es de sumo interés el desarrollo de la jurisprudencia en torno a la conformidad constitucional de determinados requisitos para acceder a la justicia, entre ellos, la imposición de plazos de caducidad en algunas circunstancias especiales, el requisito de acción administrativa previa o la fianza requerida en algunos casos.

La jurisprudencia ha admitido el criterio «pro actione», según el cual la interpretación de la norma de acceso debe realizarse siempre del modo más favorable al ejercicio de la acción. Entre las obligaciones judiciales de contenido negativo, derivadas de este principio, el autor desarrolla las interpretaciones rígidas, rigoristas y formalistas, entre otras. Asimismo, entre las obligaciones judiciales de contenido positivo existe la obligación de promover la subsanación de defectos e irregularidades procesales que obstarían la acción.

La profesora paraguaya Claudia Patricia Sanabria Moudelle y el profesor catalán Isaac Ravetllat Ballesté (hoy catedrático en Chile) se explayan sobre la defensa legal de los derechos de niños y adolescentes durante la pandemia. Luego de enunciar los principios rectores en la materia, se alarman por la invisibilidad de los niños en el hogar. El derecho a la ciudadanía se vio oscurecido por el encierro derivado de las medidas en pandemia. Una de las cuestiones más sensibles es el proceso de digitalización que produjo la

pandemia y el riesgo de afectación consecuente de la imagen, la identidad y la privacidad como derechos personalísimos de los niños. Por otra parte, el derecho de las niñas y los niños de vivir en familia también se ha visto resquebrajado por el encierro: la adecuada comunicación con los padres en contextos de familias divididas, y los niños sin cuidados parentales, que esperaban ver satisfechos sus anhelos de vida familiar, han sido las principales víctimas. Se han visto afectados tanto el derecho a la educación como el derecho a la salud, este último por la falta de controles periódicos y falta de respuesta frente a los nuevos hábitos de los niños y las niñas. La educación implicó un desafío de reconversión para la satisfacción de derechos, en especial los que tienen relación con la socialización de los niños y el derecho a la autonomía. Un tema acuciante, abordado por los autores, es la atención integral a la víctima de abuso sexual y violencia. El secreto del hogar encubre muchos de los crímenes que se perpetúan a su amparo. Es urgente atender esta problemática que destruye sus futuros. De allí la enorme importancia de garantizar y allanar el acceso a la justicia especializada para este grupo de sujetos vulnerables.

La profesora chilena Rommy Álvarez Escudero escribe sobre un aspecto esencial que aqueja a muchos niños, niñas y adolescentes de especial vulnerabilidad. Se trata de un derecho poco abordado y tratado por la doctrina: la centralidad y superioridad del interés del niño debe ser impresa a todas las formas de filiación, cualquiera sea su origen: matrimonial o extramatrimonial, por reproducción asistida o biológica, sean los hijos queridos o no. Engendrar implica la responsabilidad de cuidado por ese niño, indisponible por los progenitores, aunque el controlador estatal pueda removerla cuando no se ejerce en interés del niño. En una palabra: todo niño tiene, en principio, el derecho a la coparentalidad. El artículo examina las obligaciones del Estado en materia de acceso a la justicia, en orden a garantizar este derecho. Existe un deber jurídico

del padre a reconocer a su hijo. Su incumplimiento voluntario hace nacer un deber de reparación respecto del hijo. En virtud de la arquitectura del principio de coparentalidad, que establece la tríada padre, madre e hijo, la madre también resulta garante de la coparentalidad, de manera que debe informar al hijo quién es el padre (y este también es un deber jurídico, por lo que diversos sistemas comparados han dado lugar a la reparación por incumplimiento). Pensar en la filiación como un derecho subjetivo del hijo se transforma así en un derecho a la acción respectiva de la cual el Estado resulta garante.

El profesor peruano Manuel Bermúdez Tapia recontextualiza el acceso a la justicia en materia penal y familiar, en el marco interdisciplinario de la teoría del conflicto. Esta teoría permite humanizar al proceso, haciéndolo vecino de las circunstancias personales. Con frecuencia, los conflictos familiares derivan en un solo hecho que implica una demanda civil y otra penal. La división de procesos y la diversidad de abordajes que esta ocasiona no solo generan una fragmentación de la problemática, sino que someten al hecho generador a diversos parámetros de análisis que terminan encapsulando a la víctima en subsistemas jurídicos, alejándola de la inmediatez y concreción con que sus circunstancias deberían ser percibidas. Las Reglas de Brasilia, en este sentido, apuntan a un abordaje integral y contextualizado de la víctima, garantizándole un auténtico acceso a la justicia.

El profesor argentino Matías Bonavitta analiza la posición de jóvenes «habitados por la ruptura», en el sentido de que, a partir de la ruptura con la familia, la intervención del Estado es patogénica: lejos de restaurar lo perdido, vulnera los derechos de los niños. El artículo desarrolla, desde la formalidad de la psicología, en primer lugar, la lucha por la comprensión de la discapacidad y sus derechos; en segundo lugar, un recorrido histórico del abordaje de esta problemática en las intervenciones familiares en la provincia

de Córdoba (Argentina); en tercer lugar, se narra la metodología empleada; y, por último, el caso concreto que narra el artículo. A través del encuentro con el protagonista de este capítulo, se advierte cómo un niño es retirado con frecuencia de su hogar para evitar una vulneración de derechos. Esa interacción del Estado con el niño, lejos de restituir derechos, puede devastar la subjetividad y el proceso de construcción identitaria y socialización. Los jóvenes habitados por la ruptura son quienes, a partir de la intervención estatal, tienen reacciones emocionales y mecanismos defensivos nacidos de estrategias de supervivencia por la vulneración de derechos. Así, el texto invita a revisar las formas de intervención iatrogénica por parte del Estado.

La profesora mexicana Alejandra Donají Núñez Escobar ofrece un artículo sobre el reconocimiento de la diversidad en el sistema de justicia. El asunto se inserta respecto de la evolución de la percepción jurídica de las restricciones a la capacidad y su relatividad. Los procesos concernientes a la capacidad, analizados a la luz del Amparo en Revisión n.º 1368/2015, suponen un derecho a la «accesibilidad cognitiva»: que las personas, cuya capacidad jurídica se dirime, comprendan el significado del proceso que se lleva a cabo, que se entienda que las diferencias en la capacidad son parte de la diversidad humana, que se garanticen salvaguardias y apoyo que permitan la máxima autonomía posible para la persona, y que se procure el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad. La autora llama a pensar el sistema de justicia en clave igualitaria y procura medidas para implementar dichos criterios en el marco de las Reglas de Brasilia.

El profesor mexicano Manuel Gustavo Ocampo Muñoa aborda la temática de la interculturalidad como pauta de interpretación, que debe ser incorporada metodológicamente a la formación judicial en México. En primer lugar, aporta un análisis acerca de la interculturalidad en el constitucionalismo mexicano: el país

reconoce un pluralismo jurídico formal (se admiten derechos colectivos a los pueblos indígenas y se aceptan sistemas normativos internos aprobados por el orden jurídico vigente de cada entidad federativa, respetuosos de los derechos humanos), pero mantiene un monismo jurídico. El artículo presenta un profuso desarrollo de circunstancias en que estas reglas se aplican en los diferentes estados federativos. Si bien se ejemplifican casos de incorporación de elementos relacionados con la interculturalidad y el pluralismo jurídico para que las resoluciones judiciales adquieran sensibilidad a la pertenencia cultural, se hace indispensable avanzar en el desafío de incorporar a las currículas una transformación más profunda de las instituciones.

El investigador peruano Manuel Martín Brañas retoma la temática indígena para tratar los retrocesos y avances en la calidad de vida de las comunidades indígenas en la Amazonía peruana. Se manifiesta una preocupación justificada sobre el futuro inmediato de las comunidades indígenas. La globalización amenaza la identidad de las comunidades. Incluso, las políticas públicas que procuraron dar identidad y representación a las comunidades en el Estado peruano han desencadenado *nolens volens* un proceso de transformación que acaba insertando a la cultura indígena en moldes occidentales. Los jóvenes indígenas son los más castigados, pues no son conscientes de su identidad, que resulta percibida como una entelequia que encierra marginación. En este sentido, lo que se proponía como un avance tal vez sea un retroceso. Se hace imprescindible revisar las formas en que el Estado hace lugar a las comunidades indígenas para que partan de la reivindicación de su identidad y sus modos.

La funcionaria mexicana Jessica Calderón García analiza la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas. Varios instrumentos internacionales han propuesto una protección específica sobre sus derechos. De los cinco países que tienen un porcentaje

mayor de población indígena (Bolivia, Guatemala, Perú, México y Panamá), solo Bolivia reconoce el derecho a la propiedad intelectual indígena en su Constitución federal, mientras que Guatemala, Perú, México y Panamá lo hacen en su ordenamiento jurídico interno. Luego de un profundo análisis del reconocimiento de ese derecho en los diferentes estados federativos de México, la autora concluye que se mantiene un reconocimiento deficiente y recomienda adoptar medidas afirmativas para garantizar derechos individuales y colectivos, la implementación de un registro nacional internacional para evitar el plagio, la apropiación de terceros de elementos del patrimonio intelectual y que los organismos jurisdiccionales puedan dotar de reparación integral a cualquier infracción a la tutela de la propiedad intelectual colectiva.

El profesor colombiano Diego Araque estudia la regulación de la diversidad cultural en el Código Penal peruano, a través de la naturaleza jurídica del error de comprensión de delito culturalmente condicionado. Para el autor, se trata de un error de prohibición que recaea, entonces, sobre la ilicitud de la conducta o el comportamiento. El Código peruano adopta, según su interpretación, una teoría de la culpabilidad limitada: si el error es invencible, se excluye la responsabilidad; y si el error fue vencible, se atenúa la pena. El autor analiza, a partir de doctrina diversa, la naturaleza jurídica del error de prohibición cultural, sus diferencias con la inimputabilidad, cómo debe ser comprendida y en qué circunstancias corresponde su aplicación.

Los profesores malagueños Mario Millán-Franco, Laura Domínguez de la Rosa y Sofía Louise Martínez Martínez estudian el rol del trabajador social en el peritaje social de los colectivos vulnerables en la administración judicial española. Luego de explicar el sistema español y el rol que corresponde al trabajador social, advierten sobre la importancia de su contribución al proceso, puesto que se trata de un medio de prueba y no exclusivamente de

apoyo. Si bien es el magistrado quien en última instancia le otorga valor probatorio al peritaje, la contribución de aquel a la justicia, en cuanto a lo que documenta a través del diagnóstico social, si la vulneración de un derecho humano o la configuración de una situación de riesgo para colectivos vulnerables, resulta relevante. No obstante, se advierte un desarrollo insuficiente de la metodología de trabajo y el avance en la literatura académica. En un proceso progresivamente interdisciplinario, la valoración e inserción del trabajador social es indispensable.

La obra es plurifacética, sin embargo, demuestra un hilo conductor único que coincide con los fines del trabajo de la comisión: crear una cultura jurídica transformadora que transforme vulnerabilidad en igualdad, por el camino de fortalecer resiliencias comunitarias. Celebramos la aparición del trabajo de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y los aportes que cada una de las voces reseñadas harán fructificar en cada lector. ¡Por muchos volúmenes más!

URSULA BASSET
Centro de Investigaciones de Derecho de Familia UCA
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: ubasset@austral.edu.ar
<https://orcid.org/0000-0002-2599-2259>



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 13, n.º 15, enero-junio, 2021, 415-418

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15.404

Juan Antonio Gómez García (editor).

Los Derechos Humanos en el cine español.

Madrid: Dykinson, 2017, 424 pp.



El estudio del derecho y el cine constituye un ámbito científico y disciplinar cada vez más importante dentro del contexto de los estudios jurídicos. Durante los últimos años se ha desarrollado una intensa actividad en este campo, especialmente en España y Latinoamérica, donde cada vez encuentra mayor atención. Como se sabe, su origen académico, allá por la década de los ochenta, fue estrictamente pedagógico y se concretó en el empleo del cine como medio didáctico para los estudiantes de derecho. Sin embargo, con el paso de los años, se ha convertido, con toda legitimidad, en un ámbito científico de gran importancia dentro de disciplinas jurídicas más genéricas como la filosofía del derecho, la historia del derecho, la sociología jurídica, etc. Incluso ha logrado un perfil propio en muchas facultades de derecho, como una asignatura formativa independiente, con un fundamento epistemológico y metodológico específico, y con gran éxito entre los docentes y los estudiantes. Ello ha motivado que cada vez sea más frecuente



encontrar investigaciones jurídicas en derecho y cine publicadas en editoriales especializadas de prestigio (por ejemplo, Tirant lo Blanch y Sindéresis en España, y Grijley en Perú), con colecciones monográficas sobre estos temas. En las más importantes revistas científicas internacionales, así como se celebran eventos académicos, cada vez son más numerosos los congresos, los seminarios, las jornadas, etc., dedicados a este novedoso campo de la investigación jurídica.

Dentro del estudio del derecho y el cine, el tratamiento de los derechos humanos en el cine ocupa un lugar destacado. Son abundantes las investigaciones sobre ellos a través del cine, pero aún no se habían abordado monográficamente y sistemáticamente en el contexto del cine español de manera amplia. En este sentido, el presente libro ha venido para cubrir el vacío, utilizando para tal fin dos puntos de vista fundamentales. Por un lado, un punto de vista histórico, por medio de una revisión panorámica del cine español desde las primeras expresiones filmográficas de los derechos humanos hasta nuestros días. Por otro lado, a través del análisis crítico de filmes, cineastas y géneros que han tenido como eje a ese tipo de derechos.

Así, este libro se erige como un excelente producto científico en el seno del estudio del derecho y el cine, editado y compilado por uno de los mayores especialistas en este campo, el profesor Juan Antonio Gómez, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). El doctor Gómez se dedica a esta línea de investigación desde hace veinticinco años y ha participado y liderado diversos proyectos de investigación

en España y Latinoamérica sobre estos temas. De hecho, el libro reseñado fue el resultado concreto de uno de ellos, que trató sobre los derechos humanos en el cine español y estuvo compuesto por muchos especialistas reconocidos en estas materias. Así, podemos encontrar aportes valiosos de investigadores españoles como Benjamín Rivaya, Raúl Cancio, Emilio G. Romero, Fernando Reviriego, José Luis Muñoz de Baena, Juan Carlos Utrera y el propio editor del libro, Juan Antonio Gómez, y de reputados estudiosos latinoamericanos como José Ramón Narváz y Carina Gómez Fröde (México), Martín Agudelo y César Oliveros (Colombia) y Alan Salazar (Perú).

Con tan distinguido elenco de investigadores, y en el marco de las relaciones y el tratamiento de los derechos humanos a lo largo de toda la historia del cine español, los trabajos son muy variados y responden a distintos enfoques que centran un marco teórico y metodológico para su estudio (en dos espléndidos trabajos introductorios de Benjamín Rivaya y Juan Antonio Gómez). Asimismo, abordan la temática de los derechos humanos a lo largo del cine realizado durante las cuatro décadas de la dictadura franquista, así como el cine de la transición democrática, para arribar finalmente a los últimos cuarenta años en democracia. Estos trabajos analizan películas concretas sobre los derechos humanos (por ejemplo, *Viridiana* de Luis Buñuel, *El verdugo* de Luis García Berlanga, *La lengua de las mariposas* de José Luis Cuerda, *El laberinto del fauno* de Guillermo del Toro, etc.), su plasmación y significado en el cine de suspense y terror español, y la actividad creadora de Fernando León de Aranoa, un cineasta español emblemático por la singular atención a los derechos humanos en sus películas. El extenso volumen concluye con un ensayo del profesor cuzqueño Alan Salazar sobre el tratamiento de los derechos humanos en las películas premiadas en los Premios Goya, uno de los principales galardones cinematográficos en España.

Agradecemos esa variedad de enfoques y diversidad de perspectivas, puesto que hacen de este libro un instrumento imprescindible para toda persona interesada en estos temas. Por supuesto, también es un referente para futuras investigaciones que puedan realizarse. El resultado final es excelente y es una muestra privilegiada de la alta calidad de las investigaciones que continúan en la lengua española, dentro de la línea del estudio del derecho y el cine, además de constituir un acicate para profundizar en aspectos y temas concretos que se plantean tan acertadamente en este valioso libro colectivo. Se trata de una publicación bastante recomendable, tanto para estudiosos como para estudiantes de las facultades de derecho.

ISABEL BELTRÁ VILLASEÑOR
Universidad Francisco de Vitoria
(Madrid, España)

Contacto: isabel.beltra@ufv.es
<https://orcid.org/0000-0002-7018-287X>

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 las reseñas

3.1. Los artículos deben cumplir los siguientes requisitos:

- Ser originales.
- Ser inéditos.
- No deberán postular simultáneamente a otras revistas u otros 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 autógrafa “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 a 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

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

Salas, R. (2021, 23 de junio). Los contratos civiles frente al covid-19. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/123225-los-contratos-civiles-frente-al-covid-19>

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

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/lascosascomoson/la-contraloria-contra-la-impunidad-4429>

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 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. 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

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

Salas, R. (2021, 23 de junio). Los contratos civiles frente al covid-19. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/123225-los-contratos-civiles-frente-al-covid-19>

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

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.

Ramos, M. A. (directora). (2004). *Justiça*. [Documental]. Selfmade Films; Limite Produções; NPS Television.

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/la-contraloria-contra-la-impunidad-4429>

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. 13, n.º 15, enero-junio, 2021

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este decimoquinto número de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia; el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía; la diagramación, Miguel Condori Mamani; y la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías y Francesca Gonzales Muñoz.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 15 se terminó de producir digitalmente en junio de 2021 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión *online*: 2663-9130

DOI: 10.35292/ropj.v13i15



15

Revista Oficial
del Poder Judicial

Presentación

Elvia Barrios Alvarado

Artículos de investigación

Javier Eduardo Jiménez Vivas
Estructura de la jurisdicción del futuro: una propuesta sistémica y holística

Jorge Luis Gonzales Loli
La renuncia de área como medio de saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas de predios urbanos

Epifanio López Cantoral
Consecuencias adversas a la legítima defensa propia e impropia como causa de justificación

Deisy Elizabeth Vásquez Rojas
Derecho fundamental del acceso a la justicia y políticas institucionales del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción en el Perú

Julia Eleanor Jara Carrera
La ficha de valoración de riesgo y su valor probatorio en las audiencias de medidas de protección por violencia de género

William Homer Fernández Espinoza
El proceso de cambio de nombre y de reconocimiento de la identidad de género: propuestas para una reforma judicial y legislativa

John Franck Huerta Molina
El populismo punitivo en los delitos de violación sexual en menores y su incidencia en la actividad jurisdiccional penal

José Félix Palomino Manchego y Dante Paiva Goyburu
¿Defensa de la Constitución o de la constitucionalidad?

Alberto Colque Lizárraga
Derechos socioprestacionales como categoría ideológica y estructural

Edwin Vilmer Figueroa Gutarra
Pandemia, gobernanza y derechos humanos

Jesús Marcelo Nava Flores
La eterna pandemia. Análisis del Decreto Legislativo n.º 1470

Eva Margiory Bejar Chuchon y Yasmin Graciela Castro Tito
Los dilemas médicos que se suscitan ante la insuficiencia de camas de UCI por el coronavirus desde una perspectiva biojurídica

Reseñas

Marcela Huaita Alegre
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2021). *Reglas de Brasilia: género y acceso a la justicia. Tomo I*

Marisa Esther Spagnolo
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2021). *Reglas de Brasilia: género y acceso a la justicia. Tomo II*

Ursula Basset
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores) (2020). *Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad*

Isabel Beltrá Villaseñor
Juan Antonio Gómez García (editor) (2017). *Los Derechos Humanos en el cine español*

Normas para autores

Guidelines for authors