



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 (Impreso)
ISSN: 2663-9130 (En línea)

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022
Lima, Perú

17



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022

Publicación semestral. Lima, Perú

PRESIDENTA

ELVIA BARRIOS ALVARADO

Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7761-3823>

E-mail: ebarrios@pj.gob.pe

DIRECTOR

BRUNO ALBERTO NOVOA CAMPOS

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>

E-mail: bnovoac@pj.gob.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

EDITORES DE SECCIÓN

JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ

Universidad de Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

E-mail: snunez@ulima.edu.pe

COMITÉ EDITORIAL

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4634-6317>

E-mail: hlama@pj.gob.pe

CARLOS GIOVANI ARIAS LAZARTE
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4976-3004>
E-mail: cariasl@pj.gob.pe

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA
Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7752-0640>
E-mail: vprados@pj.gob.pe

JANET TELLO GILARDI
Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4402-2204>
E-mail: jtello@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0222-4385>
E-mail: direccion@rae.es

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ
Universidad de Jaén, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5505-2591>
E-mail: gruiz@ujaen.es

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8342-4674>
E-mail: jagomez@der.uned.es

JORGE ROGGERO
Universidad de Buenos Aires, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>
E-mail: jorgeroggero@derecho.uba.ar

CARLOS CÁRCOVA
Universidad de Buenos Aires, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5906-5875>
E-mail: cmcarcova@derecho.uba.ar

CÉSAR OLIVEROS AYA
Universidad Católica de Colombia, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8760-7280>
E-mail: coliveros@ucatolica.edu.co

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8996-6423>
E-mail: ftrazeg@pucp.pe

JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ
Universidad Ricardo Palma, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0688-2035>
E-mail: irodriguez@urp.edu.pe

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
Universidad Ricardo Palma, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5258-4058>
E-mail: francisco.tavara@urp.edu.pe

RONALD CÁRDENAS KRENZ
Universidad de Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1777-9423>
E-mail: rcardena@ulima.edu.pe

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ
Universidad de Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>
E-mail: snunez@ulima.edu.pe

EQUIPO TÉCNICO

Yuliana Padilla Elías (corrección de textos); Rodolfo Loyola Mejía (diseño);
Miguel Condori Mamani (diagramación); Erik Almonte Ruiz
y Joel Alhuay Quispe (gestión electrónica).

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17

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
DOAJ
MIAR
REDIB
ERIH PLUS
LatinREV
Base
Dimensions
Lens.org
WorldCat
Google Scholar
Crossref

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)

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA¹**

Elvia Barrios Alvarado (presidenta)

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

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. 14, n.º 17, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 1997-6682 (Impreso)
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: 10.35292/ropj.u14i17

Tabla de contenido

Presentación

ELVIA BARRIOS ALVARADO 13

Prólogo

HÉCTOR LAMA MORE 19

Artículos de investigación

EDWIN FIGUEROA GUTARRA 25
Transformación digital y pandemia: nuevos paradigmas

JHONATAN SAMUEL PEÑA CARLOS 55
Inteligencia artificial para la seguridad jurídica. Superando el problema de la cognoscibilidad del derecho

DANTE RAMÓN GUERRERO BARRETO 119
Un sistema de control casero en el Poder Judicial peruano

FÉLIX ANDRÉS ALCALÁ MOLINA	141
Violencia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información: el delito de acoso sexual	
JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS	169
Los reglamentos de la administración y una necesaria redefinición del proceso contencioso administrativo urgente	
MARÍA DOLORES CHIROQUE BANCES	187
La influencia del populismo punitivo en la práctica judicial	
RICARDO GODENZI CUÉLLAR	207
Primeras aproximaciones acerca de los órganos de decisión jurisdiccional del Poder Judicial peruano	
JOSÉ ROSARIO IRIGOÍN CUBAS	221
El Decreto Legislativo n.º 1513, norma para afrontar el hacinamiento y la protección de la salud como derecho fundamental de las personas reclusas en los establecimientos penitenciarios del Perú	
MARIO GONZALO CHAVEZ RABANAL	241
¿Qué es conforme a la Constitución?: reflexiones desde la ética y la política kantiana	
ZAIRA GRIMALDINA VENTURA VEGA	263
Grupo de empresas Business Group	



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 13-17

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.511

Presentación

El Poder Judicial tiene como política institucional promover y difundir la cultura jurídica a través de instrumentos doctrinarios útiles para el desarrollo de su mandato constitucional, cuyos contenidos buscan ser una fuente especializada de consulta sobre diferentes temas, en beneficio de toda la colectividad jurídica, en especial, de los jueces, las juezas y de los servidores y las servidoras judiciales a nivel nacional.

Con ese objetivo, me complace presentar la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, editada por el Centro de Investigaciones Judiciales, que tiene como eje temático principal la transformación digital en la administración de justicia, una contribución imponderable para acercar con mayor eficacia los servicios de la justicia a la ciudadanía.

Durante este período de gestión, y en el contexto de la pandemia producida por la COVID-19, hemos enfrentado diversos desafíos para continuar llevando a cabo nuestro quehacer jurisdiccional, con las limitaciones que supuso cumplir con los protocolos de

bioseguridad, a fin de cautelar la salud del personal y de los justiciables y las justiciables. En esa tarea, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación cobró un especial protagonismo al ser la transformación digital uno de los ejes centrales de trabajo que propuse para contar con un Poder Judicial moderno, transparente y eficiente.

La plataforma digital Conoce a tu Juez, que agrupa tres aplicativos que permiten acercar a los justiciables y las justiciables con la administración de justicia, es una de las medidas más importantes que hemos adoptado con la transformación digital. En dicha plataforma identificamos el aplicativo El Juez te Escucha, que permite a los justiciables y las justiciables gestionar citas virtuales con los magistrados y las magistradas del Poder Judicial. La plataforma también incorpora el Módulo del Sentido de las Decisiones Judiciales, que obliga a los jueces y a las juezas a publicar el sentido de la decisión el mismo día en que la causa ha sido deliberada y votada; y, finalmente, el Casillero Digital del Juez/Jueza, el cual permite que la ciudadanía conozca todos los autos y las sentencias que emiten los jueces y las juezas del Perú cada día, desde la Corte Suprema hasta el juez de paz letrado.

Este último aplicativo no tiene parangón en la región y constituye un logro significativo para transparentar la actividad judicial, que guarda coherencia con la expectativa de conocer cuánto produce un juez o una jueza, cómo resuelve su causa, cuál es la motivación de su decisión y si sigue una línea jurisprudencial que contribuye a la seguridad jurídica.

Transparencia, acceso y celeridad son las características de un Poder Judicial que hace uso de las tecnologías de la información, y en estas nos hemos enfocado con mucho énfasis, adoptando y fortaleciendo otras herramientas, tales como el Expediente Judicial Electrónico (EJE) y la Mesa de Partes Electrónica en materia

penal y no penal, que aportan significativamente a reducir los tiempos en la atención de los procesos. Con ello se demuestra la exitosa adaptación de los órganos jurisdiccionales a una de las mayores exigencias contemporáneas: la celeridad gestión virtual de los documentos.

Para ver detalladamente todos estos logros que, en conjunto, han concretizado los diversos órganos del Poder Judicial, los primeros cuatro artículos del presente número de la *Revista Oficial* tienen como eje temático nuestra transformación digital. Así, en este volumen, se aborda el trabajo remoto de los jueces y las juezas durante la pandemia, el cual exige una considerable inversión económica en la tecnología y las capacitaciones para que los servicios judiciales se desarrollen de manera óptima en favor de los justiciables y las justiciables.

Además, a fin de resolver el problema de la cognoscibilidad del derecho, se plantea el uso de dos aplicaciones prácticas de inteligencia artificial (sistemas expertos jurídicos informativos y cognitivos), las cuales facilitarán que las personas accedan, identifiquen y comprendan, de modo más sencillo, el derecho y, por ende, su formación jurídica esté mejor orientada en pro de la seguridad jurídica.

Otros aspectos analizados son la comisión de delitos con el uso de las nuevas tecnologías de la información, como el delito de acoso sexual, que se incrementó desde la cuarentena y afectó, sobre todo, a la población más vulnerable. De otro lado, la necesidad de redefinir el proceso contencioso administrativo, especialmente a partir del examen de los reglamentos de la Administración, para que no se atente contra el principio constitucional de control interórganos y el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

También se aborda la influencia del populismo punitivo en la práctica judicial, cuyos efectos no solucionan los conflictos sociales

ni los previenen; como alternativa, se plantea el establecimiento de parámetros para que los legisladores y las legisladoras estudien con rigurosidad el delito de violación sexual a menores, y los encargados de la administración de justicia, capacitados en derecho constitucional, emitan fallos que respeten los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, se atiende al hacinamiento penitenciario, el cual aumenta el peligro sanitario de los reclusos, especialmente durante la pandemia de la COVID-19; a propósito de ello, se examina el Decreto Legislativo n.º 1513, cuyo objetivo es proteger el derecho a la salud de los internos en dicho contexto.

Ahora bien, desde una perspectiva filosófica, se reflexiona sobre qué significa la expresión «conforme a la Constitución»; para ello, se ensayan tres respuestas que se enfocan, respectivamente, en la relación entre las normas jurídicas en el Estado moderno, la interpretación constitucional del caso *Marbury vs. Madison* (1803), así como la ética y la política kantiana respecto de la libertad y el derecho (Constitución).

El presente número también se ocupa minuciosamente de identificar y analizar los órganos de decisión jurisdiccional (ODJ) que conforman este poder del Estado, así como la pertinencia/complejidad de su variedad y su especialización.

Finalmente, se aplica un enfoque doctrinario, desde el cual se estudia el grupo de empresas, así como la problemática jurídico-laboral a la que se enfrenta, debido a su carencia de regulación legal.

Como se observa, este volumen de la revista conserva su carácter académico, crítico, multitemático y polifónico; de esta manera, se expone el esfuerzo del Poder Judicial por socializar las investigaciones de nuestros servidores y nuestras servidoras, respetando la pluralidad de sus perspectivas y sus propuestas para resolver los conflictos que afrontamos. Agradecemos a las autoras y a los autores por confiarnos sus artículos académicos e invitamos a la

comunidad jurídica a participar en los próximos números de la *Revista Oficial*, en los cuales reafirmaremos nuestro compromiso con la investigación científica sobre las diferentes disciplinas del derecho.

Lima, junio de 2022

ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta del Poder Judicial



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 19-22

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.611

Prólogo

En los dos últimos años, mientras sorteaba las dificultades sanitarias producto de la pandemia, el Poder Judicial del Perú, en concordancia con el Plan Estratégico Institucional, ha intensificado su transformación digital con el objetivo de mejorar la administración de la justicia y la transparencia de nuestras labores. Así, la Comisión de Trabajo del Expediente Judicial Electrónico ha impulsado con éxito la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC); entre ellas, destaco el fortalecimiento del Expediente Judicial Electrónico (EJE), que ha descongestionado la carga procesal de las salas superiores y los juzgados que lo han implementado, lo cual demuestra la positiva adaptación de los órganos jurisdiccionales a una de las mayores exigencias contemporáneas: la celeridad en la gestión virtual de los documentos; así como el Botón de Pánico, que brinda auxilio inmediato y eficiente a las mujeres y a los integrantes del grupo familiar víctimas de violencia, quienes son geolocalizados en tiempo real.

Asimismo, se dispuso la implementación del Plan de Interoperabilidad entre el Poder Judicial y las Comisarías Especializadas de Familia de la Policía Nacional del Perú, en las Cortes Superiores

de Justicia a nivel nacional. La presentación electrónica de solicitudes de embargos en forma de inscripciones ante la Sunarp también se ha acelerado, ya que se realiza en aproximadamente 30 segundos. Además, cabe subrayar la implementación de la Plataforma de Remates Electrónicos Judiciales (Remaju) en 20 distritos judiciales adicionales, lo que supone un ahorro considerable de tiempo y dinero para los postores.

Por otro lado, preocupados por socializar el desempeño íntegro de nuestros servidores y recobrar la confianza de la ciudadanía en el Poder Judicial del Perú, se ha adoptado la transparencia como política; de ahí que se ha potenciado la aplicación web El Juez te Escucha, cuya utilidad es cada vez mayor para la programación de las entrevistas virtuales de los justiciables y los magistrados, llevadas a cabo mediante Google Meet. De similar modo, se ha renovado el Módulo de Sentido de las Decisiones Judiciales, que permite la visualización de los fallos en los Casilleros Digitales Judiciales individuales gracias a la búsqueda especializada por el número de expediente. En ese sentido, la herramienta Conoce a tu Juez/Jueza se suma a este gran esfuerzo por poner de manifiesto que los operadores del Poder Judicial laboran con rigurosidad, disciplina y transparencia, pues en esta se pueden consultar los nombres y la ubicación de los magistrados, además de su rendimiento y los documentos judiciales que emitieron.

De igual modo, atendiendo a la importancia de la gestión del conocimiento para optimizar nuestras funciones jurisdiccionales y administrativas, en este bienio 2021-2022, hasta abril del presente año, se han organizado dieciocho capacitaciones virtuales sobre derecho civil y procesal civil, constitucional y procesal constitucional, contencioso administrativo, integridad y ética judicial, en cumplimiento de los ejes del Plan de Gobierno actual.

Un rasgo fundamental de dichas capacitaciones fue su alcance masivo, pues la modalidad virtual permitió que 8915 colaboradores

participaran en las conferencias del eje de integridad y transparencia; 5860 en las de transformación digital; 2756 en las de modernización y 16 152 en las de derecho de acceso a la justicia.

Debo subrayar que las capacitaciones virtuales mencionadas son importantes eventos en los que se genera el debate jurídico y el desarrollo del espíritu crítico de los servidores judiciales, plasmado en sus investigaciones, algunas de las cuales se reúnen en la *Revista Oficial del Poder Judicial*. Particularmente, en el volumen 14, número 17, correspondiente a los meses de enero-junio de 2022, respecto a la necesaria y progresiva modernización de la gestión institucional del Poder Judicial y sus avatares, se publican los artículos «Transformación digital y pandemia: nuevos paradigmas», «Inteligencia artificial para la seguridad jurídica. Superando el problema de la cognoscibilidad del derecho», «Un sistema de control casero en el Poder Judicial peruano» y «Violencia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información: el delito de acoso sexual». No obstante, también se ha dado cabida a las discusiones acerca de otros temas relacionados con las diversas especialidades del derecho, especialmente procesal civil y constitucional; en esa línea, en el presente número se incorporan los artículos titulados «Los reglamentos de la administración y una necesaria redefinición del proceso contencioso administrativo urgente», «La influencia del populismo punitivo en la práctica judicial», «Primeras aproximaciones acerca de los órganos de decisión jurisdiccional del Poder Judicial peruano», «El Decreto Legislativo n.º 1513, norma para afrontar el hacinamiento y la protección de la salud como derecho fundamental de las personas reclusas en los establecimientos penitenciarios del Perú», «¿Qué es conforme a la Constitución?: reflexiones desde la ética y la política kantiana» y «Grupo de empresas Business Group».

Con este nuevo volumen de la *Revista Oficial*, se visibiliza el constante esfuerzo de nuestra institución por socializar los trabajos

académicos de los servidores judiciales y los investigadores del derecho, a quienes agradezco por sus aportes. Invito a la comunidad jurídica a participar en los próximos números de la revista, en los cuales reafirmaremos nuestro compromiso con la investigación científica sobre las diferentes disciplinas jurídicas y la solución de conflictos dentro de la administración de justicia en favor de una sociedad más democrática y transparente.

Lima, junio de 2022

DR. HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE
Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Consejero responsable del Consejo Consultivo
del Centro de Investigaciones Judiciales

Artículos de investigación



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 25-53

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.570

Transformación digital y pandemia: nuevos paradigmas

Digital transformation and pandemic:
new paradigms



EDWIN FIGUEROA GUTARRA
Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)

Contacto: efigueroag@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

RESUMEN

La pandemia de la COVID-19 ha comprometido el desarrollo de las naciones en muchos sentidos, ha configurado numerosas restricciones a los derechos fundamentales, y la vida de los seres humanos ha cambiado radicalmente, en varios aspectos, en clave negativa. Sin embargo, existen también facetas que, a causa del virus, se vienen reconduciendo y plantean retos de envergadura a los Poderes Judiciales. Es posible argüir, entonces, que se trata de nuevos paradigmas que replantean el trabajo jurisdiccional y asumen un papel relevante en la transformación digital del trabajo de los jueces. Aspectos como las audiencias virtuales, la exigencia de inversión en tecnología, y el replanteo de roles de los jueces para acercarse más a las herramientas de la inteligencia artificial (IA) implican cambios trascendentes en la actualidad y en los próximos lustros, y

a la vez se convierten en paradigmas en perspectiva de mejora en las nuevas tareas de los jueces.

Palabras clave: transformación digital; pandemia; paradigmas; trabajo jurisdiccional; audiencias virtuales; inversión tecnológica; rol del juez; inteligencia artificial.

Términos de indización: sistemas jurídicos, sistema de información jurídica, aplicación informática (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

In many ways, the COVID-19 pandemic has compromised the development of the nations, configured a number of restrictions to the fundamental rights and radically changed the lives of human beings in several negative aspects. However, there are also aspects that, as a result of the virus, are being redirected and that pose major challenges for the Judiciaries. Hence, it may be argued that these are new paradigms that allow us to rethink the judicial work and assume a relevant role in the digital transformation of the work of judges. Aspects, such as virtual hearings, the demand for investment in technology and a new approach in the role of judges to increase their use of artificial intelligence tools, imply important changes both in the present and in the years to come, and at the same time become paradigms with a view to improving the new tasks of judges.

Key words: digital transformation; pandemic; paradigms; judicial work; virtual hearings; technological investment; role of the judge; artificial intelligence.

Indexing terms: legal systems, legal information systems, computer applications (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 29/03/2022

Revisado: 07/06/2022

Aceptado: 09/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Es innegable que la pandemia de la COVID-19, con sus más de seis millones de muertes al 2022, solo puede acercarse, en términos comparativos onerosos, a la gripe española de inicios del siglo anterior, y con las reservas del caso, a la gran peste de Europa en 1348. La humanidad entera ha sido, de algún modo, severamente restringida y por tanto jaqueada en el ejercicio de uno de sus más preciados bienes: la libertad de la persona en cuanto a desarrollar actividades esenciales como compartir socialmente con otros congéneres, trasladarse libremente por el territorio nacional y más allá de las fronteras, caminar con libertad incluso en solitario, entre otras prerrogativas. Y si bien la pandemia como tal ha amainado en parte en los últimos tiempos, todos los diagnósticos expertos coinciden en que no puede considerarse vencido el virus que ha rondado en nuestras puertas en los últimos años. Podemos, entonces, formular un balance resumen de la pandemia como tal, y nuestra esencia de libertad como personas ha sufrido mella de considerable entidad, y aún late la amenaza al respecto.

Y sin perjuicio de lo afirmado, en un intento de razonamiento contrafáctico, quizá nos atreveríamos a meditar en forma mesurada y lanzar una interrogante que circula ya desde hace un tiempo en la mente de los juristas: ¿y acaso la pandemia habrá traído la consolidación de nuevos paradigmas, remarquemos en sentido positivo, para la impartición de justicia? Probablemente nos apresuraríamos a concluir que, en su caso, suspendida la atención presencial de los juicios en muchos países, la pandemia generó una congestión en el desarrollo de los procesos, que ralentizó el desarrollo de las reformas judiciales y que significó un retroceso en las políticas públicas de mayor acercamiento a la ciudadanía. Tal vez nos quedemos cortos en esta valoración y de seguro habría que sumar muchos obstáculos más que acarreo la COVID-19.

El presente estudio intenta abordar la otra acera del razonamiento que antecede. Nos referimos a que la pandemia ha significado, al igual que sus graves retrocesos, el potenciamiento de nuevos paradigmas o formas positivas de volver a ver el mundo tras las lóbregas cortinas del coronavirus que aún nos amenaza.

Nos referimos, sin ánimo de exhaustividad, a que la COVID-19 ha impulsado, entre otros aspectos, una consolidación de las audiencias virtuales en la actividad judicial de todos los países del orbe, con lo cual las audiencias presenciales parecen proyectarse ahora como excepcionales, y todo indica que la audiencia virtual habrá de ser el común denominador de los próximos lustros en la actividad judicial.

A su vez, como consecuencia de esta virtualización de las audiencias, la inversión en tecnología en los Poderes Judiciales apunta a convertirse en una necesidad y no en una simple opción a escoger, o meditar, o únicamente planificar. Por el contrario, consolidada la audiencia virtual, es exigible un soporte tecnológico amplio para que el propio desarrollo de un juicio aminore, en la medida de lo posible, todas o casi todas las etapas de presencialidad. Para así dar espacio a un manejo enteramente digital que hoy se traduce en la presencia del Expediente Judicial Electrónico (EJE), paradigma que implica una seria apuesta por un manejo virtual de la causa que se somete a conocimiento del juez, eliminándose, por consiguiente, casi todo atisbo de la añosa cultura del papel que ha significado la etapa prepandemia.

De igual forma, se crean nuevos paradigmas en la misma actividad judicial. El juez pospandemia varía un eje importante en su actividad: ha de prestar atención, más oído y visión, a los mecanismos de la inteligencia artificial (IA) que ya existían incluso antes de la ominosa irrupción del virus. Ejemplo de ello son los programas Prometea en Argentina y PretorIA en Colombia, como alternativas para acelerar el trabajo jurisdiccional. Pues bien, en ese

involucramiento que implicará para los jueces adaptarse a los nuevos parámetros pos-COVID-19, asumimos que se potenciará su trabajo de la mano de nuevos mecanismos, no solo de transformación digital, sino de adaptación a un mundo que nos viene proponiendo nuevas reglas, unas implementadas una vez apareció la pandemia, y otras venideras que han de impulsar el trabajo de los jueces en un futuro mediano.

¿Qué logramos con estos nuevos paradigmas? Creemos que Kant enfatizaba con mucha razón su imperativo categórico en el sentido de hacer bien o mejor aún las cosas que debíamos hacer. La pandemia ha quebrado paradigmas tradicionales de la antigua actividad judicial y ha puesto en su lugar nuevas reglas, un nuevo *modus vivendi* del quehacer jurisdiccional. Es nuestra misión, entonces, consolidar esos nuevos paradigmas, prestarles la atención necesaria e invertir tiempo y esfuerzo en su consolidación, en la medida que se trata del futuro desempeño del *corpus iuris*. Se trata así de un tren de la historia que no podemos dejar pasar.

2. UNA IDEA REFERENCIAL DE LA JUSTICIA TRADICIONAL

La justicia tradicional parece presentárcenos con un rostro medio ajado, producto de un *modus vivendi* que simboliza una cultura afianzada en el papel, con predominio de la presencialidad y cierto exceso de las formas de los procesos. Se privilegia, en ese contexto, un anquilosamiento de la cultura judicial en tanto que el punto de partida no es sino una visión estática del proceso.

Un diagnóstico hasta cierto punto crudo de esta idiosincrasia puede ser apreciado en el reportaje «Justicia de papel», del prestigiado diario peruano *El Comercio* (2019), que describe una realidad muy compleja de las actuaciones judiciales, enraizada en el culto por el expediente en papel, y la onerosa dificultad de acceso a la justicia para muchas personas de a pie. Incluso cierta indolencia del

ente judicial se observaría, al no verificarse una forma óptima para responder a las pretensiones de acceso a la justicia en la mejor de las condiciones posibles.

Podría afirmarse, a partir de la descripción de ese *statu quo*, que la tutela judicial efectiva se convierte en un bien inalcanzable, pues teniéndose del lado del justiciable el hecho y el derecho, la respuesta del Poder Judicial parecería ser insuficiente, incompleta e inoportuna. De esa forma, la cuantiosa carga procesal, la ausencia de suficiente personal jurisdiccional y el número nunca adecuado de jueces, denotarían ser justificaciones que podrían explicar, pero no justificar, los bemoles de una respuesta a destiempo, y menos aún idónea, de los órganos jurisdiccionales.

De otro lado, esa justicia tradicional involucra, a la par, un ámbito cerrado de enfoque. Nos explicamos. Se interpreta esa cerrazón en la gestión de desempeño de esa cultura tradicional, pues las tareas siempre se desarrollaron de ese modo, y las pretendidas reformas del trabajo judicial una y otra vez colisionaron y se estrellaron contra una visión idiosincrásica en el sentido de que no son viables los cambios, dado que las tareas siempre se ejecutaron al interior del *corpus iuris* bajo la cultura de la formalidad, la ausencia de recursos y la insuficiencia de órganos jurisdiccionales.

Distintos esfuerzos de reforma del Poder Judicial en los recientes lustros, en el caso peruano, parecen confirmar la aseveración que antecede. La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia en Perú (CERIAJUS), en el 2004, representó uno de los intentos más trabajados y mejor estructurados para propender a cambios sustanciales en el Poder Judicial y otras instituciones. La misma variedad en la conformación de los estamentos que tomaron parte en el propósito de reforma, esto es, los más representativos del sistema de justicia, nos conducen a esta conclusión. Y, sin embargo, pocas de sus propuestas fueron acogidas por diversas razones, entre ellas, las exigencias de reformas constitucionales.

Una de las propuestas más audaces fue la conformación de una Corte Suprema única de 11 miembros, planteamiento por demás audaz pero comprensible si acaso se pretendía una Corte Suprema que propusiera verdaderas líneas casatorias en el derecho, y no simplemente revisarlo todo para cumplir una de las expresiones amplias de acceso a la justicia, esto es, que un proceso pudiera transitar por diversas etapas en sentido abierto.

De suyo, esa cuestión de una Corte reducida habría implicado o una suerte de *certiorari*, es decir, determinar discrecionalmente aquello que se ha de resolver, o bien una reformulación de aquello que podía ser susceptible de recurso de casación. La lógica aquí era muy simple: con una Corte Suprema con una sola sala de 11 miembros, como proponía la CERIAJUS, debían reducirse drásticamente las materias susceptibles de ser revisadas, dado que sería un imposible técnico manejar la misma carga procesal con un número menor de jueces.

En términos numéricos muy puntuales, no sería lo mismo que en Perú nueve salas de la Corte Suprema, es decir, unos 45 jueces en total, pudieran resolver arriba de 25 000 expedientes al año, que una sola Sala Suprema con 11 integrantes pudiera manejar esa misma carga. Aquí la necesidad de imperativos de cierre de acceso al más alto nivel de impartición de justicia, por razones de carga, era más que una obligación.

Este breve examen de uno de los aspectos de las propuestas de la CERIAJUS pone en contexto una de las facetas más significativas de la cultura procesal de antaño, en tanto parece constituir un binomio que, a mayor carga procesal, mayor debía ser el número de órganos jurisdiccionales, en una ecuación mecánica que ha sido el *modus operandi* del *corpus iuris* en un contexto prepandemia. Sin embargo, corresponde que nos cuestionemos si esa es la fórmula más adecuada de respuesta a las necesidades del sector justicia o,

de ser el caso, si es exigible abordar otras alternativas que, desde otros contextos, puedan más bien plantearnos un eje de reflexión diferente.

De otro lado, dentro de ese esquema de justicia de papel prevalece, en esa antigua concepción tradicional, un exceso de observancia de las formas procesales, alimentadas por la cultura de la presencialidad y la resolución tradicional de conflictos bajo un esquema de necesaria comparecencia al proceso. Esos eran los paradigmas de entonces y todo el proceso se podía entender solo desde esas aristas de pensamiento. Era como afirmar: solo la cultura del papel puede ser la justicia de este mundo, y lo que no era expresión del papel, no podía entenderse como una expresión real del proceso.

Históricamente lo afirmado tendría una justificación: desde que se moldeó la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, a los jueces les correspondía ser la *bouche de la loi* (la boca de la ley), es decir, resolvían un caso dentro de un despacho judicial sin más ayuda que sus códigos. A ellos se les prohibía la interpretación de la ley, a tal punto que Robespierre afirmaba, con énfasis, que debía ser desterrada esa figura, pues se entiende que distorsionaba la estricta aplicación de la ley. La cita completa del autor indicado es la siguiente:

la célebre frase pronunciada por Robespierre en la sesión de la Asamblea Nacional francesa del 18 de noviembre de 1790 [fue]: «El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley» (Rodríguez, 2007, p. 23).

Entonces, la actividad judicial vivió así durante centurias y solo se desarrollaba de esa forma lo que cultivaron nuestros antepasados y los antepasados de nuestros antepasados. No era pues un *corsi e ricorsi*, o sucesión de las cosas, como nos la presentó Vico,

sino un transcurso lineal de la historia judicial en el tiempo, y con una sola manifestación monótona: la prevalencia de la cultura del papel y de la formalidad.

3. NUEVOS PARADIGMAS JURISDICCIONALES A PARTIR DE LA COVID-19

Una nueva cultura judicial pospandemia nos conduce por un camino alejado de la añosa cultura de los jueces enraizada en el papel, cuya única respuesta mecánica, apenas reactiva, era encontrarse alejada de las exigencias de transformación en el ámbito jurisdiccional.

Señalábamos líneas arriba que, dentro de un balance de los resultados de la pandemia, debíamos hacer un espacio de acogimiento, también, a resultados que podríamos llamar positivos. No se trata de un oxímoron, por cierto, de mezcla de conceptos adversos, ni de una posición maniquea respecto a que lo negativo solo debe zanjar conclusiones negativas. Con lo señalado afirmamos, en concreto, que la pandemia habría acelerado la aparición de nuevos paradigmas respecto al trabajo de los jueces, y ello ha tenido su razón de ser en las exigencias propias de las circunstancias de atención del sistema de justicia en un escenario de paralización de actividades por razones de fuerza mayor. Era necesario generar respuestas de envergadura y eso fue lo que acarreó la pandemia.

Nunca antes habíamos observado, en lo que la memoria nos permite alcanzar, que la irrupción de un virus hubiese significado la paralización de prácticamente todas las actividades, incluidas las actuaciones judiciales. Es verdad que la conformación de órganos de emergencia, en muchos países, involucró configurar espacios extraordinarios de atención para asuntos urgentes; sin embargo, aquellas actuaciones se realizaron en un contexto de calamidad, y solo para casos extraordinarios, dentro del mismo esquema tradicional de atención presencial.

Lo cierto es que la necesidad de atención configuró la consolidación, así lo proponemos en este estudio, de nuevos paradigmas. Por un lado, se impulsó la existencia de nuevas formas de ver las cosas y, desde otra perspectiva, se desarrollaron otros paradigmas que se encontraban en ciernes. En esa misma lógica, se sentaron las bases para que cambiaran de visión los jueces respecto a cómo podía reconfigurarse el *corpus iuris* para atender un nuevo esquema de tareas basado en la exigencia de concordancia entre la respuesta a las causas judiciales, y un esquema sanitario que a su vez impulsaba medidas de restricción en la atención presencial de los procesos.

Nos centraremos en la consolidación de algunos de los paradigmas que podemos esbozar *à vol d'oiseau*, esto es, muy rápidamente, quizá nos quedemos cortos respecto a las múltiples salidas que generó la pandemia. En ese sentido, podemos pecar de construir un esquema incompleto y, a pesar de ello, valen los planteamientos que se configurarán.

En el sentido expuesto, los paradigmas que reseñamos son las audiencias virtuales, signadas por su carácter de relativa novedad, aunque ya existían esbozos de su progresiva implementación. Aludimos, igualmente, al paradigma de la inversión en tecnología digital, acotando un adjetivo calificativo de necesidad, dado que si no se advierte esta urgencia, el esquema virtual solo quedaría en un intento de transformación digital. Por último, un tercer paradigma es el acercamiento de los jueces a las herramientas de la IA, entendidas como valiosos aliados del trabajo jurisdiccional.

Veamos un conglomerado de aportes sobre cada uno de estos paradigmas propuestos. Merece ser subrayada nuevamente la idea de que esta lista es tentativa y que es necesario que sea ampliada con el paso del tiempo y producidas otras contingencias de los nuevos esquemas de trabajo jurisdiccional.

3.1. Audiencias virtuales

Rua (2020), al examinar las implicancias de las audiencias virtuales en el escenario de contexto de la COVID señala que «ni la virtualidad puede reemplazar las formas del juicio oral —no creo que pretenda hacerlo—, ni la suspensión de todos los juicios orales parecen ser una solución consistente y precisa» (p. 158). La referencia es de algún modo radical, en consideración a la irrupción de la pandemia en el 2020 y a la obligada paralización de la labor de los Poderes Judiciales, al suspender de inmediato la atención presencial de los procesos.

Las audiencias virtuales constituyen hoy uno de los principales paradigmas en el nuevo esquema de impartición de justicia a partir de la pandemia. Es cierto que desde el 2010, en el caso de Perú, ya había un esquema inicial de políticas públicas que impulsaba la tecnificación de la labor jurisdiccional y, sin perjuicio de ello, las audiencias de esta naturaleza constituían una franca excepción.

Diversas razones contribuían a ello: la apreciación de una no urgencia de estos nuevos esquemas, la consolidación de un modo de trabajo presencial que era la regla prevalente y que privilegiaba el principio de intermediación física en el sentido más amplio del término; igualmente, la ausencia de partidas para una verdadera nueva configuración tecnológica. De algún modo, los jueces estaban acostumbrados a una forma de trabajo tradicional, y se percibía ello como una zona de confort, sin exigencias reales de cambios.

La pandemia rompió, en el 2020, todos estos esquemas de preservación de la cultura del papel y aceleró los cambios en las plataformas tecnológicas de todas las actividades, incluidas las de los Poderes Judiciales. Nuevos servicios como Google Meet, Zoom, Microsoft Teams, entre otros tantos, aceleraron los cambios y rompieron una de las columnas vertebrales del esquema de la cultura del papel: las audiencias presenciales.

En breves semanas, hasta que se buscó acomodar las nuevas formas de trabajo en todo Poder Judicial, y dada la urgencia de no paralizar el servicio de justicia, la comunidad jurídica debió adaptarse, sin excusa válida que formular, a los nuevos parámetros de las audiencias virtuales. Pretextos como el desconocimiento de estos tipos de plataformas, la falta de acceso a internet, o la lejanía respecto a estos servicios de acceso, se volvieron notoriamente insuficientes, y tras un corto período de adaptación, hoy la audiencia virtual es el principal paradigma de cambio en tiempos de pandemia en todos los Poderes Judiciales.

Cabe una interrogante precisa: si se va regresando paulatinamente al trabajo presencial, una vez vayan aminorando los riesgos de la pandemia, ¿volveríamos a las audiencias presenciales? Creemos muy difícil ese escenario y explicamos por qué.

De un lado, la audiencia virtual, al contrario de lo que inicialmente podía constituir un cuestionamiento de partida respecto a su real significado, representa una mejor forma de acceso a la justicia. Hoy, desde cualquier locación geográfica y bastando una posibilidad de acceso a conexión remota, es posible participar en cualquier audiencia, incluso a distancias considerables. Ello era muy difícil de concretar en un esquema presencial.

La audiencia virtual, de otra parte, representa menores costos de sostenimiento para mantener operativas las instituciones judiciales, si nos referimos a espacios físicos. De hecho, el Poder Judicial ya funciona virtualmente hogaño en forma eficiente, sin la exigencia de audiencias presenciales.

Por otro lado, se acelera el proceso a través de una audiencia virtual. La posibilidad de una justicia más célere se consolida en este nuevo esquema, en tanto advertimos que la audiencia presencial, en el formato tradicional, demandaba igualmente exigencias de notificaciones físicas, y ello, de la misma forma, requería de mayores plazos de cumplimiento de las formalidades.

Los caracteres acotados nos permiten una inferencia válida: las audiencias virtuales han llegado para consolidarse, quedarse y afianzarse en el nuevo formato a partir de la pandemia. Han de convertirse en la regla esencial de trabajo en el formato pospandemia por las innumerables ventajas que reportan. De este modo, las audiencias virtuales serán la regla, y las audiencias presenciales, la excepción.

3.2. Necesaria inversión en tecnología digital

Un estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2021) informa sobre cifras complejas a causa de la COVID-19 y señala sombríamente que

la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) ha tenido un impacto económico y social sin precedentes en América Latina y el Caribe. Se estima que el PIB de la región se ha contraído en torno al 7,7 %, que el valor de las exportaciones ha disminuido un 13 % y que la menor demanda y la ralentización de la oferta han llevado al cierre de más de 2,7 millones de empresas, generando más de 18 millones de desempleados. Todas estas dinámicas tendrán fuertes efectos en el nivel de desigualdad y pobreza de la región, y se estima que el número de personas en situación de pobreza aumentará más de 45 millones (p. 9).

La preocupación que esto genera es considerable. Existen daños cuantificables en el corto plazo, pero son mayores aún en el mediano y largo plazo. Dado ese contexto, se requiere invertir en diversos rubros para recuperar el nivel prepandemia. Uno de estos es el que corresponde a las actuaciones judiciales.

Hemos de insistir en que, a partir de la COVID-19, la inversión en tecnología dejó de ser una opción o posible alternativa para convertirse en una exigencia y una necesidad. Antes de la pandemia, era un *could*, hoy es un *must*, esto es, dejó de ser un *podría* para

asumir la fisonomía de un *tener que*. La diferencia no es menor: antes de la pandemia, es cierto, se apuntaba a una progresiva tecnificación del Poder Judicial. Las audiencias virtuales eran extraordinarias y tenían una connotación de excepcionalidad, en la medida que los recursos no eran ingentes para ese propósito. Hoy, las audiencias virtuales son una impostergable necesidad.

Si nos preguntamos el porqué de la visión antigua de la labor jurisdiccional, nuevamente hallamos un esbozo congruente de respuesta en esa cultura del papel y de la formalidad que ya hemos enunciado. Los viejos paradigmas del trabajo físico eran los criterios predominantes y toda acción de mejora técnica era concebida, en líneas prevalentes, en el sentido de una optimización del trabajo físico, o de la potenciación de herramientas tecnológicas de relevancia, pero en clave de una tarea que se debía desarrollar siempre presencialmente.

La pandemia arrasó con todos los esquemas antes enunciados, con una paralización obligada del trabajo presencial, en concordancia con las nuevas reglas sanitarias. Los mismos esbozos de aislamiento de Boccaccio en *El Decamerón*, o las mismas líneas de tragedia de la gran peste de Londres en 1665, o las limitaciones y exclusiones de la gripe española, recondujeron todas las actividades a un detenimiento de la labor presencial, con las consiguientes reestructuraciones de atención al público. Si antes ingresar a una dependencia judicial era una regla de expresión de la libertad individual, pues fue este bien jurídico uno de los primeros derechos en ser seriamente limitados, en atención a la conclusión lógica de que solo la prohibición de contacto social podía restringir una mayor propagación de la pandemia.

La decisión que se tenía que adoptar, entonces, fue excluyente: o se barajaba continuar la atención y propagar la enfermedad que nos acechaba, o se paralizaba actividades, pero se planificaba, bajo la pauta de una cuantiosa inversión en tecnología, regresar en un

futuro mediato a estas. Esta segunda opción fue, desde todo punto de vista, la más equilibrada y la que una política pública adecuada aconsejaba.

Fue entonces que los Poderes Judiciales implementaron las audiencias virtuales, pero siempre acompañadas, en paralelo, de una importante inversión en tecnología, a fin de adaptar el *modus operandi* de la actividad judicial a un formato de mejor acceso a la justicia, a través de las plataformas ya reseñadas que se comenzaron a popularizar —Google Meet, Zoom, Microsoft Teams, etc.—, entre otros importantes servicios que a su vez se convirtieron en una de las herramientas principales del trabajo judicial.

Esta inversión en tecnología, necesaria para un mejor desempeño del quehacer de los jueces, no solo se ha afianzado en las audiencias virtuales. Algunas otras figuras se vienen consolidando, en el caso de Perú, solo después de una necesaria, ponderada y sostenida inversión en tecnología. Reseñemos solo dos: el EJE y la oralidad. Estos aspectos ya tenían una configuración inicial antes de la pandemia. Producida la irrupción del virus, se va acelerando la implementación de dichas herramientas.

El EJE ha adquirido el formato de una propuesta bandera en los Poderes Judiciales, los cuales, con esta herramienta, refuerzan, aún más, dejar atrás la cultura del papel y de la formalidad, para afianzar un sistema de trabajo enteramente tecnológico sobre la materia. A través del EJE, el proceso apunta a convertirse en una herramienta virtual, dejando de lado los parámetros tradicionales del uso del papel, de firma de archivos físicos, de manejo de herramientas asociadas a un trabajo manual, a efectos de realizar la propuesta de un planteamiento enteramente virtual del proceso, del cual el EJE es la manifestación más acabada sobre la materia.

El EJE nos invita a reflexionar, y vaya que logra acortar distancias, en el manejo electrónico integral de un proceso, desde su

misma génesis, esto es, la interposición de la demanda, hasta su conclusión, con la etapa de ejecución de sentencia. Sin duda, la adaptación a este nuevo modelo demanda una importante inversión tecnológica, precisamente a fin de no crear exclusiones, en atención a que la tecnificación virtual de la labor judicial busca potenciar el acceso de todos los ciudadanos, sin excepción, al proceso virtual, diríamos bajo una propuesta de *democratización tecnológica*.

En efecto, no sería congruente con una política pública del EJE que se refuercen aún más las diferencias con quienes o bien no tienen acceso a internet, o no manejan estas herramientas por diversas razones. El basamento central es propiciar el acceso de todos al proceso, y es así que limitar las exclusiones al máximo en materia del EJE demanda invertir técnicamente en forma considerable, a fin de consolidar un proceso virtual sin exclusiones, e imbuido de la premisa base de facilitar el acceso a la justicia.

Debemos considerar, dentro de otra expresión de esta inversión tecnológica, la necesaria atención que demandarán los nuevos esquemas de oralidad. En el caso de la experiencia peruana, ya las ramas penal y laboral han desarrollado estos afianzamientos, y se advierte que la oralidad civil ya no es una sola aproximación, sino una realidad tangible, en la medida que cambia el formato de los procesos para dejar atrás un formato tradicional de audiencias presenciales, ahora relativizadas por las audiencias virtuales, para asumir un formato permanente de oralidad. En la misma línea que los casos anteriores, los criterios de inversión para la adaptación de estos nuevos esquemas demanda una importante atención de los gobiernos y de sus órganos de ejecución.

En líneas generales, hemos de asumir que la inversión tecnológica ha de convertirse, y lo es ya, en el criterio corriente para las mejoras en el trabajo jurisdiccional. Sin inversión no es posible afianzar mejoras tangibles en los Poderes Judiciales, y de ahí la necesidad,

ineludible, por cierto, de que la discusión de los presupuestos judiciales comprenda una importante inversión en tecnología.

Se debe consolidar así la erradicación de esa cerrada idea, desde Montesquieu, de que la labor de los jueces representa la tarea de un «poder nulo», que solo pronuncia las palabras mudas de la ley. Por el contrario, el Poder Judicial contemporáneo exige ocupar el lugar de importancia que el *Stato di diritto*, o Estado de derecho, le ha asignado en la escena contemporánea, una de cuyas manifestaciones es una comprensión cabal del principio de acceso a la justicia, el cual no comprende discriminaciones negativas, sino que busca afianzar el principio de igualdad. En ese orden de ideas, la inversión tecnológica es un deber ineludible.

3.3. Replanteo del rol del juez: una mirada a la inteligencia artificial

Pensar que los jueces pueden desarrollar sus labores en la forma tradicional de siempre, es decir, sujetos a un esquema cultural de una justicia de papel, es una posibilidad cada vez más remota, y solo puede tener cabida en un sistema jurisdiccional de naturaleza estática y sin mira alguna en la potencialidad del mundo virtual.

Las herramientas de IA que arropaba ya el *corpus iuris* antes de la pandemia, reforzadas en cierto modo a partir de esta traumática experiencia de un virus en los cinco continentes, nos brindan un contexto a partir del cual se potencia el trabajo de los jueces.

Experiencias como Prometea en el Ministerio Público de Buenos Aires, y PretorIA en la Corte Constitucional de Colombia, nos dicen que el derecho, en cierta forma, *se ha movido de sitio*, pues se ha superado el modo tradicional de resolver los procesos, a través del análisis de la mente del hombre, para dar paso a una veloz evaluación virtual de causas, a efectos de proponer al juez, y en su caso, al fiscal, la posibilidad de avanzados estudios técnicos virtuales de causas, para dar lugar a una pronta posibilidad de resolver los problemas.

Prometea ha logrado en Argentina, desde el año 2017, consolidar un examen de casos virtuales. En relación con las funciones de Prometea, su autor, Gustavo Corvalán (2019), indica que

a partir de identificar un número de caso, Prometea rastrea en los portales digitales las sentencias de las anteriores instancias, entre más de 300.000 documentos, para luego compararlas con su base de conocimiento. Posteriormente elabora la predicción y crea el documento vinculado a esa predicción. Esto, en definitiva, se vincula con asociar un nuevo caso a una respuesta judicial que se ha emitido previamente en casos de estas características (p. 51).

Debemos anotar que la mente humana difícilmente podría realizar un trabajo de análisis de miles de documentos en muy poco tiempo, y si acaso se intentara esa tarea, pues el recurso tiempo en cantidades ingentes sería necesario. Prometea permite, en esencia, reducir el tiempo de examen de casos, optimiza el trabajo fiscal y permite la atención más célere de causas.

PretorIA, por otro lado, vigente desde el 2020 en Colombia, es una experiencia con algunos matices de similitud y parecida a Prometea. Es importante indicar algunos de los caracteres de esta valiosa herramienta de IA:

PretorIA [...] tiene el propósito de hacer más eficiente el proceso de selección de los casos de tutela judicial de los derechos fundamentales, a partir de los cuales esta Corte fija su jurisprudencia. El objetivo del sistema es clasificar o etiquetar las sentencias de tutela, que deben ser remitidas por todos los jueces de tutela del Estado colombiano a la Corte Constitucional para «su eventual revisión», sobre la base de categorías previamente definidas y codificadas por el propio personal de la Corte. Ejemplificando lo crítico del tema, a la Corte Constitucional fueron remitidos una media de cerca de 12.000 expedientes de tutela semanales en 2019 (Saavedra y Upegui, 2021, p. 5).

Un necesario esbozo de diferencias entre ambos programas nos permite señalar, desde la perspectiva de los mismos autores, lo siguiente:

mientras que el proceso argentino tiene como resultado un texto, el de selección de expedientes de tutela es apenas un apoyo al proceso de selección, gracias a la posibilidad de identificar de mejor manera posibles casos para ello. Esto es debido a una diferencia radical en términos jurídico-procesales. PretorIA presenta funciones distintas a las de Prometea en su faceta asistencial. Además, la principal funcionalidad del sistema argentino, la predictiva, está totalmente descartada en el sistema colombiano (Saavedra y Upegui, 2019, pp. 44-45).

Un balance somero de estas dos valiosas experiencias en el derecho comparado, ya en aplicación, nos refiere que el ingente trabajo jurisdiccional demanda la creación de herramientas de apoyo sobre la base de dos razones centrales: de un lado, se busca evitar la congestión de causas en los estamentos de impartición de justicia, de modo que la IA coadyuva a que la carga procesal se reduzca de forma óptima. De otro lado, la potenciación de herramientas virtuales se convierte en una necesidad de todos los Poderes Judiciales, sin excepción, y es precisamente el marco de la pandemia el que nos permite incidir en la importancia de la maximización de herramientas virtuales.

Sostenemos, en consecuencia, que la transformación digital, al exigir nuevos paradigmas, encuentra en las herramientas de IA un extraordinario aliado del trabajo de los jueces. La regulación de los parámetros de estas labores, de suyo, ha de ser congruente, en todos los casos, con principios como los de *transparencia algorítmica*, *trazabilidad algorítmica*, *máximo acceso algorítmico*, y *no discriminación algorítmica* (Corvalán, 2019, pp. 94-96), en la idea sustantiva de que es exigible un plano ético de desarrollo de la IA.

Es válido, entonces, que visualicemos la IA como una oportunidad para los derechos (Asís de Roig, 2019, p. 11), y bajo esa pauta maximicemos sus contenidos, ventajas y potencialidades. El mundo se mueve incesantemente y así, es verificable, vía parafraseo, el alegato de Galileo Galilei en 1633, cuando estuvo a punto de ser condenado por un tribunal de la Santa Inquisición en Roma, por no abjurar de la teoría heliocéntrica del universo: *eppur si muove*. La alegoría es muy similar con relación a la IA: el mundo evoluciona de parámetros, de una justicia tradicional a una justicia con el apoyo de la IA.

4. PARADIGMAS Y RIESGOS

¿Podríamos hablar de riesgos cuando aludimos a paradigmas que van a solventar, mejorar y potenciar el trabajo jurisdiccional? Creemos que no necesariamente y, sin embargo, es importante construir una línea de prudencia en el desarrollo de tareas jurisdiccionales que van a asociarse a plataformas virtuales, en tanto el conjunto de principios a que hemos aludido antes —*transparencia, trazabilidad, máximo acceso y no discriminación algorítmicos*— nos advierten y ayudan a evitar posibles contingencias de riesgo que estos nuevos retos, en el trabajoso camino de su consolidación, pueden generar.

De esa forma, el deber de *transparencia* ayuda a que todos los mecanismos que coadyuvan a la consolidación de estas nuevas tareas generadas por la transformación digital —audiencias virtuales, orientaciones hacia la necesaria inversión en tecnología y acercamiento a las herramientas de IA— sean objeto de políticas públicas de amplia información a la ciudadanía en todos los niveles. De esa forma, la sociedad civil tiene el derecho a conocer las bases conceptuales de tales mecanismos y cómo se ejecuta su implementación.

Si aludimos a presupuestos de inversión tecnológica, ello comprende el acceso a la información en detalle sobre cómo se ejecutan esas inversiones, en cuáles partidas y, principalmente, cuáles son los resultados proyectados para esas inversiones. De igual forma, si referimos a la implantación de programas como Prometea y PretorIA, es exigible que el acceso a los baremos de configuración de esos mecanismos, sean plenamente conocidos, colgando esa información en plataformas públicas.

La *trazabilidad* es una consecuencia que se manifiesta, prevalentemente, respecto de las audiencias virtuales y las herramientas de IA. Aporta Corvalán (2019), respecto a estas últimas cuestiones que

la trazabilidad o rastreabilidad es la «aptitud para rastrear la historia, la aplicación o la localización de una entidad mediante indicaciones registradas». Como regla, se debe garantizar la inteligibilidad y la trazabilidad del proceso de toma de decisiones de los algoritmos inteligentes (p. 95).

El interés no es menor respecto de las audiencias virtuales, en cuanto igualmente es potestad de los ciudadanos conocer de qué modo se configuran dichos mecanismos, a fin de evitar que esa información de relevancia sea patrimonio solo de determinadas élites académicas.

En el mismo orden de ideas, el *máximo acceso*, como principio, ayuda a desmontar, como consecuencia de la idea anterior, las numerosas trabas hoy existentes en el derecho de acceder a la justicia, entre ellas, la pobreza, la pertenencia a los grupos vulnerables enumerados por las Reglas de Brasilia, etc. Sobre este aspecto, dificultades de envergadura por las mismas condiciones de vulnerabilidad de las personas restringen el derecho de acceder a un juez. Pensemos, por ejemplo, en los obstáculos que deben enfrentar las minorías LGTBI para ser atendidas como sujetos de derecho y

concluiremos en que el acceso a la justicia debe ser el de mayor nivel para todos, sin excepciones a considerar.

Por último, la *no discriminación algorítmica* supone, como corolario de los criterios antes vertidos, reducir, en grado máximo, todo tipo de sesgo respecto a la condición de sujetos de derecho de los ciudadanos frente a todas las herramientas tecnológicas que acarrea la transformación digital. El principio de socialización del proceso, como baremo para excluir diferencias sociales en el acceso a la justicia, implica un referente de importancia para esta idea de no discriminación.

Los principios aludidos ayudan a evitar riesgos de diferente naturaleza en la consolidación de los paradigmas que hemos reseñado. ¿Cuáles serían esos riesgos? Utilizando términos basados en los propios principios que acabamos de enunciar, serían, *grosso modo*, oscuridad informativa o falta de transparencia en las políticas públicas de transformación digital; igualmente, ausencia de elementos de información sobre los nuevos esquemas virtuales aplicados en los ordenamientos jurídicos, lo que supone carencias de trazabilidad; elitización de la justicia en favor de pocos, que implica una infracción al derecho de acceso a la justicia, aunque ciertamente los sesgos pueden existir con o sin inteligencia artificial (Asís de Roig, 2020, p. 15); y prevalencia de sesgos en los sistemas de justicia, por no evitar figuras de discriminación negativa.

Algunos casos de discriminación son emblemáticos. A finales de 2018, un *software* de evaluación y clasificación de riesgos en el Servicio de Inmigración de los Estados Unidos, un órgano técnico para decidir deportaciones, fue cuestionado por diversas manipulaciones para favorecer las detenciones (Asís de Roig, 2020, p. 1).

A ello se suma, por información del diario *El País* que, en el año 2019, un algoritmo usado para analizar riesgos para la salud de millones de pacientes en Estados Unidos, discriminaba a la población afroamericana (Asís de Roig, 2020, p. 1). De la misma forma:

un informe de Propublica reveló que un programa que se usaba en los tribunales de Estados Unidos, para calcular la probabilidad de reincidencia de los acusados de la comisión de un delito, utilizaba una fórmula que era particularmente propensa a señalar falsamente a los encausados negros como futuros delincuentes (Gascón, 2020, p. 337).

Veamos otros riesgos contingentes que pueden afectar los paradigmas planteados. En esa línea de ideas, ¿podemos hablar de una deshumanización de la jurisdicción? Asís de Roig (2020) plantea la posibilidad de afectación del debido proceso si se estandarizan excesivamente las sentencias, o si hay falta de publicidad de las decisiones, o si se afecta el derecho a un juicio justo o se provoca la desigualdad de armas (p. 1).

También podemos cuestionarnos: ¿corre el derecho el riesgo de llegar a ser un conjunto de programas y no solo un conjunto de normas? (Martínez, 2019, p. 171). ¿O podríamos hablar de una «dictadura de los datos»? Dicha frase fue acuñada por Cukier y Mayer-Schönberger (Cotino, 2017, p. 135), frente a lo cual se exige «responsabilidad algorítmica», a fin de evitar errores masivos. De la misma forma, ¿podría internet no fomentar el pensamiento profundo y creativo? (Martínez, 2019, p. 175). Una sociedad cada vez más automatizada corre el riesgo de dejarse llevar «por la supuesta fiabilidad de las máquinas, que acabe por *creer* en ellas» (Martínez, 2019, p. 175). Debe advertirse, entonces, que el gobierno del algoritmo no puede sustituir al gobierno de la ley (Martínez, 2019, p. 185).

Se trata de escenarios complejos, de circunstancias prevalentemente peyorativas. De ahí la importancia de una transformación digital bajo pautas de equilibrio, equidad y razonabilidad.

Finalmente, otro estudio técnico señala que «numerous reporters are worried that IA will kill employments, worsen inbalance and

dissolve wages» (Chakraborty y Bhojwany, 2018, p. 31). En traducción libre, se expresa aquí una preocupación por la circunstancia de que la IA pueda eliminar empleos, que se agrave el desequilibrio social y que los salarios tiendan a bajar.

Cerramos con una reflexión de los autores citados respecto al futuro de la IA: «The end of mankind? If an extension of AI, and movement towards AI, represents a risk to human rights, should not something be said about the formation of fake super-knowledge?» (Chakraborty y Bhojwany, 2018, p. 31). Nuevamente, en traducción abierta, debe señalarse que un sector de la IA pudiera acaso impulsar la formación de superconocimiento falso, y si ello significaría el fin de la humanidad.

Nos atreveríamos a asegurar que los principios reguladores del desarrollo de la transformación digital constituyen una coraza formidable para evitar distorsiones. De ahí la necesidad de que esas premisas se conviertan en base de las políticas públicas de los nuevos paradigmas antes señalados.

5. CONCLUSIONES

La configuración de paradigmas es una tarea compleja. Demanda, en el tiempo, concientización, cambio de hábitos y manejo de circunstancias ordinarias o excepcionales, todo ello en la idea de que coadyuvar a su consolidación exige no solo políticas públicas nominales sino efectivas.

Contextos como los de la COVID-19 han impulsado nuevos paradigmas de la transformación digital, pues la pandemia sucedió repentinamente, lo cual supuso un escenario excepcional; y, sin embargo, al mismo tiempo produjo una modificación de conductas en diversos ámbitos en todos los órdenes de la vida humana. Por su parte, frente a lo inevitable la humanidad adquirió conciencia de la importancia de necesarios cambios en su forma de vida.

Uno de esos ámbitos de especial connotación ha sido la labor jurisdiccional. Sin excepción, todos los ordenamientos jurídicos debieron cambiar su modo de trabajo tradicional, algunos ciertamente más adelantados que otros en cuanto a avance digital, pero hubo una necesidad ineludible de adaptarse a un nuevo esquema de trabajo en el cual se ha enfatizado la importancia de herramientas tecnológicas de diverso orden.

De esa forma, se ha dejado de lado el modelo de una justicia de papel, el cual, a grandes rasgos, respondía a esquemas de presencialidad, de trabajo prevalentemente manual y de cumplimiento de formalidades y matices de solemnidad, cuya vigencia se vinculaba, en mayor grado, a una cultura ciertamente anquilosada en un modo tradicional de ver el derecho. La pandemia puso a prueba muchos de esos añosos estándares y pulverizó gran número de ellos.

Esa necesidad de cambios que acarreó este nuevo contexto, hemos visto en este estudio, originó, a su vez, nuevos paradigmas de la transformación digital, los cuales hemos reseñado, a grandes rasgos, en este estudio. Y aunque nuestra lista de paradigmas no es en absoluto cerrada, creemos que sí puede ser referencial en cuanto a los nuevos esquemas de trabajo que han demandado las medidas sanitarias impuestas, muchas de las cuales han de quedar afianzadas como nuevos parámetros de trabajo jurisdiccional.

En el orden de ideas acotado, hemos abordado como uno de los primeros paradigmas del nuevo escenario de transformación digital, el de las audiencias virtuales, que no solo han reemplazado a las audiencias presenciales, sino que se imponen, dada su configuración de menores costes y de celeridad en beneficio de los procesos, como un esquema que se ha de conservar. De esa forma, la nueva regla en este escenario de transformación digital habrá de ser que la audiencia virtual sea la regla, y la audiencia presencial la excepción, con lo cual se desmonta una justicia de papel, basada en esquemas de comparecencia personal al proceso.

Las audiencias también aportan, hemos de señalarlo nuevamente, una mayor evidencia de ejecución del derecho fundamental de acceso a la justicia, en cuanto se diseña una base más horizontal de participación en la dilucidación de controversias. Desaparece, por ejemplo, la desventaja de impedimento de participación en una audiencia por vivir en un lugar relativamente alejado, en tanto en el nuevo esquema habrá de bastar una conexión a internet para conectarse a una audiencia a muchos kilómetros de distancia del lugar donde esta se realiza.

De la misma forma, hemos abordado como nuevo paradigma el convencimiento de los Estados en inversión tecnológica. Los nuevos esquemas de realización del proceso no son posibles sin esa mirada de concientización de las autoridades respecto a la exigencia de sostener plataformas integrales de acceso a la justicia, como Google Meet u otras, de conexión en tiempo real para videoreuniones, etc. Hemos centrado nuestra atención, de esa manera, en dos aspectos clave en este nuevo paradigma, entre muchos otros subestándares igualmente valiosos y, de esa forma, aludimos al Expediente Judicial Electrónico (EJE), así como a los nuevos esquemas de oralidad en el proceso.

El EJE apunta, por contraste, a lograr una importante perspectiva institucional de los Poderes Judiciales: la reducción del uso del papel a cero o, en su caso, a denominarlo un esquema de cero papeles. De esa forma, la tramitación de una demanda, desde su presentación hasta la misma etapa de ejecución, en el nuevo esquema habrá de ser enteramente virtual, sin necesidad de acudir a audiencias presenciales y sin la exigencia de presentación de documentos en físico.

Por su lado, la oralidad constituye otra manifestación de modernidad, en cuanto supone, igualmente, una maximización del uso de recursos en la labor jurisdiccional. Un proceso con rasgos de oralidad no solo implica actuaciones céleres, sino también una

optimización de la función del juez. Si al término de la audiencia el juez está en condiciones de resolver vía sentencia la causa, entonces se habrá logrado un avance sustantivo en los esquemas de respuestas prontas de los sistemas de impartición de justicia.

Tanto el EJE como la oralidad exigen políticas públicas de permanente inversión en recursos tecnológicos, pues una respuesta tenue, débil o blanda de los Estados frente a estas exigencias, importará situaciones de retroceso en los sistemas de justicia.

Finalmente, es otro paradigma la connotación que van adquiriendo los nuevos esquemas de IA. Dos experiencias puntuales han sido reseñadas: Prometea en Argentina y PretorIA en Colombia, en ambos casos se ha optimizado y acelerado la resolución de causas a través de avanzados *software* que permiten una aceleración de los procesos.

En vía de conclusión, hemos reseñado algunos riesgos que pueden enfrentar los paradigmas descritos y, sin perjuicio de ello, un reforzamiento de principios algorítmicos como *transparencia, trazabilidad, máximo acceso y no discriminación*, constituyen valiosos elementos para reducir algunos escenarios de contingencia que pudieran dificultar la adecuada implementación de estas herramientas virtuales.

Los paradigmas reseñados en este estudio serán mayores con el tiempo. Somos conscientes de ello. Lo cierto es que su consolidación es una herencia indirecta de la pandemia que nos afecta desde el 2020. Es verdad que la COVID-19 ha causado gran dolor en pérdidas de vidas humanas en todas las latitudes y, sin embargo, ha generado, de igual manera, condiciones de desarrollo de nuevos recursos que, en buena cuenta, habrán de responder, prevemos de forma idónea, frente a las nuevas exigencias de justicia contemporánea.

Dice un proverbio de antigua data que «justicia que tarda no es justicia». Los paradigmas que hemos descrito ayudan a la

materialización de una justicia célere. Además, la oportunidad que nos ofrecen es única. Ya Heráclito de Efeso decía, unos cinco siglos antes de Cristo, que nadie puede bañarse en el mismo río dos veces. De la misma forma, pensemos en que estos paradigmas son herramientas de hoy y la oportunidad de afianzamiento del mundo del futuro en nuestro presente es única, pues ella no se podría repetir más.

REFERENCIAS

- Asís de Roig, R. (2020). Inteligencia artificial y derechos humanos. *Materiales de Filosofía del Derecho* n.º 2020/04. 1-18. Seminario Permanente Gregorio Peces-Barba. Grupo de Investigación «Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia». Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/30453/WF-20-04.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chakraborty, S. y Bhojwani, R. (2018). Artificial intelligence and human rights: are they convergent or parallel to each other? *Novum Jus*, 12(2), 13-38. https://pdfs.semanticscholar.org/8f62/d418d76d642dc73233fb816233d991d6783b.pdf?_ga=2.219919569.995596598.1648565647-776875690.1648565647
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2021). *Tecnologías digitales para un nuevo futuro*. Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46816/1/S2000961_es.pdf
- Corvalán, J. (2019). *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*. Astrea; Universidad del Rosario; DPI Cuántico; IMODEV. https://dpicuantico.com/libros/prometea_oea.pdf

- Cotino, L. (2017). Bigdata e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata*, (24), 131-150.
- El Comercio (2019, 23 de julio). *Justicia de papel* [Documental]. <https://elcomercio.pe/lima/youtube-mira-justicia-papel-documental-comercio-precariedad-sistema-justicia-peruano-viral-video-noticia-662938-noticia/>
- Gascón, A. (2020). Derechos humanos e inteligencia artificial. En Pérez, A., Terual, G., Raffiotta, E. C. y Iadicco, M. P. (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española: Vol. V. Retos en el siglo XXI* (pp. 335-350). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. https://www.researchgate.net/publication/339687454_Derechos_Humanos_e_Inteligencia_Artificial
- Martínez, J. (2019). Inteligencia y derechos humanos en la sociedad digital. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (40), 168-189.
- Rodríguez, R. (2007). El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En Carpio, E. y Grández, P. (coords.), *Estudios al precedente constitucional* (pp. 15-ss.). Palestra Editores.
- Rua, G. (2021). Juicios orales virtuales en tiempos de pandemia. *Sistemas Judiciales*, (24), 158-171. <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2021/10/14.-SJ24.-Rua.pdf>
- Saavedra, V. y Upegui, J. (2021). *Colombia. PretorIA y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos*. Derechos digitales América Latina; Dejusticia. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/04/CPC_informe_Colombia.pdf

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 55-117

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.568

Inteligencia artificial para la seguridad jurídica. Superando el problema de la cognoscibilidad del derecho

Artificial intelligence for legal security.
Overcoming the problem of the cognoscibility
of law



JHONATAN SAMUEL PEÑA CARLOS
Empatia Lab/PRESTON+ Firma Legal
(Lima, Perú)

Contacto: jpcarlos@prestonlegal.org
<https://orcid.org/0000-0003-4701-1121>

RESUMEN

Las personas tienen la dificultad de conocer, identificar y comprender las disposiciones normativas, las cuales al ser abundantes coexisten con la jurisprudencia zigzagueante, la doctrina, entre otros insumos cognitivos jurídicos. En atención a ello, la presente investigación tiene el propósito de intentar superar el problema de la cognoscibilidad del derecho a través de dos aplicaciones prácticas de inteligencia artificial —sistemas expertos jurídicos informativos y sistemas cognitivos—, a fin de procurar que las personas tengan mejores condiciones de acceso, identificación y comprensión del derecho, y así orientar adecuadamente sus conductas. Este

escenario logra configurar una nueva interacción entre la información jurídica y las personas, a efectos de alcanzar una mayor cognoscibilidad del derecho como estado ideal de la seguridad jurídica.

Palabras clave: inteligencia artificial; seguridad jurídica; complejidad informativa.

Términos de indización: sistemas jurídicos, sistema de información jurídica, inteligencia artificial (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

Persons find it difficult to know, identify and understand legal provisions, which being abundant coexist with the fluctuating case law, the doctrine, among other legal cognitive inputs. In view of the foregoing, this research attempts to overcome the problem of the cognoscibility of law through two practical applications of artificial intelligence – expert informative and cognitive legal systems – with the aim of ensuring better conditions of access, identification and comprehension of the law, by all persons, to suitably channel their behaviors. This scenario manages to configure a new interaction between the legal information and the persons, to attain further knowledge of the law as an ideal condition of legal security.

Key words: artificial intelligence; legal security; informative complexity.

Indexing terms: legal systems, legal information systems, artificial intelligence (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/03/2022

Revisado: 07/06/2022

Aceptado: 09/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

La escalera de la tecnología se hace más visible cuando por ella ascendemos como un excursionista en una montaña. Cada escalón anuncia una nueva manera de realizar los quehaceres humanos, y los pasos que se procuran se sienten sólidos en el intento por alcanzar la cima. De ahí que existe una confianza en los destellos del futuro tecnológico, los cuales se suelen considerar sorprendentes y útiles.

Este intento por ascender y revelar el mañana provoca cambios en nuestra manera de hacer y pensar, incluso nos expresa nuevos entornos de interacción. Por ejemplo, si antes el desarrollo de la información se daba a través de la imprenta, ahora se concreta por la computadora. Esta máquina no solo es la protagonista de una nueva era en la tecnología, sino también el artefacto que consolidó a la informática como la disciplina del tratamiento automático de la información.

De acuerdo con este impacto tecnológico el mundo jurídico se vio afectado, de tal suerte que surgieron dos orillas: el derecho informático y la informática jurídica. Es en esta última interdisciplinariedad que se gestaron algunas contribuciones como, por ejemplo, la adopción de recursos informáticos en el desarrollo de las tareas judiciales para lograr la organización y la manipulación, de modo más eficiente, del conocimiento jurídico. El objetivo de esta conexión «no [fue] sustituir el papel del juicio humano en el razonamiento [judicial], sino proporcionar instrumentos gracias a los cuales se pueda ejercitar mejor el juicio» (Sartor, 2000, p. 190).

La tecnología sigue avanzando a pasos exponenciales. Basta advertir los primeros escalones, el disquete en contraste con los actuales dispositivos de gran almacenamiento (terabyte, petabyte, exabyte), así como los sobrevenientes de este avance acelerado en el que se anda desarrollando, de manera significativa, la proyección cualitativa más elevada de la informática: la inteligencia artificial (IA).

Se dice que «prácticamente cualquier producto [que usemos en el futuro] [...] y que parezca mágico, habrá sido construido [...] mediante [...] algoritmos» (Agrawal, Gans y Goldfarb, 2019, p. 9). Es decir, por una secuencia computacional de pasos lógicos y ordenados a fin de determinar o predecir un resultado o una solución a un problema, analizando y relacionando toda la información, conocida y por conocer, a su alcance. Este esquema ejecutivo constituye el corazón —base estructural— de la IA, el cual es parte de nuestra moderna transformación digital al igual que el cuerpo que lo acoge.

Los aportes que ofrece esta tecnología son evidentes. Como antecedente la IA estuvo trabajando en tareas gubernamentales¹, y de la misma manera en la práctica jurídica².

La cooperación de la IA y el derecho (IA y D)³ nació con el propósito de superar algunos problemas jurídicos persistentes hasta hoy, entre ellos:

1 Sistemas de IA, por ejemplo, en Australia como: «Sistema de procesamiento de reclamos de compensación (CCPS), Comcare – Módulo de responsabilidad inicial (ILM)» (Oskamp y Lauritsen, 2002, p. 228).

2 Sistemas de IA, derecho y argumentación: «HYPO, CABARET [Case-Based Reasoning Tool], GREBE, TAXMAN, CATO [Case Argument Tutorial], CATO-Dial, PROSA [Problem Situations in Administrative law], PROLEXS. [Todas estas] han tenido hasta la fecha una aplicación pedagógica» (Casanovas, 2013, p. 835).

«WVP [...] sistema para la liquidación de los derechos de pensión después de la separación, OVB [...] sistema para el impuesto bancario, que responde a la pregunta de si dicho impuesto se debe y, en ese caso, calcula cuánto pagar» (Oskamp y Lauritsen, 2002, p. 230).

3 La IA y D se refiere a dos ámbitos: el primero, en cuanto a la realización de tareas jurídicas por máquinas con un poder computacional similar a nuestra cognición como personas; y el segundo respecto al establecimiento de un marco jurídico sobre las investigaciones y las aplicaciones de IA. El presente artículo se aboca tan solo a la primera conexión.

La IA y D se ha considerado como una subespecie de la informática jurídica decisional; «sin embargo, existen algunas dificultades para restringir este tipo de investigación al modelado de decisiones» (Cáceres, 2016, p. 29).

la organización de las grandes bases de datos, la clasificación y ordenación de textos jurídicos que varían con el tiempo, el interfaz con los distintos tipos de usuarios, el modelado de las operaciones realizadas por los agentes [...] jurídicos (razonamiento judicial, razonamiento por casos, resolución de problemas), el modelado de determinados ámbitos del conocimiento jurídico [...]; el modelado de la argumentación razonable en función de normas o de precedentes (Casanovas, 2013, p. 473).

A fin de solucionar estos problemas, el derecho, al principio, incorporó Sistemas Expertos Jurídicos (SEJ)⁴ y, con posterioridad, Sistemas Cognitivos (SC), los cuales ahora se encuentran combinados con otras técnicas de IA como el Procesamiento del Lenguaje Natural (PLN)⁵ o el Machine Learning (ML)⁶. De esta manera la realización de tareas o soluciones en el derecho obtiene un mayor grado de sofisticación.

Acerca de los SEJ, estos no tienen la intención de suplir⁷ la actuación de los que son considerados expertos en la materia, dado

4 SEJ «sistema computacional que puede plantear posibles soluciones a determinadas cuestiones o asuntos jurídicos aplicando el conocimiento experto en la materia, así como explicar sus razonamientos» (Aguilera, 2007, p. 45).

5 Rama «que posibilita las interacciones entre ordenadores y humanos en un lenguaje natural, abarcando funciones como la extracción de contenidos, la clasificación, la traducción automática, la generación de textos y la búsqueda de respuestas» (Solar, 2019, p. 26).

6 Viene a ser la «capacidad de las máquinas para aprender por sí mismas, a partir de un proceso inicial de entrenamiento, a realizar tareas de carácter cognitivo, no puramente mecánicas, como clasificar y analizar información, tomar decisiones a partir de dicho análisis o responder en tiempo real a las preguntas formuladas, mejorando continuamente su rendimiento a medida que van acumulando mayor [...] información y más experiencia en la realización de las tareas» (Solar, 2019, p. 27).

7 «una posible sustitución de los jueces por las máquinas, y por tanto la deshumanización del proceso de impartición de justicia (Aguilera, 2007, p. 3).

que son aplicaciones computacionales que no se catalogan como sujetos, sino como herramientas de asistencia a los expertos. Y en el caso de los SC, como un tipo de computación distinta a los SE, pretenden configurar una cooperación plena entre la IA y el ser humano, ya que ambos participan «para obtener mejores resultados, cada uno aportando sus propias habilidades superiores» (Ashley, 2017, p. 22). Debe destacarse que los dos tipos de sistemas colaboran con la gestión de tareas o soluciones acorde a las necesidades de un destinatario con el propósito de optimizarlas.

En efecto, este escenario de las aplicaciones de la IA en el derecho «ha *modificado profundamente la relación de los juristas con la informática*» (Bourcier y Casanovas, 2003, p. 91). Razón por la cual ahora la actividad jurídica exige con mayor impulso que este potencial tecnológico sea beneficioso hoy más que nunca en que la vida de los que intervienen en el juego judicial y administrativo se hace cada vez más compleja.

De ser así, ¿cómo podemos motivarnos [seguir siendo persuadidos] de la necesidad y las posibilidades de la [IA] en el campo jurídico? (Oskamp, Tragter y Groendijk, 1995, p. 215). Quizá retomando problemas particulares que persisten en dicho ámbito, y advertir la oportunidad de su superación a través de los beneficios de la IA. Por ejemplo, los problemas del conocimiento del derecho —opuestos violatorios de la seguridad jurídica⁸— que coadyuvan a la falta de inteligibilidad de este.

Hay una realidad que contemplar como resultado de la mencionada dificultad y es la tarea de las personas⁹ como detectives en la

8 Me aprovecho del subtítulo del artículo «Derecho y la seguridad jurídica» (González Linares, 2013, p. 91).

9 Utilizaré en adelante el término «personas» para referirme a las personas naturales y jurídicas.

averiguación de las disposiciones normativas¹⁰ para orientar o no sus conductas. Estas, como diría Schauer (2015), «son socialmente abundantes» (p. 329) como sus diferentes significados —normas¹¹— que se pueden identificar y atribuir. Disposiciones que además tienen que coexistir, por ejemplo, con un panorama caótico constituido por la jurisprudencia zigzagueante o las discusiones doctrinales. De manera que es una ironía¹² que las personas tengan la posibilidad de conocer e intentar manejar toda la ingente información jurídica.

Ante este contexto, podemos considerar que «diferentes tareas pueden requerir diferentes tipos de apoyo» (Oskamp et al., 1995, p. 232). Ya que las personas tienen problemas para conocer el derecho, es probable que ello se supere a través de las aplicaciones prácticas de la IA —SEJ y SC—, las cuales pueden ayudar a obtener mejores condiciones y comportamientos para la accesibilidad e identificación de las disposiciones normativas, al igual que la comprensión de sus contenidos. Ello logra configurar una nueva interacción entre la información jurídica y las personas, a fin de alcanzar una mayor cognoscibilidad del derecho, y así reducir el «error derivado de no tener en cuenta alguna normativa aplicable o algún elemento jurídicamente relevante» (Martínez Zorrilla, 2019, p. 170).

Si bien la informática jurídica documental se encarga del procesamiento o la recuperación automatizada de la información jurídica, sus herramientas de consulta y sistematización se están

10 «enunciado normativo contenido en una fuente del derecho» (Guastini, 2014, p. 77).

11 Disposiciones normativas interpretadas.

12 «El ciudadano se ve dominado por leyes que desconoce, con lo que el principio de que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento se revela casi como un sarcasmo» (Ávila, 2012, p. 53).

considerando poco útiles, a razón de la irrupción de tecnología inteligente que ya no intenta constituir simples bancos de datos jurídicos. En cambio, el actual tratamiento de los insumos cognitivos jurídicos¹³ puede dejar de ser ordinario si es que abrazamos las aplicaciones de IA a fin de ir mucho más allá del almacenamiento e innovar las tareas de «búsqueda, selección y análisis de la información [jurídica] relevante» (Solar, 2019, p. 92).

En ese sentido, el propósito de la investigación implica superar el problema de la cognoscibilidad del derecho con la ayuda de las aplicaciones prácticas de IA, para procurar que las personas puedan tener las mayores posibilidades de acceso, identificación y comprensión del derecho, y así orientar adecuadamente sus conductas. Alcanzar este escenario no solo satisface, en la mayor medida, la cognoscibilidad del derecho, como estado ideal de la seguridad jurídica, sino también refuerza la confiabilidad y la calculabilidad que exige esta.

En consecuencia, las ideas que pretendo ensayar están divididas de la siguiente manera: en principio daré cuenta de la seguridad jurídica desde la perspectiva conceptual de Humberto Ávila, desarrollando con particularidad el estado ideal de cognoscibilidad del derecho y las condiciones que la promueven. Luego abordaré el caos para conocer los insumos cognitivos jurídicos, a razón de la sobrecarga de información jurídica y los problemas del conocimiento desde la teoría del derecho que refuerzan su falta de inteligibilidad. Seguidamente, describiré una de las subespecies de la informática jurídica que de algún modo incide en el siguiente punto a tratar, la inteligencia artificial: SEJ y SC. Para finalizar, reflexionaré respecto a la posibilidad de obtener mejores condiciones de

13 «La expresión insumo cognitivo jurídico [...] se refiere a los insumos [...] pertenecientes al discurso del derecho positivo (legislación y jurisprudencia), dogmática jurídica o de la teoría general del derecho» (Aguilera, 2007, p. 27).

cognoscibilidad del derecho a través de las aplicaciones prácticas de la IA, pues este es el desafío de procurar acercar la información jurídica más al hombre.

2. SEGURIDAD JURÍDICA: POSTURA CONCEPTUAL Y ESTADO IDEAL DE COGNOSCIBILIDAD DEL DERECHO

La noción que se desarrollará, la cual se encuentra asimilada en una cualidad de gran amplitud como la seguridad humana¹⁴, tiene un papel protagónico en todo ámbito de la interacción jurídica¹⁵. Es por ello que en la doctrina se ha equiparado a conceptos como «legalidad, irretroactividad, eficacia, previsibilidad, entre otras» (Malem, 2017, p. 63) provocando una indeterminación respecto a su real alcance.

Sobre la seguridad jurídica existen varios conceptos¹⁶, lo que dificulta su entendimiento y que todas ellos padezcan de una anemia

14 «la seguridad jurídica reposa en un principio mucho más general que ha sido adoptado y desarrollado por los distintos organismos internacionales de derechos humanos, que es el de seguridad humana» (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2015, p. 130).

15 La seguridad jurídica es una cualidad «sin la que no podría haber Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase» (Recasens, 1961, p. 224).

16 Seguridad jurídica como: i) «la suma de [legalidad, certeza, jerarquía, irretroactividad, publicidad normativa, restricción a la arbitrariedad] de tal suerte que permite promover, en el orden jurídico, justicia y la igualdad y la libertad» STC 27/1981 (Malem, 2017, p. 63); ii) «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 36/1991, FJ 5) (Tribunal Constitucional, 2003, fundamento 3); iii) «la posibilidad de planificar las conductas, saber de antemano qué consecuencias se derivarán de ellas y, así, poder actuar con conocimiento de causa [...] siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las normas jurídicas sean claras [...], b) Que las normas jurídicas sean conocidas [...], c) Que el Estado cumpla con sus propias normas y las haga cumplir» (Moreso y Vilajosana, 2004, pp. 47-48); y, iv) «la posibilidad de cada uno de prever de antemano las consecuencias jurídicas de sus acciones» (Guastini, 2015, p. 19).

analítica. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano considera a la seguridad jurídica como la predictibilidad de conductas¹⁷ sustentada en una noción tradicional dual en sentido objetivo y subjetivo¹⁸, noción que es insuficiente para explicar las propiedades que la caracterizan, pues la seguridad jurídica no podría reducirse tan solo a una exigencia de previsibilidad.

Hecha esta salvedad, definiré la noción propuesta desde la perspectiva conceptual de Humberto Ávila, postura que parte de un proceso analítico¹⁹, el cual no solo colabora en dilucidar el tema, sino también proporciona un sentido al título de este artículo.

El autor precisa que la seguridad jurídica es una norma-principio²⁰ que

exige de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de [las personas] y desde su perspectiva, de un estado de

17 Criterio derivado de la noción de seguridad jurídica, previsto por el Tribunal Constitucional español (STCE 36/1991, f. j. 5), entendido como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (Tribunal Constitucional, 2003, fundamento 3).

18 i) Objetivo: «[entendido] como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo derecho habría de poseer y cumplir. [...] desde una perspectiva objetiva-estructural, las disposiciones jurídicas deberían formularse en términos claros, sencillos y distintos, huyendo de ambigüedades o vaguedades [...] carentes de contradicciones, lagunas, [...] redundancias [...]. Desde una perspectiva objetiva-funcional, la seguridad jurídica hace referencia, al menos, a la eficacia del derecho, a su eficiencia. [y, ii) subjetivo:] se relaciona en cambio con la idea de certeza, de [...] previsibilidad del derecho» (Malem, 2017, pp. 63-65).

19 «es necesario estructurar el principio de seguridad jurídica por medio de un proceso analítico capaz de reducir de forma progresiva sus ambigüedades, especialmente a través de la indicación de sus dimensiones, aspectos y elementos» (Ávila, 2012, p. 103).

20 La seguridad jurídica como una norma-principio, da pie a la conquista o la promoción en la mayor medida de lo posible de los estados ideales de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del derecho como fines (Ávila, 2012, p. 94).

confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto a su capacidad de —sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad— plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro (Ávila, 2012, p. 231).

Como se puede advertir, esta aserción doctrinal parece densa, pero se clarifica al desarrollar las particularidades que presenta. Una de ellas —afín al interés de la investigación— son los estados ideales que compone: cognoscibilidad, confiabilidad²¹ y calculabilidad²² del derecho.

Entre los mencionados estados existe una complicidad conjuntiva, un juego cooperativo para configurar la seguridad jurídica. En otras palabras, por un lado

para poder confiar en el derecho es necesario conocerlo; de ese modo el conocimiento del derecho es un presupuesto para que sea estable; no obstante, un derecho que cambia con frecuencia y, por ello, es inestable, difícilmente puede conocerse bien; así, la estabilidad del derecho es una condición para que sea cognoscible (Ávila, 2015, p. 213).

21 «En el sentido de permitir que el ciudadano sea capaz de saber cuáles son los cambios que pueden realizarse y cuáles no, evitando con ello que sus derechos sean frustrados. Esa confiabilidad solo existe si el ciudadano puede ver asegurados, hoy, los efectos que el Derecho le garantizó ayer» (Ávila, 2012, p. 251).

22 «En el sentido de permitir que el ciudadano pueda saber cómo pueden realizarse los cambios y cuándo se llevarán a cabo, impidiendo con ello que se vea sorprendido. Esa calculabilidad solo existe si el ciudadano puede controlar hoy los efectos que el Derecho le va a atribuir mañana» (Ávila, 2012, p. 251).

Y, por otro lado, para potenciar la «capacidad de prever [de manera reducida] el espectro de consecuencias jurídicas» (Ávila, 2012, p. 217) respecto a los contenidos normativos y la modificabilidad de las normas, es necesario conocer y confiar en el derecho.

Lo señalado confirma la realización conjunta de los estados ideales, que hacen que independientemente no sean funcionales para construir la seguridad jurídica. Dicho de otra manera, habrá seguridad jurídica cuando las personas «[tengan] condiciones de, en gran medida, conocer el Derecho, confiar en él y calcular sus efectos» (Ávila, 2012, p. 224). Contexto que se configura cuando los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial actúan acorde a la consecución y la promoción de dichos fines.

A continuación, intentaré explicar tan solo uno de los estados ideales: la cognoscibilidad del derecho, dimensión estática de la seguridad jurídica. Dejando en claro que no es el ánimo de expresar un desequilibrio entre la confiabilidad, la calculabilidad frente a la cognoscibilidad del ordenamiento jurídico normativo, pero sí puntualizar, para el interés de este artículo, una relación de medio-fin, de presuposición y de presupuesto, no siempre unidireccional²³, entre conocer, confiar y calcular el derecho.

Con ello quiero decir que «para poder hacer un juicio acerca de cómo decidirán los jueces o los demás organismos estatales [...] en un contexto de igualdad, se requiere conocer el derecho» (Malem, 2017, p. 74). Esto supone que las personas previamente puedan conocer el mismo a fin de que sepan responder, actuar, confiar, prever, orientarse, guiarse y decidir frente a una situación, conforme a los parámetros normativos de un determinado sistema jurídico.

23 La relación de presuposición no siempre parte de la cognoscibilidad del derecho, sino también de la confiabilidad y la calculabilidad de este (Ávila, 2012, pp. 252-253).

Es así que la cognoscibilidad

significa un estado de cosas en el que [las personas] poseen, en gran medida, la capacidad de comprender, material e intelectualmente [el Derecho]. De esta forma habrá cognoscibilidad [...] [si las personas] tienen condiciones satisfactorias de [acceder e] identificar la disposición legal aplicable [así como] comprender su sentido [contenido normativo], de modo que pueda actuar y orientarse en base a él (Ávila, 2015, p. 212).

En pocas palabras, habrá cognoscibilidad cuando las personas tengan las máximas posibilidades de acceso, identificación y comprensión del derecho, a fin de realizar un debido diagnóstico normativo sobre el curso de acción que pretenden seguir.

Para la realización de este estado ideal, se necesitan determinadas condiciones, y este a su vez precisa de concretos comportamientos que incentiven su promoción. «[¿Cuáles serían aquellos] elementos necesarios para que [las personas] puedan, sin engaño, libre y autónomamente, plasmar con dignidad [el ejercicio de sus actividades] conforme al Derecho?» (Ávila, 2012, p. 257). Esta es la interrogante que ahora se desarrollará reproduciendo y sistematizando, en un cuadro, el aporte doctrinal de Humberto Ávila.

		CONDICIONES	COMPORTAMIENTOS	
COGNOSCIBILIDAD DEL DERECHO	Cognoscibilidad material del derecho	Accesibilidad normativa «Cuanto mayor sea la divulgación pública de las normas, el cumplimiento de reglas de notificación a los interesados de los actos [...], y el conocimiento sobre la vigencia de las normas, tanto mayor será la seguridad del derecho respecto de la accesibilidad normativa» (Ávila, 2015, p. 219).	De las disposiciones normativas	Publicación Exige la divulgación pública de las disposiciones normativas en función de las formas de publicación y los medios de difusión.
		Alcance normativo «Cuanto mayor sea el grado de codificación, la existencia de normas generales, y pertinencia de los temas tratados en cada documento legislativo, mayor será la seguridad jurídica relativa al aspecto de alcance normativo» (Ávila, 2015, p. 219).		Notificación Implica informar los actos realizados en sede judicial y administrativa.
		Posibilidad de identificación normativa «Cuanto más conocimiento tenga el ciudadano sobre la norma aplicable y el valor de dicha norma, tanto mayor será la posibilidad de identificación normativa que garantiza la cognoscibilidad del derecho» (Ávila, 2015, p. 219).	De la vigencia normativa Supone saber si se encuentra o no en vigor una disposición normativa o una norma.	
		Inteligibilidad por la claridad normativa «En la medida en que los destinatarios necesitan comprender lo que las normas prescriben. Por ello, es necesario que haya una especificación apropiada de la conducta que ha de adoptarse» (Ávila, 2015, p. 220).	La codificación Como instrumento de ordenación de las disposiciones normativas, de manera lógica, por materia y aplicación en un determinado documento normativo.	
COGNOSCIBILIDAD DEL DERECHO	Cognoscibilidad intelectual del derecho	Inteligibilidad por la claridad normativa «En la medida en que los destinatarios necesitan comprender lo que las normas prescriben. Por ello, es necesario que haya una especificación apropiada de la conducta que ha de adoptarse» (Ávila, 2015, p. 220).	Desde la óptica de la norma	Normas generales
		Inteligibilidad por la determinabilidad normativa «Cuanto mayor sea la claridad y precisión lingüística de las normas, la determinabilidad del contenido normativo, la coherencia y la consistencia del ordenamiento, tanto mayor será la determinabilidad normativa, lo que genera cognoscibilidad para el derecho y, en consecuencia, seguridad jurídica» (Ávila, 2015, p. 220).		Pertinencia Que los documentos normativos intenten tratar sobre un único asunto, evitando la inclusión de diferentes disposiciones que traten distintos temas, por ejemplo, las <i>leyes omnibus</i> ²⁴ .
			Desde la óptica del ordenamiento	Norma aplicable Identificar presuntamente la disposición aplicable a un caso o un comportamiento en concreto.
				Valor de la norma aplicable Identificar las consecuencias o los efectos abstractos que regulan las disposiciones normativas respecto a su (in)cumplimiento.
				Claridad lingüística Las disposiciones normativas deben expresarse en un lenguaje comprensible y preciso, desterrando en la mayor medida su ambigüedad o vaguedad, a fin de conocer o atribuir sus significados.
				Determinabilidad de contenido La capacidad intelectual de entender las diversas opciones interpretativas de las disposiciones normativas, teniendo en cuenta los significados ya fijados por la doctrina, la jurisprudencia y la administración.
				Coherencia Por un lado, implica la identificación de la norma que mejor se ajusta y es compatible tanto con la disposición que es interpretada y el ordenamiento jurídico. Por otro lado, sugiere la aplicación de las consecuencias jurídicas de la norma de manera uniforme.
				Consistencia Exige la no contradicción normativa a nivel de su producción y su aplicación.

24 Estas leyes «normalmente se caracterizan por disponer, en su parte final y de manera totalmente aleatoria, de varios asuntos, incluso mediante la inclusión

Al ser la seguridad jurídica una norma-principio, exige la realización, en la mayor medida de lo posible, de determinados estados ideales, entre ellos, la cognoscibilidad del derecho, cuya promoción gradual exige, a su vez, la adopción de condiciones y comportamientos que contribuyan y lo proyecten. Lo dicho se puede simplificar en la siguiente expresión «para X es necesario Y».

A fin de ilustrar mejor el argumento anterior téngase en cuenta la siguiente cadena cooperativa: para contribuir al fomento de la cognoscibilidad del derecho se necesita que las personas tengan conocimiento material del ordenamiento jurídico normativo, este a su vez se puede concretar por medio del acceso normativo. De la misma manera, este último es promocionado por la publicación de las disposiciones normativas vigentes. Cabe precisar que en esta secuencia para la cognoscibilidad se debe además agregar los comportamientos que incentivan las condiciones de la inteligibilidad normativa.

De acuerdo con lo abordado en este apartado, solo resta decir que el haber explicitado la seguridad jurídica —en concreto el estado ideal de cognoscibilidad del derecho— y las condiciones y los comportamientos que la promueven, probablemente nos otorgue un terreno susceptible de potenciación o robustecimiento de dicho estado por medio de las aplicaciones prácticas de IA.

La intención es clara «si el Derecho es para ser obedecido, debe ser capaz de guiar el comportamiento de los sujetos» (Ávila, 2012, p. 250), lo que podría ocurrir si se obtienen mejores condiciones en la accesibilidad de las disposiciones normativas, en la identificación de las disposiciones aplicables y en la comprensión de sus

de disposiciones de derogación indeterminada (quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido por esta ley) o de derogación compleja (quedan derogadas las siguientes disposiciones)» (Ávila, 2012, p. 269).

contenidos. Pero no solo ello, también es necesario explorar previamente los problemas que desmedran el conocimiento del derecho, pues «el paraíso de la seguridad surge del infierno de la inseguridad» (Ávila, 2012, p. 55).

3. COMPLEJIDAD INFORMATIVA: CAOS²⁵ PARA CONOCER LOS INSUMOS COGNITIVOS JURÍDICOS

Es aterrador observar que las personas tengan que asumir el rol de detectives a fin de averiguar de qué manera el derecho orienta sus conductas. Y no solo ello, también se les exige realizar un «ejercicio de gimnasia intelectual» (Ávila, 2012, p. 132) para comprender lo que el derecho y la administración de justicia hablan, predicán, discuten y resuelven. Que a las personas se les presenten obstáculos para acceder, identificar y entender, por ejemplo, todo lo concerniente a las formulaciones normativas es deliberadamente mermar su participación democrática.

Existe una situación que considerar y es la *jungla normativa*²⁶, que nos lleva a vivir en una constante vorágine de insumos cognitivos jurídicos²⁷ de la cual parece que no podemos salir. Este

25 «Caos es la apariencia que presentan situaciones de muy alta complejidad» (Granero, 2018, p. 121).

26 Apelativos similares como «lluvia de leyes [...], histeria legislativa [...], caos legislativo, [...] huracán normativo [...], incontinencia legislativa, aluvión de normas, y orgía en la producción de leyes» (Ávila, 2012, p. 132).

27 Un ejemplo, en el Perú «desde el 1 de febrero se emitió la primera norma relacionada [con la COVID-19] de allí en adelante se han publicado unas 3700 regulaciones en el boletín normativo del *Diario Oficial El Peruano*, de las cuales unas 650 están relacionadas al estado de emergencia. Es decir, que tomando en cuenta solo el boletín tenemos unas 8000 páginas de normas que para un abogado promedio tomaría casi un mes leer, procesar, entender y comunicar a sus clientes, y ello sin contar aquellos protocolos, lineamientos de prensa y publicaciones web que ha emitido cada entidad pública por su lado» (Drago e Infantes, 2020).

panorama configura una crisis, aparentemente motivada por la «deficiente estructura del orden jurídico vigente, [...] su inadecuado funcionamiento [...] [y] el desequilibrio existente del orden social» (Malem, 2017, p. 67). Sumado a ello la creencia²⁸ socializada, tanto en juristas como en legos, de considerar que la sola modificación de los documentos normativos y la incorporación de nuevas disposiciones normativas generan cambios esenciales en nuestro contexto social.

Es innegable la vasta información —insumos— que se tiene que procesar en el ámbito jurídico que no solo proviene de las fuentes diseñadas por una constitución determinada, sino también del derecho comparado. Una de las fuentes dinámicas que coexisten con las disposiciones normativas es la jurisprudencia. Pronunciamientos de la actividad del Poder Judicial o de las cortes de vértice, las cuales parecen generar la mayor inestabilidad normativa debido a que quizá los jueces no conocen, no comparten, no comprenden o mudan sus posiciones por diversas razones²⁹ —justificadas o no—, al punto de hablarse de jurisprudencia zigzagueante.

Además, no olvidemos que la jurisprudencia se nutre de la doctrina cuyos aportes guían al magistrado en su labor judicial, ya sea orientándolo en una determinada dirección o en otra. Si bien estas discusiones constituyen materiales indispensables porque

28 Esta creencia en los juristas, de promulgar, modificar, agregar disposiciones, etc., es probable que sea reforzada desde la formación universitaria. Educación que podría ser uno de los motivos de una saturación regulativa, alimentada por la conducta febril de querer regularlo todo (Aguilera, 2007, pp. 10-30).

Creencia que puede ejemplificarse en «el Derecho se soluciona con más Derecho» (Ávila, 2012, p. 42).

29 La oscilación de la jurisprudencia puede deberse «a los diversos modelos de juez existentes [por ejemplo, juez formalista o activista] y, en parte, a los distintos modos de concebir la tarea de juzgar y hacer cumplir lo juzgado» (Malem, 2015, p. 109).

proporcionan y describen los usuales criterios interpretativos de las disposiciones normativas, algunos trabajos en vez de fijar dichos criterios «capaces de ayudar a comprender y aplicar el Derecho, se limitan a utilizar y acuñar definiciones elevadamente imprecisas³⁰ [...]. Por esa razón se afirma que la dimensión meramente retórica de la doctrina³¹ adquiere un nivel espectacular» (Ávila, 2012, p. 52).

Este conglomerado de información jurídica, de insumos —disposiciones normativas, jurisprudencia, dogmática, etc.—, puede considerarse como el gran banco documental jurídico que «permite entender mejor el mundo» (Ávila, 2012, p. 38). Esto es, a mayor información, mayor posibilidad de asegurar expectativas. Lamentablemente, esta postura genera, a su vez, una sobrecarga informativa o de información³² que hace que la vida de las personas, incluso la del juez o la del abogado, sea más compleja de lo que ya es. Es decir, «cuanto mayor es la cantidad de información, mayor también es aquello que precisa ser previamente considerado y valorado» (Ávila, 2012, p. 38).

Sumado a este contexto, hay que mencionar las dificultades de acceso, identificación y comprensión de los insumos cognitivos

30 La incorporación de definiciones, por la doctrina, sin mayor rigurosidad, se puede deber a la existencia de «una esquizofrenia interpretativa [...] a raíz de la equivocidad, vaguedad o incertidumbre de todo texto normativo» (Delgado, 2019, p. 72).

31 En Perú la mayoría de las discusiones doctrinales se lleva a cabo a través de revistas como *Gaceta Jurídica*, *Actualidad Civil*, *Diálogo con la Jurisprudencia*, entre otras, las cuales quizá por su emisión mensual pierden calidad en su contenido. El mismo síntoma, pero con mayor gravedad, lo padecen los portales web, como www.lpderecho.pe, en los que con regularidad se publican artículos, reseñas y comentarios sin ningún control académico serio y riguroso.

32 Este fenómeno «se produce cuando la información recibida se convierte en un obstáculo más que una ayuda» (Bawden, Holtham y Courtney, 1999, p. 249).

jurídicos que están en constante expansión³³. Por ejemplo, tener a la mano la debida información normativa —pertinente y actualizada— implica conocerla y estudiarla. Pero creo que «nadie conoce todo el derecho, ni siquiera tiene la posibilidad de conocerlo»³⁴ (Malem, 2017, p. 77) incluyendo a los juristas más especializados³⁵. Y si tuviéramos que estudiarla³⁶, no nos abastecería el tiempo o quizá «[no habría oportunidad ni] para transgredirla» (Ávila, 2012, p. 44). Creer lo contrario podría ser contraintuitivo. Esta situación denota la idea de que, en nuestra sociedad, orientamos la mayoría de nuestras conductas sin estar suficientemente informados.

33 La información jurídica aumenta día a día, además por i) la intención de querer proteger, a través de disposiciones normativas de gran abstracción, los intereses de cada grupo en particular, y ii) la potestad de diversos entes estatales —nacional y regional— de emitir disposiciones «sin la finalidad de resolver problemas, sino, [...] con el fin de complacer al público con una norma que, de antemano, ya se sabe que no va a contribuir a resolver los problemas» (Ávila, 2012, pp. 39-58).

34 «No hay persona alguna, incluyendo a los juristas más cualificados, que pueda comprender hoy conocer una minúscula fracción apenas de esa marea inundatoria e incesante de leyes y reglamentos entre cuyas complejas mallas hemos, no obstante, de vivir» (García de Enterría, 1999, p. 49).

35 «El Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible incluso para los propios especialistas» (Pérez, 2009, p. 50).

36 Humanamente no es posible leer toda la información proveniente de las fuentes del derecho. Si alguien se lo propone, tendría que hacerlo desde su diseño profesional, aun así, con algunas restricciones. Por ejemplo, si eres un académico tendrás el tiempo y la motivación para hacerlo, aunque esta labor podría estar limitada por horas de clase, conferencias, seminarios, etc. Asimismo, si eres un abogado litigante, no patrocinas solo un caso sino varios, pues en el juego judicial no implica solo revisar el caso sino vivirlo, y ello se materializa con audiencias, entrevistas, reuniones, negociaciones, etc., lo cual puede restringir a empaparse de toda la información necesaria para solucionar un caso concreto. De la misma manera, si eres un juez, la responsabilidad aun es mayor, llegar a tener el máximo conocimiento jurídico es imprescindible, aspiración que muchas veces está cercenada por la carga procesal que agobia el servicio judicial.

A pesar de los intentos de hacer accesible a las personas la variedad de insumos cognitivos jurídicos, a través de herramientas de consulta en línea —de connotación estatal—, aún muchas de ellas son ineficientes. Tal vez porque dichas plataformas no son tan adecuadas³⁷ para la recuperación y la comunicación de información jurídica. Añadido a ello los límites de la brecha digital y nuestra débil voluntad de informarnos.

Ensayemos un contexto, en el Perú existe el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)³⁸, herramienta electrónica pública que promueve la divulgación normativa aparentemente de manera sistematizada, concordada y actualizada. Este sistema provee una búsqueda³⁹ a través de palabras clave⁴⁰, frases, número o tipo de norma, fecha de publicación, entre otras maneras de indagación; no obstante, posee obstáculos que pueden limitar el acceso o la recuperación de documentos o disposiciones normativas. Por ejemplo, para navegar de manera óptima en el mencionado sistema se requiere de conocimientos previos como el número, las sumillas o el rango de las disposiciones para acceder a la ventana donde

37 «La carencia de herramientas adecuadas para recuperar las normas jurídicas dispersas a lo largo de la jungla regulativa constituye uno de los factores que, sin excluir a otros, contribuye a la emergencia de inconsistencias en el sistema jurídico» (Aguilera, 2007, p. 30).

38 Sistema a un nivel de desarrollo Web 2.0, ver <https://spijweb.minjus.gob.pe/>

39 Véanse las distintas maneras de realizar una búsqueda normativa en el SPIJ (Espinoza, 2019, p. 45).

40 «Una búsqueda de palabras clave plantea el riesgo de ser poco o nada inclusivo al definir el alcance de los materiales relevantes. En la primera situación, una búsqueda puede resultar en la exclusión de materiales relevantes, simplemente porque esos materiales no contienen las palabras clave en la búsqueda. En la última situación, una búsqueda puede incluir materiales irrelevantes, porque la referencia incluye la palabra clave, pero por lo demás no es pertinente. Como resultado, la investigación legal digitalizada podría ser incompleta, costosa y, en muchos casos, ambas» (Alarie, Niblett y Yoon, 2018, p. 113).

se encuentra digitalizada la información que se busca⁴¹. Este escenario se complica más para quien no tiene dicha información o carece de conocimiento jurídico e informático para explorar en el SPIJ.

Admitamos por un momento que las disposiciones normativas, que forman parte de los insumos cognitivos jurídicos, son plenamente accesibles; sin embargo, ello no implica que sean comprensibles. En el Perú, según mandato constitucional, toda la normativa es publicada además en el diario oficial (*El Peruano*). Penosamente, esta manera de hacerlo no es tan amigable con las personas, no porque no pueda ser adquirido el diario o visto a través de portales digitales, sino porque su estructura y el formato de lectura y entendimiento de los rubros como normas legales y boletín oficial —el cual comunica los actos judiciales y administrativos— es agobiante. Es decir, la sola publicación de la normativa y otros actos autoritativos en el diario oficial parece escollante para el acceso, la identificación y la comprensión de una determinada disposición normativa en el incorporado.

Este panorama se agudiza aún más si se tienen en cuenta, desde la teoría del derecho, los problemas para identificar disposiciones y normas vigentes que enfrentan las personas —pese a no estar al tanto de aquellas— si desean tener una debida información normativa. Guastini (2015) nos puede aclarar cuáles son aquellos problemas, para lo cual pasaré a reproducir y simplificar su aporte doctrinal.

41 Esta misma situación, de conocimientos previos, se requiere para acceder y recuperar información, por ejemplo, de la plataforma digital única del Estado Peruano (<https://www.gob.pe/>) o del módulo de sentido de decisiones judiciales del Poder Judicial.

Problemas de identificación de los enunciados normativos vigentes	Gran conglomerado de disposiciones normativas vigentes.	
	No todas las disposiciones normativas están reunidas en documentos normativos, algunas de ellas están dispersas en distintos documentos.	
	Cada día se promulgan documentos normativos, y con ello una cantidad de disposiciones normativas que derogan o sustituyen a otras.	
	Debido al control constitucional de leyes no se sabe con certeza que determinadas disposiciones normativas van a ser declaradas inconstitucionales.	
Problemas de identificación de las normas vigentes	Problemas de formulación de los textos normativos	El uso, en la formulación de disposiciones normativas, de «términos valorativos o cláusulas generales» (Guastini, 2015, p. 21).
		La incorporación de disposiciones en un documento normativo que no corresponde.
		«El uso incoherente de la terminología» (Guastini, 2015, p. 21).
		Carencia de definiciones conceptuales.
		La ambigüedad de las disposiciones normativas condicionales.
		La ambigüedad de las disposiciones normativas disyuntivas.
		La modificación o sustitución total o parcial de un documento normativo.
		La modificación de un documento A que «modifica un texto B que a su vez había modificado el texto C» (Guastini, 2015, p. 22).
		Reenvío normativo.
		Derogación total o parcial (expresa o tácita).
		Fórmulas de derogación indeterminada.
	Problemas de indeterminación semántica de los textos normativos	Vaguedad de los términos.
		Ambigüedad de las disposiciones normativas.
		Lagunas (normativas y axiológicas).
Problemas dependientes de la práctica jurisprudencial	Decisiones interpretativas (desestimatoria y estimatoria).	
	Decisiones aditivas.	
	Decisiones sustitutivas.	

Asimismo, existe un problema que debe resaltarse, relacionado con la equivocidad de las disposiciones normativas —ambigüedad—. Es decir, las múltiples interpretaciones que puede atribuir

el intérprete a las disposiciones, a razón de «intereses en conflicto, distintas ideas de justicia, métodos interpretativos y construcciones dogmáticas» (Guastini, 2014, p. 62), las cuales producen desacuerdos en la doctrina y en la jurisprudencia.

Hasta aquí podemos decir que la jungla normativa, como la excesiva calificación deóntica de intereses que pretenden ser resguardados, abulta día a día los insumos cognitivos jurídicos ya constituidos, que siguen expandiéndose sin límite, logrando el atisigamiento de excesiva información jurídica a tener en cuenta por parte de las personas.

Se debe agregar que este panorama no termina allí, pues se combina con la dificultad proveniente de las herramientas tradicionales de consulta —plataformas o portales digitales—, los cuales solo intentan hacer visible la normatividad y ya está. Ambas situaciones entorpecedoras tal vez tienen sustento en una desconexión, que parece perpetua, entre dos componentes principales de la vida social: Estado y personas. Es decir, «una de las partes [...] genera expectativas sobre el comportamiento de la otra sin que haya [entre ambos] reciprocidad [comunicativa]» (Aguilera, 2007, p. 29).

En definitiva: i) la sobrecarga de información, de insumos cognitivos jurídicos en constante crecimiento —de la cual es parte la jungla regulativa—; ii) las dificultades de su consulta; y, iii) los escollos en la identificación de las disposiciones y las normas vigentes explicados desde la teoría del derecho. Todos ellos considerados como los inconvenientes que corroen el conocimiento del derecho (que no es otra cosa que su falta de inteligibilidad⁴² —opuesto violatorio de la cognoscibilidad del derecho—) hacen que vivamos una

42 La falta de inteligibilidad del derecho implica que las personas no logran tener conocimiento de las disposiciones normativas válidas merecedoras de su obediencia, «si sabe cuál es [...], no conoce bien lo que determina, prohíbe, [obliga] o permite» (Ávila, 2012, p. 53).

alta complejidad⁴³ informativa en el mundo jurídico. Y «la complejidad no orienta» (Ávila, 2012, p. 103), no ayuda a que el derecho guíe el comportamiento de las personas, al contrario, causa mayor desinformación, fomenta desconfianza e impide anticipar las consecuencias normativas. En otras palabras, se acrecienta la inseguridad jurídica.

Solo nos queda entonces colaborar con las personas para que logren conjurar una nueva manera de hacer frente al caos que les impide conocer y entender los insumos cognitivos jurídicos, entre ellos las disposiciones normativas —sobre las cuales parece que gira todo el engranaje del derecho— y así configurar una renovada amistad con estos.

4. LA INFORMÁTICA JURÍDICA (DOCUMENTAL)

La aproximación entre derecho e informática provocó el surgimiento de dos orillas: el derecho informático y la informática jurídica. La última expresión es mi punto de partida, entendida como «el conjunto de conocimientos informáticos y jurídicos [...], que se coordinan para desarrollar dispositivos [computacionales] que auxilien a los juristas en las múltiples actividades que realizan» (Aguilera, 2007, p. 26). ¿En qué rubros de la vida jurídica se puede advertir esta cooperación? La respuesta a la interrogante depende de la añadidura al sintagma de informática jurídica de los adjetivos⁴⁴ documental, operacional y decisional.

43 «Hoy el nivel de inseguridad jurídica asumió un grado nunca antes alcanzado. Los términos complejidad, oscuridad, incertidumbre, indeterminación, inestabilidad y discontinuidad del ordenamiento jurídico sirven para ilustrar ese momento» (Ávila, 2012, p. 37).

44 «La adición de cualquiera de estas partículas [documental, de gestión, decisional] produce ciertos efectos tanto en la designación, como en el rango de denotación» (Aguilera, 2007, p. 25).

La informática jurídica documental (IJd), a la que me referiré de manera particular, obedece al «tratamiento automatizado de los insumos cognitivos jurídicos» (Aguilera, 2007, p. 30). Es decir, este rubro de la informática del derecho manipula el incesante flujo de información jurídica «almacenándola, analizándola, modelizándola, arquitecturizándola, sistematizándola, documentalizándola, y finalmente recuperándola» (González Álvarez, 2013, p. 1142) en grandes bancos de datos jurídicos, que se encuentran constituidos por las fuentes del derecho y son procesados a través de programas⁴⁵ informáticos específicos⁴⁶.

Esta manera de organizar el conocimiento jurídico a través de una subespecie de la informática jurídica, que dejó atrás al «jurista investigador artesanal» (Pérez, 2009, p. 53), logró configurar por buen tiempo un equilibrio entre la cantidad de información jurídica y la posibilidad de que estos sean procesados y aprovechados, de modo eficiente, por los juristas y los legos. No obstante, en la actualidad sus herramientas de consulta y sistematización (programas operativos), que intentan suministrar la interacción entre el banco de datos y las personas, entre ellos abogados o jueces, se consideran poco operantes —ya no tan eficientes como antes—.

Lo dicho, a razón de la sobrecarga de insumos cognitivos jurídicos y el procesamiento informático de estos. Es justamente esta última tarea la que sufrió un cambio evolutivo debido al potencial de los *software* o sistemas computacionales que se posee y conoce en estos últimos años, que parecen ir mucho más allá del simple «almacenamiento y recuperación de textos jurídicos» (González

45 Algunos como «procesadores de texto, compresores de información, tesauros, macrotesauros, etc.» (González Álvarez, 2013, p. 1142).

46 Por ejemplo, el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) o el buscador de jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

Álvarez, 2013, p. 1141), pues estos sistemas están basados en una de las invenciones más significativas de la humanidad, que por un tiempo han estado suscitándose en silencio para que ahora se constituyan en los protagonistas de toda nuestra interacción social, lo cual desarrollaré a continuación.

5. INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA): SISTEMAS EXPERTOS (JURÍDICOS) Y SISTEMAS COGNITIVOS

La proyección cualitativa más elevada de la informática es la IA. Sus fundamentos transcurren de Aristóteles hasta Warren McCulloch y Walter Pitts (1943) y su denominación se debe a John McCarthy (1956). A partir de entonces se desarrolló por diversos ciclos logrando configurar una nueva etapa que persiste hasta hoy: la dorada⁴⁷ (Oliver, 2018, p. 43). Esta tiene lugar a finales de los años noventa debido a la «digitalización de la mayor parte de procesos, [el] mayor almacenamiento de datos, [y el] aumento de la capacidad de computación» (Sánchez, 2018, p. 54).

Existen distintas definiciones de IA. Un concepto sencillo es el que considera que dicha disciplina científica «realiza estudios teóricos y prácticos con el objetivo de emular, mediante el empleo del ordenador, algunos de los procesos cognitivos que exhiben

47 Ejemplos: en 1996 el sistema HipNav, un asistente robot, colabora en operaciones de microcirugía; en 1997 la máquina de IBM Deep Blue derrota en ajedrez al campeón mundial Garri Kasparov; en 1999 el sistema Prover B resuelve crucigramas con mayor eficacia que las personas (Russell y Norvig, 2004, p. 32). En 2007 se desarrolló el primer auto autónomo «confiable [...] capaz de realizar el recorrido de 1758 km de Munich [...] hasta Odense Dinamarca» (Samaca, 2016, p. 19). En 2011 el sistema IBM Watson gana un concurso de preguntas y respuestas en un programa de televisión llamado *Jeopardy* (Solar, 2019, p. 114). En 2014 el sistema Eugene superó el test de Turing y en 2015 un sistema de IA desarrollado por Google aprendió a jugar «49 títulos distintos de Atari 2600 desde cero» (Samaca, 2016, p. 20).

los humanos» (Aguilera, 2007, p. 37). Con ello se quiere decir que la IA, al ser una rama de la ciencia computacional, se dedica a desarrollar sistemas informáticos, «hardware más software» (Guibourg, 2015, p. 795), a fin de intentar reproducir y optimizar los fundamentos de nuestra individualidad, como el aprendizaje, la toma de decisiones, la memoria, el reconocimiento de objetos, la resolución de problemas, la planificación, la percepción, etc., propias de nuestra condición como seres superiores.

Esta aspiración a expresar cualidades inteligentes⁴⁸, por parte de un «dispositivo con poder computacional» (Vega, 2018, p. 16), es posible debido a tres consideraciones. La primera es que todo sistema de IA «por definición está basado en el procesamiento de una gran cantidad de datos de diferentes fuentes» (Vega, 2018, p. 38). La segunda es que acoge una estructura algorítmica⁴⁹ que hace posible su operatividad. Y la tercera es que se nutre de varias áreas —conjunto de tecnologías entrelazadas—, entre ellas el ML⁵⁰, el PLN⁵¹, el Reconocimiento del Habla (RH)⁵², los Sistemas Expertos (SE), entre otras⁵³.

48 Aún no es factible que un sistema de IA pueda concretar todas las funciones cognitivas humanas —IA general o fuerte—, al contrario, se limitan a imitar solo algunas —IA limitada o débil— (Boden, 2000, p. 2).

49 Los algoritmos «son procedimientos diseñados para resolver problemas, es decir, sistemas de reglas que definen una secuencia de operaciones e instrucciones relacionada con una serie de datos para solucionar un problema o llevar a cabo otras tareas» (Criado, 2019).

50 Véase la nota 6 del presente artículo.

51 Véase la nota 5 del presente artículo.

52 El RH «permite la comunicación hablada entre ordenadores y personas, haciendo posible la traducción del lenguaje hablado a texto y viceversa» (Solar, 2019, p. 26).

53 Véase mayor información en Russell y Norvig (2004, p. 32).

La penúltima área mencionada fue la que ocupó, desde los primeros años de la IA, un cierto protagonismo a fin de modelar⁵⁴ el conocimiento experto⁵⁵ sobre determinados ámbitos del saber. Un SE puede entenderse como aquel programa que ayuda a «resolver problemas [y otra variedad de tareas] de la misma forma en que lo haría un experto humano»⁵⁶ (Cáceres, 2009, p. 604). Para lo cual, codifica —procesa— la información estructurada, especializada y representada; «realiza inferencias⁵⁷, es decir, el programa trata de replicar el razonamiento que haría un profesional experto frente al caso consultado» (Trazegnies, 2013, p. 116). Asimismo, procura resolver y emitir respuestas —nuevos conocimientos— a determinados problemas, justificando y explicando el recorrido de su razonamiento.

Lo que desea el SE es conjurar un desempeño equivalente —de igual grado de eficiencia— al de un especialista humano. De modo que se sirve de ciertos componentes⁵⁸ para su funcionamiento, y de una especial construcción⁵⁹ a fin de que logre su cometido.

54 La representación del conocimiento, al principio, estuvo sustentada en un modelo de procesamiento simbólico, para luego abrazar un modelo conexionista —redes neuronales— (Aguilera, 2007, p. 36).

55 «Un experto es alguien que domina cierta rama del conocimiento, de tal suerte que, dado un problema concreto, se halla en condiciones de aplicar a él sus conocimientos y criterios para extraer una solución adecuada» (Copeland, 1996, p. 62).

56 Ejemplos de SE clásicos: Dendral, Mycin, Prospector, Internist (Aguilera, 2007, p. 41).

57 Por ejemplo, a través de «reglas heurísticas del tipo si-entonces que el programa pudiera aplicar automáticamente a cada caso particular» (Solar, 2019, p. 84).

58 Un SE está constituido por una base de hechos, una base de conocimiento, un motor de inferencia e interfaz de comunicación. Su elaboración está a cargo de la ingeniería del conocimiento —jurídico— (Davara, 1994, p. 912).

59 La creación de un SE discurre por distintas fases: «comprensión del problema, [...] fijación de términos, [...] representación del conocimiento, [entre otras]» (Davara, 1994, p. 915; Cáceres, 2009, p. 606).

Esto es, ser la herramienta colaborativa, el asistente que esté «en condiciones de dar un consejo [...] o de tomar una decisión inteligente» (Martino, 1987, p. 9) frente a un problema específico que se deba resolver o una tarea que tenga que realizarse en lo jurídico.

Es así que dentro de un orden transversal de la IA y el derecho, con el propósito de solucionar algunas dificultades de este último, se desarrollaron los Sistemas Expertos Jurídicos (SEJ)⁶⁰, entendidos como aquellos programas que reportan «un comportamiento semejante al de los expertos [...] en algún área de la actividad técnica-jurídica» (Cáceres, 2016, p. 29) como la función jurisdiccional y la asistencia jurídica. Con ello no se quiere decir que dicho sistema «razone como un jurista o como un juez, sino que sus resultados puedan incardinarse de forma inteligente en las tareas cotidianas que realizan jueces y abogados» (Casanovas, 2013, p. 475).

Un dato importante que nutre la investigación sobre estos sistemas es que poseen distintas funciones de acuerdo con su tipología⁶¹, por ejemplo, «SEJ que tienden a facilitar la recuperación precisa y exhaustiva de la documentación existente en las bases de datos

60 Ejemplos: W-LES, asesoramiento en las decisiones de la responsabilidad de un producto (Ashley, 2017, p. 6); Expertius —asesoría en toma de decisiones en procesos de alimentos— (Martínez Bahena, 2012, p. 834; Samaca, 2016, p. 28); ARPO-2 —incumplimiento de contratos de construcción— (Cardenosa y Lasala, 1996); KBS —aplicación de una ley penal— (Barragán, 2000); CCLIPS —organiza el Código Civil del Estado de Luisiana—, JUDITH —aplicar el Código Civil Alemán— (Trazegnies, 2013, p. 122).

61 El ejemplar de SEJ más difundido en el derecho es el que intenta otorgar una o varias soluciones frente a un problema jurídico en función de reglas del tipo si-entonces. Este SE, impulsado en los años ochenta del siglo XX, fue considerado como el sistema propiamente dicho para el dictamen jurídico, para el diagnóstico o el análisis jurídico. Cabe precisar que aparte de este tipo de SEJ, existen otros que no pretenden exclusivamente resolver un problema, sino organizar y optimizar los bancos de datos jurídicos. Por ello fueron estimados como SE de recuperación de información jurídica (Pérez, 2009, p. 124).

jurídicos» (Pérez, 2009, pp. 62-124) considerados como «sistemas de gestión del conocimiento jurídico» (Boella, Di Caro y Leone, 2019, p. 228), «sistemas informativos [o de] recuperación inteligente de documentación jurídica» (Pérez, 2009, p. 124). Lo dicho se infiere de la clasificación funcional que se le otorgó a los SEJ como parte de los sistemas jurídicos basados en el conocimiento (SJBC)⁶².

Además, este tipo de SEJ se diferencia de los sistemas de la IJd. Los últimos constituyen un banco de datos en el cual se «almacena [la] información jurídica, facilita su consulta [y recuperación] automatizada» (Cáceres, 2016, p. 29) a través de «criterios de selección de palabras clave, tesauros, descriptores, etc.» (González Álvarez, 2013, p. 1142). En cambio, un SEJ de recuperación de información jurídica «automatiza al máximo las tareas de búsqueda documental [...] al propio tiempo que permiten la construcción de tesauros, más evolucionados y operativos» (Pérez, 2009, p. 124) que los desarrollados en la IJd. En otras palabras, el referido sistema mejora el rendimiento de la recuperación de información jurídica, para lo cual incluso en la actualidad recurre a la ayuda de otras áreas de IA como el PLN.

Este sistema inteligente, a pesar de ser provechoso, no está exento hasta hoy de varios desafíos asociados a su elaboración⁶³. Por ejemplo, la constante representación computacional del conocimiento jurídico. Situación que da pie a advertir otro paradigma de cómputo

62 Bench-Capon clasifica los SJBC en distintas categorías, entre ellas se encuentran los sistemas de recuperación conceptual, enfocados en la recuperación de información, como aquellos sistemas clasificados por el método de razonamiento (Alvite, 2003, p. 202).

63 Estos son la solución informatizada de problemas, la naturaleza del conocimiento jurídico, el diseño del sistema, los problemas del usuario, la adquisición y la actualización del conocimiento experto y jurídico (Dimyadi, Bookman y Harvey, 2019, p. 93).

sustentado en un modelo conexionista⁶⁴, a diferencia del modelo de procesamiento simbólico que respalda a un SEJ, estamos hablando de un Sistema Cognitivo (SC).

La nueva ola de la IA reza que

existen algoritmos que tienen la capacidad de procesar inmensas cantidades de información (bibliotecas enteras de texto), encontrar patrones comunes en toda esa marea de datos y, por ejemplo, brindar respuesta a preguntas o clasificar esa información en entidades con características comunes (Manes y Niro, 2019, p. 30).

Estas cualidades de carácter cognitivo que poseen algunos dispositivos computacionales —aparte de pretender solucionar el problema de la representación del conocimiento⁶⁵ acuñado a la construcción de un SE— se concretan gracias al despliegue de tecnología convergente como el ML, el PLN, el RH, el SE y la minería de datos⁶⁶.

Dos rasgos de un SC, por un lado, su base estructural —algoritmos (redes neuronales)— es constantemente entrenada por un especialista y el usuario, a fin de alcanzar un rendimiento óptimo; y, por otro lado, no intenta resolver un problema o realizar tareas de manera casi exclusiva o independiente como pretende un SE.

64 Un ejemplo de este sistema en el derecho es SPLIT-UP «el cual determina la manera en que se reparten los bienes maritales luego de la disolución del vínculo matrimonial» (Aguilera, 2007, p. 38).

65 En un SE el conocimiento tiene que codificarse —esquemas de representación— para que pueda cumplir con una de las funciones que se le asigne, como resolver problemas o recuperar información. En un SC «en cambio, el conocimiento se encarna en el corpus de textos de los que el programa extrae soluciones o elementos de solución candidatos y los clasifica en función de su relevancia para el problema [esto es posible a través del ML]» (Ashley, 2017, p. 22).

66 «Constituye la principal técnica de análisis automatizado de big data. Su objetivo es extraer información [...] de datos brutos (no estructurados) y transformarla en una estructura comprensible para su uso posterior» (Solar, 2019, p. 29).

De ahí que se le considera como la aplicación informática en la que cooperan tanto los humanos como las máquinas a fin de lograr buenos resultados. Los últimos «serán más racionales y analíticos y, por supuesto, poseerán memorias enciclopédicas y tremendas habilidades computacionales» (Ashley, 2017, p. 22), y los primeros proveerán «experiencia, juicio, intuición, empatía, una brújula moral y creatividad humana» (Ashley, 2017, p. 22).

En una tarea determinada como la recuperación de información jurídica conceptual⁶⁷, de una ingente cantidad de datos —estructurados o no⁶⁸—, un SC desarrollará una cierta comprensión de estos⁶⁹, los clasificará en función de su relevancia, pertinencia y contexto. Asimismo, interactuará con el usuario a fin de suministrar una variedad de nuevos escenarios de información. Por ejemplo, si este requiere conocer más sobre una particular cuestión jurídica, el SC, a través de plataformas de «orientación jurídica online» (Susskind, 2017, p. 83) o de «solución de preguntas jurídicas» (Susskind, 2017, p. 90), «no solo seleccionará, ordenará, resaltará y sumará la información» (Ashley, 2017, p. 22) de acuerdo con la solicitud del usuario; sino también explorará con él nuevas rutas de información. Ello con miras a cooperar en la solución de un determinado problema o la realización de una tarea cuya estimación queda a disposición del usuario.

67 Entendida como «la recuperación automática de información jurídica textual pertinente basada en la coincidencia de los conceptos y sus funciones en los documentos con los conceptos y funciones necesarios para resolver el problema jurídico del usuario» (Ashley, 2017, p. 20).

68 La información no estructurada es aquella que no se encuentra almacenada o etiquetada en una base de datos o en otro tipo de estructura de organización.

69 «El sistema debe ser capaz de entender automáticamente el texto en lenguaje natural, tanto la entrada a la base de datos y consultas al sistema [...] de tal manera que el contenido conceptual o el significado de un elemento pueda ser utilizado para su recuperación en lugar de simplemente sus palabras clave» (Ashley, 2017, p. 20).

El éxito de este enfoque parte por considerar que el SC se diferencia del SEJ respecto a «las fuentes de sus respectivos conocimientos» (Ashley, 2017, p. 22). Este último —como pretende emular algunos procesos cognitivos de un experto en la tarea de recuperar la información jurídica— trabaja en función de los esquemas de representación del conocimiento que previamente fueron codificados manualmente por los ingenieros del conocimiento y albergados en la base de conocimiento del SEJ. Mientras que, en un SC, al llevar a cabo la misma tarea, «el conocimiento se encarna [directamente] en el corpus de textos de los que el programa extrae soluciones o elementos de solución candidatos» (Ashley, 2017, p. 22). Esto es posible mediante un proceso de ML que intenta reemplazar la extracción y la codificación manual del conocimiento llevado a cabo por un SE, sea este jurídico o no.

Del mismo modo, la operatividad de un SC en la recuperación de la información jurídica dista de los sistemas de IJd. El segundo solo ofrece el almacenamiento de datos brutos organizados para su recuperación en la misma condición en que fueron guardados. Por el contrario, el primero va mucho más allá, pues «extrae información semántica de los textos» (Ashley, 2017, p. 18). Es decir, términos conceptualmente relacionados con la solicitud o la consulta realizada. De manera que el usuario logra tener a su alcance diversos argumentos —información conceptual relacionada— para reforzar alguna reclamación o reducir la incertidumbre sobre un tema jurídico en particular.

Es necesario recalcar que un SC

no puede leer los textos en el sentido en que los humanos los leen, pero tendrá técnicas para procesar los textos de manera inteligente identificando aquellos elementos que son relevantes para un problema [o tarea], y llevándolos a la atención del usuario de una manera apropiada (Ashley, 2017, p. 22).

Este sistema divide sus recursos entre «las tareas inteligentes que la computadora puede mejor realizar» (Ashley, 2017, p. 22) y las habilidades de los usuarios.

Para culminar, la incorporación de los SEJ y los SC en las tareas jurídicas no es del todo fácil, aún tienen que enfrentar, en la modelización computacional del derecho, algunos obstáculos. Por ejemplo, la indeterminación —vaguedad, ambigüedad, textura abierta— del lenguaje jurídico, la actitud paraconsistente⁷⁰ de la jurisprudencia, el debate interteórico jurídico; y en la recuperación de información, la noción técnica de relevancia jurídica. Situaciones que podrían frenar su desempeño, pero no anular su utilidad, debido a que existen particulares tareas jurídicas —como se verá en el apartado siguiente— que pueden resultar beneficiosas si se desarrollan con la participación de dichos sistemas de IA.

Si resultan ser útiles, ¿por qué implementarlas o confiar en su participación? Lo cierto es que un ser humano tiene limitaciones al desarrollar algunas de sus funciones cognitivas «por razones de espacio, tiempo, saturación laboral [y otros motivos]» (Cáceres, 2009, p. 605). En cambio, los programas de IA son capaces de realizar labores de manera permanente, rápida y barata, lo cual permite optimizar los fundamentos de nuestra individualidad. Pongamos un caso, la «búsqueda, selección y análisis de la información [jurídica] relevante en relación a un determinado propósito» (Solar, 2019, p. 92).

70 Tolerante a la inconsistencia. Esta expresión es mencionada por Enrique Cáceres al hacer referencia a la emisión de decisiones judiciales contradictorias. Señala que, ante las mismas circunstancias, en contextos diferentes, se decide de forma distinta. Ponencia del 2010 en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática-UNAM.

6. EL DESAFÍO: APLICACIONES PRÁCTICAS DE IA PARA LA COGNOSCIBILIDAD DEL DERECHO

Existen algunos problemas en el derecho que aún son susceptibles de reflexión, como «la organización de las grandes bases de datos, la clasificación y ordenación de textos jurídicos que varían con el tiempo» (Casanovas, 2013, p. 473). La primera reacción, a fin de superar estas dificultades fue acudir a la IJd, pero al advertir tecnología con mayor poder computacional se planteó la posibilidad, a modo de segunda reacción, de apreciar otra zona de intersección conformada por la IA y D.

Bajo esta interdisciplinariedad surgieron distintos ámbitos de investigación, entre ellos «el desarrollo de sistemas que faciliten la comprensión y aplicación de la compleja información contenida en fuentes legislativas [...], [y el] desarrollo de sistemas de asesoría jurídica» (Cáceres, 2016, p. 30). En vista de ambos dominios se forjó un «momento concreto de IA» (Agrawal, Gans y Goldfarb, 2019, p. 8) aplicada al derecho, manifestada en una nueva manera de recuperar e informar los insumos cognitivos jurídicos, distinta a la proporcionada por las aplicaciones de la IJd, configurando una nueva experiencia para la cognoscibilidad de los mismos a juristas y legos.

Para continuar el curso de la idea anterior —el cual se reanudará párrafos más abajo— se considera antes señalar lo siguiente. Por un lado, «en el corazón del Derecho y del servicio jurídico se encuentra la información jurídica» (Susskind, 2017, p. 254), y por otro lado, «pocas cuestiones repudian más [a las personas] en una democracia que las leyes secretas» (Malem, 2017, p. 64). Cuando pretendemos orientar nuestras conductas nos topamos con una vorágine de insumos cognitivos jurídicos, con una sobrecarga de información jurídica —legislación, jurisprudencia, entre otras—, originada principalmente por la jungla normativa en la cual parece que gira

toda la maquinaria del derecho. Esta situación provoca amplias zonas de desinformación, de complejidad informativa, en contra de las personas que son el eslabón más débil de la interacción judicial y administrativa.

Como se sabe muchas personas no pueden acceder a un servicio jurídico, por lo que asumen la iniciativa de investigar por sí mismas las implicancias de sus conductas o las de otras, a fin de dilucidar si su condición jurídica es defendible o no. La labor parte por recurrir directamente a las disposiciones normativas —denominadas comúnmente como leyes o normas— dejando de lado los otros tipos de fuentes como la jurisprudencia o la doctrina.

Lastimosamente, en dicha tarea las personas, como se dijo, se enfrentan a la jungla normativa, incluso ignorando los problemas de identificación que presentan las disposiciones y las normas explicadas desde la teoría del derecho. Escenario que provoca enojo, desilusión y expresiones como *¡no tengo idea de cuáles son las normas merecedoras de mi obediencia!, ¡ahora regulan esta materia, luego la desregulan, ¿qué seguirá luego?* A pesar de ello, si desean seguir con el plan de averiguación acudirán a las decisiones judiciales⁷¹, sin tener en cuenta que en su mayoría al ser abundantes —más que la propia regulación— son también paraconsistentes⁷². Circunstancias que ayudan, para mal, a las personas a que resten o pierdan su capacidad de acceder, identificar y comprender lo que expresa el derecho sobre sus comportamientos.

71 Los precedentes, los plenos jurisdiccionales y los plenos casatorios al menos intentan fijar sentidos, unificar criterios sobre una determinada disposición normativa, por ejemplo, que padecen interpretaciones contradictorias.

72 Por ejemplo, «hay posiciones judiciales antagónicas al respecto de la validez de la norma aplicable. Este antagonismo a veces es sincrónico: en un determinado momento, hay dos decisiones contradictorias, de órganos diferentes de un mismo tribunal, o de tribunales diferentes. Otras veces, este conflicto es diacrónico: el mismo órgano profiere [...] una decisión y en otro, otra distinta sobre la misma norma legislativa» (Ávila, 2012, p. 270).

En el caso de un jurista, debido a su formación, parece que tiene mejores posibilidades de afrontar el anterior panorama, pues sabe que cualquier opción que adopte necesita sustentarla jurídicamente. Para ello, de igual modo, recurre a las principales fuentes jurídicas, incluso refuerza sus opiniones con posturas —de las cortes y de la academia— más conocidas o aceptadas, dado que son parte del «combustible que echa a andar sus prácticas» (Aguilera, 2007, p. 27). Sin embargo, a pesar de sus cualidades educativas no se encuentran en la posibilidad de conocer y estudiar todo lo que manifiestan o resuelven el derecho y sus instituciones, por lo que quedarán ocultos algunos matices o datos jurídicos que para un determinado escenario pueden resultar de utilidad. Tal vez si tuviera a la mano esta información ignota podría «proporcionar [a las personas], soluciones donde las condiciones son vagas o desconocidas, interpretar normas de contenido ambiguo y, en general, adaptar los criterios formales a lo que entiende como las necesidades del caso particular» (Guibourg, 2015, p. 809).

Como si estos escenarios no fuesen suficientes, por ejemplo, en Perú las actuales herramientas informáticas de consulta normativa —SPIJ— y recuperación de la información jurídica —plataformas y portales digitales de connotación estatal— están sujetas a ciertas limitaciones que las hacen *ya no tan eficientes como antes*⁷³. Es decir, no tan adecuadas para satisfacer, en este tiempo de sobrecarga informativa, las necesidades de legos y letrados al intentar averiguar en sus bancos de datos jurídicos una particular regulación,

73 No podemos desconocer la ayuda que brinda el SPIJ y las plataformas digitales en la búsqueda de determinadas fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano. Sin embargo, la información en ella almacenada se recupera en la misma manera en que fue procesada —digitalizada—. Circunstancia que somete a las personas y a los juristas a una relectura, a un ejercicio mental, de la información extraída para determinar su importancia en función de un caso particular. Tarea que no es nada sencilla para quien carece de formación jurídica e informática.

un pronunciamiento autoritativo o una postura doctrinal sobre una cuestión jurídica que ambos consideren relevante.

En ese sentido, parte del desafío es intentar configurar una nueva interacción entre la información jurídica y las personas. Por lo que ¿es posible superar la complejidad informativa y optimizar la cognoscibilidad del derecho como estado ideal de la seguridad jurídica? De ser así, ¿a través de qué recursos se puede lograr dicha tarea?

Para responder estas preguntas, cabe mencionar que las personas, y más aún un jurista, no solo desean tener acceso a las disposiciones normativas, sino también a las relaciones conceptuales que estas pueden estimar con otras fuentes jurídicas, a fin de obtener las máximas posibilidades de entendimiento. En otras palabras, esta ambición parte por intentar «superar ese vacío conceptual existente entre los usuarios y las bases de datos» (Alvite, 2003, p. 203), incluso pretende que los insumos cognitivos jurídicos que reposan en dichas «bases hablen por sí mismos» (Vargas, 2015, p. 343).

Exploremos estas ideas a través del contraste de dos entornos diferentes. Antes para viajar de un lugar a otro se necesitaba la orientación de un mapa físico de ruta o la experiencia y los recuerdos de un conductor. Con el paso del tiempo la manera de movernos se democratizó concediendo tanto al pasajero y al piloto la posibilidad de conocer en tiempo real, por medio de un celular inteligente, el mapa y la trayectoria más óptima, rápida y segura. Dispositivo que además procesa información en segundos, de manera individualizada y conexas, sobre las condiciones climáticas, tráfico, accidentes, entre otras circunstancias.

Si sometemos este entorno a comparación con el mundo jurídico, podemos decir que viajar orientados por un mapa de ruta es como orientar nuestras conductas a través de todas las fuentes jurídicas. Que si bien ahora se encuentran digitalizadas en bancos

de datos jurídicos, aún no cooperan con el total interés de búsqueda —consulta— del usuario. Esto es, proporcionar una mejor localización de la información que sea requerida, precisa, relacional —entre todas las fuentes jurídicas— y pertinente a una situación. Como lo hace Google Maps, al sugerirnos la ruta más óptima en nuestros viajes, considerando todas las incidencias enlazadas que pueda percibir.

Constituir la posibilidad de que las personas puedan averiguar, de los insumos cognitivos jurídicos, la mejor respuesta⁷⁴ o exactamente lo que desean —y así superar el vacío conceptual entre las bases de datos y los usuarios— es el futuro que prometen algunas aplicaciones prácticas de IA empleadas en el derecho.

Como se indicó en el apartado cinco, no cabe duda de que una de las tecnologías disruptivas por excelencia es la IA, pues maximiza la cognición humana a un nivel más allá de lo que rudimentariamente podemos hacer. Por ejemplo, nuestra capacidad de almacenar y procesar información queda superada por la velocidad y casi infinita facultad de acopio y manipulación de datos que tienen los sistemas de IA. Así, las virtudes de esta rama de la ciencia computacional se convierten en la tendencia «potencialmente relevante para cualquier ámbito de la actividad intelectual humana» (Russell y Norvig, 2004, p. 1).

Esta realidad compromete al derecho y le provee ventajas de «eficiencia, eficacia, productividad y satisfacción para sus usuarios, incluyendo en el desempeño de la profesión legal, y la sociedad en general» (Vega, 2018, p. 46). En concreto, edifica un camino de justicia ágil, pongamos un caso: al canalizar la inmensa información

74 La mejor respuesta posible es «aquella que es capaz de aproximarse más al objetivo de identificar y extraer toda la información relevante [...], en relación a la solicitud realizada de entre todo el conjunto de información de la que dispone el sistema» (Solar, 2019, p. 108).

jurídica y hacer que la búsqueda y la recuperación de esta sea más inteligente de la que se realiza ahora. De ahí que «se abre una nueva etapa en la que es posible recabar, almacenar, organizar y difundir informaciones en el tiempo y en el espacio, con la máxima garantía de celeridad y exactitud» (Pérez, 2009, p. 47).

Hechas estas observaciones, retomemos las preguntas formuladas líneas arriba. Respecto a la primera interrogante, la respuesta es que sí es posible superar la complejidad informativa y obtener condiciones satisfactorias de cognoscibilidad del derecho como estado ideal de la seguridad jurídica. Dicho de otra manera, que es factible aprovechar —acceder, identificar y comprender— de manera óptima lo que dice el derecho sobre nuestras conductas. Pero ¿a través de qué se puede configurar dicha tarea? Entre las múltiples respuestas⁷⁵ que se puede ensayar a esta segunda pregunta, se optó por escoger una de corte interdisciplinario. En particular a una contestación desde la IA. A fin de cuentas «diferentes tareas pueden requerir diferentes tipos de apoyo» (Oskamp y Lauritsen, 2002, p. 232).

Así, proseguimos con la idea de un momento concreto de IA aplicada al derecho —mencionado en el segundo párrafo de este apartado— que cambia la forma del diagnóstico normativo sobre el ejercicio de nuestras conductas. Nos referimos a la recuperación y la comunicación inteligente de los insumos cognitivos jurídicos para potenciar la cognoscibilidad —acceso, identificación y comprensión— de aquellos, a favor de las personas, a través de dos aplicaciones prácticas de IA: SEJ y SC.

75 El intentar superar el problema del conocimiento del derecho y lograr mejores condiciones para que el ciudadano lo pueda comprender material e intelectualmente viene a ser una tarea transdisciplinaria. Es decir, la solución al problema también puede provenir de la teoría y técnica legislativa o el *behavioral legal design*. Por cuestiones de interés, en el presente trabajo se ha escogido una solución desde la IA, lo cual no significa que sea el único o el más importante camino para explorar.

La mayoría de ciudadanos «pueden saber dónde hallar las leyes y los datos legales, pero no saber dónde buscar y cómo interpretar lo que ven» (Janeček, 2019, p. 96). Una de las aplicaciones prácticas de la IA que impone un reto en el proceso de recuperación y comunicación de información jurídica es un tipo de SEJ que proporciona «una guía [experta] de cómo emplear los mismos» (Alvite, 2003, p. 200), para lo cual recopila y archiva en su base de conocimientos la información especializada a fin de satisfacer las consultas jurídicas que le formule el usuario.

Este sistema, catalogado como informativo, de recuperación inteligente de documentación jurídica o de gestión del conocimiento jurídico cumple la siguiente función: examinar un sistema jurídico

del cual las fuentes formales [...] se analizan y se ubican dentro de una estructura, en la cual sea posible interactuar, para establecer conexiones entre sí y optimizar la información, para lograr que los datos contenidos en ella hablen dando una visión amplia y completa del tema objeto de búsqueda (Vargas, 2015, p. 353).

En otras palabras, la mencionada tipología de SEJ proporciona al usuario los elementos y los significados normativos en compañía de los jurisprudenciales «para que pueda asumir una opción bien pensada y bien informada» (Trazegnies, 2013, p. 127).

Como antecedente se tiene a SIDEROJ⁷⁶, y en la actualidad a Menslegis⁷⁷ (Italia), sistema que

76 Modelo de SEJ de recuperación de documentación jurídica parte del prototipo de ARPO-2 (Galindo y Lasala, 1995, pp. 73-103).

77 «Sistema de gestión de documentos y conocimientos, con una interfaz basada en la web para investigadores y profesionales del derecho para gestionar el conocimiento sobre legislación y conceptos legales» (Boella, Di Caro y Leone, 2019, p. 228).

Este sistema, utilizado comercialmente para el *compliance*, tiene como base a Eunomos, programa de gestión del conocimiento jurídico asentado en XLM y en ontología legislativa (Boella, Humphreys, Martin, Rossi y Van der Torre, 2012).

mejora el acceso a la legislación y la comprensión de las normas. [El cual] permite a los usuarios buscar y ver legislación relevante de varias fuentes desde una base de datos interna, donde la legislación se clasifica y se enriquece en su estructura. [...] Además, el sistema [...] ofrece a los usuarios acceso a una base de datos de recetas (deberes y prohibiciones), anotado con explicaciones en lenguaje natural, indexado de acuerdo con los roles involucrados en la norma y conectado con partes relevantes de la legislación y la jurisprudencia (Boella, Di Caro y Leone, 2019, p. 228).

Un dato que resaltar de Menslegis es que, a fin de que continúe siendo útil, tiene que estar actualizado debido al incesante flujo de información jurídica que crece cada día. Significa que la representación del conocimiento jurídico es constante, por lo que se procura semiautomatizar algunas tareas⁷⁸ de la gestión del conocimiento jurídico, para lo cual se combina con otra técnica de IA como el PLN⁷⁹, y quizá en el futuro con el ML a fin de monitorear automáticamente los cambios normativos de un sistema jurídico. De esta manera se aligera el trabajo del ingeniero del conocimiento al actualizar y mantener la base de conocimiento de Menslegis, lo que no quiere decir que se haya superado el problema de la representación computacional del derecho.

Mientras tanto otra de las aplicaciones prácticas de la IA que impone un reto en el proceso de recuperación y comunicación de

78 Tareas semiautomatizadas: «a. Clasificación de normas de acuerdo con el Tesauro Eurovoc multinivel de la UE; b. Extracción de conceptos y extracción de relaciones para ayudar a poblar la ontología; c. Extracción de modificaciones legales; d. Entidad de enlace de términos en el texto con respecto a sus definiciones en la ontología» (Boella et al., 2019, p. 228).

79 Además, el PLN «permite al usuario identificar materiales que probablemente sean relevantes para su búsqueda, incluso si los materiales no contienen palabras o frases expresamente dentro de su lista de palabras clave» (Alarie, Niblett y Yoon, 2018, p. 114).

información jurídica, alternativo a los SEJ, son los SC. Paradigma que, gracias a las investigaciones de PLN y ML, es capaz de «identificar [directamente de los documentos jurídicos] la información relevante para determinado propósito, clasificar y priorizar la información, responder determinadas cuestiones jurídicas» (Solar, 2019, p. 86), entre otras tareas⁸⁰ de corte cognitivo.

El desempeño de este tipo de sistema se encuentra plasmado en las plataformas de orientación jurídica *online* (O/J) —plataformas de búsqueda—, y en los novísimos sistemas de solución de preguntas jurídicas —*question answering* (Q/A)—; ambos de connotación privada. Los primeros proporcionan «información jurídica [...] e incluso [análisis⁸¹] jurídico, a través de internet» (Susskind, 2017, p. 83), por ejemplo, Neo⁸², La Ley Next⁸³, Lexis Advance⁸⁴, Westlaw Edge⁸⁵, Ravel Law⁸⁶, Fastcase⁸⁷ y Tirant Palestra online⁸⁸. ¿Cómo funcionan estas plataformas?, pues parten por aceptar la consulta del usuario en lenguaje natural, luego recuperan información «de una base de datos indexada, mide[n] la respuesta de los documentos [en función del grado de relevancia] y los clasifica[n] [finalmente]

80 Como «elaborar documentos jurídicos de distinto tipo, detectar tendencias en la actuación de los operadores jurídicos e incluso predecir las decisiones jurídicas» (Solar, 2019, p. 86).

81 El análisis jurídico es una extensión de las plataformas de búsqueda que tienen como objetivo revelar «tendencias jurisprudenciales, líneas argumentales, patrones de actuación y otros enfoques [del comportamiento de los jueces y de los tribunales]» (Solar, 2019, p. 112).

82 <https://lefebvre.es/>

83 <https://is.gd/uWsIw3>

84 <https://clck.ru/SJYUU>

85 <https://clck.ru/SJYQp>

86 Fundada el 2012 y adquirida con posterioridad el 2017 por Lexis Nexis. <https://www.ravellaw.com/>

87 <https://clck.ru/SJYS4>

88 <https://bit.ly/2SSr1KP>

elabora[n] una lista ordenada de resultados para la consulta por parte del usuario» (Ashley, 2017, p. 214).

Este proceso se potencia: i) con la aplicación de técnicas como el PLN, a fin de lograr que la búsqueda de las fuentes jurídicas sea conceptual⁸⁹ —más allá de la búsqueda de palabras clave—, sencilla —si recae sobre cuestiones complejas— y más «accesible para cualquier persona, aun cuando carezca de conocimientos jurídicos» (Solar, 2019, p. 107). Y, ii) con la aplicación de técnicas como el ML, dado que la intención es que dichas plataformas aprendan de los intereses, los objetivos o los temas frecuentes en la búsqueda de fuentes jurídicas, lo que permite que las búsquedas sobrevinientes sean más precisas, eficientes y de mayor calidad.

Por otro lado, los sistemas de Q/A vienen a ser aquellos que procuran responder automáticamente preguntas, formuladas en lenguaje natural, «sobre cualquier cosa del mundo, de manera más rápida y precisa que un ser humano» (Susskind, 2017, p. 249), para lo cual se nutre de una variedad de técnicas de IA, y de la interacción constante con el usuario.

La diferencia de estos sistemas respecto a las plataformas de O/J gravita en función del tipo de resultado que emiten. Es decir, mientras los últimos «identifican documentos completos que contienen información relevante en relación a los términos objeto de búsqueda» (Solar, 2019, p. 113) —que no evitan, a quien consulta, revisarlos para obtener una respuesta—; los primeros analizan en segundos o minutos toda la información —estructurada o no— a su alcance, y extraen directamente de ellos «los fragmentos o argumentos relevantes en relación a la cuestión formulada» (Solar,

89 Gracias a la búsqueda conceptual «basada en algoritmos de ML no supervisado [...] es posible identificar no solo aquellos materiales que contienen las mismas palabras de referencia de la búsqueda sino todos los que contienen una información conceptualmente similar, aunque no utilicen idénticos términos, expandiendo los resultados de búsqueda por términos claves» (Solar, 2019, p. 109).

2019, p. 113), para luego «proporcionar una respuesta probabilística a la pregunta» (Yoon, 2016, p. 467). Con ello no se intenta obtener una respuesta certera, sino una aproximación razonada a esta.

Watson⁹⁰ de IBM es el ejemplo más conocido de sistemas de Q/A. ¿Cómo funciona? Empieza por analizar⁹¹ la pregunta expresada, luego «genera un conjunto de hipótesis de respuestas, asocia una puntuación a cada hipótesis, realiza la clasificación final de las respuestas» (Lepage, 2016, p. 30), finalmente «elige aquella en la que tiene un mayor nivel de confianza» (Solar, 2019, p.115). Estas capacidades de Watson originaron un impacto en el ámbito jurídico, por ello se forjaron, en función de él, proyectos privados como Data Privacy Advisor⁹², Xiofa⁹³, ROSS⁹⁴ y Sherlock Legal (Granero, s. f.).

90 «Herramienta capaz de entender el lenguaje natural y con capacidad de aprendizaje a partir de toda la información que constantemente va recopilando y procesando» (Martínez Zorrilla, 2019, p. 166).

91 «Analiza los posibles significados de la pregunta (descifrando el significado de los términos que la componen y la relación entre ellos)» (Solar, 2019, p. 114).

92 «El programa no solo puede proporcionar una respuesta específica [a la pregunta formulada en materia de derecho de protección de datos], acompañada de documentos que la avalan, sino también ofrecer recomendaciones» (Solar, 2019, p. 118).

93 «The Xiaofa humanoid robot is capable of memorizing and explaining over 7,000 Chinese laws and regulations, allowing it to assist visitors who would like to learn more about the litigation process, its rules and details of prior cases» [El robot humanoide Xiaofa es capaz de memorizar y explicar más de 7.000 leyes y regulaciones chinas, lo que le permite ayudar a los visitantes que deseen aprender más sobre el proceso de litigio, sus reglas y detalles de casos anteriores] (Business Wire, 2017, párr. 3).

94 «Ante una pregunta concreta, el sistema formula diversas hipótesis de respuesta analizando todo el cuerpo de legislación, jurisprudencia, informes, artículos doctrinales y otras fuentes [...] ofreciendo finalmente aquella que considera más correcta» (Solar, 2019, p. 119).

En enero de 2021 ROSS dejó de operar temporalmente. Su servicio sigue a través de Fastcase, vLex y Casetext.

ROSS proveía algunas ventajas destacables, por ejemplo: ofrecía una hipótesis de respuesta estructurada jurídica acompañada de un pequeño informe en el que se explicaba la respuesta elegida. Así como estaba pendiente de los cambios normativos y pronunciamientos judiciales a fin de comunicarlos al usuario y considerarlos en futuras preguntas.

La plataforma de Q/A cercana a la realidad latinoamericana es Sherlock Legal (Argentina). Este prototipo de SC acepta preguntas jurídicas en lenguaje natural —¿los divorciados se deben alimentos?— y «analiza las respuestas más pertinentes en grado de probabilidad de certeza, adjuntando [...] no solo el artículo del Código Civil aplicable [relacionado por ahora a temas de familia], sino también la jurisprudencia, doctrina y modelos de escritos pertinentes» (Granero, 2018, p. 129).

En efecto un SEJ informativo —cuya función es parte de otros SEJ más robustos⁹⁵— y los SC —plataformas de O/J y sistemas de Q/A—, ambos como herramientas sofisticadas de consultas/preguntas, pueden lograr el perfeccionamiento metodológico⁹⁶

95 Por ejemplo, un caso sobre este SEJ es el proyecto juez inteligente (Vargas Velez, 2021, p. 4).

A pesar de que los SEJ ya no constituyen el paradigma de la IA aplicada al derecho aún son utilizados para resolver algunos problemas jurídicos delimitados. Debido a que existen plataformas tecnológicas como Neota Logic System, que facilitan la elaboración de un SEJ de diagnóstico o de dictamen jurídico como DoNotPay, el cual es un chatbot que cumple una labor de agente jurídico virtual, que mediante su interfaz proporciona respuestas y argumentos sencillos e inmediatos, que logran concretarse en solicitudes de impugnación, a las peticiones jurídicas que puedan realizar los usuarios respecto al cuestionamiento de multas de estacionamiento o servicio aéreo.

96 Existen experimentos que parecen demostrar que la colaboración de un SEJ —y porque no un SC— le brinda mayor confianza al usuario en diversas tareas jurídicas a comparación de un experto humano (Dijkstra, 2000).

en la recuperación y la comunicación de la información jurídica, a diferencia de los sistemas de IJd que aún se utilizan, como el SPIJ en Perú.

Estas dos aplicaciones prácticas de IA —si fueran asumidas por el ámbito estatal peruano— permitirían acceder de manera inteligente y relacional a las bases de datos jurídicos convirtiéndose en una especie de asesores de oro a favor de las personas. De tal suerte que, «la legislación sea más accesible y las normas más comprensibles creando un acoplamiento más estricto entre las fuentes [jurídicas]» (Boella et al., 2019, p. 230). Lo que generaría un ahorro de energía intelectual frente a la sobrecarga de información jurídica; y al mismo tiempo la realización, en la mayor medida de lo posible, de la cognoscibilidad del derecho. ¿En qué sentido?, es el desafío.

Como se dijo «para X es necesario Y». La idea de cognoscibilidad, como estado ideal de la seguridad jurídica, exige la promoción de ciertas condiciones y comportamientos que la proyecten. De acuerdo con lo desarrollado es posible que algunas de ellas puedan ser potenciadas por parte de las mencionadas aplicaciones prácticas de IA, veamos:

Condiciones		Comportamientos	
Conocimiento material del derecho	Accesibilidad normativa	De las disposiciones normativas	<p>Publicación</p> <p>La divulgación de las disposiciones normativas se podría abordar mediante SEJ informativos o SC —plataformas de O/J—, los cuales pueden permitir, en los medios de difusión —portales digitales del Estado—, mejorar aún más la forma de publicación de los cambios normativos a través de mensajes de alerta personalizados, que a su vez incorporen pautas de explicación —doctrinal o jurisprudencial— o referencias sencillas de los contenidos deónticos en ellos incorporados, así como su relación con otras piezas normativas. Todo ello como lo haría un abogado al procesar y comunicar la nueva información jurídica a sus clientes.</p>
			Notificación ⁹⁷
		De la vigencia normativa	Es posible que a través de SEJ informativos o SC las personas puedan conocer, con mayor certeza, facilidad y rapidez, la vigencia o no de una disposición normativa. Es decir, la capacidad de saber si un dispositivo tiene aún existencia en el ordenamiento se puede fortalecer a través de una consulta al SEJ o una pregunta en lenguaje natural a un sistema de Q/A.
	Alcance normativo	La codificación	Las nuevas políticas de codificación, como instrumentos de compilación, consolidación y ordenación de documentos y disposiciones normativas en función de materia y aplicación, podrían contar con la asistencia de SEJ informativos o SC —plataformas de O/J (que incluyan la extensión de análisis jurídico) y sistemas de Q/A—. Incluso con la colaboración de SEJ más robustos como aquellos «orientados a la construcción ideal y contextual de normas» (Galindo y Lasala, 1995, p. 87). De esta manera se permitiría una mejor revisión material e intelectual del derecho que favorezca, por un lado, superar en lo posible parte de los problemas de identificación de los enunciados normativos vigentes y, por otro lado, mejorar el acceso y la comprensión de las disposiciones normativas a favor de las personas.
			Normas generales y pertinencia ⁹⁸
	Posibilidad de identificación normativa	Norma aplicable	Identificar presuntamente la disposición y la norma aplicable concerniente hacia un caso concreto se podría potenciar mediante SEJ informativos o SC —plataformas de O/J/online o sistemas de Q/A—. Ambas al incorporar pautas de explicación —doctrinal o jurisprudencial— permitirían reducir la duda de las personas, respecto a la aplicabilidad de una norma en un caso particular, cuando se advierta contradicción normativa o perspectivas judiciales opuestas. Incluso esta labor puede ser pertinente para los SEJ más robustos como los de «diagnóstico, de análisis o de dictamen jurídico» (Pérez, 2009, p. 126), o aquellos «orientados a la aplicación e interpretación» (Galindo y Lasala, 1995, p. 86) de las disposiciones normativas.
Valor de la norma aplicable		La capacidad de identificar los efectos que regulan las disposiciones normativas, respecto a su cumplimiento o no, se podría potenciar mediante SEJ informativos o SC —plataformas de O/J o sistemas de Q/A—. Ambos podrían proporcionar referencias o explicaciones sencillas sobre los contenidos deónticos de las disposiciones, lo que permitiría que las personas puedan tener una mejor expectativa y conocimiento de las consecuencias de su comportamiento.	

97 Esta condición posee un plano individual el cual podría estar por ahora potenciado por el expediente judicial electrónico.

98 Fortalecer ambas condiciones a través de aplicaciones de IA parte por explorar previamente la teoría y la técnica legislativa.

Conocimiento intelectual del derecho	Inteligibilidad por la claridad normativa	Es probable que a través de SEJ informativos o SC —sistemas de Q/A— las prescripciones normativas podrían ser comprendidas, en la mayor medida de lo posible, por las personas. Los primeros darían a conocer explicaciones concretas, semejantes a lo proporcionado por un experto —abogado— sobre la conducta que un usuario debe o no adoptar según una particular disposición normativa. Y el segundo, cuyo poder gravita en el procesamiento de inmensas cantidades de información —doctrinal y jurisprudencial—, podría suministrar pertinentes y relevantes especificaciones/explicaciones que respondan a las interrogantes del usuario sobre el comportamiento que ha de seguir conforme a lo prescrito en una disposición.		
	Inteligibilidad por la determinabilidad normativa	Desde la óptica de la norma	Claridad lingüística⁹⁹	
		Determinabilidad de contenido	Los SEJ informativos o los SC —plataformas de O/J o sistemas de Q/A— podrían potenciar la capacidad de las personas al identificar y entender la diversidad de sentidos interpretativos que presentan las disposiciones normativas. Es decir, el papel de dichos sistemas consistiría en rastrear y alertar la multiplicidad de opciones interpretativas quizá ya fijadas por la doctrina, la jurisprudencia o la administración. En otras palabras, ambos sistemas ayudarían a la realización de una mejor interpretación cognoscitiva ¹⁰⁰ y de ser posible facilitar una interpretación decisoria ¹⁰¹ .	
			Desde la óptica del ordenamiento	Coherencia y consistencia¹⁰²

Antes de continuar, como se pudo advertir, existen determinados comportamientos de las condiciones de la cognoscibilidad del derecho que parecen tener una implicación con la teoría y técnica legislativa. Tal vez porque este estado ideal de la seguridad jurídica también abarca parte de la producción de las disposiciones normativas.

¿Es posible que el método o la técnica legislativa pueda ser asistido por aplicaciones prácticas de IA? Se cree que sí. Por ejemplo, como antecedente se cuenta con SEJ legislativos en los ámbitos de «la redacción de textos normativos, [...] en el control del proceso

99 Fortalecer esta condición a través de aplicaciones de IA parte por explorar previamente la teoría y técnica legislativa.

100 Consiste en identificar los distintos significados posibles de una disposición normativa (Guastini, 2011, p. 161).

101 Consiste en escoger un significado específico de los significados identificados (Guastini, 2011, p. 161).

102 Potenciar ambas condiciones a través de aplicaciones de IA parte por explorar previamente la teoría y la técnica legislativa.

[...] [y] en la planificación del sistema legislativo»¹⁰³ (Pérez, 2009, p. 128). De modo que, a través del desarrollo y el uso de herramientas de IA probablemente se rediseñe el camino de la producción normativa¹⁰⁴. Es decir, se obtengan mejores condiciones que permitan: entender el marco normativo vigente y la información respecto a una situación de hecho a legislar¹⁰⁵; o superar en lo posible los problemas de formulación e indeterminación semántica de textos normativos, así como la «contaminación legislativa» (Martino, 1993, p. 145); entre otros beneficios¹⁰⁶.

En ese sentido, la legística¹⁰⁷ con la cooperación de la IA haría posible que se produzcan mejores documentos y disposiciones normativas. Se podría decir más al respecto; sin embargo, no es el lugar para hacerlo.

Hecha esta salvedad, las condiciones y los comportamientos de la cognoscibilidad del derecho impulsados con aplicaciones prácticas de IA —SEJ y SC— probablemente procuren que la búsqueda¹⁰⁸,

103 LEDA sistema de asistencia al legislador que usa métodos de IA (Bourcier y Casanovas, 2003, p. 107).

104 TIMEARC *software* de investigación legal que proporciona información sobre todo el panorama, incluso histórica, que concierne a la legislación y la regulación en constante cambio (Gianluigi, 2019).

105 A través del algoritmo Generative Adversarial Nets se pueden modelar argumentos y contraargumentos que traten de advertir aquellas situaciones no reguladas en alguna disposición normativa que vaya a promulgarse.

106 Imaginemos a un SEJ o un SC que instruya «a un recién electo miembro del parlamento acerca del trámite exigido para la presentación de nuevos proyectos de ley» (Vega, 2018, p. 21).

107 «La ciencia y la técnica que tiene por objeto la elaboración conceptual y de redacción del derecho, apuntando a su accesibilidad y a su difusión» (Bourcier y Casanovas, 2003, p. 100).

108 «Las técnicas de Inteligencia Artificial suponen el reto más ambicioso emprendido hasta el momento para mejorar el proceso de búsqueda legal» (Alvite, 2003, p. 200).

la recuperación¹⁰⁹ —análisis— y la comunicación de los insumos cognitivos jurídicos deje de ser ordinaria¹¹⁰. De esta manera no solo «la actitud de las personas frente al derecho se tornaría completamente diferente» (Guibourg, 2015, p. 810), sino también la capacidad de acceder, identificar y comprender lo que expresa el derecho sobre sus conductas. Base, no siempre unidireccional, que maximiza además la confiabilidad y la calculabilidad del derecho.

En definitiva, la IA para una mayor seguridad jurídica: i) simplificaría y facilitaría la reciprocidad comunicativa¹¹¹ entre el Estado y la ciudadanía; así como, ii) configuraría una nueva orientación frente al tratamiento de la complejidad informativa —caos para conocer la información jurídica— a fin de superar el problema de la cognoscibilidad del derecho —falta de inteligibilidad de esta—, que es como se ve en parte la inseguridad jurídica.

Respecto a estas dos últimas ideas, por un lado, supone un reto adicional, si la intención es optimizar aún más la experiencia e interacción de las personas frente a la información jurídica entonces es factible asumir un nuevo paradigma denominado «inteligencia en la interfaz» (Corvalán, 2019, p. 58). Con ello se hace referencia a

109 «En la labor de clasificar documentos, revisarlos en averiguación de datos precisos, [...], la inteligencia artificial será [...] extraordinariamente eficaz, hasta el punto que se acabará confiando en la misma por defecto» (Nieva, 2018, p. 31).

110 Cabe resaltar que los SEJ informativos o los SC que potencien las condiciones de la cognoscibilidad del derecho, lo tienen que hacer teniendo en cuenta las actividades de mayor o menor complejidad que presentan. Es decir, determinada aplicación práctica de IA puede proveer una interacción sobresaliente frente a otra en función de la condición que refuerza. Aunque no descarto que la misma ventaja puede obtenerse con la participación de ambas aplicaciones.

111 Que el ciudadano pueda conocer el derecho ayuda a que se potencie su derecho a cuestionar las resoluciones judiciales conforme a lo previsto por el inc. 20 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

los agentes conversacionales¹¹², los cuales serían un excelente complemento a los SEJ informativos o los SC¹¹³. Un caso de uso jurídico público de este paradigma en Latinoamérica es Prometea¹¹⁴.

Y, por otro lado, dichas ideas parten de tres premisas que tienen que ver con el desarrollo¹¹⁵ y la funcionalidad de los SEJ informativos y los SC: i) que sean capaces de entender la consulta/pregunta de las personas en lenguaje natural; ii) que recuperen, comuniquen y expliquen las disposiciones normativas presuntamente vigentes y aplicables acompañados de otras fuentes jurídicas relacionadas, para lograr las máximas posibilidades de acceso, identificación y comprensión de estas; y iii) que proporcionen u ofrezcan respuestas pertinentes a la consulta/pregunta, en función de un grado de relevancia o de confianza, al usuario.

Sin duda es atractivo sugerir la posibilidad de que las personas puedan usar directamente las aplicaciones prácticas de la IA para

112 «Programa informático capaz de interactuar [vía escrita u oral] con humanos. El ejemplo más común [...] son los *chatbot*» (Oliva, 2017, párr. 16).

Por ejemplo, Perú cuenta con una asistente digital, llamada Sofía, en una institución pública de tributación. Este programa fue elaborado por Watson de IBM. Y en Nueva Zelanda se tiene a Sam, un chatbot sobre temas políticos.

113 Respecto a los SC, ROSS venía elaborando «una interfaz de voz que posibilite el acceso al servicio en la nube desde una tableta» (Solar, 2019, p. 95). Y Sherlock Legal próximamente aplicará «el conversational IA para facilitar el diálogo con el usuario» (Granero, 2018, p. 129).

114 Es un sistema de IA que es capaz de «predecir si se configuran situaciones y hechos sobre los cuales ya existe una tendencia jurisprudencial muy firme [...], y a su vez crea un documento vinculado a esa predicción. [Además] Prometea funciona como una especie de sabueso artificial ya que puede buscar normas, fallos, o abrir documentos o plantillas que pueden servir como base para la toma de decisiones». ¿Cómo lo hace? A través de un asistente predictivo y virtual. Este último funciona con inteligencia en la interfaz —comando de voz y chat conversacional— (Corvalán, 2019, pp. 49-ss.).

115 El tratamiento de SEJ o SC, para que asistan en alguna tarea jurídica, tiene que previamente adaptarse a un determinado contexto jurídico, por ejemplo, el peruano. En otras palabras, no basta con importar tecnología de IA y empezar a utilizarla.

saber de «inmediato la calificación deóntica de sus conductas» (Guibourg, 2015, p. 810), y así eludir por completo la asesoría de un abogado. Sin embargo, «este enfoque malinterpreta el propósito de esta tecnología [disruptiva]» (Alarie, Niblett y Yoon, 2018, p. 120) y la labor de dicho profesional, dado que las aplicaciones expuestas en este artículo, provenientes de la IA, «son simplemente la próxima generación de información jurídica» (Alarie, Niblett y Yoon, 2018, p. 120), es decir, los instrumentos de comunicación y orientación por excelencia¹¹⁶ para acercar más el derecho a las personas.

Lo dicho parece confirmar que «no se pretende ofrecer asesoramiento jurídico de la misma manera que lo hacen los abogados» (Alarie, Niblett y Yoon, 2018, p. 120). No habría que olvidar que un letrado realiza una variedad de tareas¹¹⁷ complejas para solucionar un problema jurídico, que aún no son asumidas en totalidad por alguna aplicación de IA. Pero la participación de esta en determinados rubros, como la recuperación y la comunicación de la información jurídica, amplía y refuerza la capacidad de diagnóstico del abogado o del juez para aplicar el derecho, así como altera su percepción respecto a la forma de prestar los servicios jurídicos¹¹⁸ a favor de las personas.

116 Son excelentes porque son i) potencialmente permanentes y económicos; ii) disminuyen las limitaciones de espacio y tiempo; iii) expanden con eficacia el conocimiento jurídico; iv) reformulan la búsqueda y contrarrestan la entropía en el derecho, etc.

117 «a) la selección de material jurídico relevante [...]; b) la interpretación de dicho material [...]; c) la determinación de los hechos del caso individual [...]; d) la calificación jurídica de los hechos probados [...]; e) la subsunción del caso individual en el caso genérico correspondiente [...]» (Martínez Zorrilla, 2019, pp. 157-158).

118 En la actualidad se tiene una variedad de aplicaciones de IA: i) en la predicción jurídica continental, a Jurimetría (<https://clck.ru/SHDYp>), Tirant Analytics (<https://clck.ru/SHDZX>), vlex Analytics (<https://clck.ru/SHDaC>), Doctrine (<https://www.doctrine.fr>), Case Law Analytics (<https://clck.ru/SHDbw>). Y en el ámbito anglosajón, a Lex Machina (<https://clck.ru/SHDn4>), BlueJlegal

Para terminar, solo me queda decir que la IA seguirá transformando significativamente el derecho¹¹⁹, aunque no puede descartarse la posibilidad de la resistencia constante a los cambios por parte de algunos juristas, quienes como guardianes celosos¹²⁰ temerán que se mercantilice y se les desplace de su labor jurídica, así como dudarán¹²¹ de las ventajas de la IA, a pesar de que en estos tiempos debería repararse en la irrupción de nuevas tecnologías como algo normal en el mundo jurídico.

A fin de cuentas, lo que se propone es la cooperación máxima entre las capacidades de las personas y las capacidades que ofrecen las aplicaciones prácticas de la IA aplicadas al derecho. Con miras a «forjar una asociación en la que dejemos de hacer a las máquinas lo que mejor hacen y nosotros hagamos lo que mejor hacemos» (Isaacson, 2014, p. 32). De ser así, esta idea ya no se configura como un deseo, sino como necesidad.

(<https://clck.ru/SHDnN>), LexPredict (<https://clck.ru/SHDtv>), Premonition (<https://clck.ru/SHDv4>); ii) respecto a otras labores jurídicas, el Sistema Sapiens (automatización de documentos, Brasil), LEAD (SE para la individualización de la pena, Argentina), LISA Robot Lawyer (acuerdos legales en línea) —<https://clck.ru/SHEEm>—, PretorIA (sistema de elección de tutelas en la Corte Constitucional de Colombia) —<https://clck.ru/V29H9>—, EXPERTIUS II (*moral legal management*, México), LexaGo (asesoría laboral para despachos) —<https://www.lexa-go.com>—, Luminance (análisis de documentos) —<https://www.luminance.com>—.

119 Por ejemplo, conseguir que se incorporen aplicaciones de IA en distintas actividades de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en el Perú es coherente con la finalidad propuesta por la Ley de Gobierno Digital (D. L. n.º 1412) y la Estrategia Nacional de IA de Perú publicada el 13 de mayo de 2021.

120 Son aquellos que «desean vallar a toda costa las áreas de práctica jurídica y hacerlas su dominio exclusivo» (Susskind, 2017, p. 257).

121 Debido a que los algoritmos, como base estructural de las aplicaciones de IA, pueden reforzar sesgos o «estar mal elaborados, mal formulados o haber sido alimentados de manera equivocada» (Delgado, 2019, p. 81).

7. CONCLUSIONES

En la investigación se planteó el problema de la cognoscibilidad del derecho y se propuso que podría ser superado mediante la ayuda de dos aplicaciones prácticas de IA —SEJ informativos y SC (plataformas de O/J y sistemas de Q/A)—, los cuales procuran que las personas puedan tener las mejores posibilidades de acceso, identificación y comprensión del derecho, y así lograr que orienten adecuadamente sus conductas, es decir, que adopten decisiones más informadas.

Lo relevante —el desafío— fue potenciar, con la intervención de las mencionadas aplicaciones, determinadas condiciones y comportamientos que exige la cognoscibilidad del derecho como estado ideal de la seguridad jurídica. En ese sentido, se explicó, por un lado, que respecto a la cognoscibilidad material del derecho: i) con el propósito de incentivar la accesibilidad normativa: la publicación de disposiciones normativas, así como el conocimiento de la vigencia normativa, pueden contar con la asistencia de SEJ informativos y SC; ii) a fin de lograr el alcance normativo: las nuevas políticas de codificación pueden incluir para su desarrollo cualquiera de dichos sistemas, e incluso emplear SEJ más robustos; y iii) con el objetivo de estimular la posibilidad de identificación normativa: la capacidad de identificar presuntamente la disposición y la norma aplicable concernientes a un caso en concreto, al igual que las consecuencias que regula una norma tras su (in)cumplimiento, se pueden servir de SEJ informativos o de SC.

Y, por otro lado, respecto a la cognoscibilidad intelectual del derecho: el entendimiento de las prescripciones normativas, y la capacidad de comprender las diversas opciones interpretativas que presentan las disposiciones normativas, esta última a fin de alcanzar la inteligibilidad por la determinabilidad normativa, se asistan a través de SEJ informativos o de SC.

Los saberes que hicieron viable alcanzar el objetivo de la investigación parten de asumir un concepto de seguridad jurídica entendida como la norma-principio que exige, de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la promoción de tres estados ideales: cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del derecho. La realización, en la mayor medida de lo posible, del primer estado por medio de aplicaciones prácticas de IA, no solo promueve esta, sino también refuerza la confiabilidad y la calculabilidad. Dado que entre conocer, confiar y calcular el derecho hay una relación de medio-fin no siempre unidireccional, sería conveniente indagar las implicancias de la IA a favor de los otros estados ideales que exige la seguridad jurídica.

Asimismo, es innegable el gran salto cualitativo en la recuperación y la comunicación de los insumos cognitivos jurídicos mediante los SEJ informativos y los SC (plataformas de O/J y sistemas de Q/A) que, a diferencia de los sistemas de la informática jurídica documental como el SPIJ en Perú, permiten acceder de manera inteligente, relacional y conceptual a las bases de datos jurídicos. Ventaja que hace que dichas herramientas sean consideradas idóneas para hacer frente a la complejidad informativa, esto es, al caos para acceder, identificar y comprender el derecho. Este escenario de IA para la seguridad jurídica configura una nueva interacción entre la información jurídica y las personas, a efectos de alcanzar la mayor cognoscibilidad del derecho, más aún si se asume el paradigma de inteligencia en la interfaz —agentes conversacionales— como excelentes complementos a los SEJ informativos y a los SC.

En el último apartado de la investigación pudimos constatar que existen específicos comportamientos del estado ideal de la cognoscibilidad del derecho que tienen conexión con la teoría y la técnica legislativa, razón por la cual, para advertir las posibilidades o no de su potenciación a través de aplicaciones de IA, era necesario estudiar más sobre dicha teoría, así como de los SEJ legislativos u otros. Esta labor podría abordarse como futuro tema de investigación.

A modo prospectivo, la irrupción de la IA y sus aplicaciones prácticas en el derecho no tendría que verse con ojos desalentadores, al contrario, sus ventajas y la atención en sus desventajas, deberían constituir el impulso para la reflexión de la educación y la prestación jurídica. Máxime si en la actualidad vivimos en un ecosistema de *legaltech*, por lo que no es una opción, sino una obligación estratégica abrazar la IA para ofrecer un nuevo tipo de servicio jurídico y así lograr la ansiada transformación jurídica.

REFERENCIAS

- Agrawal, A., Gans, J. y Goldfarb, A. (2019). *Máquinas predictivas. La sencilla economía de la inteligencia artificial*. Reverte.
- Aguilera, E. (2007). *Inteligencia artificial aplicada al derecho*. UNAM.
- Alarie, B., Niblett, A. y Yoon, A. H. (2018). How artificial intelligence will affect the practice of law. *University of Toronto Law Journal*, (68), 106-124.
- Alvite, M. (2003). Tendencias a la investigación sobre la recuperación de información jurídica. *Revista Española de Documentación Científica*, (26), 191-212.
- Ashley, K. (2017). *Artificial Intelligence and legal analytics*. Cambridge University Press.
- Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Marcial Pons.
- Ávila, H. (2015). Indicadores de seguridad jurídica. En Cruz, C., Fernández, C. y Ferrer, J. (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 19-28). Marcial Pons.
- Barragán, J. (2000). *Informática y decisión jurídica*. Fontamara.
- Bawden, D., Holtham, C. y Courtney, N. (1999). Perspectives on information overload. *Aslib Proceedings*, 51(8), 249-255.
- Boden, M. (2000). *Inteligencia artificial*. Turner.

- Boella, G., Di Caro, L. y Leone, V. (2019). Semi-automatic knowledge population in a legal document management system. *Artificial Intelligence and Law*, (27), 227-251.
- Boella, G., Humphreys, L., Martin, M., Rossi, P. y Van der Torre, L. (2012). Eunomos, a legal document and knowledge management system to build legal services. En Palmirani, M., Pagallo, U., Casanovas, P. y Sartor, G. (eds.), *AI approaches to the complexity of legal systems* (pp. 131-146). Springer.
- Bourcier, D. y Casanovas, P. (2003). *Inteligencia artificial y derecho*. UOC.
- Business Wire (2017, 31 de octubre). QIHAN's Sanbot robot brings litigation services to Beijing First Intermediate People's Court. <https://clck.ru/Rzbue>
- Cáceres, E. (2009). Inteligencia artificial, derecho E-Justice (el Proyecto IJJ-Conacyt). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (116), 593-611.
- Cáceres, E. (2016). *Técnicas ericksonianas para la elicitación del conocimiento judicial en un proyecto de inteligencia artificial aplicada al derecho*. UNAM.
- Cardeñosa, J. y Lasala, P. (1996). Arpo-2: An expert system for legal advice on the breach of building contracts. *Artificial Intelligence and Law*, (4), 133-156.
- Casanovas, P. (2013). Derecho, tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno. En Fabra, J. y Nuñez, A. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (vol. 1, pp. 825-887). UNAM.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2015). La seguridad jurídica en la capacitación de los jueces latinoamericanos. En Cruz, C., Fernández, C. y Ferrer, J. (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 123-154). Marcial Pons.

- Copeland, J. (1996). *Inteligencia artificial: una introducción filosófica*. Alianza.
- Corvalán, J. (2019). *Prometea. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas*. Astrea.
- Criado, I. (2019). *Inteligencia artificial, algoritmos y administraciones públicas* [Webinar]. <https://tinyurl.com/y496fusk>
- Davara, M. Á. (1994). Introducción a los sistemas expertos. *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (5), 909-920.
- Delgado, C. (2019, 4 de noviembre). Precedentes vinculantes e inteligencia artificial: ¿hacia un *automated law*? En Galič, A. y Krans, B. (coords.), *XVI World Congress on Procedural. Selected Papers for Session 5*.
- Dijkstra, J. J. (2000). User interaction with legal knowledge-based systems. En Breuker, J., Leenes, R. y Winkels, R. (eds.), *Legal knowledge and information systems. Jurix 2000: The Thirteenth Annual Conference* (pp. 11-21). IOS Press.
- Dimyadi, J., Bookman, S. y Harvey, D. (2019). Maintainable process model driven online legal expert systems. *Artificial Intelligence and Law*, (27), 93-111.
- Drago, M. e Infantes, A. (2020, 11 de junio). Derecho y sobrecarga cognitiva: muchas normas, poco tiempo y excesiva confusión [Audio en podcast]. *Empática. Behavioral Legal Design en español*. <https://tinyurl.com/ybb5rylk>
- Espinoza, J. (2019). El Sistema Peruano de Información Jurídica: un aporte eficiente a la revolución digital y el trabajo en un contexto de sistematización jurídica. *Revista Ius*, (14), 27-53.
- Galindo, F. y Lasala, M. P. (1995). Metodología para el desarrollo de sistemas jurídicos de inteligencia artificial: el prototipo ARPO-2 como ejemplo. *Scire: Representación y Organización del Conocimiento*, 1(2), 73-103.

- García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas.
- Gianluigi, F. (2019). *Automation, legislative production and modernization of the legislative machine: the new frontiers of Artificial Intelligence applied to law and e-democracy*. IOS Press.
- González Álvarez, R. (2013). *Neoprocesalismo: teoría del proceso civil eficaz*. ARA Editores.
- González Linares, N. (2013). El derecho y la seguridad jurídica. En González Álvarez, R. (ed.), *Constitución, ley y proceso* (pp. 79-111). ARA Editores.
- Granero, H. R. (s. f.). Desarrollos del departamento Sherlock Legal de inteligencia artificial.
- Granero, H. R. (2018). La inteligencia artificial aplicada al derecho: el cumplimiento del sueño de Hammurabi. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (5), 119-133.
- Guastini, R. (2011). Introducción a la teoría de la interpretación. En Pozzolo, S. y Escudero, R., *Disposición vs. norma* (pp. 157-178). Palestra Editores.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2015). Problemas de conocimiento del derecho vigente. En Cruz, C., Fernández, C. y Ferrer, J. (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 19-28). Marcial Pons.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos*. Raguél Ediciones.
- Guibourg, R. (2015). Informática jurídica. En Fabra, J. y Nuñez, A. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (t. 1, pp. 791-823). UNAM.

- Isaacson, W. (2014). *Los innovadores. Los genios que inventaron el futuro*. Debate.
- Janeček, V. (2019). Personalised dissemination of legal information. En Peruginelli, G. y Faro, S. (eds.), *Knowledge of the law in the Big Data Age* (pp. 91-100). IOS Press.
- Lepage, C. (2016). *Aplicaciones actuales de la inteligencia artificial y su uso con la tecnología IBM Watson* [Tesis de licenciatura]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Malem, J. F. (2015). Seguridad jurídica y formación de jueces y magistrados. En Cruz, C., Fernández, C. y Ferrer, J. (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 107-122). Marcial Pons.
- Malem, J. F. (2017). *Pobreza, corrupción (in)seguridad jurídica*. Marcial Pons.
- Manes, F. y Niro, M. (2019). *El cerebro del futuro, ¿cambiará la vida moderna nuestra esencia?* Paidós.
- Martínez Bahena, G. (2012). Inteligencia artificial y su aplicación al derecho. *Alegatos-Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, (82), 827-846.
- Martínez Zorrilla, D. (2019). La decisión judicial automatizada: entre la ciencia y la ficción. En Vial-Dumas, M. y Martínez Zorrilla, D. (coords.), *Pensando al juez* (pp. 151-173). Marcial Pons.
- Martino, A. (1987). *Les systèmes experts juridiques*. Centro di Riproduzione e Stampa dell'IDG.
- Martino, A. (1993). Auxilio computacional a la legislación. ¿Hacer leyes con las computadoras? En Altmark, D. (dir.), *Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional* (vol. 4, pp. 141-217). Depalma.

- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Nieva, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Oliva, R. (2017, 18 de diciembre). La inteligencia artificial en el sector legal. *Algoritmo legal*. <https://www.algoritmolegal.com/tecnologias-disruptivas/la-inteligencia-artificial-en-el-sector-legal/>
- Oliver, N. (2018). Una nueva etapa dorada para la inteligencia artificial. *Harvard Deusto Business Review*, (274), 43-45.
- Oskamp, A. y Lauritsen, M. (2002). AI in law practice? So far, not much. *Artificial Intelligence and Law*, 10(4), 227-236.
- Oskamp, A., Tragter, M. y Groendijk, C. (1995). AI and law: What about the future? *Artificial Intelligence and Law*, (3), 209-215.
- Pérez, A. E. (2009). *Ensayos de informática jurídica*. Fontamara.
- Recasens, L. (1961). *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Porrúa.
- Russell, S. y Norvig, P. (2004). *Inteligencia artificial: un enfoque moderno* (2.ª ed.). Pearson Prentice Hall.
- Samaca, A. F. (2016). *Inteligencia artificial aplicada al derecho* [Tesis de grado]. Universidad Santo Tomás.
- Sánchez, L. (2018). Las invenciones generadas por inteligencia artificial y sus implicaciones para el derecho de patentes. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (5), 49-84.
- Sartor, G. (2000). ¿Una nuova lógica giuridica per l'argomentazione telemática? En *Scrittura e diritto. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (pp. 177-210). Giuffrè.
- Schauer, F. (2015). *Fuerza de ley*. Palestra Editores.

- Solar, J. I. (2019). *La inteligencia artificial jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del derecho y el mercado de servicios jurídicos*. Aranzadi.
- Susskind, R. (2017). *El abogado del mañana. Una introducción a tu futuro*. Wolters Kluwer.
- Trazegnies, F. de (2013). ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Revista Ius et Veritas*, (47), 112-130.
- Tribunal Constitucional (2003). Expediente n.º 0016-2002-AI/TC. Lima: 30 de abril de 2003.
- Vargas, T. G. (2015). *Bases de datos. Pasado, presente y futuro* [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid.
- Vargas Velez, O. (2021). Juez inteligente. Sistema experto que asiste al juez en la valoración de la prueba judicial. *Revista de Derecho y Sociedad*, (5), 1-24.
- Vega, J. (2018). Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas para una gobernanza eficaz. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (5), 13-48.
- Yoon, A. (2016). The post-modern lawyer: technology and the democratization of legal representation. *The University of Toronto Law Journal*, 66(4), 456-471.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 119-139

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.572

Un sistema de control casero en el Poder Judicial peruano

A homemade control system for the Peruvian courts



DANTE RAMÓN GUERRERO BARRETO

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)
(Lima, Perú)

Contacto: dguerrero@oefa.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1941-2446>

RESUMEN

Este trabajo plantea una alternativa para complementar los esfuerzos realizados por el Poder Judicial peruano para mejorar la eficiencia de los procesos judiciales a través del uso de tecnologías de la información. Para ello se describen los problemas de este poder del Estado que han sido identificados por distintos estudios en los últimos años, se explica en qué consiste un sistema de control y se narra una historia real ocurrida en Perú que demuestra que lo propuesto es viable.

Palabras clave: informática; sistema de control; innovación judicial.

Términos de indización: informática, poder político (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

This work proposes an alternative to supplement the efforts made by the Peruvian Judiciary to improve the efficiency of judicial proceedings using information technologies. To this effect, the problems of this State Branch identified by the different studies issued in the past few years are described, explaining what a control system consists of and including a real story that occurred in Peru that proves that the proposal is viable.

Key words: information technology; control system; judicial innovation.

Indexing terms: computer science, political power (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 01/04/2022

Revisado: 07/06/2022

Aceptado: 09/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. LOS PROBLEMAS DEL PODER JUDICIAL PERUANO

Un problema puede ser conceptualizado como «una situación desagradable para alguien» e identificarlo es el primer paso para establecer una estrategia de solución (Ferreiro y Alcázar, 2017, p. 112). En nuestro caso, esta definición nos lleva a preguntarnos: ¿qué es lo que nos desagrada sobre el funcionamiento del Poder Judicial peruano?

En respuesta a la pregunta planteada, podemos decir que el Poder Judicial peruano es una institución poco confiable, lenta y que proporciona una mala experiencia al usuario. De hecho, el World Economic Forum colocó al Perú en el puesto 134 de 141 al evaluar la eficiencia de su marco legal para resolver disputas (Schwab, 2019, p. 459).

En los estudios realizados por *Gaceta Jurídica* (Gutiérrez, 2015) y por el Consejo Privado de Competitividad (2019, pp. 108-ss.) se identificó un conjunto de factores que contribuyen a explicar esta situación:

- Inadecuado modelo de acceso, permanencia y promoción en la carrera judicial, que lleva a un desprestigio de esta y a dificultades para atraer talento (existe un alto número de sanciones y destituciones por parte del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura, órganos que han sido implicados en escándalos mediáticos).
- Alta provisionalidad de los jueces (alrededor del 40 % de los más de tres mil jueces son provisionales).
- Deficiencias en la gestión del despacho judicial, lo que conduce a una baja capacidad de los equipos para hacer frente a la carga procesal (más del 55 % de los millones de expedientes en trámite es arrastrado de años anteriores y cada año la Corte Suprema —que en muchos casos se ha convertido en una «tercera instancia»— recibe más expedientes de los que resuelve).
- Demoras ocasionadas por la alta litigiosidad del Estado¹, el retraso en la entrega de las notificaciones judiciales, el cambio de jueces, la ausencia de jueces durante la tarde, los actos dilatorios de los abogados y las huelgas del Poder Judicial (los procesos tardan entre tres y cuatro años más de lo previsto, existen casos que se han extendido por más de cuarenta años)².

1 De acuerdo con *Gaceta Jurídica*, existen estudios que establecen que el 38 % de los abogados consultados consideraba que parte de la demora ocurre porque el Estado es el principal litigante del país (Gutiérrez, 2015, p. 36).

2 Esto pese a las reformas implementadas para optimizar la justicia, como la ampliación de las competencias notariales, la implementación de los nuevos códigos procesales laboral y penal y la creación de juzgados especializados como los tributarios y comerciales.

- Escasa predictibilidad de las decisiones judiciales (la Corte Suprema solo ha emitido nueve plenos casatorios) e inexistente sistematización de las sentencias (el Doing Business 2019 califica con cero puntos al Perú en el rubro «Índice de automatización de las cortes»).
- Bajo nivel de inversión en bienes en el presupuesto del Poder Judicial (la mayor parte es utilizado para pagar el gasto corriente, como la planilla, y menos del 3 % es invertido en gastos de capital).
- Poca duración de la gestión de la cabeza del Poder Judicial (lo que dificulta implementar medidas de gestión de largo plazo)³ y falta de capacidad técnica en el órgano de gobierno (ya que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se encuentra conformado por jueces, que normalmente no cuentan con formación en aspectos administrativos, financieros, ni tecnológicos).

Una vez que un problema ha sido identificado, es necesario preparar una estrategia que permita transformar la situación que resulta desagradable en una que sea deseada. Esta estrategia debe ser aterrizada en un plan de acción donde se definan qué acciones serán realizadas, así como cuándo y quién las llevará a cabo.

El Consejo Privado de Competitividad (2019) realizó quince recomendaciones para mejorar el Poder Judicial; sin embargo, diez de ellas consisten en la aprobación o modificación de leyes, leyes orgánicas e, incluso, de la Constitución (p. 144). Esto hace

3 De acuerdo con lo establecido en los artículos 73 y 74 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, el presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial, es elegido por un período de dos años y no admite reelección.

que gran parte de la solución propuesta por esta institución deba ser implementada por el Congreso de la República.

A continuación, expondremos una propuesta que puede ser implementada por un juzgado. Como veremos, esta propuesta tiene la ventaja de ser adaptable y escalable a distintas realidades.

2. UN SISTEMA DE CONTROL CASERO

El Poder Judicial peruano, como cualquier entidad del Estado, tiene muchos aspectos en común con una empresa⁴. Las empresas y las entidades públicas son organizaciones de personas que poseen recursos limitados y se encuentran —o por lo menos debieran encontrarse— orientadas al logro de un objetivo en medio de un contexto determinado⁵.

Para conseguir su objetivo, una empresa —así como cualquier organización de personas— debe diseñar una estrategia que le permita movilizarse desde una situación inicial (que normalmente no le agrada) hasta el objetivo que se haya trazado (una situación deseada). En otras palabras, la empresa debe definir una estrategia que le permita resolver un problema (o aprovechar una oportunidad).

Para poder ejecutar la estrategia, es necesario que las empresas organicen a las personas asignándoles roles —de allí que se

4 Aunque soy consciente de las diferencias, para los efectos de este trabajo y con la finalidad de simplificar el uso del lenguaje, utilizaré indistintamente el término «empresa» en los diferentes sentidos que recogen Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez-Calero (2009, pp. 99-ss.) y no la distinguiré de lo que es propiamente el empresario.

5 Pancorvo Corcuera (2014) define a la organización como un «conjunto de personas que coordinan sus acciones con el propósito de lograr ciertas metas o resultados compartidos» (p. 19), y Roberts (2004) señala que «una empresa obtiene buenos resultados buscando y manteniendo la coherencia entre tres elementos: su estrategia, el diseño de su organización y el entorno en el que opera» (p. 21).

denominan «organizaciones»— y establezcan sistemas de control que les permiten determinar si están cerca o lejos de su objetivo⁶.

A diferencia de una empresa, en una entidad pública existen determinados aspectos que vienen dados por el ordenamiento jurídico y que es complicado modificar. Esto ocurre, por ejemplo, con el objetivo de cada entidad y su organización (por lo menos hasta cierto nivel). En el caso del Poder Judicial peruano, estos aspectos se encuentran definidos en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de este poder del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, y las normas que lo complementan⁷.

Por otro lado, existen también aspectos del funcionamiento de las entidades públicas que quedan al margen del ordenamiento jurídico, como ocurre normalmente con los sistemas de control. Estos, pese a su importancia, no suelen ser regulados en normas con rango legal y quedan sometidos al ámbito de discrecionalidad de los responsables de cada organización.

2.1. Control directivo y sistema de control

En su tesis doctoral, Enkelejda Ymeri (2016) revisa los conceptos que autores clásicos del *management* —como Fayol, Chester Barnard y Pérez López— han dado al denominado «control directivo», y concluye que estos coinciden en que se trata de una función esencial que debe incorporar cada uno de los aspectos importantes que propician el logro del propósito de la organización (pp. 12-13).

Al conjunto de herramientas que facilitan el control directivo se le conoce como sistema de control. Estas herramientas pueden tener

6 Como indican Mullins y Komisar (2010): «Un CEO aprecia poder disponer de instantáneas rápidas de todo, desde la rotación de los empleados hasta los resultados de venta, pasando por los saldos de las cuentas bancarias» (p. 62).

7 Como el Reglamento de Organización y Funciones del Poder Judicial, aprobado mediante la Resolución Administrativa n.º 226-2021-CE-PJ.

distintos niveles de sofisticación, que van desde un cuadro de mando escrito a mano por un muchacho que emprende un negocio de venta de limonada hasta un sistema computarizado que se encuentra conectado a una red de sensores que proveen información sobre el funcionamiento de múltiples fábricas ubicadas en distintos países (Mullins y Komisar, 2010, pp. 57-ss.).

Lo que tienen en común las herramientas que conforman los sistemas de control es que permiten recopilar información más o menos completa sobre la actividad de una organización. La información recopilada por estos sistemas es un insumo muy importante para que un directivo tome decisiones que permitan que la organización logre sus objetivos.

2.2. Los sistemas informáticos del Poder Judicial peruano

Existen distintos tipos de sistemas de control y la elección del sistema correcto dependerá de qué es aquello que se busca controlar. En el caso del Poder Judicial peruano, donde predominan los procesos judiciales escritos, lo que interesa es contar con una herramienta que nos permita controlar el flujo de documentos que conforman cada expediente judicial desde que se ingresa una demanda hasta que se notifica la sentencia final. Esta herramienta debería permitirnos responder a preguntas como: ¿cuántos expedientes se encuentran en trámite a la fecha?, ¿en qué materias?, ¿en qué juzgados?, ¿cuál es su porcentaje de avance?, ¿cuál es el plazo promedio para la tramitación de un expediente?, ¿cuáles son los juzgados que tramitan los expedientes con mayor y menor celeridad?, ¿cuál es el porcentaje de decisiones que son revocadas por las instancias superiores y por qué motivos?, entre otras⁸.

8 Sirva como ejemplo la información que se encuentra en los informes *La justicia dato a dato*, que pueden encontrarse en el portal web del Poder Judicial de España (Poder Judicial de España, s. f.).

Cuando se piensa en la adopción de una herramienta de esta naturaleza, lo usual es considerar la implementación de un sistema informático. De hecho, hoy en día existe un creciente número de países que han implementado sistemas informáticos que facilitan la gestión de los procesos judiciales⁹.

En el Perú se cuenta con el denominado Sistema Integrado Judicial o SIJ, que —según los considerandos de la Resolución Administrativa n.º 181-2004-CE-PJ¹⁰— fue desarrollado por la Gerencia de Informática del Poder Judicial como una solución estándar a la problemática de heterogeneidad en el manejo de la información en la institución y a la fecha viene siendo objeto de diversas mejoras e implementación de nuevas funcionalidades¹¹. Asimismo, se han desarrollado otras aplicaciones, que se integran con el SIJ, como el Expediente Judicial Electrónico (EJE) y la Mesa de Partes Electrónica (MPE), que van siendo implementadas de manera gradual por las cortes y los juzgados peruanos¹².

Si bien estas herramientas pueden ser consideradas como verdaderos sistemas de control, considero que hacen falta algunas

9 Un ejemplo de esto es el Sistema de Gestión de Justicia AVANTIUS, que es utilizado por los juzgados de varias regiones de España (Tracasa Global, s. f.).

10 Mediante esta resolución se aprobó la Directiva n.º 008-2004-GG-PJ, que establece las «Normas para la implantación del Sistema Integrado Judicial-SIJ» en el Poder Judicial. Es interesante observar que esta norma fue precedida por la Resolución Administrativa n.º 011-2004-CE-PJ, que aprobó la Directiva n.º 001-2004-CE-PJ, que regula la «Estandarización del software de base en el Poder Judicial», lo que sugiere que —de forma contraria a lo que normalmente se piensa— desde hace varios años ha existido un esfuerzo intenso y continuo por ordenar el desarrollo de los sistemas de información en el Poder Judicial peruano (Poder Judicial del Perú, s. f.).

11 Por ejemplo, a mediados del 2021 se dispuso la implementación de la nueva funcionalidad de elevación de expedientes judiciales físicos digitalizados a la mesa de partes de la Corte Suprema de Justicia de la República.

12 Para más información sobre el EJE y la MPE, es posible visitar el portal web habilitado para difundir estas iniciativas: https://eje.pe/wps/wcm/connect/EJE/s_eje/as_inicio/

mejoras que permitan que los operadores de justicia tengan información en tiempo real sobre el progreso de sus actividades. En este sentido, lo que propondré en los apartados siguientes no debería ser considerado un reemplazo del SIJ, el EJE y la MPE, sino más bien una propuesta para potenciar los alcances de estas herramientas.

2.3. Cómo construir un sistema de control casero

Como hemos indicado anteriormente, un sistema de control podría consistir en un documento escrito a mano. La sofisticación informática, aunque es deseable, no es imprescindible para controlar un proceso. Así las cosas, podemos preguntarnos: ¿y qué sí es importante para generar un sistema de control?

Lo que es verdaderamente importante al implementar un sistema de control es que este nos permita medir los elementos críticos de nuestro proceso. En otras palabras, el sistema cumplirá su misión si nos permite tener a la mano la información que necesitamos para lograr nuestro objetivo. Por ejemplo, si nuestro objetivo fuese ahorrar una cantidad determinada de dinero en una alcancía, nuestro sistema de control nos debería permitir saber cuánto dinero tenemos en cada momento y qué tan lejos estamos —en términos de tiempo— de lograr nuestro resultado.

El primer paso para diseñar un sistema de control es entender el proceso que queremos controlar. Esto nos debería llevar a responder a las siguientes preguntas: ¿qué actividades se realizan en el proceso?, ¿cómo se relacionan unas actividades con otras?, ¿qué decisiones se toman?, ¿qué entradas y salidas existen?, ¿en qué momento se genera nueva información?

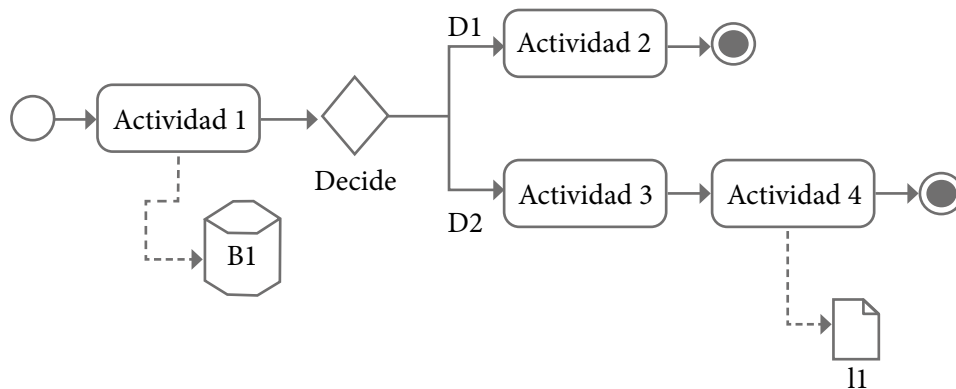
Normalmente, la forma más rápida y sencilla de entender un proceso es dibujándolo. El dibujo debe ser simple y preferiblemente esquemático, utilizando símbolos que representen los distintos elementos del proceso y expresando el orden en el que se

realizan las actividades. Si el proceso es pequeño y es de interés de pocas personas, bastará con explicar el diagrama y asegurarse de que los involucrados lo entiendan; pero si es complejo y es necesario que más personas lo comprendan, se aconseja utilizar una simbología estandarizada —como el *Business Process Model and Notation* (BPMN)¹³— que facilite a quienes la conozcan el entendimiento del proceso diagramado.

Aunque un diagrama puede ser elaborado con lápiz y papel, existe una gran cantidad de herramientas que facilitan esta tarea y que es recomendable utilizar. Una de ellas es el programa gratuito Dia Diagram Editor, que permite diagramar en BPMN y es muy fácil de emplear¹⁴. A continuación, colocaré un ejemplo de un diagrama elaborado en dicho programa.

Figura 1

Ejemplo de diagrama generado en Dia utilizando BPMN



Fuente: Elaboración propia.

13 El BPMN es una notación estandarizada relativamente difundida en el mundo que permite transmitir el conocimiento sobre un determinado proceso de forma estandarizada (Object Management Group, s. f.).

14 Dia Diagram Editor es un programa de escritorio gratuito que puede utilizarse en distintos sistemas operativos —como, por ejemplo, Windows, Mac OS X y Linux— y que permite generar distintos tipos de diagramas, entre los que destacan los que utilizan BPMN (Macke, s. f.).

Una vez que el proceso ha sido diagramado, este resulta más fácil de comprender, difundir y estandarizar, eliminando las diferencias en la ejecución que eran propias de cada individuo. En el Estado peruano, existe un documento denominado «Manual de procedimientos» o «MAPRO», cuya finalidad es documentar los procesos para institucionalizarlos.

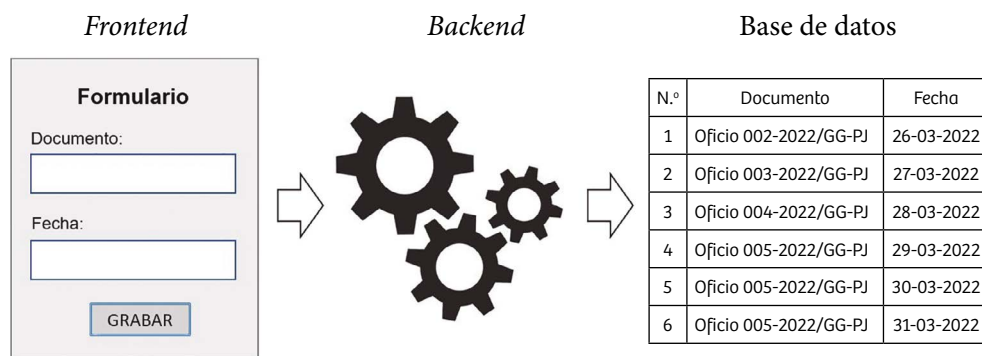
El paso siguiente consiste en identificar qué información sobre el proceso es la que interesa a efectos de controlar el resultado. Al respecto, es importante tener en cuenta que la información suele estar asociada a un costo y no es igualmente valiosa, por lo que es necesario realizar un análisis que permita seleccionar qué información conviene recabar y diseñar un mecanismo de registro.

Los mecanismos que pueden ser utilizados para registrar información son bastante variados. En algunos casos esta será registrada de manera automática (utilizando cámaras o sensores), mientras que en otras situaciones será necesaria la intervención humana (ya sea colocando marcas en una pared, escribiendo la información en un documento o digitándola a través de una PC u otro dispositivo). Pese a esta diversidad, lo normal es que la información termine siendo almacenada en algún tipo de soporte, ya sea físico o digital.

Herramientas informáticas como el SIJ son mecanismos de registro que poseen al menos tres partes: aquello que el usuario ve y con lo que interactúa (el *frontend*), el procesamiento interno de la información donde se encuentra la lógica de la herramienta (el *backend*) y el soporte donde se almacena la información (la base de datos). El manejo y la construcción profesional de cada una de estas partes requiere de habilidades distintas, pero es posible encontrar programas que simplifican la tarea.

Figura 2

Ejemplo de mecanismo de registro



Fuente: Elaboración propia.

En la medida en que la información organizada en una base de datos alcance un volumen relevante, lo que sigue será facilitar su visualización. Ello en tanto que los formatos de tabla —en los que será usual encontrar la información de una base de datos— requieren de cierto esfuerzo de procesamiento para obtener la información que el directivo requiere para tomar una decisión. Esta suele estar compuesta por «indicadores» que sintetizan los datos recabados para expresar una medida o resultado. En este sentido, la representación gráfica de la información facilita la comprensión de los indicadores y permite presentar aquello que un decisor necesita conocer.

Existen diversas maneras de generar reportes con indicadores y gráficos. Excel permite crear gráficos que pueden ser colocados en un archivo de texto en Word o en una presentación de Power-Point para generar reportes estáticos, pero esta forma de trabajar obliga a establecer fechas de corte en la información y la actualización de los reportes —según el tamaño y la complejidad de la información recabada— representa una tarea ardua. En cambio, existen herramientas gratuitas como Google Data Studio o Tableau, que

permiten generar reportes y mecanismos de visualización de datos que —luego de ser conectados a una base de datos— se actualizan automáticamente y en tiempo real.

Figura 3

Logos de Tableau y de Google Data Studio

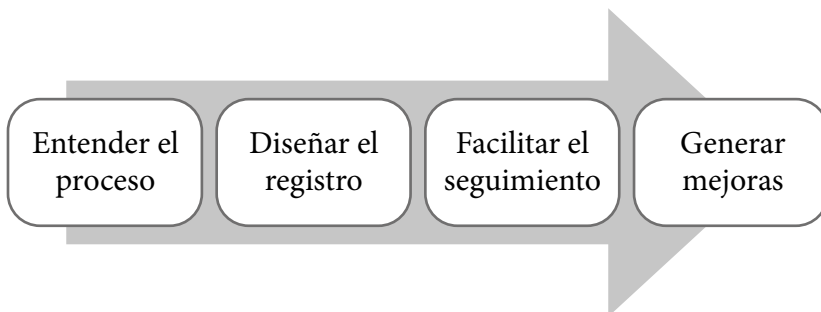


Fuente: Extraídos de la web.

Con lo desarrollado hasta este momento, es posible indicar que tenemos ya un sistema de control hecho en casa. La claridad respecto del proceso permite seleccionar qué información será útil para construir los indicadores más apropiados para controlar el proceso, y un buen mecanismo de registro, asociado a un sistema de reportes diseñado a la medida, nos permitirá realizar un seguimiento constante y evaluar el desempeño del proceso. Si la evaluación es bien realizada y se adoptan decisiones correctas, ello nos permitirá entrar en un proceso de mejora continua.

Figura 4

Pasos para construir un sistema de control



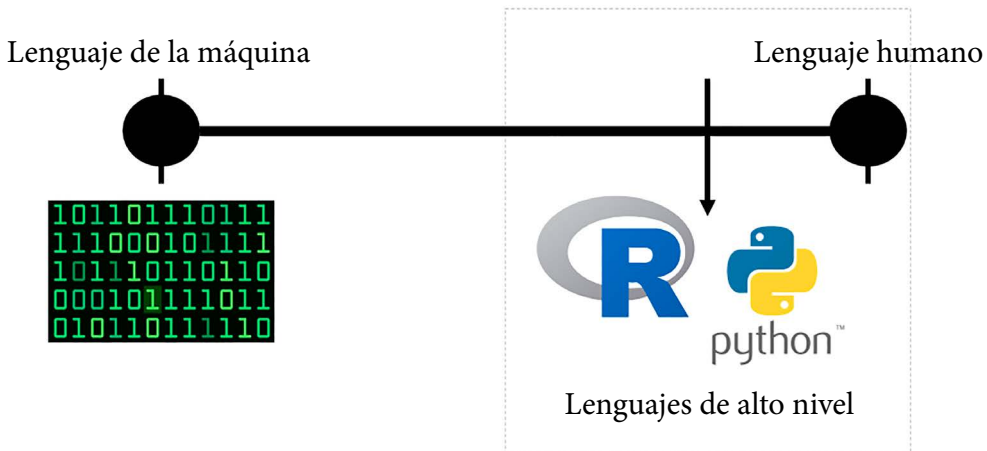
Fuente: Elaboración propia.

2.4. Sistemas de control digitales y lenguajes de programación de alto nivel

Una vez que se ha construido un sistema de control que ordena la información más importante de un proceso en una base de datos que se almacena en un soporte digital, se puede utilizar dicha información para automatizar un conjunto de tareas a través del lenguaje de programación.

El lenguaje de programación se utiliza para dar instrucciones a una máquina. Como las máquinas entienden el lenguaje binario (de 0 y 1), que es muy complicado para un humano, los lenguajes de programación sirven como punto medio de comunicación —algunos se compilan y otros utilizan intérpretes— para escribir las instrucciones. Mientras más se parece un lenguaje de programación al lenguaje humano, se le clasifica como un lenguaje de programación de alto nivel.

Figura 5
Lenguajes de programación de alto nivel



Fuente: Elaboración propia.

Por su parecido con el lenguaje humano (concretamente, con el inglés), los lenguajes de programación de alto nivel —como R y Python— son muy fáciles de aprender y permiten escribir archivos de texto plano (sin formato) con instrucciones para una máquina. Es posible pedirle a la máquina que lea y ejecute dichas instrucciones de manera programada en un horario específico, con lo que se consigue cierta automatización de tareas.

Existe un universo ilimitado de posibles tareas que pueden ser encargadas a una máquina a través de este método. Por ejemplificar esta realidad, a continuación, colocaré una lista de posibles tareas que pueden ser encomendadas a una máquina mediante este método:

- Verifica la información contenida en una base de datos y filtra aquellos casos que identifique como «vencidos» —es decir, que haya superado determinada fecha sin que se cumpla una condición preestablecida— y envía correos electrónicos a las personas que se encuentren involucradas en dichos casos informándoles del vencimiento.
- Revisa una carpeta de archivos y genera una lista ordenada alfabéticamente de todos aquellos que posean determinado formato —como .pdf, .jpg o .png, que son normalmente los formatos en los que se encuentran los medios probatorios en un expediente— para incorporarla en un documento en Word que lleve por título «Medios probatorios admitidos al proceso».
- Identifica todas las fechas que se hubiesen colocado en un documento y construye una línea de tiempo ordenando los hechos asociados a dichas fechas.
- Y muchas más que la creatividad permita construir.

Es interesante imaginar cuáles serían las posibilidades al implementar este tipo de herramientas al trabajo de una entidad pública. Aunque probablemente no sea necesario recurrir a la fantasía, toda

vez que existe un caso peruano de una entidad que ha generado sistemas de control y ha empezado a implementar el uso de R y Python para automatizar parte del trabajo que realiza diariamente. A continuación, revisaremos este caso.

3. UN CASO PERUANO

La Subdirección de Seguimiento de Entidades de Fiscalización Ambiental (en adelante, SEFA) es una oficina de la Dirección de Políticas y Estrategias de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) que está encargada de varias tareas al interior del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (SINEFA).

Entre las tareas que debe realizar el equipo de la SEFA se encuentra la administración del Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA), la coordinación con las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental y el seguimiento a las acciones realizadas por las 1917 entidades de fiscalización ambiental en todo el territorio nacional para enfrentar los distintos problemas ambientales de su competencia. Debido a estas tareas, el pequeño equipo de la SEFA lidia con una carga mensual compuesta por miles de documentos que ingresan y salen diariamente por el sistema de trámite documentario del OEFA (el SIGED).

A inicios del año 2018, este equipo tenía severos problemas para organizar la información contenida en los documentos que recibía desde todos los extremos del país. Los destinatarios de sus servicios —que eran ciudadanos, fiscales y otras entidades públicas— se encontraban bastante insatisfechos con la velocidad y la calidad de la atención brindada por la SEFA.

Cansados de esta situación, los miembros del equipo de la SEFA decidieron implementar un sistema de control elaborado por ellos mismos. Con este objetivo en mente, dibujaron a mano

diagramas que representaban los procesos que tenían a su cargo y —basándose en dichos dibujos— diseñaron tablas en Excel que servían para obtener información sobre las distintas actividades que desarrollaban desde que iniciaba un proceso hasta que este acababa.

La información conseguida empezó a ser utilizada en reuniones periódicas en las que participaba todo el equipo, incluyendo a directivos, especialistas, practicantes y personal administrativo. Al principio, para estas reuniones se elaboraban presentaciones en PowerPoint con gráficos que informaban el comportamiento de los principales indicadores de la oficina: cantidad de pedidos de información recibidos, cantidad de documentos elaborados, plazos promedio de atención, entre otros.

Con el transcurrir del tiempo, para facilitar el trabajo colaborativo y la recolección de información, se reemplazaron los archivos en Excel por hojas de cálculo en línea de Google Sheets —que eran almacenadas en carpetas compartidas de Google Drive— y las personas encargadas de preparar las presentaciones en PowerPoint descubrieron Google Data Studio y Tableau, y elaboraron tableros de control que vincularon a los registros. Esto permitió que todo el equipo de la SEFA cuente con información en tiempo real sobre el desempeño de cada uno de los procesos a su cargo.

Los primeros resultados no aparecieron de inmediato, pero al cabo de un tiempo los números de la oficina empezaron a mejorar. Se redujo el tiempo promedio de atención de los pedidos de información y el equipo de la SEFA se comprometió con un proceso de mejora continua que lo llevó a innovar en el uso de la información. En este punto, algunos de los cambios introducidos en sus procesos fueron reconocidos como Buenas Prácticas de la Gestión Pública por la Organización Ciudadanos al Día.

Cuando llegó marzo de 2020, el equipo de la SEFA había adoptado el «principio de especialización del trabajo», por el que se buscaba

que cada persona se encargue de una tarea específica dentro de un proceso, estableciendo metas para cada individuo en función de la complejidad del trabajo que realizaba y de su nivel remunerativo. Además, el equipo de la SEFA poseía «sistemas de control caseros» para cada uno de los subequipos que conformaban la oficina y prácticamente todos sus documentos se encontraban digitalizados¹⁵. Por este motivo, cuando el Gobierno ordenó el aislamiento social obligatorio y no fue posible regresar a la oficina, el equipo de la SEFA pudo continuar sus labores desde casa.

Debido a su compromiso con la mejora continua, durante los años 2020 y 2021 el equipo de la SEFA encontró nuevas formas de innovar. Al rozar los límites de lo que se podía hacer con las herramientas que se habían utilizado hasta la fecha, parte del equipo decidió incursionar en el aprendizaje de lenguajes de programación de alto nivel.

El primero de los lenguajes de programación que utilizaron fue R. Con este, el equipo ha conseguido automatizar lo siguiente:

- La generación de copias de seguridad de las hojas de cálculo en las que almacena la información de sus procesos. Esto evita que se pierda información de manera accidental y proporciona un respaldo que puede ser utilizado para diversos fines (como el control de calidad o la comparación de la situación de la información en distintos momentos).
- La descarga de información que se almacena en el servidor del OEFA, lo que permite colocar dicha información en hojas de cálculo almacenadas en Google Drive. De esta manera, el equipo puede relacionar la información que se encuentra en

15 Como dato de contexto, es preciso mencionar que antes de que comenzara la pandemia producida por la COVID-19, el OEFA inició un proceso de modernización de su sistema de trámite documental que buscaba erradicar la necesidad de utilizar papel.

sus propios registros con la información que es obtenida a través de aplicativos web diseñados por la Oficina de Tecnologías de la Información del OEFA¹⁶.

- La generación masiva de correos electrónicos y documentos —como oficios, memorandos y cartas— para requerir o proporcionar información a las 1917 entidades de fiscalización ambiental en todo el país.
- El análisis estadístico de la información histórica recabada durante largos períodos para promover la mejora regulatoria y la implementación de políticas públicas basadas en la evidencia.

Actualmente, el equipo de la SEFA está concentrado en el desarrollo de un aplicativo de escritorio que permite ingresar y almacenar información en hojas de cálculo de Google Sheets. Este proyecto se está trabajando en Python.

Los proyectos que han sido mencionados en este apartado pueden ser revisados en el repositorio de GitHub de la SEFA (Repositorios de SEFA, 2021). Dicho repositorio fue creado con la intención de compartir las herramientas desarrolladas por la SEFA con otras entidades públicas que puedan utilizarlas.

4. HOLA MUNDO: ES HORA DE UNA REVOLUCIÓN

Una especie de tradición en el mundo de la programación consiste en que el primer código que un programador novato debe escribir es `print("Hello world")`, lo que al ejecutar ocasiona que la frase «Hello world», que significa «Hola mundo», aparezca en la consola.

16 Es importante indicar que esto no habría sido posible sin la colaboración de la Oficina de Tecnologías de la Información del OEFA. Dicha oficina ha contribuido al proceso de aprendizaje de los miembros del equipo de la SEFA y su trabajo conjunto es lo que ha abierto las posibilidades de un mundo de innovación.

No estoy seguro de cómo ni cuándo empezó a hacerse esto¹⁷, pero —como yo soy un abogado que accidentalmente entró en el mundo de la programación— me resulta una manera apropiada de empezar algo.

Me gustaría pensar que este artículo animará a algún funcionario público, juez o abogado a crear su propio «sistema de control casero».

REFERENCIAS

- Consejo Privado de Competitividad (2019). *Informe de competitividad*. <https://www.compite.pe/publicacion/informe-de-competitividad-2019/>
- D'Ors, X. (2004). *Derecho privado romano* (10.^a ed.). Ediciones Universidad de Navarra.
- Ferreiro, P. y Alcázar, M. (2017). *Gobierno de personas en la empresa: Vol. 3. Personas y organizaciones*. PAD.
- Gutiérrez, W. (dir.). (2015). *La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015*. Gaceta Jurídica.
- Macke, S. (s. f.). *Dia Diagram Editor*. <http://dia-installer.de/index.html.en>
- Mullins, J. y Komisar, R. (2010). *Mejorando el modelo de negocio. Cómo transformar su modelo de negocio en un Plan B viable*. Profit Editorial.
- Object Management Group (s. f.). *Charter. Business Process Model and Notation*. <https://www.bpmn.org/>
- Pancorvo, J. (2014). *Organizaciones de servicios* (4.^a ed.). Cadillo Editorial Imprenta.

17 Algunas referencias pueden ser encontradas en el Jargon File (Raymound, 2003).

- Poder Judicial de España (s. f.). *La justicia dato a dato*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/>
- Poder Judicial del Perú. (s. f.). Resoluciones Administrativas del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/corte-suprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_consejo_ejecutivo/as_resoluciones_administrativas
- Raymound, E. S. (2003). *The Jargon File*. <http://www.catb.org/jargon/html/index.html>
- Repositorios de SEFA (2021). GitHub. <https://github.com/repositoriosdesefa>
- Roberts, J. (2004). *La empresa moderna. Organización, estrategia y resultados*. Antoni Bosch, editor.
- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. (2009). *Instituciones de Derecho Mercantil* (vol. 1, 32.^a ed.). Thomson Reuters.
- Schwab, K. (ed.). (2019). *The Global Competitiveness Report 2019*. World Economic Forum. <https://www.weforum.org/reports/how-to-end-a-decade-of-lost-productivity-growth>
- Tracasa Global (s. f.). *AVANTIUS Sistema de Gestión Procesal de Justicia*. <https://tracasa.es/proyectos/avantius-sistema-de-gestion-procesal-de-justicia/#prettyPhoto>
- Ymeri, E. (2016). *Sistemas de dirección y de control en la empresa albanesa antes y después del cambio político y social de los años 90: un análisis de los condicionantes del sistema económico para la dirección de organizaciones* [Tesis doctoral, Universidad de Piura]. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3078>



Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 141-168

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.552

Violencia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información: el delito de acoso sexual

Violence in the context of new information technologies: the crime of sexual harassment



FÉLIX ANDRÉS ALCALÁ MOLINA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: felix.alcala@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9549-9462>

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo describir la violencia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información: el delito de acoso sexual. En ese sentido, el internet ha permitido que el hombre desarrolle nuevas facetas y logre comunicarse mediante las redes sociales, esto es una auténtica revolución para la sociedad. Desde que el Gobierno peruano dispuso el aislamiento social obligatorio a causa de la pandemia por la COVID-19, los delincuentes informáticos, los pederastas, los *stalkers* obtuvieron una gran ventaja para perpetrar acciones criminales. Actualmente la violencia en todas sus modalidades a nivel mundial está considerada como un problema de salud pública, y el ciberacoso se ha mostrado como

una nueva forma de violencia psicológica que ocasiona problemas de estrés, humillación, ansiedad, depresión en la población más vulnerable.

Palabras clave: acoso; acoso escolar; ciberacoso; red social; violencia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Términos de indización: derecho del ciberespacio, acoso (Fuente: Tesauruso Unesco).

ABSTRACT

The purpose of this article is to describe the violence in the context of new information technologies: the crime of sexual harassment. In this regard, the internet has allowed mankind to develop new facets and to communicate using the social media, an authentic revolution for society as a whole. From the time that the Peruvian Government ordered mandatory social distancing as a result of the COVID-19 pandemic, the cyber criminals, pedophiles and stalkers obtained a great advantage to perpetrate crimes. At present, the worldwide violence in all its forms is considered a public health problem, and cyberstalking has become a new form of psychological violence that causes stress, humiliation, anxiety and depression in the most vulnerable population.

Key words: stalking; bullying; cyberstalking; social media; violence in the context of new information and communication technologies.

Indexing terms: cyberspace law, bullying (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 23/01/2022

Revisado: 07/06/2022

Aceptado: 09/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

En un estudio sobre acoso escolar (Alba, 2020) se establece que las tecnologías de la información y la comunicación, denominadas como TIC, han desempeñado una figura trascendental en las comunicaciones digitales y en el desarrollo de la sociedad. Su único objetivo es compartir información, contenidos digitales de diferente índole, así como conocer a personas de otros lugares. Sin embargo, el desarrollo de las TIC ha permitido cambiar las relaciones sociales, las interacciones con la sociedad. Cabe señalar que los medios de comunicación digital, tales como las redes sociales, los mensajes de texto y los correos electrónicos son el escenario actual de la población más joven. Esto ha generado diferentes problemas y vacíos legales al momento de imputar el delito por ciertas deficiencias y problemas en la interpretación de la ley; aunado a ello la evidencia digital aún está en desarrollo en el Estado peruano.

Las TIC reflejan el avance tecnológico, también los cambios que generan la facilidad en la comunicación virtual en diferentes países del mundo. Ello trae a colación distintas tipologías de delitos informáticos que se realizan en el entorno digital; en la investigación de Prensky (2001) se afirma que en la actualidad las generaciones de jóvenes que se incorporan al mundo tecnológico se denominan nativos digitales.

En un estudio reciente sobre violencia de género (Rodríguez y Rodríguez, 2021) se establece que es un problema latente que está inmerso en diferentes contextos sociales, como conductas denigrantes. En ese sentido, la violencia de género en el contexto de las TIC es perpetrada por diferentes usuarios de la red que emplean estrategias como amenazas, coacciones, chantajes hacia sus víctimas. En la investigación de Perusset (2019) se afirma que las redes sociales constituyen el factor principal de protección así como de victimización, esto significa que los usuarios de la red asumen distintos roles como perpetradores de la violencia o aliados de la víctima.

Para Madrid et al. (2020) el acoso virtual a nivel mundial es considerado un problema latente, complejo, creciente, que afecta la interacción social del adolescente con su entorno, y a consecuencia de este surgen cambios en su personalidad.

De otro lado, en la investigación de Pavez y García-Béjar (2020) se afirma que en América Latina el uso de las TIC, medios de comunicación digital, ha crecido significativamente y es comparable a los países desarrollados a nivel internacional.

Asimismo, Buendía et al. (2016) señalan que el acoso escolar es un tipo de violencia que se muestra por el uso deliberado de agresiones verbales con la finalidad de dominar a otro sujeto. De igual manera, apuntan que el ciberacoso es la intimidación que se ejerce por medios electrónicos.

En la investigación de Martínez-Ferrer y Moreno (2017) se afirma que el uso de las TIC forma parte del estilo de vida actual de la sociedad, constituye una de las herramientas de comunicación frecuente porque establece y mantiene nuevas relaciones interpersonales con la finalidad de formar grupos de amistades.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1. Fuentes históricas

La violencia en el contexto de las TIC trae consigo múltiples consecuencias y efectos a largo plazo, es necesario ceñirnos a la realidad jurídica a nivel internacional y nacional con la finalidad de verificar los ámbitos que este fenómeno ha abarcado y cómo la política criminal ha intervenido coadyuvando a la prevención y a la reacción frente al delito y las consecuencias generadas por este. En la investigación de Tesouro y Puiggali (2004) se afirma que en el siglo XX la era de la información ha producido cambios significativos, la sociedad encontró una forma distinta, rápida con la finalidad de comunicarse y transportar información. De otro lado, para

Marín-Cortés y Linne (2020) el ciberacoso es un fenómeno que recobró importancia en la globalización y sus inicios se dan a partir del siglo XXI, desde el apogeo de las TIC y el uso intensivo de los medios de comunicación digital en diferentes plataformas. En ese sentido, existen diversas investigaciones internacionales y nacionales que reconocen que el ciberacoso es un problema relevante.

Con la llegada del nuevo milenio el internet ha sido considerado como un instrumento valioso para la búsqueda de información, diversión, trabajo y comunicación a distancia mediante los diferentes servicios que ofrece en la nube. Sin embargo, su origen se remonta al United States Department of Defense (USDOD) y su desarrollo está condicionado por las capacidades tecnológicas, la necesidad de la población y el crecimiento de la industria.

Fragoso (2004) señala que, ante un supuesto evento de una guerra nuclear y las consecuencias que ocasionaría este desastre a la humanidad, cobran importancia las comunicaciones; es así que en los años noventa surge el internet como una respuesta positiva del USDOD frente a un supuesto evento de gran magnitud.

En 1962 se presentó un proyecto que daba solución a los problemas planteados mediante el desarrollo de un sistema de comunicaciones que conectaba computadoras a una red descentralizada, es decir, si un nodo sufría alguna obstrucción, no afectaba la conexión de los otros equipos que estaban conectados en la misma red. Este sistema se denominó «Cliente-servidor», el cliente recibe y transmite datos, mientras que el servidor almacena datos (Fragoso, 2004).

Actualmente las TIC simplifican el uso de la información a través de diferentes canales de comunicación digital a nivel mundial. Ello como resultado de la consolidación de diferentes plataformas educativas, sociales, gubernamentales, y así favorecen a la población (Alba, 2020).

Para Flores et al. (2020), desde el origen del internet en la era de la información y de la revolución tecnológica de las TIC se dan cambios significativos en la sociedad moderna, como un factor necesario, imprescindible, para el desarrollo de sus actividades cotidianas en distintos ámbitos, como el social, el económico, el político, el cultural, entre otros.

Investigar el delito informático es una tarea compleja por las dificultades y las deficiencias en el ámbito jurídico, diversas legislaciones a nivel internacional han tratado de aplicar el derecho penal a ciertas figuras que suelen ser complicadas. Así, al momento de su tipificación en un determinado tipo penal, este suele ser incierto por las agravantes, el hecho, la jurisdicción y la competencia. Este fenómeno ha tenido un avance significativo desde el inicio de la globalización, los delincuentes informáticos, los pederastas, los *stalkers* han aprovechado los vacíos legales para cometer su ilícito penal. De otro lado, en el continente americano en Latinoamérica y el Caribe, en los años noventa, la figura jurídica de acoso, acoso escolar, acoso sexual, acoso callejero, en agravio de los integrantes más vulnerables de la sociedad, tales como niños(as), adolescentes, mujeres, era materia de estudio por distintas organizaciones gubernamentales. En su investigación, Björkqvist et al. (1992) descubrieron que el género femenino hace un mayor uso de las estrategias indirectas de agresión a diferencia del género masculino, que emplea estrategias físicas.

Castillo-Pulido (2011) describe que la figura jurídica del *bullying* fue investigada por primera vez en 1983 por Dan Olweus y Erling Roland, a partir de informes que tienen relación con la violencia escolar, los primeros estudios se realizaron en 1973 en Noruega.

La Organización Mundial de la Salud en su Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud realizó un estudio, entre los años 1996 y 1997, en seis países. En América Latina se calcularon servicios de salud en Brasil al 1.9 %, Colombia al 5.0 %, El Salvador al 4.3 %,

México al 1.3 %, Perú al 1.5 %, Venezuela al 0.3 % (Organización Panamericana de la Salud, 2003).

En 1999 veinticuatro millones de jóvenes de entre 10 a 17 años de edad estaban perennes en línea de modo regular. Dentro de este grupo de edades hay jóvenes que se encuentran con solicitudes sexuales que no requieren material de índole sexual y tampoco a personas que los amenacen (Finkelhor et al., 2000).

3. FUENTES FORMALES

3.1. Fuentes del derecho nacional

El avance de las TIC y la telemática ha provocado un cambio acelerado que conlleva nuevas formas de comunicación y delitos que se cometen mediante la red. El delito que es materia de investigación no registra antecedentes legales pese a los problemas y las circunstancias que acarrea a la sociedad. Este delito fue incorporado mediante el Decreto Legislativo n.º 1410, 2018, donde se añade la figura del acoso sexual a través de medio electrónico en el artículo 176-B «acoso sexual».

Antes esta legislación se encontraba regulada en la Ley de Prevención y Sanción al Hostigamiento Sexual, Ley n.º 27942 (2003); la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, Ley n.º 30364 (2015); y la Ley para Prevenir y Sancionar el Acoso Sexual en Espacios Públicos, Ley n.º 30314 (2015).

3.2. Fuentes del derecho internacional

En el estudio de ONU Mujeres (2011) se señala que las Naciones Unidas y los Sistemas de Tratado regional reconocen que la figura jurídica de acoso sexual es una forma de discriminación en contra de la mujer, que afecta sus derechos en la sociedad.

Asimismo, el Convenio n.º 11 sobre la discriminación (1958) hace mención de que los Estados partes se comprometan a promover legislaciones que prohíban todo acto de discriminación.

De otro lado, el protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), relativo a los derechos de la mujer en África, reúne derechos humanos y colectivos, así como reconoce que el Estado se hará responsable de eliminar toda discriminación hacia la mujer; en ese sentido, cada país debe diseñar y gestionar políticas públicas con la finalidad de erradicar la violencia contra la mujer, los adolescentes y los niños.

Así también tenemos el Convenio n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales (1989), que hace referencia al respeto de las culturas y las medidas que van a ser adoptadas, las cuales deben garantizar la protección contra el hostigamiento sexual.

En el Perú, la violencia contra la mujer es un problema de salud pública; asimismo, el acoso sexual está constituido por insinuaciones de carácter sexual dirigidas a menoscabar la libertad de la mujer. Sin embargo, la Organización de las Naciones Unidas, en su «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer», señala que se comprende por violencia contra la mujer toda acción de violencia que es ejercida en agravio del sexo femenino, que ostente como resultado un daño psicológico, físico, sexual; asimismo, incluye amenazas tales como la coacción, la privación de la libertad, que se pueden producir en la vida privada o en la pública (Naciones Unidas, Asamblea General, 1994, art. 1).

La violencia basada en el acoso sexual afecta, transgrede, vulnera los derechos contra la mujer, ello se puede manifestar en el plano físico o digital. Esta conducta no deseada de naturaleza sexual genera la vulneración de sus derechos humanos y fundamentales en la sociedad. La ONU señala que las diferentes formas de violencia son consumadas en la sociedad por los mismos individuos de la

familia o la comunidad y entre los delitos que abarca se encuentra la violación sexual a menores de edad, adolescentes y mujeres (Naciones Unidas, Asamblea General, 1994).

Identificar el accionar del agresor es el punto clave para la prevención y la sanción a nivel nacional, por lo general es importante prevenir el delito, erradicar desde las instituciones públicas y privadas y sancionar a nivel judicial toda forma de violencia en agravio de las mujeres. Para la ONU (Naciones Unidas, Asamblea General, 1994) se deben instituir en la legislación a nivel nacional sanciones a nivel penal, civil, laboral y administrativo con la finalidad de que se pueda imponer un castigo a los agresores. Igualmente, se deben reparar los daños y perjuicios ocasionados en agravio de la mujer que sea objeto de violencia física, psicológica, sexual. También se le debe brindar el acceso a la administración de justicia, con lo dispuesto a la legislación nacional.

Es importante recalcar que cada Estado que es parte del convenio debe tomar las medidas necesarias a fin de erradicar toda forma de violencia, así como la discriminación. De otro lado, se debe propiciar un ambiente agradable, la igualdad de oportunidades y el respeto por sus derechos. La ONU en la Resolución 34/180. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el artículo siete señala que los Estados que forman parte deben adoptar medidas adecuadas para erradicar toda forma de discriminación en agravio de la mujer, en la vida política y en la vida pública, garantizar igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a sufragar en las elecciones, participar en las políticas gubernamentales, participar en asociaciones no gubernamentales (Naciones Unidas, Asamblea General, 1979).

Por otro lado, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), por primera vez hace mención de los derechos de la mujer en la sociedad,

como una vida libre sin violencia, es decir, el Estado debe proponer mecanismos de protección en defensa de los derechos de la mujer.

En la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995) se reconoce el derecho de las mujeres que existe en todo el mundo y las medidas que tiene que adoptar cada organización internacional y no gubernamental, así como los gobiernos. En su artículo 283 se señala que estas medidas deben ser eficaces, y se tiene que aplicar la legislación adecuada que garantice la seguridad frente a todo acto de violencia en el trabajo. Asimismo, deben incluirse programas de apoyo, capacitación, y debe erradicarse el acoso sexual.

Igualmente, tenemos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), donde se indica que los derechos civiles, económicos, sociales y políticos definen los derechos fundamentales, tales como la justicia, la libertad, la igualdad, la dignidad, entre otros. Lo más importante es que se prohíbe la discriminación en todos sus ámbitos.

En la Directiva del Consejo 2004/113/CE (2004) el objetivo principal es lidiar contra la discriminación sexual en todos sus ámbitos, para lo cual se hace prevalecer el principio de igualdad en la sociedad, puesto que existen derechos para los hombres y las mujeres.

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2006) tiene como objetivo garantizar la equivalencia de oportunidades en la sociedad entre el sexo masculino y el femenino. La finalidad radica en aplicar el principio de igualdad al acceso del empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo; considera al acoso y al acoso sexual como discriminación.

4. NOCIÓN

Tepale et al. (2021) descubrieron que los centros educativos son el punto de concentración fundamental por la enseñanza de la cultura,

el estilo de vida, entre diferentes miembros de la sociedad. Estos cumplen con el rol humanizador que es necesario para el desempeño social.

Ávila et al. (2021) señalan que la familia nuclear es el principal escenario donde se puede dar toda forma de abuso en sus diferentes modalidades de violencia entre los miembros de la familia, entre ellos están la relación paterno-filial, la materno-filial; de otro lado, los estilos de socialización parental son el punto clave como elemento de protección.

Asimismo, Donoso et al. (2018) descubrieron que el nacimiento de las TIC propicia nuevas formas de relación en la red entre personas de diferentes géneros. Estas nuevas formas de comunicación e interacción entre un grupo de personas se dan con la finalidad de compartir información, y en ellas no importan las categorías sociales. Asimismo, Hinduja y Patchin (2008) afirman que mediante el internet la victimización se ha denominado como acoso cibernético. Esta experiencia negativa termina con la libertad de un joven para usar y explorar los recursos que la nube ofrece.

De otro lado, en la investigación de Rodríguez y Rodríguez (2021) se señala que la violencia por los medios tecnológicos acontece cuando se utilizan las TIC para ejercer todo tipo de violencia en forma continua y de manera agravada. En otras ocasiones, esta violencia se representa en forma de ciberacoso, que es el envío de mensajes intimidatorios, con características amenazantes, a través de los medios de comunicación digital; el *sexting*, cuya finalidad es el envío de imágenes íntimas con contenido sexual a terceras personas; el *doxing*, que es generalizar información íntima de la víctima; y, por último, tenemos a la violencia sexual, que son actos de naturaleza sexual sin consentimiento, en contra de otra persona, entre estos se encuentran el acoso sexual, el hostigamiento y la violación sexual.

5. DEFINICIÓN

Slonje y Smith (2008) señalan que el ciberacoso es un comportamiento intencional que se lleva a cabo por un grupo de personas o un sujeto y su finalidad es intimidar, humillar, o amenazar o intimidar a su víctima. De otro lado, Hernández y Solano (2007) advierten que el uso del internet y las TIC es el puente principal para molestar, humillar, atemorizar, intimidar a la víctima, a través de medios tecnológicos.

Alba (2020) indica que el acoso en línea hace referencia a cuando el sujeto acosa a otro con amenazas, insultos, coacciones, chantajes, a través de medios de comunicación digital tales como mensajes de texto, mensajes de WhatsApp, mensajes multimedia o por las redes sociales. Se trata de un daño intencionado.

Escobar et al. (2017) apuntan que el acoso mediante medios tecnológicos se realiza a través de conductas típicas de amenazas, agresiones verbales, ofensas, insultos, apelativos a través de medios de comunicación digital. Aunado a ello las páginas de internet en las que se realizan publicaciones ofensivas sobre la persona agraviada tienen como consecuencia daño emocional, miedo, desesperación. De otro lado, el ciberacoso es el proceso relacionado con los dispositivos digitales, medios digitales, y entornos virtuales, que ha generado una cultura virtual que permite nuevas estructuras de agresión entre iguales (Rivadulla y Rodríguez, 2019).

De otro lado, García et al. (2011) descubrieron que con el impulso de las TIC la comunicación digital en la sociedad es cada vez más rápida, fluida y efectiva entre los sujetos; sin embargo, existen ciertas deficiencias que han hecho posible que el acoso verbal pase los límites, corrompiendo el principio de territorialidad y dando lugar a un comportamiento de acoso a través de los medios electrónicos.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2019) señala que la violencia y el acoso, como un conjunto de comportamientos

inaceptables, se manifiestan en diferentes aspectos y causan daños cognitivos, conductuales y psicosomáticos. Asimismo, la OIT (2019) menciona que el acoso es una forma de violencia que va dirigida contra la persona por razón de su sexo o su género.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (CEDAW, 1992) en su Recomendación General n.º 19 señala que «el hostigamiento sexual incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía» (art. 11).

Tanto la OIT como la CEDAW coinciden en que el acoso a través de medios de comunicación digital es una nueva modalidad de violencia contra la mujer. De otro lado, el acoso vulnera derechos fundamentales en la sociedad; en el mundo actual esta violencia no solo se ha ido impartiendo de manera presencial, sino por los medios de comunicación digital con la finalidad de vulnerar barreras y ocasionar un perjuicio psicológico a la mujer. Navegar por internet ofrece un mundo nuevo, amplio, maravilloso, pero con ciertas deficiencias, las consecuencias son graves desde el momento en que se comete un ilícito penal con manifestaciones sexuales, es muy complicado poder determinar si el ilícito es un delito informático.

6. TIPOLOGÍA

En el exordio de la presente investigación explicamos que actualmente existen peligros y riesgos al navegar por internet sin tener un control parental, y como consecuencia los agraviados son víctimas de agresiones psicológicas (insultos, amenazas, humillaciones). Las tipologías pueden tomar distinta forma, pero todas ellas tienen algo en común: provocan daños a la salud mental. El acoso en línea es una problemática a nivel social debido a la violencia que se ejerce a través de los medios de comunicación digital.

Existen diferentes formas o tipos de violencia. En un estudio sobre el acoso cibernético o *cyberbullying* (Mendoza, 2012) se establece que hay nueve tipos de acoso en línea: la ciberpercusión, la denigración, el desvelamiento, la exclusión, el hostigamiento, el insulto electrónico, el ostracismo, el sonsacamiento y la suplantación.

7. MODALIDADES

Con el avance de las TIC aparecen diferentes modalidades, mecanismos, vías para acosar a la víctima. A continuación, profundizaremos respecto a algunas formas de acoso en línea.

7.1. Vejaciones por correo electrónico

Las TIC son parte de la sociedad, es una realidad que los más jóvenes utilizan el internet para diferentes fines. Así, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2020c) señala que el 64.8 % de la población de seis a más años de edad logró acceder a los servicios de internet durante el segundo trimestre del año 2020. En ese sentido, se trata de un derecho prioritario a nivel internacional. En el Perú existe la iniciativa legislativa que se sustenta en los siguientes proyectos de ley: 3156/2018-CR, del 1 de agosto de 2018; 3607/2018-CR, del 6 de noviembre de 2018; 5600/2020-CR, del 24 de junio de 2020; y 5843/2020-CR, del 23 de julio de 2020, que son propuestas para reconocer el acceso a internet como uno de los derechos fundamentales en la Constitución Política de 1993.

De otro lado, Prince (2020) señala que los derechos humanos han sido plasmados y reconocidos en la esfera normativa, son universales, intransferibles, irrenunciables, incondicionales a las personas; los derechos suelen enriquecerse de acuerdo con el marco jurídico de cada estado, es decir, se deben implementar de forma positiva sin discriminación alguna. Prince también describe que en el marco del derecho internacional se dan pronunciamientos doctrinales en

los cuales la globalización internacional y la era de la informática, así como la interconexión mundial, implican cambios de alcance global y que cada Estado tiene que proceder a su regulación.

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2021b) señala que el 65.7 % de la población de 6 a 17 años logró acceder a internet en el primer trimestre del 2021, esto quiere decir que más ciudadanos cuentan con acceso a internet y las cifras que se muestran son hitos del progreso en los últimos años.

La posibilidad de mantener comunicación a distancia mediante diferentes aplicaciones ha permitido cambios trascendentales sobre los diversos intereses públicos. En la investigación de Hernández y Solano (2007) se afirma que el correo electrónico es una herramienta o servicio que permite mandar y recibir mensajes de comunicación y su uso se ha extendido por las TIC y las redes de comunicación. Este servicio genera ventajas, como enviar archivos de texto, imágenes, videos, audios, almacenamiento de archivos con grandes cantidades de información. En ese sentido, esta nueva modalidad radica en remitir mensajes de correo electrónico con contenidos humillantes, hostigadores, con la finalidad de dañar y ocasionar un daño psicológico a la víctima.

Para Puerta y Sánchez (2010) el consenso de la virtualidad a la sociedad ha permitido cambios en los servicios de la educación, y las TIC son medios para alcanzar el desarrollo humano.

Las nuevas tendencias tecnológicas y los servicios de correo electrónico que ofrece el internet han permitido otras formas de entablar conversaciones desde diferentes territorios, sin la necesidad de tener relación corporal entre el agresor y la víctima, pues estas relaciones se dan en línea. Asimismo, el progresivo número de usuarios y la disposición de ingresar en forma anónima han sido factores riesgosos que implican a los agresores vigilar, perseguir, hostigar, asediar a la víctima.

7.2. Acoso por teléfono móvil

En los últimos años, en el Perú, el acceso a los servicios de telefonía móvil ha experimentado un cambio sorprendente por su uso progresivo y excesivo. El Informe Técnico Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares (INEI, 2020a) señala que en los meses de enero, febrero y marzo de 2020 contaban con un equipo celular el 93.3 % de los hogares del país, el 85 % de los hogares rurales y el 95.2 % de los hogares en Lima Metropolitana.

Mientras que en el Informe Técnico Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares correspondiente a los meses de abril, mayo y junio de 2020 (INEI, 2020b) se indica que en el 98.2 % de los hogares del país existía un miembro con teléfono celular, mientras que en los hogares rurales la cifra era de 94 %, a nivel urbano el 99 %, y en Lima Metropolitana el 99.7 %.

Asimismo, el INEI (2020d) señala que en los meses de julio, agosto y septiembre de 2020, en el 97.7 % de los hogares del país un miembro de la familia tenía a su disposición un teléfono celular, en tanto que en los hogares urbanos la cifra era de 94.3 %, en los hogares urbanos el 98.9 %, y en Lima Metropolitana el 98.1 %.

Para finalizar, el INEI (2021a) informa que en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2021, en el 93.2 % de los hogares del país al menos un miembro de estos contaba con teléfono celular, en los hogares rurales la cifra era de 82.4 %, en los hogares urbanos el 96 % y en Lima Metropolitana el 96.6 %.

La evolución de las telecomunicaciones y el acceso a la red de redes en los equipos móviles proporciona el progreso social, es decir, incrementa los lazos sociales entre ciertos grupos de personas. En efecto, el conjunto de fenómenos generados por el delito de acoso en línea mediante los teléfonos celulares trae consigo nuevas repercusiones y problemas, pues al momento de sancionar el ilícito

se generan dificultades para el derecho penal y para la administración de justicia. Ello debido a la falta de experiencia de ciertos actores en el proceso judicial.

De otro lado, la burocracia en las instituciones públicas al momento de solicitar el levantamiento de las telecomunicaciones es un proceso tedioso. En la investigación de Hernández y Solano (2007) se afirma que esta modalidad se configura por el uso irresponsable de los equipos móviles al momento de ocasionar múltiples llamadas silenciosas en diferentes horarios con la finalidad de insultar, gritar y enviar mensajes con contenido sexual.

7.3. Mensajería instantánea

Hernández y Solano (2007) señalan que este servicio de internet tiene como finalidad garantizar la comunicación en diferentes ámbitos territoriales. A través de la mensajería instantánea se corrompe la lógica del tiempo y del espacio. Asimismo, esta herramienta es importante porque permite el envío de información textual y también posibilita las videoconferencias y las audioconferencias.

7.4. Grabación de violencia

Hernández y Solano (2007) indican que las cámaras digitales son empleadas con la finalidad de realizar seguimientos a la víctima, acosarla, hostigarla, también se llevan a cabo persecuciones forzosas, y luego de obtener el material, este se envía a través del correo electrónico con la intención de generar miedo en la agraviada.

7.5. Desprestigio en la web

Hernández y Solano (2007) manifiestan que esta modalidad se configura cuando el agresor domina las TIC con el objetivo de actuar en forma anónima, transgrediendo derechos fundamentales de la víctima. Estos actos son burlas, humillaciones, que causan graves efectos psicológicos y sociales.

8. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PREVENIR Y ERRADICAR EL ACOSO SEXUAL

Lobelle (2017) afirma que las políticas públicas conforman la intervención del Estado en respuesta a una problemática en la sociedad. Mientras que Vargas (2007) señala que son las decisiones que lleva a cabo el gobierno para brindar soluciones a los problemas que se consideran prioritarios.

8.1. Política pública frente a la violencia contra la mujer

- Ley n.º 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (2003).
- Ley n.º 30364, Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (2015).
- Ley n.º 30314, Ley para Prevenir y Sancionar el Acoso Sexual en Espacios Públicos (2015).
- Decreto Legislativo n.º 1410 (2018).

8.2. Tratados internacionales vinculantes

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979), aprobada por Resolución Legislativa n.º 23432, del 4 de junio de 1982.
- Recomendación General n.º 19, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), acerca de la violencia contra la mujer (1992).
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada el 2 de abril de 1996 (Convención de Belem do Pará, 1994).

8.3. Normas nacionales vinculantes

- Constitución Política del Perú de 1993.

- Séptima Política de Estado: Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana.
- Ley n.º 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2007).

9. CONCLUSIONES

La violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se ejerce de diferentes modos, no solo se considera que la violencia es física en la modalidad de negligencia, pues también existen otras formas como la violencia psicológica, la sexual y la patrimonial. Ello ha venido incrementándose en diferentes países, en los que, pese a contar con una legislación, las cifras son exorbitantes. En algunos casos esta violencia ha terminado con la vida de la mujer por medio del «feminicidio», mientras que en otras se han dado casos de «homicidio». A nivel internacional se ha tratado de erradicar el acoso, son innumerables tipologías las que se suscitan. Esta forma de violencia traspasó las barreras del internet, puesto que el acoso se ejerce a través de cualquier medio tecnológico, y como consecuencia de ello se ocasionan vacíos legales que generan problemas en los tribunales de justicia al aplicar la ley.

Desde que se desató el brote de COVID-19 se ha intensificado diferentes formas de violencia a nivel internacional y nacional. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2013), a nivel mundial las víctimas que han experimentado violencia física y sexual por su pareja íntima o por una persona diferente a esta representan el 35 % de mujeres.

Para la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres, 2020), debido al aislamiento social por la pandemia de la COVID-19, a causa de la incertidumbre económica a nivel mundial se ha elevado la vulnerabilidad de la mujer a sufrir todo acto de violencia.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2020) y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres, 2020) señalan que en respuesta a la pandemia de la COVID-19 hasta septiembre del año 2020 en 48 países habían incorporado un plan para prevenir y dar respuesta a la violencia contra las mujeres. Asimismo, en 121 países han adoptado medidas para fortalecer esfuerzos y servicios a la mujer.

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2019) señala que a nivel mundial 137 mujeres son asesinadas en el día por un miembro de su hogar.

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (United Nations, 2015) da cuenta de que las mujeres que sufren violencia buscan ayuda en instituciones tales como hospitales, comisarías, entre otras instituciones, y el otro grupo de mujeres busca ayuda entre familiares y amistades.

El Grupo Banco Mundial (BM, 2021, citado por ONU Mujeres, 2022) afirma que en 158 países han admitido leyes sobre violencia doméstica, mientras que 140 países tienen una legislación sobre el acoso sexual.

La UNODC (2018) afirma que a nivel mundial el 49 % de mujeres de condición adulta han sido víctimas del delito de trata de personas; asimismo, el delito de explotación sexual en agravio de mujeres y niñas es el 72 %.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef, 2017) afirma que en los diferentes países los adolescentes de entre 15 a 19 años de edad son el grupo que sufre las diferentes tipologías de violencia ejercida por los integrantes del hogar y por la sociedad en común.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 2019) señala que a nivel mundial la violencia en sus diferentes modalidades es una dificultad para los estudiantes que sufren acoso por parte de sus compañeros de aula.

La Unión Interparlamentaria (UIP, 2016) afirma que en cinco regiones del Perú el 82 % de las mujeres denunciaron haber sufrido violencia en la forma de amenazas, humillaciones, imágenes de naturaleza sexista, acoso laboral por los medios de comunicación digital. Mientras que el 44 % de mujeres denunció que son víctimas de amenazas.

El Estado peruano expidió el Decreto Supremo n.º 008-2020-SA, en el cual se declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional y se dictaron medidas para la prevención y el control para evitar la propagación de la COVID-19. En ese sentido, desde que empezó el aislamiento social obligatorio aumentó la conectividad a internet y esto llevó a un aumento de la violencia en sus diferentes tipologías en agravio de los integrantes del hogar.

Actualmente, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) cuenta con la Dirección General contra la Violencia de Género, órgano en el que encontramos el Observatorio Nacional, el cual surge de la iniciativa dada por la Ley n.º 30364, donde se hace mención de que la tecnología es el medio idóneo para ejecutar cualquier acto de violencia; asimismo, se señala que el acoso sexual es una tipología de la violencia. El MIMP indica que de enero a julio de 2020 entre las regiones con mayor número de casos por el delito de violación de la libertad sexual en la modalidad de acoso sexual se tienen registrados a Lima con 92 casos, San Martín con 14 casos y Piura con 12 casos (Plataforma Digital Única del Estado Peruano, 2020). De otro lado, el Equipo Itinerante de Urgencia da cuenta de 40 víctimas a nivel nacional, mientras que en los Centros de Emergencia Mujer se tiene la cifra de 212 víctimas.

REFERENCIAS

- Alba, A. (2020). Acoso escolar, ciberacoso y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 36(3), 1-9.
- Ávila, J., Álvarez, E., Rambal, L. y Vargas, L. (2021). Importancia de los estilos de socialización parental en los roles del acoso entre pares. *Interdisciplinaria. Revista de Psicología y Ciencias Afines*, 38(1), 203-215. <https://doi.org/10.16888/interd.2021.38.1.13>
- Björkqvist, K., Lagerspetz, K. M. J. y Kaukiainen, A. (1992). Do girls manipulate and boys fight? Developmental trends in regard to direct and indirect aggression. *Aggressive Behavior*, 18(2), 117-127.
- Buendía, I., Castaño, J., Cañón, C., Giraldo, A., Marín, L., Sánchez, S. y Suarez, A. (2016). Frequency and factors associated with bullying in public schools. *Psicología desde el Caribe*, 33(3), 312-332.
- Castillo-Pulido, L. E. (2011). El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores. *Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4(8), 415-428. <https://bit.ly/3c8O0I9>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) (1992). Recomendación General n.º 19. <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>
- Donoso, T., Rubio, M. J. y Vilà, R. (2018). La adolescencia ante la violencia de género 2.0: concepciones, conductas y experiencias. *Educación XXI*, 21(1), 109-134.
- Escobar, J., Montoya, E., Restrepo, D. y Mejía, D. (2017). Ciberacoso y comportamiento suicida. ¿Cuál es la conexión? A propósito de un caso. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 46(4), 247-251.

- Finkelhor, D., Mitchell, K. y Wolak, J. (2000). Online victimization: a report on the nation's youth. *Institute of Education Sciences*, 1-61.
- Flores-Cueto, J., Hernández, R. y Garay-Argandoña, R. (2020). Tecnologías de información: acceso a internet y brecha digital en Perú. *Revista Venezolana de Gerencia*, 25(90), 504-527.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) (2017). *A familiar face: violence in the lives of children and adolescents*. <https://bit.ly/3GelaMH>
- Fragoso, E. (2004). Un poco de historia de la Internet y la revista CONAMED en IMBIOMED. *Revista CONAMED*, 9(1), 30-35. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4051749>
- García-Maldonado, G., Joffre-Velázquez, V. M., Martínez-Salazar, G. J. y Llanes-Castillo, A. (2011). Cyberbullying: forma virtual de intimidación escolar. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 40(1), 115-130. [https://doi.org/10.1016/s0034-7450\(14\)60108-6](https://doi.org/10.1016/s0034-7450(14)60108-6)
- Grupo Banco Mundial (2020). *Mujer, empresa y el derecho 2020*. Banco Mundial. <https://doi.org/10.1596/978-1-4648-1532-4>
- Hernández, M. Á. y Solano, I. (2007). Cyberbullying, un problema de acoso escolar. *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 10(1), 17-36. <https://bit.ly/32FOZ0U>
- Hinduja, S. y Patchin, J. W. (2008). Cyberbullying: an exploratory analysis of factors related to offending and victimization. *Deviant Behavior*, 29(2), 129-156. <https://doi.org/10.1080/01639620701457816>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020a, junio). Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Trimestre: enero-febrero-marzo 2020 (n.º 02). <https://bit.ly/3o1aotN>

- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2020b, septiembre). Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Trimestre: abril-mayo-junio 2020 (n.º 03). <https://bit.ly/3p70xBO>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2020c, 28 de septiembre). El 64,8 % de la población de 6 y más años de edad accedió a internet durante el segundo trimestre del 2020 [Nota de prensa]. <https://bit.ly/2ZxAU4l>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2020d, diciembre). Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Trimestre: julio-agosto-septiembre 2019 y 2020 (n.º 4). <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-tic-iii-trimestre2020.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2021a, marzo). Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Trimestre: octubre-noviembre-diciembre 2020 (n.º 01). <https://bit.ly/3CZxepB>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2021b, 8 de junio). El 65,7 % de la población de 6 a 17 años de edad accedió a internet durante el primer trimestre del 2021 [Nota de prensa]. <https://bit.ly/3E1IV0B>
- Lobelle, G. (2017, septiembre-diciembre). Políticas públicas sociales: apuntes y reflexiones. *Alcance*, 6(14), 81-96. <https://bit.ly/3GqwLiH>
- Madrid, J., Valdés, A., Urías, M., Torres, G. y Parra, L. (2019). Factores asociados al ciberacoso en adolescentes. Una perspectiva ecológico-social. *Perfiles Educativos*, 42(167), 68-83. <https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2019.167.59128>
- Marín-Cortés, A. y Linne, J. (2020). Una revisión sobre emociones asociadas al ciberacoso en jóvenes adultos. *Psicoperspectivas*, 19(3), 1-16.

- Martínez-Ferrer, B. y Moreno, D. (2017). Dependencia de las redes sociales virtuales y violencia escolar en adolescentes. *Revista INFAD de Psicología. International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2(1), 105-114. <https://doi.org/10.17060/ijodaep.2017.n1.v2.923>
- Mendoza, E. (2012). Acoso cibernético o *cyberbullying*: acoso con la tecnología electrónica. *Pediatría de México*, 14(3), 133-146. <https://bit.ly/3p6zQNM>
- Naciones Unidas, Asamblea General (1879). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- Naciones Unidas, Asamblea General (1994). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104 (23 de febrero de 1994). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286>
- Naciones Unidas (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. ONU Mujeres. https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf
- ONU Mujeres (2011, 13 de enero). Fuentes del derecho internacional relativas al acoso sexual. <https://bit.ly/3xMB9VV>
- ONU Mujeres (2022, febrero). Hechos y cifras: poner fin a la violencia contra las mujeres. <https://bit.ly/3tRp5C8>
- Organización Internacional del Trabajo (2019). C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). <https://bit.ly/3N80wrq>

- Organización Mundial de la Salud (2013, 20 junio). Informe de la OMS destaca que la violencia contra la mujer es «un problema de salud global de proporciones epidémicas» [Comunicado de prensa]. <https://bit.ly/3y9pa6L>
- Organización Panamericana de la Salud (2003). Informe mundial sobre la violencia y la salud. <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/725/9275315884.pdf>
- Pavez, I. y García-Béjar, L. (2020, abril-junio). Ciberacoso desde la perspectiva docente. Discursos, percepciones y estrategias de profesores en dos ciudades de Chile y México. *Perfiles Educativos*, 42(168), 28-41. <https://doi.org/10.22201/iissue.24486167e.2020.168.58850>
- Plataforma Digital Única del Estado Peruano (2020, 5 de septiembre). Ministra Sasieta: Más de 200 víctimas de acoso sexual fueron atendidas por el MIMP [Nota de prensa]. <https://bit.ly/3bfGSwg>
- Perusset, M. (2019). Las redes sociales interpersonales y la violencia de género. *Tareas*, (163), 85-101.
- Prensky, M. (2001). Digital natives, digital immigrants part 1. *On the Horizon*, 9(5), 1-6. <https://doi.org/10.1108/10748120110424816>
- Prince, A. (2020). El acceso a Internet como derecho fundamental: perspectivas internacionales. *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 1-19. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v3i1.456>
- Puerta, A. y Sánchez, A. (2010, mayo-septiembre). El correo electrónico: herramienta que favorece la interacción en ambientes educativos virtuales. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 30(1), 36-62. <https://bit.ly/318qmwQ>
- Rivadulla, J. C. y Rodríguez, M. (2019). Ciberacoso escolar: experiencias y propuestas de jóvenes universitarios. *RIED. Revista*

- Iberoamericana de Educación a Distancia*, 22(2), 179-201. <https://doi.org/10.5944/ried.22.2.23541>
- Rodríguez, K. y Rodríguez, A. (2021). Violencia de género en instituciones de educación superior. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, (8), [1-22]. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2567>
- Slonje, R. y Smith, P. K. (2008). Cyberbullying: Another main type of bullying? *Scandinavian Journal of Psychology*, 49(2), 147-154. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9450.2007.00611.x>
- Tepale, J. M., Zarza, S., Villafaña, L. G., Villalobos, G. y Vargas, H. C. (2021, julio-septiembre). Vivencias de acoso escolar en jóvenes: análisis y reflexión desde el psicoanálisis. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 26(90), 765-785. <https://bit.ly/3FqThHl>
- Tesouro, M. y Puiggali, J. (2004). Evolución y utilización de internet en la educación. *Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación*, (24), 59-67. <https://bit.ly/3oaji6O>
- UNESCO (2019). *Behind the numbers: Ending school violence and bullying*. Van Haren Publishing. <https://bit.ly/2U9t5tb>
- Unión Europea (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/EU_Carta_Derechos_Fundamentales_Uni%C3%B3n_Europea_2000_ES.pdf
- Unión Interparlamentaria (2016, octubre). Sexismo, acoso y violencia contra las mujeres parlamentarias. *Boletín temático*, 1-12.
- United Nations (2015). *The World's Women 2015: Trends and Statistics*. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division. <https://bit.ly/3rB23Ps>
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2018). *Global Report on Trafficking in Persons 2018*. <https://bit.ly/3lxUS6N>

- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2019). *Global Study on Homicide 2019*. <https://bit.ly/3xThML4>
- Vargas, C. (2007). Análisis de las políticas públicas. *Perspectivas*, 19, 127-136. <https://bit.ly/3ObqxHA>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 169-186

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.498

Los reglamentos de la administración y una necesaria redefinición del proceso contencioso administrativo urgente

Regulations of the administration and a necessary redefinition of urgent contentious-administrative proceedings



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

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

RESUMEN

El proceso contencioso administrativo es un instrumento procesal ordinario para brindar tutela procesal contra las actuaciones de la Administración, así como para efectuar un control jurídico del ejercicio de sus funciones. Su modalidad urgente sirve para ofrecer dicha tutela y realizar tal control respecto de vías de hecho y omisiones de la Administración. Sin embargo, nuestra normatividad no considera los casos en que la actuación constitutiva de vía de hecho se produzca respecto de lo establecido en un reglamento,

1 Este artículo ha sido preparado como continuación de las investigaciones del autor y ha sido financiado por él.

ni tampoco cuando la conducta que la Administración omite esté prevista en un reglamento. Nos encontramos ante dos casos en los cuales el principio constitucional de control interórganos y el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva resultan afectados.

Palabras clave: proceso contencioso administrativo; principio de control interórganos; derecho de tutela judicial efectiva; reglamento; vía de hecho; omisión de la administración.

Términos de indización: derecho administrativo, control gubernamental (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The contentious-administrative proceeding is an ordinary procedural instrument designed to offer procedural protection against the actions of the administrative authorities, as well as to legally control their functions. Their urgent nature serves to offer said protection and carry out said control, in terms of the de facto actions and omissions of the Administration. However, our legislation does not consider those cases in which the de facto action is produced with respect to the provisions established in a rule, or when the behavior of the administrative authority omits the provisions of a rule. We are facing two cases in which the constitutional principle of inter-unit control and the constitutional right to effective legal protection are affected.

Key words: contentious-administrative proceeding; principle of inter-unit control; right to effective legal protection; rule; de facto action; omission of the administrative authority.

Indexing terms: administrative law, government control (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 15/11/2021

Revisado: 07/06/2022

Aceptado: 09/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. IDEAS PRELIMINARES

El principio central de la democracia y del régimen republicano es el equilibrio de poderes, la existencia de controles dentro del ordenamiento jurídico del Estado. Asimismo, el principio central de dicho ordenamiento es resguardar la posibilidad de defender los derechos que este reconoce. Un Estado que no garantice el principio constitucional de control interórganos y el derecho constitucional de defensa de los derechos ante el Poder Judicial, será uno que no podrá cumplir con todos sus fines. Un ordenamiento jurídico que deje zonas de ejercicio del poder sin control y derechos sin defensa será uno incompleto.

El proceso contencioso administrativo cumple ambas funciones. Por un lado, sirve como instrumento contralor del ejercicio de la función administrativa por parte de la Administración. Por otro lado, opera como garantía de tutela judicial para los derechos de los sujetos administrados. Y cumple tales encargos mediante dos procedimientos, uno general y otro especial, denominado en la ley como «urgente», mediante la asignación de determinadas pretensiones a una y a otra vía procesal.

Un estudio de la asignación al proceso urgente de las pretensiones contra vías de hecho y contra las omisiones de la Administración muestra que en su tratamiento no se ha considerado la posibilidad de plantear ambas en relación con uno de los principales instrumentos de ejercicio del poder por parte de la Administración: los reglamentos.

¿Estamos ante una doble omisión del legislador?, ¿qué implicancias tiene ello?, ¿resultan vulnerados el principio y el derecho constitucionales antes mencionados?, ¿tenemos alternativas? Estas son algunas de las preguntas que, a continuación, intentamos responder.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo es aquel espacio del derecho encargado de estudiar, regular y promover las relaciones jurídicas que se establecen entre el Estado, actuando bajo la forma de Administración pública, con distintos sujetos de derecho, sean estos ciudadanos o personas jurídicas de diversa índole. Para dichos fines, el Estado constituye un ordenamiento jurídico especial, que se divide en segmentos especializados destinados a atender las crecientes particularidades que ofrecen tales relaciones jurídicas.

La Administración es una organización integrada a otra mayor llamada Estado. El derecho administrativo sería la expresión jurídica de esa organización, que queda objetivada en un ordenamiento jurídico administrativo. Dicho ordenamiento es una unidad estructural en la cual coexisten diversas fuentes del derecho. Definir cuáles sean estas es una tarea primaria del ordenamiento (García de Enterría y Fernández, 2004, t. 1, pp. 69-71).

Las ideas anteriores se cumplen en el Perú, donde el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo n.º 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017), establece en el artículo V de su título preliminar, lo siguiente:

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.
2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
 - 2.1. Las disposiciones constitucionales.
 - 2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.
 - 2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.
 - 2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

- 2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.
 - 2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.
 - 2.7. La jurisprudencia [...].
 - 2.8. Las resoluciones [...].
 - 2.9. Los pronunciamientos vinculantes [...].
 - 2.10. Los principios generales del derecho administrativo.
3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.

El dispositivo legal citado puede ser analizado desde varias ópticas. Por ahora, sin embargo, valga advertir que por su estructura y por su declaratoria expresa, alberga un concepto muy importante para todo el derecho peruano en general, así como para el derecho administrativo en particular. El dispositivo se propone regular las «fuentes del procedimiento administrativo».

Para dicho fin empieza refiriéndose a la existencia de un «ordenamiento jurídico administrativo», luego enumera las referidas «fuentes» en diez numerales, que contienen las seis primeras fuentes positivas y las cuatro fuentes finales de otros tipos; termina el dispositivo reconociendo a esas cuatro fuentes finales el carácter de instrumentos de interpretación y delimitación de sus respectivos ordenamientos positivos. El artículo V citado, en realidad, presenta al ordenamiento jurídico administrativo, precisa cuáles son los instrumentos positivos que lo componen, e indica qué herramientas sirven para interpretarlo.

Entonces, el ordenamiento jurídico administrativo del Perú está conformado por las disposiciones constitucionales aplicables en materia administrativa, por los tratados y convenios de tipo internacional incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, por las leyes, así como por los decretos supremos y los reglamentos.

Completa dicho ordenamiento la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, cuya función doble es la de brindar tutela procesal a los ciudadanos contra las actuaciones de la Administración y servir como instrumento de control jurídico de tales actuaciones.

3. LOS REGLAMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

El reglamento es toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinado a la ley. Así como las disposiciones del Poder Ejecutivo con fuerza de ley tienen un carácter excepcional y suponen una sustitución del Poder Legislativo ordinario, en cambio, los reglamentos son la consecuencia del ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración (Garrido, 1994, p. 239). Son las declaraciones unilaterales provenientes de la Administración pública con efectos normativos generales y abstractos. Importan un nivel de abstracción respecto de sus destinatarios, por lo que no se agotan con su aplicación a alguna situación concreta (Morón, 2017, t. 1, p. 152).

Todo concepto se construye a partir de la reunión de determinados elementos concurrentes bajo ciertas condiciones de afinidad, y se puede optar por una definición o exclusión de los elementos que no cumplan tales condiciones. Los conceptos antes enunciados imponen el desarrollo de los elementos mencionados en cada uno. El primer elemento es su origen dentro de la Administración, en la potestad que esta tiene para emanar reglamentos.

La potestad reglamentaria es la atribución jurídica de la Administración de generar o emitir disposiciones jurídico-generales, no dirigidas a un administrado en concreto sino a un grupo indeterminado de ellos (Huamán, 2017, p. 188). Se justifica en la composición política y no técnica de los Parlamentos, en la importante variabilidad de las normas administrativas y en el espacio discrecional del Poder Ejecutivo (Garrido, 1994, pp. 239-240).

La potestad reglamentaria tiene como características su fundamento constitucional (no es necesario que cada ley indique al Poder Ejecutivo su competencia para reglamentarla); el ser unilateral (el Poder Ejecutivo puede emanar un reglamento sin que alguien se lo solicite o indique); poseer carácter normativo (cuenta con efectos generales e impersonales); y emanar de un órgano en ejercicio de función administrativa (Morón, 2017, p. 152).

Al respecto, la Constitución española establece en su artículo 106.1: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa». Si bien breve, la norma constitucional hispana recoge la mencionada potestad en ese rango.

También en Europa, la Constitución italiana indica en su artículo 87 que el presidente de la República: «Promulga las leyes y emana los decretos con valor de ley y los reglamentos»². Más adelante, su artículo 117 (sexto párrafo) precisa que «La potestad reglamentaria corresponde al Estado en las materias de legislación exclusiva, salvo delegación a las Regiones»³.

En América, la Constitución Política de la República de Panamá establece en su artículo 184:

Son atribuciones que ejerce el Presidente de la República [...]: [...].
10. Dirigir, reglamentar e inspeccionar los servicios establecidos en esta Constitución. [...]. 14. Reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

2 Traducción libre de «Promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge e i regolamenti».

3 Traducción libre de «La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Provincie e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

A su turno, la Constitución de la República del Ecuador enumera las atribuciones y los deberes del presidente de la República en su artículo 147. Su numeral 13 incluye la de «Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas [...]».

De manera similar, la Constitución Nacional de Argentina establece, en el inciso 2 de su artículo 99, que «El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...]. 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación».

Es así como llegamos a Perú, donde nuestra Constitución Política señala en su artículo 118 que «Corresponde al Presidente de la República: [...]. 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

La primera característica de los reglamentos es su fuerza normativa. Esto tiene dos fundamentos. Según el primero, la teoría general del derecho clasifica los imperativos jurídicos, en atención a su sujeto pasivo, en «especiales» y en «generales». Los primeros están destinados a una o varias personas identificadas de manera singular e inequívoca. Los segundos designan a sus destinatarios en función de conceptos abstractos, pertenecientes a una categoría objetiva. Sobre estas premisas, la doctrina identificó el rasgo distintivo de los reglamentos: su generalidad, pero en sentido subjetivo, ya que sus destinatarios son definidos de modo impersonal, como una categoría abstracta (Santamaría, 2016, vol. 1, p. 256).

La segunda característica de los reglamentos es su subordinación a la ley. Esta tiene formas de mostrarse. En primer lugar, la ley tiene una primacía formal respecto del reglamento. Sus distintas posiciones dentro del sistema normativo se caracterizan por la superioridad y la centralidad de la posición de la ley. En segundo lugar,

la ley tiene una primacía material sobre el reglamento, es decir, que sus mandatos son invulnerables frente a las determinaciones reglamentarias. En tercer lugar, la ley tiene una primacía directiva frente al reglamento, esto es, la ley goza de plena disposición o determinación vinculante respecto del contenido del reglamento (Santamaría, 2016, vol. 1, pp. 266-268).

La tercera característica de los reglamentos es su inderogabilidad singular, que nosotros preferimos llamar imposibilidad de establecer excepciones a un reglamento para un caso en particular. Se trata de una prohibición categórica de dispensación o derogación para un caso singular de lo establecido por una norma de carácter general (García de Enterría y Fernández, 2004, t. 1, p. 209).

La imposibilidad de establecer excepciones a un reglamento mediante un acto administrativo ha sido recogida en diversas legislaciones nacionales. En España, por ejemplo, la Ley 39/2015, del 1 de octubre, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al regular la eficacia de los actos administrativos, señala en el numeral 1 de su artículo 37: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía [...]».

En el Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017, al normar el objeto o contenido de los actos administrativos, establece en el numeral 5.3 de su artículo 5:

No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

La variedad sustancial y la diversidad de origen de los reglamentos permite encontrar en estos algunos criterios de clasificación. El principal es por su relación con la ley, diferencia a los reglamentos en ejecutivos, independientes o autónomos y de necesidad.

Son reglamentos ejecutivos aquellos que desarrollan una ley, por orden que esta misma ha previsto, sin contradecir la ley que desarrollan, sin regular aspectos esenciales de la materia normada por esta (Parada, 2004, p. 62). Los reglamentos ejecutivos han logrado reconocimiento constitucional. En el Perú, la Constitución Política señala en su artículo 118 que «Corresponde al Presidente de la República: [...]. 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

Los reglamentos independientes o autónomos regulan materias en las que la Constitución no ha previsto una reserva reglamentaria, que no tengan una previa regulación legal y que no estén protegidas por la reserva material de ley. Por ello, solo pueden regular la organización administrativa y de los servicios públicos (Parada, 2004, p. 62).

Un ejemplo de reglamentación autónoma lo encontramos en la Constitución de la República del Ecuador. Esta, al enumerar las atribuciones y los deberes del presidente de la República, en el numeral 13 de su artículo 147, instituye entre dichas atribuciones: «Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración». El dispositivo citado en su primera parte hace clara referencia a los reglamentos ejecutivos, mientras en la segunda apunta a las reglamentaciones autónomas.

Los reglamentos de necesidad, por otro lado, solo pueden justificarse en función de un estado de necesidad o de emergencia. Hay una reserva de poder último en la Administración que no solo la

permite, sino que la obliga a actuar ante «circunstancias excepcionales» con el fin de proteger los valores sociales supremos. La temporalidad de su vigencia es su principal límite (García de Enterría y Fernández, 2004, t. 1, p. 218).

Para terminar, cabe considerar que, como necesario y racional equilibrio al poder ejercido a través de la potestad de reglamentar, todo ordenamiento jurídico debe prever las herramientas procesales para su eventual cuestionamiento o revisión. Es especial, frente a las actuaciones de hecho basadas en reglamentos de tipo autónomo, como también para que la Administración cumpla con aquello a lo que está obligada por mandato de sus propios reglamentos, debido a la inderogabilidad singular que los caracteriza.

4. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LAS PRETENSIONES URGENTES

El legislador nacional ha seguido el esquema del modelo de organización español (judicialista), el cual en el siglo XX tuvo un gran desarrollo con la ley del 27 de diciembre de 1956, primera Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y alcanzó su consagración constitucional mediante su reconocimiento en la Constitución española de 1978; y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del 13 de julio de 1998, no solo desarrolló aún más el tema, sino que dicha ley significó la consolidación del instituto en el ordenamiento jurídico español.

Bajo la misma tendencia, el jueves 5 de julio de 2001 fue publicado el Proyecto de Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, preparado por una comisión previamente designada por la Resolución Ministerial n.º 174-2000-JUS. El proyecto postuló el modelo procesal «de plena jurisdicción» (que había sido desarrollado ampliamente por la entonces nueva Ley 29/1998, del 13 de julio, Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa española) en reemplazo del antiguo modelo «de anulación».

La nueva propuesta era un reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, pues hacía posible demandar la nulidad de un acto, y también el reconocimiento por parte de una entidad estatal de determinado derecho administrativo conculcado o desconocido mediante un acto, hecho u omisión administrativa (Jiménez, 2005, p. 198).

Al final, la comisión aprobó un texto sustitutorio del proyecto, que luego fue aprobado por el Pleno del Congreso el 21 de noviembre de 2001, finalmente promulgado el 6 de diciembre del mismo año, y publicado como Ley n.º 27584 el día 7 del mismo mes. Luego de varias modificaciones, dicha ley está recogida en el artículo 5 del vigente Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584.

Queremos llamar la atención aquí sobre dos pretensiones en particular. Una es la prevista en el numeral 3, denominada en doctrina como pretensión contra las «vías de hecho» de la Administración; otra es la recogida en el numeral 4, conocida en dicho ámbito como pretensión contra las «omisiones» de la Administración.

El Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584 ofrece tratamiento a ambas pretensiones mediante la modalidad procesal denominada «urgente». Al respecto, su artículo 25 establece lo siguiente:

Se tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones:

1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.
 2. El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
- [...].

Los reglamentos son auténticas normas jurídicas, y por ello cuentan con validez y eficacia, y obligan a la ciudadanía y a los órganos del Estado. En el Perú existe sustento constitucional para

la potestad reglamentaria de la Administración (numeral 8 del artículo 118 y numeral 2 del artículo 125 de la Constitución Política). De acuerdo con ello, los reglamentos constituyen desarrollos de la legislación.

Sin embargo, ya hemos visto que existen reglamentos autónomos, los cuales se expiden en ejercicio de dicha potestad sin que su finalidad sea desarrollar algún instrumento legal, sino simplemente regular algún espacio competencial de la Administración. Tales reglamentos también facultan a esta para realizar actuaciones de hecho. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe instrumento normativo que permita a los sujetos administrados defenderse de una actuación material relacionada con algún reglamento.

En el Perú, los muchos reglamentos dictados y vigentes son eficaces diariamente sobre las diversas situaciones jurídicas de los administrados, sean contribuyentes, exportadores, pensionistas, armadores pesqueros, concesionarios mineros, comerciantes, asegurados, propietarios, empresarios, etc. Por ello, no solo los actos administrativos, sino también los reglamentos sustentan las obligaciones que tiene la Administración frente a los administrados, y que debe cumplir a favor de estos.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe instrumento normativo que permita a los sujetos administrados demandar a la Administración el cumplimiento de aquello que establecen los reglamentos. Ni el Código Procesal Constitucional (en sede constitucional) ni el vigente Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584 lo han contemplado.

Existe aún la idea de que el proceso de acción popular cumple dicha función, lo cual no es así. Aclaremos esto. La Constitución Política de 1993 la recoge en el numeral 5 de su artículo 200 con el siguiente texto: «Son acciones de garantía: [...]. 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la Ley,

contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen».

El proceso de acción popular es un control constitucional concentrado, abstracto, en vía principal y cuyos efectos buscan defender la jerarquía del ordenamiento jurídico (Morón, 2004, p. 1106).

Queda claro entonces que el proceso de acción popular está previsto para proteger a la Constitución o a la ley de los reglamentos, no para brindar tutela contra las vías de hecho emanadas en la aplicación de los reglamentos, ni contra los incumplimientos por la Administración de lo previsto en estos. Además, si bien dicho proceso también importa un control jurídico, este es abstracto, es decir, sería incapaz de ofrecer tutela procesal para supuestos concretos de vías de hecho y de incumplimientos.

5. OMISIONES LEGISLATIVAS Y NECESARIAS PRECISIONES NORMATIVAS

La laguna del derecho es aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. En ese sentido, el problema clave será saber cuándo la situación no regulada debe regularse (Rubio, 2007, p. 244). Pero en materia procesal el tema es diferente. En los casos en los que no haya una norma procesal aplicable, no estaríamos ante una laguna, sino ante una omisión legislativa a una previsión que debió ser expresa. Prueba de ello es que cuando un hecho está previsto en una norma, esta sustituye a todo el ordenamiento jurídico, y se requiere solo su aplicación (Monroy, 1996, p. 171).

Conforme a lo expuesto, nuestra legislación encargada de tutelar los derechos de los sujetos administrados frente a la Administración y de controlar el ejercicio de la función administrativa por

parte de esta, no recoge la posibilidad de enfrentar las posibles vías de hecho generadas a partir de disposiciones reglamentarias, ni tampoco permiten obligar a la Administración el cumplimiento de deberes reglamentariamente dispuestos. En ese sentido, consideramos que existen omisiones legislativas en el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, que hacen necesaria la realización de precisiones normativas en su texto.

La primera de estas precisiones debe ser la modificación del inciso 1 del artículo 25 del Texto Único Ordenado, con el objetivo de incluir la posibilidad de demandar el cese de vías de hecho sustentadas en reglamentos. El nuevo dispositivo tendría el siguiente texto: «Se tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones: 1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo *o en un reglamento*».

La segunda precisión necesaria debe consistir en la modificación del inciso 2 del artículo 25 del Texto Único Ordenado, en el sentido que permite demandar el cumplimiento de una actividad a la que la Administración se encuentre obligada por un reglamento. El nuevo dispositivo tendría el siguiente texto: «Se tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones: [...]. 2. El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley, *por reglamento* o en virtud de acto administrativo firme».

Una tercera modificación legislativa debe recaer en el inciso 3 del artículo 4 del Texto Único Ordenado, con la finalidad de incluir la posibilidad de que las actuaciones materiales no solo puedan sustentarse en un acto administrativo, sino también en un reglamento. El nuevo dispositivo tendría el siguiente texto: «Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: [...]. 3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo *o en reglamento*».

6. IDEAS FINALES

Ninguna sociedad es estática, todo lo contrario: una sociedad tiene entre sus principales características al cambio. Pero afirmar ello no es suficiente. El cambio de una sociedad es el conjunto de dinámicas internas y externas, propias y ajenas, lentas o rápidas, con actores que asumen, abandonan o varían sus roles. Y si una sociedad cambia, también lo hace su Estado, así como el derecho que lo rige y, con ello, el ordenamiento jurídico que le sirve. Quizá dicho ordenamiento no sea más que la guía institucionalizada del cambio general.

El derecho administrativo peruano es un ejemplo de cómo la sociedad, el derecho y el ordenamiento jurídico cambian a la par. De un derecho reglamentarista abierto y desordenado, propio de una sociedad latifundista y agraria, avanzó hacia la unificación reglamentaria en el año 1967. La economía de mercado asumida constitucionalmente el año 1993 puso en interacción a diversos derechos económicos y sociales, lo que ameritaba un avance hacia el rango legal en el año 1994, pero el cambio continuó.

El desarrollo de una teoría sobre el Estado constitucional de derecho, la nueva jurisprudencia constitucional, el trabajo especializado de las diversas administraciones públicas, la dinamización de la economía, el incremento del comercio exterior y del mercado de servicios, hicieron evolucionar a nuestra disciplina hacia el garantismo y la unificación del ordenamiento administrativo, ocurrido entre los años 2001 y 2002 con la promulgación y la vigencia de las leyes 27444 y 27584. Dicho proceso de cambio prosigue hoy.

El último punto descrito tuvo entre sus ingredientes a la demorada, esperada y necesaria consagración del proceso contencioso administrativo como una institución con la doble finalidad que aquí repetimos: control jurídico del ejercicio de la función administrativa cumplida por la Administración e instrumento procesal

ordinario para la tutela judicial de los derechos de los sujetos administrados frente a la Administración. Todo ello dentro de la articulación del principio constitucional de control interórganos y del derecho constitucional a la tutela procesal de los derechos.

La interacción entre el principio y el derecho mencionados arroja una doble consecuencia. De un lado, impone que ningún segmento de la actividad administrativa quede exonerado de la posibilidad de un control. De otro lado, obliga a que todo derecho tenga la garantía de una tutela procesal.

En los párrafos que aquí terminan, hemos mostrado cómo los reglamentos, pese a ser el principal instrumento de la Administración —por su carácter normativo, su número y su especialización—, no reciben hasta hoy un completo y coherente encuadramiento entre el principio y el derecho constitucional citados. Lo anterior significa un atentado contra ambas nociones, las cuales resultan afectadas en su alto rango e importancia.

Hemos sugerido la realización de tres puntuales ajustes normativos. Sin embargo, lo descrito simboliza una subsistente crisis de institucionalidad, graficada en vacíos normativos con veinte años de existencia, así como en una doctrina que ha persistido en seguir modelos extranjeros antes que en construir uno propio y nacional con sus matices, labor en la que hubiese advertido los vacíos denunciados (lo que no nubla su amplio trabajo). Sutilmente, nuestro análisis también revela la existencia de una cultura de sometimiento y tolerancia a poderes sin control, que nos hace pensar acerca de cuánto —como sociedad, como Estado y en la realidad— tenemos internalizados los valores constitucionales más básicos.

Frente a ello, comprobamos que el proceso contencioso administrativo, como herramienta democrática que es, sigue en construcción, lo cual significa una esperanza. Cumplimos con agendar el tema. Seguimos trabajando.

REFERENCIAS

- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2004). *Curso de Derecho Administrativo* (2 vols.). [El vol. 2 pertenece a la 9.^a ed.]. Civitas.
- Garrido, F. (1994). *Tratado de derecho administrativo* (vol. 1, 12.^a ed.). Tecnos.
- Huamán, L. A. (2017). *Procedimiento administrativo general comentado*. Jurista Editores.
- Jiménez, J. (2015). Significado y empleo de la expresión «contencioso-administrativo». *Actualidad Jurídica*, (137), 195-198.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Temis; De Belaúnde & Monroy.
- Morón, J. C. (2004). Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional. En Palomino, J. (ed.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaúnde* (pp. 1091-1106). Grijley.
- Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general* (t. 1). Gaceta Jurídica.
- Parada, R. (2004). *Derecho administrativo* (t. 1). Marcial Pons.
- Rubio, M. (2007). *El sistema jurídico* (9.^a ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Santamaría, J. (2016). *Principios de derecho administrativo general* (4.^a ed., vols. 1 y 2). Iustel.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 187-205

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u14i17.600

La influencia del populismo punitivo en la práctica judicial

Influence of punitive populism on the legal practice



MARÍA DOLORES CHIROQUE BANCES
Distrito Fiscal de San Martín
(Moyobamba, Perú)

Contacto: mchiroquedj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-8428-878X>

RESUMEN

El presente trabajo nos demuestra que el populismo punitivo es un mecanismo que utilizan los legisladores de turno para hacer frente al sufrimiento de la ciudadanía afectada por los conflictos sociales: inseguridad ciudadana y criminalidad. Para ello, toman a la norma penal y emiten leyes de incremento de pena, cadena perpetua y eliminación de beneficios procesales y penitenciarios, especialmente frente a casos mediáticos: violación sexual de menores, sin tomar en consideración la realidad problemática y los derechos fundamentales del delincuente, sino solamente el sufrimiento de la víctima. Por ello, en este artículo se busca establecer parámetros para los encargados de la administración de justicia, quienes deben gozar del conocimiento y la capacitación en derecho constitucional y no

ser más la boca de ley, pues se ha demostrado que este mecanismo viene dejando consecuencias negativas debido a que los establecimientos penitenciarios se encuentran hacinados.

Palabras clave: populismo punitivo; derecho penal, administración de justicia; inseguridad ciudadana.

Términos de indización: derecho penal, administración de justicia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article shows us that punitive populism is a mechanism that the on-duty lawmakers use to offset the suffering of the citizenry affected by social conflicts, public insecurity and criminality. To this effect, they take the criminal code and dictate laws increasing the punishment, life imprisonment and eliminating procedural and prison benefits, particularly in high profile mainstream media cases: sexual abuse of minors, without taking into account the real problems and the fundamental rights of the criminal, but only the suffering of the victim. In view of the foregoing, this article attempts to establish parameters for those responsible for the administration of justice, who must be duly knowledgeable and trained in constitutional law and no longer be the mouth of the law, since this mechanism is proving to be having negative effects resulting in the overcrowding of penitentiaries.

Key words: punitive populism; criminal law; administration of justice; public insecurity.

Indexing terms: criminal law, administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 17/03/2022

Revisado: 11/06/2022

Aceptado: 14/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: La autora declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Es inevitable pensar que en una sociedad llena de carencias, desigualdades, falta de valores, etc., como la nuestra, no exista inseguridad ciudadana y criminalidad. Para estos problemas sociales los legisladores proponen como solución al derecho penal, el cual está legitimado debido a que responde a las expectativas de la ciudadanía (Gómez y Proaño, 2012, p. 118).

En este contexto, en el presente trabajo se ha efectuado un análisis de un hecho mediático al que se ha denominado el Monstruo de la Bicicleta. Con este caso se evidencia cuál es la respuesta de los legisladores frente a un hecho mediático, pues aprobaron la pena de cadena perpetua para aquellos que abusen de menores de 14 años, modificatoria que eliminó los beneficios procesales y penitenciarios de los investigados y los sentenciados. Esta ley fue aprobada a los seis meses de ocurrido el mencionado caso. No obstante, esta aprobación tuvo como antecedente la emisión de dos proyectos de ley: Proyecto de Ley n.º 02482/2017-CR y Proyecto de Ley n.º 2584/2017-CR, que fueron presentados al mes de que sucedió el hecho, y en los cuales se solicitó la pena de muerte para quienes cometan el delito de violación sexual a menores de edad.

Es por ello que con el presente trabajo se pretende que el legislador, al momento de aprobar leyes, no solo tenga en cuenta el sufrimiento o clamor de las víctimas, sino que además realice un estudio de la incidencia del delito de violación sexual a menores; estudio que debe estar a cargo de especialistas de diferentes campos, relacionados con la realidad problemática (criminología, sociología, psicología, etc.). Solo así los encargados de administrar justicia emitirán fallos en los que se respeten los derechos fundamentales de la persona y, en consecuencia, se evitará el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios.

Para analizar lo explicado, este artículo se encuentra dividido en cinco acápites: el primero, un estudio de cómo se originó el

populismo punitivo. El segundo, una aproximación al término. El tercero, el caso mediático. El cuarto, la actuación de los jueces. Finalmente, qué opinión le ha merecido al máximo intérprete de la Constitución ante el mecanismo utilizado por los legisladores de turno en la emisión de leyes penales.

2. SURGIMIENTO

Para comprender el origen de esta figura, la catedrática y criminóloga Larrauri (2006) refiere que el «populismo punitivo» surge en un determinado contexto histórico, social y económico, debido al excesivo encarcelamiento de personas en Estados Unidos, situación que ha servido para realizar numerosos estudios con la finalidad de entender los cambios acontecidos desde la década de los ochenta. La autora ha plasmado esta situación de la siguiente manera:

El surgimiento de un neoliberalismo económico que recorta el Estado social y pasa a gobernar a través de un estado punitivo. En definitiva, el neoliberalismo económico traducido a los textos criminológicos aparece como influyente en la producción y acentuación de desigualdades sociales y el surgimiento de sentimientos de ansiedad, producto de la inestabilidad del mercado laboral presente y futuro.

El surgimiento de un neoconservadurismo político, que enfatiza el mensaje de la peligrosidad de la delincuencia. Así nos encontramos con una nueva imagen del delincuente (p. ej. hoy la delincuencia se identifica fundamentalmente con el maltratador, delincuente sexual, inmigrante o terrorista) que no concita la solidaridad que en su día pudo suscitar el delincuente contra la propiedad o drogodependiente; de ahí la mayor resonancia de demandas de «cumplimiento íntegro» de las condenas.

El surgimiento de un sentimiento de inseguridad ontológica [...]. En definitiva, una proyección de todas las ansiedades en el tema de la delincuencia que plasma la ansiedad de una sociedad

con múltiples cambios sociales (económicos, multiculturales y de género). Al tiempo que el delito ve ampliado su campo de influencia a comportamientos molestos, mientras que otras actividades nocivas y perniciosas permanecen exitosamente en la sombra.

Un aumento continuado del delito cuantitativo desde la década de los cincuenta y cualitativo, por haber cambiado su carácter y ser más violento, organizado y transnacional. El número de gente que está en prisión no es, como a veces parece desprenderse de las declaraciones de los políticos, la consecuencia inevitable de decisiones judiciales individuales, sino una elección realizada por los políticos, tomando en consideración la aceptación del público, los medios de comunicación, los costes y otras prioridades sociales (pp. 16-17).

Para comprender el origen de esta figura, Antón-Mellón y Antón-Carbonell (2017) refieren que el populismo punitivo

apareció [...] en un contexto histórico, social y económico, al modo de un conjunto de planteamientos y respuestas políticas, desde una óptica neoliberal/conservadora muy doctrinaria e hiperideologizada, a las profundas transformaciones socioeconómicas de una determinada fase de desarrollo capitalista bajo la férrea hegemonía del capital financiero internacionalizado (p. 135).

En definitiva, el populismo surgió en Estados Unidos en la década de los ochenta debido a que en esta época los establecimientos penitenciarios empezaron a hacinarse, situación que no ocurrió en períodos anteriores. Por otro lado, se tiene que en esta época surgió pobreza y desigualdad laboral, lo que generó que la inseguridad ciudadana y la criminalidad se incrementen. Frente a ello los legisladores optan por tomar el derecho penal para dar tranquilidad a la sociedad, que espera alcanzar seguridad.

3. POPULISMO PUNITIVO: UNA APROXIMACIÓN AL TÉRMINO

Después de haber determinado cómo surge el populismo punitivo, es importante indicar qué entendemos por populismo punitivo. Para tal efecto, se expondrán diferentes posturas de autores, entre ellos tenemos:

Ampuero (2018) refiere que el populismo punitivo es un mecanismo utilizado por el Poder Legislativo para frenar el delito, debido al incremento de las conductas reprochables que dañan a la sociedad, situación que es aprovechada por los partidos políticos con el propósito de incrementar su popularidad en una contienda electoral. Esta medida solo obtiene respuestas inmediatas (p. 164).

En este mismo sentido, Uribe y Varona, citados por Tamayo (2016), señalan que la idea de populismo punitivo está usualmente asociada con las sensibilidades frente al crimen: con el miedo, el deseo de venganza, la despreocupación por el «otro» o la necesidad de asegurar las certezas ante la inseguridad de la sociedad, matriculándose en una visión en la cual el castigo es la mejor forma para conservar esa conciencia colectiva que mantiene amalgamada la sociedad. Sin embargo, la vinculación entre populismo punitivo y sensibilidades aún no aporta nada sobre sus formas específicas de aparición ni sobre su definición teórica. Decir que las penas suben porque las sensibilidades sociales así lo exigen es simplificar el impacto que estas pueden tener sobre aquellas (pp. 25-26).

Asimismo, Díaz (2018) ha señalado que el populismo punitivo es antigarantista y arcaico, pues no responde a los principios del derecho ni a los valores del ordenamiento jurídico. No guarda relación con el derecho, la base para su eficacia radica en la creencia de los ciudadanos, los medios de comunicación y los grupos sociales, quienes consideran la inseguridad ciudadana como el principal problema de la sociedad (p. 226).

Según los autores citados líneas arriba, se entiende por populismo punitivo a la manera desmedida en que los legisladores utilizan el derecho penal para sosegar el sufrimiento de las víctimas afectadas por los estragos de la inseguridad ciudadana y la criminalidad. El derecho penal es tomado por los legisladores de turno como el salvador de los problemas sociales, y se convierte en meramente simbólico, es decir, sin respetar la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.

4. EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Conforme con la postura de los autores descritos, respecto a la conceptualización del populismo punitivo se advierte que una de sus causas es la expansión del derecho penal. Entiéndase como expansión a «la tendencia general maximalista representada por la “creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”» (Silva, citado por Carrasco, 2017, p. 43).

En este orden de ideas, se tiene que el populismo punitivo se viene dando a consecuencia de las diferentes políticas de prevención y tiene como propósito eliminar la delincuencia y la inseguridad ciudadana, políticas que son apresuradas e inmediatas. Sin embargo, en el trayecto de la presente investigación se va a demostrar que estas políticas no son suficientes para contrarrestar los problemas sociales que aquejan a la sociedad, sino, por el contrario, pues pese a las diferentes modificaciones del Código Penal, la inseguridad ciudadana y la criminalidad siguen aumentando. Lo peor de todo es que los niños son los más vulnerables, conforme se aprecia en el siguiente caso:

- **El Monstruo de la Bicicleta.** En febrero de 2018, Jimenita, «una niña de apenas 11 años de edad, fue víctima de la brutalidad

de César Alva Mendoza Alva [en adelante, el Monstruo de la Bicicleta], quien secuestró, violó, mató y quemó a la menor en la zona de La Huayrona, San Juan de Lurigancho» (Gutiérrez, 2018, párr. 1). Este hecho generó varias reacciones en la sociedad, y no era para menos, una niña había sido secuestrada, violada y asesinada. Es así que se creó el colectivo denominado Ni con el Pétalo de una Rosa. Este grupo realizó varias actividades, entre ellas, marchas en las calles. En su protesta solicitaban la pena de muerte para los violadores de menores de edad, clamor que fue escuchado por legisladores de turno, quienes de manera inmediata presentaron dos proyectos de ley que modificaban el artículo 140 de la Constitución Política:

- a) Proyecto de Ley n.º 2482/2017/CR, tuvo como objetivo una reforma constitucional en el artículo 140 de la Constitución Política del Perú para que la pena de muerte se aplique también al delito de violación a la indemnidad sexual cometido contra menores de 7 años de edad. Asimismo, plantea modificar diversos artículos del Código Penal reestructurando las sanciones que se imponen por la comisión de delitos contra la indemnidad sexual y la libertad sexual, mediante el incremento de las penas, con la finalidad de hacer mucho más eficaces aquellos mecanismos de prevención y sanción sobre los casos de violencia sexual en nuestro país. Este proyecto fue rechazado de plano.
- b) Proyecto de Ley n.º 2584/2017-CR, de fecha 16 de marzo de 2018, el cual tenía por objeto modificar el artículo 140 de la Constitución Política del Perú a fin de hacer extensiva la aplicación de la pena de muerte a los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad seguidos de muerte, para proteger la integridad física y la vida de los niños de nuestro país. Fue presentado por el grupo parlamentario No Agrupado, integrado por Lucio Ávila Rojas y otros.

En este sentido, evidenciamos que los legisladores de turno están atentos al clamor del pueblo, el cual es atendido de manera inmediata, sin que importen las consecuencias de las decisiones, solo la opinión del pueblo, que a decir verdad poco sabe o conoce de derecho. A pesar de ello, los legisladores de turno atienden sus pedidos, así estos no sean viables. Es el caso de los proyectos presentados, en donde a todas luces se aprecia que la pena de muerte no es factible, debido a que somos parte de tratados internacionales que protegen el derecho a la vida. Al respecto, la expresidenta del Tribunal Constitucional, Marianella Ledesma, indicó que la pena de muerte para violadores es un tema que genera «polémicas y controversias», ya que el fin supremo del Estado es velar por la vida y la integridad de los ciudadanos. Para tal efecto, recomendó que el Estado mejore sus políticas de prevención y sanción contra los agresores. Debido a que somos un país que ha celebrado pactos, en los cuales nos hemos comprometido a realizar determinadas acciones, a velar por la vida, eso no significa que matando a las personas vamos a ingresar a una fase donde todo va a ser paz y convivencia armoniosa (TV Perú Noticias, 2020).

En suma, los legisladores de turno, al tomar conocimiento de un hecho criminal y sobre todo si este se convierte en mediático, levantan su voz y presentan proyectos de ley ante el Congreso. Ello ha quedado evidenciado, pues al mes siguiente de ocurrido el caso de Jimenita presentaron dos proyectos, los cuales no surtieron efectos. No obstante, los legisladores continuaron en su lucha para calmar la ansiedad de la población. Es así que el 4 de agosto de 2018 se publicó la Ley n.º 30838, Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para Fortalecer la Prevención y Sanción de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, en la cual se estableció:

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.

Por otro lado, el Código Procesal Penal, en su artículo 471 señala:

El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión, en tanto esta sea útil y anterior a la celebración del proceso especial.

La acumulación no procede cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso solo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.

La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella, o por el delito previsto en el artículo 108-B o por cualquiera de los delitos comprendidos en el Capítulo I: artículos 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Igualmente, el artículo 372 del mismo cuerpo legal indica lo siguiente:

1. El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil.
2. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se

suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio. La reducción de la pena no procede en el delito previsto en el artículo 108-B y en los delitos previstos en el Libro Segundo, Título IV, Capítulo I: artículos 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y Capítulos IX, X y XI del Código Penal.

Finalmente, el Código de Ejecución Penal, en su artículo 55, establece:

55.1. No son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

55.2. 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, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 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 párrafos 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.

Con esta modificación, se generalizó e impuso que todo el que abuse sexualmente de un menor de 14 años será merecedor de la pena de cadena perpetua. A causa de esto el investigado queda excluido de los beneficios procesales y los sentenciados quedan excluidos de los beneficios penitenciarios. Así, el derecho penal se expande, pero lo lamentable o preocupante es que la dación de leyes se realiza a pocos meses de un evento criminal mediático, lo que significa que no existe un estudio de la realidad problemática, sino que se busca congraciarse con el pueblo afectado por la

inseguridad ciudadana y la criminalidad para captar votos y por ende beneficiar al equipo político al cual pertenecen los legisladores.

5. ACTUACIÓN DE LOS JUECES ANTE EL POPULISMO PUNITIVO

Conforme ha quedado establecido, el populismo punitivo es antigarantista; en consecuencia, afecta la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. Ahora es importante determinar cuál es la actuación de los jueces ante el populismo punitivo. Por su parte, la Comisión de Publicaciones de Derecho y Sociedad (2017) ha indicado que

los valores constitucionales que rigen el derecho de un Estado social como el nuestro, se verían alterados y a veces violados, en la aplicación populista del Derecho. El populismo provocaría sentencias que busquen favorecer desproporcionalmente a una parte, para ello, obviando los propios principios constitucionales, como el debido proceso. Un ejemplo puede ser la interferencia en la defensa del denunciado, colocándole obstáculos en la presentación de pruebas; ello con el fin de respaldar una «sentencia previa» del pueblo respecto a tal caso. Se pierde la seguridad jurídica, la predictibilidad del Derecho. El populismo no solo afecta a los partidos políticos y los creadores del Derecho, sino también a los magistrados del Poder Judicial. Los jueces tienen más incentivos a usar dicha estrategia: quedan bien con el pueblo sin asumir coste alguno, pues quién (*sic*) acarrea con las consecuencias de sus decisiones judiciales son los políticos como decisores y al resto de ciudadanos como pagadores y sufridos (pp. 264-265).

De otro lado, respecto a los Programas de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura no se consideraron los cursos de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en ciertos años de la primera década del siglo XXI.

Asimismo, no fueron incorporados en la malla de estudios de 2007, 2008, 2009, 2010 y 2018; y en el 2015 solo se dictó un curso de Teoría General de la Constitución. Se implementó un nuevo diseño pedagógico: un sistema de educación a distancia. Así, se inició el Plan Piloto de Educación a Distancia, que ofrecía inicialmente los cursos correspondientes a las áreas de Razonamiento Jurídico, Derecho Constitucional, Derecho Penal y Derecho Civil (Domínguez, 2021, pp. 141-142).

Frente a esta problemática, mediante la Resolución Administrativa n.º 000295-2020-CE-PJ, del 16 de octubre de 2020, se aprobó el Plan Nacional de Capacitación de Jueces presentado por la Comisión Nacional de Capacitación de Jueces del Poder Judicial. Dicho plan tiene como misión la competencia de los magistrados con modelos que aseguren su independencia y justicia, basados en la Constitución y las leyes, a fin de lograr la paz social y la confianza en la población dentro del marco del Estado constitucional de derecho y la democracia constitucional (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2020, p. 7).

De acuerdo con los autores citados, podemos advertir que sus aportes son de gran utilidad para el presente trabajo, pues coincidimos en afirmar que los encargados de administrar justicia deben estar preparados en los diferentes campos del derecho, pero sobre todo deben conocer el derecho constitucional y procesal constitucional, a fin de que sus decisiones estén avocadas al respeto de la persona humana y su dignidad, caso contrario, solo obtendremos sentencias débiles y sin garantías constitucionales.

6. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teniendo en cuenta el compromiso que tienen los jueces en la emisión de sus sentencias, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC, del 26 de mayo de 2020, señaló:

este Tribunal también advierte que tales medidas no serán suficientes para combatir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios si es que no se ataca a la raíz del problema, esto es, el aumento indiscriminado de las penas, el uso excesivo de la prisión preventiva y, en suma, el populismo punitivo al que se recurre como pretendida solución a corto plazo de muchos de los problemas existentes en nuestra sociedad, los que solo podrán enfrentarse eficazmente con la realización, en la mayor medida posible, de los valores constitucionales de justicia e igualdad, a los que la ciudadanía aspira alcanzar y los que, en consecuencia, el Estado debe promover incansablemente (fundamento 94).

Del mismo modo, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 0009-2018-PI/TC, del 2 de junio de 2020, se ha establecido:

15. [...] el Estado debe recurrir como última *ratio* al ejercicio del *ius puniendi*, y debe procurar, dentro de lo razonablemente posible, de acuerdo con el orden público constitucional, hacer uso de todos los mecanismos institucionales de diálogo existentes a fin de evitar y, en todo caso, hacer frente a los conflictos que puedan generarse, teniendo presente que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución).
16. Comprenderlo de esta forma presupone evitar el riesgo de caer en un populismo punitivo, esto es, aumentar las penas o la persecución penal por razones meramente coyunturales y sin que exista un fundamento objetivo y justificado para ello, aprovechando la exposición mediática de un caso.

Con lo anterior queda evidenciado que el Tribunal Constitucional se opone al populismo punitivo, motivo por el cual indica que debe ser erradicado, de lo contrario vamos a seguir teniendo establecimientos penitenciarios hacinados. Erradicar el populismo punitivo significa que los encargados de la política criminal no vean más al derecho penal como el salvador de la inseguridad ciudadana y la criminalidad, sino como preventivo y de *ultima ratio*. Evitar el populismo punitivo en el Perú será un tanto difícil porque este

mecanismo ya ha sido cimentado por los legisladores de turno, viene de décadas pasadas. En este sentido, es importante concientizarlos, aunque es un tanto complicado, pues estos solo buscan obtener réditos políticos. Si bien los legisladores están a cargo de la dación de las leyes penales, quienes las aplican son los jueces. Por ello, es necesario que puedan indentificar las leyes populistas, se aparten de ellas y resuelvan los casos concretos en función de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona. Con este fin, deben estar preparados en los diferentes campos del derecho, en especial del derecho constitucional, el cual es respetuoso de la Constitución Política del Perú.

7. CONCLUSIONES

- Se entiende por populismo punitivo la forma en que el legislador de turno calma el sufrimiento de la víctima mediante la dación de leyes en materia penal, a fin de combatir la inseguridad ciudadana. Sin embargo, esta manera de ayudar a la víctima resulta ser antigarantista, debido a que los derechos fundamentales del delincuente —libertad personal— quedan a la deriva. Así, el derecho penal se convierte en el salvador de los conflictos sociales, por ello, estas leyes deben ser dadas con un mejor estudio de la realidad problemática y sobre todo deben ser evaluadas y estudiadas por los conocedores de diferentes campos concernientes a la inseguridad ciudadana y la criminalidad.
- El populismo punitivo es el uso indebido que realizan los grupos de poder de una situación política, para manipular la opinión pública a su favor, apelando al miedo de los ciudadanos y a sus instintos más elementales. Una de sus expresiones es el intento de instrumentalizar el Código Penal, con penas cada vez más altas, haciendo creer a la población que es ese el camino para combatir la criminalidad o el terrorismo, como ocurre con la propuesta draconiana de implantar la castración química para los

violadores. Bajo ese contexto, se advierte la expansión del derecho penal, con las diversas modificaciones de incremento de penas, sobre la pena de cadena perpetua. Esta modificación no tuvo sustento, solo se consideró el sufrimiento de la víctima y se dejaron de lado las necesidades del autor o partícipe del evento criminal. Es por ello que a la fecha tenemos leyes penales incoherentes e irracionales.

- Con el caso emblemático del Monstruo de la Bicicleta ha quedado evidenciado el mecanismo que utilizan los legisladores para contrarrestar la inseguridad ciudadana, y así atender el clamor y sufrimiento del pueblo, pues al mes siguiente de ocurrido el evento criminal presentaron dos proyectos de ley: el n.º 2482/2017/CR y el n.º 2584/2017-CR. En estos solicitaban la pena de muerte en los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad con subsecuente muerte. Sin embargo, pese a que los legisladores tienen conocimiento de los tratados internacionales a los que está suscrito nuestro país, presentan proyectos de ley inviables. Con ello se evidencia que su propósito es congraciarse con el pueblo sufrido y no con quien infringió la ley.
- Los jueces cumplen un rol importante en la administración de justicia, en consecuencia, sus decisiones judiciales deben basarse en los principios fundamentales de la persona humana y su dignidad. Motivo por el cual tienen que estar plenamente capacitados en las diferentes ramas del derecho, especialmente en el derecho constitucional, pues solo así se logrará obtener fallos proporcionales y justos. No obstante, los autores de un delito de violación sexual a menores de edad ya no tendrán la oportunidad de resocializarse e incorporarse a la sociedad.
- En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en las sentencias mencionadas en el presente trabajo, ha indicado de manera enfática que el populismo punitivo debe ser eliminado. No obstante, este no podrá ser erradicado si los jueces, al momento de

emitir sus fallos, no toman en cuenta los valores constitucionales, esto es, su participación frente a un caso debe darse sobre la base de los principios constitucionales, sea cual sea la norma emitida, pero sobre todo ante una ley populista, situación que evitará el hacinamiento en los penales.

REFERENCIAS

- Ampuero, G. C. (2018). *Impacto del populismo punitivo en la incidencia de los delitos de primera velocidad en el Distrito Fiscal Arequipa - Sede Central 2009-2015* [Tesis de doctorado]. Universidad Católica de Santa María.
- Antón-Mellón, J. y Antón-Carbonell, E. (2017). Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016). *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 12, 133-150. <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.3230>
- Carrasco, E. (2017). El concepto de «expansión» del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de «inflación» penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, 37, 39-86. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/04/doctrina45228.pdf>
- Comisión de Publicaciones de Derecho y Sociedad (2017). La influencia del populismo punitivo en los modelos tradicionales de creación y aplicación del Derecho. *Revista Derecho & Sociedad*, (48), 255-266.
- Congreso de la República (2018a). Proyecto de Ley 02482/2017-CR. Ley de reforma constitucional que incorpora la pena de muerte para violadores de menores de siete años de edad y modifica el artículo 140 de la Constitución. Lima: 2 de marzo de 2018. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/641842f7e5d631bd052578e20058a231/0f23a7d1e3b4a514052582440079900e?OpenDocument>

- Congreso de la República (2018b). Proyecto de Ley 02485/2017-CR. Ley de reforma constitucional que modifica el artículo 140 de la Constitución Política del Perú a fin de hacer extensivo la aplicación de la pena de muerte para los delitos de violación sexual de menores de edad. Lima: 16 de marzo de 2018. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/641842f7e5d631bd052578e20058a231/ae706914a649f2780525825200644e22?OpenDocument>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú (2020). Resolución Administrativa n.º 000295-2020-CE-PJ. Lima: 16 de octubre de 2020. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4ffcf5004042cb25969cb76976768c74/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA-000295-2020-CE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4ffcf5004042cb25969cb76976768c74>
- Díaz, A. (2018). El endurecimiento de las penas no disminuye la acción delictiva. *Sapere*, (16), 222-242.
- Domínguez, H. (2021). El derecho constitucional y la educación judicial. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), 131-146. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.462>
- 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://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/117-122/1733>
- Gutiérrez, S. (2018, 5 de octubre). Sujeto que confesó haber violado y asesinado a Jimenita quedaría en libertad. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/sujeto-confeso-violado-asesinado-jimenita-queraria-libertad/>
- Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Jueces para la Democracia*, (55), 15-22.

- Tamayo, F. L. (2016). La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano. *Revista Criminalidad*, 58(3), 21-35. <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v58n3/v58n3a03.pdf>
- Tribunal Constitucional (2020a). Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC. Lima: 26 de mayo de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (2020b). Pleno Jurisdiccional. Expediente n.º 0009-2018-PI/TC. Lima: 2 de junio de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00009-2018-AI.pdf?fbclid=IwAR2f6Bc0ZjUdqhjuxvwvXe7SGpPYRkFDcSg98ts1N514CvJUwgyeWVANupc>
- TV Perú Noticias (2020, 9 de marzo). Titular del TC sobre pena de muerte: «El fin supremo del Estado es velar por la vida». <https://www.youtube.com/watch?v=0AcOPgyzwHc>.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 207-220

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.571

Primeras aproximaciones acerca de los órganos de decisión jurisdiccional del Poder Judicial peruano

First approaches to jurisdictional decision-
making bodies of the Peruvian Judiciary



RICARDO GODENZI CUÉLLAR
Universidad Tecnológica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: c13085@utp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7060-2627>

Como en la monarquía, la administración de la justicia decide no solo de la vida y de los bienes, sino también del honor de los ciudadanos, exige indagaciones escrupulosas. El cargo de juez es más delicado a medida que su campo es más extenso y son mayores los intereses sometidos a su fallo.

No es, pues, maravilla que haya en las leyes de estos Estados tantas reglas, restricciones y ampliaciones, que multiplican los casos particulares y parecen reducir a arte la razón misma.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*

RESUMEN

En el presente artículo mostramos los hallazgos iniciales sobre la diversidad de tipos de órganos jurisdiccionales que existen hoy en el Poder Judicial peruano, sus primeras características, así como lo que nos puede revelar la creación de una compleja diversidad de categorías de órganos jurisdiccionales respecto a la respuesta que puede tener el Estado peruano frente a la conflictividad social a la que debe atender.

Palabras clave: órganos jurisdiccionales; Poder Judicial; competencia procesal por materia.

Términos de indización: poder político, tribunal (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

In this article we show the initial findings on the different types of courts existing in the Peruvian Judiciary today, their primary characteristics and what the creation of a complex diversity of categories of courts can reveal in terms of response of the Peruvian State against the social conflicts it is obliged to address.

Key words: courts; the Judiciary; procedural competence according to the subject.

Indexing terms: political power, courts (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/03/2022

Revisado: 07/06/2022

Aceptado: 09/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

A casi treinta años de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1993), la evolución de los órganos jurisdiccionales que estructuran este poder del Estado ha evolucionado con notables características y creemos que es también una respuesta institucional a la forma en que evoluciona la conflictividad social en nuestro país. Hace algunos años venimos trabajando en el Godenzi Investigación y Desarrollo (GID) en la detección y la identificación de la totalidad de los órganos de decisión jurisdiccional (ODJ), que no son otra cosa que los diversos tipos de juzgados, tribunales y salas que conforman el Poder Judicial¹. Esta labor surgió para tener una idea global de la cantidad y los tipos de juzgados o tribunales que, según la especialidad, se han ido creando en el tiempo al interior del Poder Judicial. Luego, este trabajo se fue extendiendo a todos los niveles de la judicatura y se definió como una pesquisa exhaustiva de recolección de las tipologías en las publicaciones oficiales del Estado.

2. EXPLICACIONES METODOLÓGICAS

El presente estudio está referido a la identificación y el análisis de la tipología de los órganos jurisdiccionales en el Poder Judicial peruano, basados en su competencia por asunto o materia, lo que es conocido en la teoría procesal como la *competencia en razón de la materia*². Para ello se ha seguido estrictamente una extracción sucesiva de los tipos de ODJ desde la fuente del «Boletín de Normas Legales» de *El Peruano*. Proceso que iniciamos en junio de 2017 y se cerró el 9 de enero de 2020, de manera que este trabajo se basa principalmente en dicha evidencia directa. Tomando estos datos se construyó un cuadro con secciones según el nivel de los órganos

1 Artículo 143 de la Constitución Política peruana de 1993.

2 Artículo 9 del Código Procesal Civil.

jurisdiccionales, conforme a la LOPJ³, y se asignó a cada nivel el tipo de ODJ que aparecía en nuestro hallazgo. El cuadro matriz tiene además la referencia exacta de la fecha en la que se publicó cada uno de los tipos de ODJ que fueron identificados. Los nombres de cada tipo de órgano jurisdiccional fueron tomados sin variación de la cita de la norma legal respectiva. Ver el gráfico 1.

Para la individualización de cada tipo de ODJ se han tomado en cuenta como órganos judiciales independientes los que aparecen con el término «subespecialidad», de modo que los órganos de especialidad se cuentan aparte de los de subespecialidad, esto debido a que la subespecialidad o submateria hace que el órgano respectivo excluya casos judiciales no relacionados directamente con su competencia asignada, separando en la práctica las funciones de cada órgano. Las Salas de Apelaciones, Salas Liquidadoras y Salas Especializadas se cuentan por separado. Las Salas Transitorias se consideran incluidas en las que son permanentes, por lo que no se cuentan individualmente.

Los objetivos establecidos en el proyecto inicial fueron los siguientes:

- a) Identificar claramente los tipos de órganos judiciales que tiene o ha creado en la actualidad el Poder Judicial peruano.
- b) Determinar las características básicas de los tipos existentes.
- c) Buscar un tipo de clasificación del conjunto de los ODJ recopilados.
- d) Determinar qué tipos de órganos judiciales (ODJ) han sido los que más se han creado (en qué áreas), y correlacionarlos con las necesidades de tipo judicial que tiene la población.
- e) Determinar hacia dónde apunta el crecimiento de estos órganos en el futuro.

3 Ley Orgánica del Poder Judicial, D. S. n.º 017-1993-JUS. Es decir, Corte Suprema, Cortes Superiores, Juzgados Especializados y Juzgados de Paz.

Este artículo pretende mostrar los avances iniciales de esta investigación, por lo que nos concentraremos en dar a conocer los hallazgos objetivos de esta recopilación y analizar, en una primera aproximación, lo que nos dicen los datos registrados. Haremos uso de procesos estadísticos y buscaremos conectar la gran diversidad de ODJ que tiene el Poder Judicial con la *dinámica social* que demandan estos mismos tipos de necesidades, en la búsqueda de solucionar sus conflictos interpersonales o interinstitucionales.

El fin general de esta investigación ha sido, en primer lugar, definir qué y cuántos tipos de juzgados y salas existen hoy dentro de la estructura operativa del Poder Judicial; en segundo lugar, qué nos indica la creación de determinadas salas y juzgados dentro de un determinado contexto; y, en tercer lugar, si todo esto nos puede ayudar a sacar algunas conclusiones valiosas para la dirección y la organización de esta institución como órgano de poder constitucional.

Podemos considerar este estudio como la base para uno más amplio acerca del proceso de creación de órganos jurisdiccionales, incrementos de plazas o puestos, y relacionarlos con indicadores de crecimiento poblacional o de PBI con el crecimiento histórico del número de jueces en el Perú.

3. LA SORPRENDENTE EVOLUCIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL PERÚ

Nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) data de 1993, han transcurrido veintinueve años de diversos sucesos históricos, políticos y económicos cruciales que demandaron una serie de conductas y respuestas institucionales por parte del Estado, y el Poder Judicial no estuvo ausente de estos retos. La distancia de la forma en la que estaban estructurados los diversos tipos de órganos de decisión jurisdiccional (ODJ) ha cambiado, ha crecido abrumadoramente,

este poder del Estado evidencia con ello que no se ha quedado estático en su diseño estructural, sino que ha buscado, y se lo han exigido así algunas normas del Legislativo y el Ejecutivo también, dar respuestas a las demandas sociales de una mejor y más asequible administración de justicia para el país.

En dicho año (1993) este texto normativo contemplaba únicamente **cuatro categorías** de ODJ por materia solo respecto a las Cortes Superiores, con Salas Civiles, Salas Penales, Salas Laborales e incluían Salas Agrarias. Para el presente año (2022) nuestra revisión arroja **veinticinco tipos o categorías** de Salas Superiores, contadas por materia, entre las que se encuentran Salas Contenciosas-Administrativas, Salas Contenciosas-Administrativas en Temas Tributarios y Aduaneros, Salas Comerciales, entre otras.

Es cierto también que algunas de las categorías halladas pertenecen a subespecialidades, y muchas de ellas podrían agruparse en materia penal, por ejemplo. Empero, al revisar con mayor profundidad, se puede observar la marcada temática y materia que estas salas resuelven, que se convierten en competencias por materias perfectamente definidas y consolidadas, como podría ser el de Salas Civiles y Salas de Familia.

Por otro lado, varios tipos o categorías de ODJ han ido quedando en el camino de la historia. Podemos recordar que en la época de la violencia terrorista se instauraron los «jueces sin rostro», un tipo o categoría de órgano jurisdiccional cuestionado en la dogmática jurídica ortodoxa porque afectaba el principio procesal de inmediación y de transparencia en la recta administración de justicia, pero que a su vez se justificaba por la excesiva violencia e influencia que se podía ejercer en medio de esa tensión social.

Gráfico 1

Cuadro de tipos de ODJ del Poder Judicial peruano en el nivel de Corte Superior

Cortes Superiores														
Salas Civiles (Permanentes) (7)	Sala Civil Transitoria	Sala Superior Especializada en lo Civil Descentralizada y Permanentemente (1)	Sala Especializada de Familia (17) (46)	Sala de Familia Permanente (20)	Sala Civil con Subespecialidad Comercial (6) (17) Sala Comercial (46)	Sala Laboral Permanente (16)	Salas Laborales	Sala Laboral Transitoria Subespecialidad Procesos Contenciosos Administrativos Laborales y Previsionales (53)	Sala Contenciosa Administrativa (46)	Sala Contenciosa Administrativa Permanente (44)	Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado (33) (46)	Sala Contenciosa Administrativa Especialidad Tributaria y Aduanera (46)	Sala de Apelaciones (46)	Sala Mixta de Emergencia del Callao (55)
Sala Penal	Sala Penal Nacional (14) (27)	Sala Penal Liquidadora Permanente (16)	Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel (8)	Sala Penal para Procesos con Reos Libres (10)	Juzgado Penal Colegiado Nacional (13)	Sala en Delitos de Mercado	Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora (18)	Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora (28)	Sala Mixta y Penal de Apelaciones (58)	Sala Penal Liquidadora (46)	Sala Penal de Vacaciones (56)			

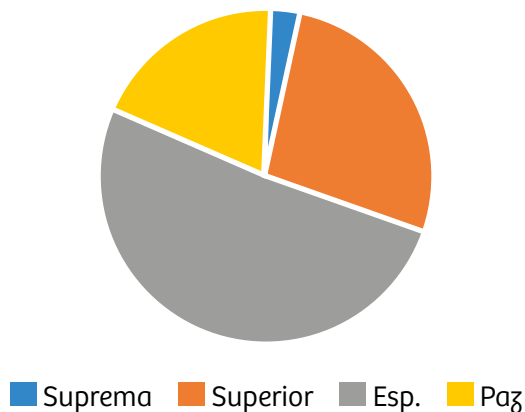
Notas

- a) Sección del cuadro matriz de la presente investigación sobre los ODJ. Se trata de los órganos jurisdiccionales solo del nivel de Corte Superior
- b) Datos obtenidos de las publicaciones oficiales de Normas Legales del *Diario Oficial El Peruano*
- c) Los números que los acompañan citan las fechas de publicación en las que se halló el dato (citas que se hallan en el cuadro matriz o cuadro principal)
- d) Los nombres de cada órgano son en estricto tal y como aparecen publicados en la fuente señalada

4. PANORAMA GENERAL Y EVOLUCIÓN DE LOS ODJ PERUANOS

Según los primeros resultados obtenidos en nuestra matriz principal de trabajo hemos hallado 92 tipos de Órganos de Decisión Jurisdiccional (ODJ). Es posible que este primer conteo deba revisarse con detenimiento respecto de tipos de juzgados o salas que requieren una mayor precisión. La Corte Suprema tiene solo 3 categorías de ODJ; las Cortes Superiores tienen 25 tipos; los Juzgados Especializados y Mixtos tienen 47 categorías; mientras que los Juzgados de Paz entre letrados y no letrados solo tienen 17 tipos. Ello se puede observar en este gráfico:

Cantidad ODJ según nivel



En la Corte Suprema, el número de tipos o categorías no ha cambiado respecto del año base de 1993, en esencia es el mismo, pero es notoria la expansión de la carga y las materias que está recibiendo principalmente la Sala de Derecho Constitucional y Social (con mayor incidencia en lo laboral y previsional).

En las Cortes Superiores sí encontramos una rica variedad de tipos como Salas Comerciales, Salas de Familia, Salas con Subespecialidad Contencioso-Administrativo Laboral Previsional, Salas con Subespecialidad Contencioso-Administrativo en Temas de Mercado, Sala de Emergencia, Sala de Delitos de Mercado, Sala Penal

para Procesos con Reos en Cárcel, entre las más relevantes. Es notorio que de los 25 tipos de ODJ, 12 de ellos son en materia penal y 5 en materia civil. Es decir que las actividades de estas dos materias han exigido que la estructura y la funcionalidad del Poder Judicial deban cambiar, individualizarse y especializarse a fin de alcanzar mejor sus objetivos, mediante la creación de unidades jurisdiccionales según estas materias o submaterias.

Respecto al nivel de Juzgados Especializados y Mixtos la complejidad y la diversidad de tipos alcanzan su mayor dimensión, con un total de 47 categorías o tipos⁴ de ODJ, de los cuales 30 están directamente relacionados con la materia penal. Cabe resaltar la tipología que hemos hallado: Juzgado de los Actos de Disposición de los Bienes Materia de Delitos y de Efectos Decomisados, Juzgado Especializado de Familia con Competencia Penal, Juzgado Constitucional Tributario, Juzgado Penal Unipersonal Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (y uno semejante pero colegiado), Juzgado Penal Colegiado Conformado Supraprovincial Itinerante, o el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, Juzgado Penal Colegiado Alternativo, Juzgado Penal Liquidador Permanente, Juzgado de Investigación Preparatoria, entre otros.

El que los ODJ en materia penal sean el tipo dominante tiene directa relación con la carga procesal que reciben en el tiempo⁵,

4 Esta cifra, en comparación con otros niveles, tiene una estrecha correlación con la «cantidad» de Juzgados Especializados y Mixtos, con cifras del 2006. Este nivel tenía el 60 % de la cantidad total de órganos jurisdiccionales existentes hasta esa fecha, superando aún al número de Juzgados de Paz Letrado (Hernández, 2008). Según las cifras, a diciembre de 2021 el número de dependencias de este nivel se elevó a 68.6 % (Poder Judicial, 2021).

5 Con cifras del 2006, los juzgados penales tenían en número la mayor cantidad de carga procesal que los otros tipos de juzgados de su mismo nivel (Hernández, 2008). De acuerdo con las cifras a diciembre de 2021, la carga procesal penal sigue siendo la mayor, seguida de la materia de familia (Poder Judicial, 2021).

y podría denotar la evolución de la sociedad peruana hacia una progresiva forma de vida con rasgos marcados de criminalización e informalidad (entendida como oposición a las normas oficiales), una sociedad progresivamente violenta o agresiva, si entendemos que los sistemas procesales penales interactúan con acciones delictivas, sancionadas con la acción coercitiva de los sistemas punibles más exigentes de una sociedad. Sin embargo, de ser así, el Poder Judicial no tiene en sí mismo todas las soluciones posibles a este tipo de demanda social por justicia, sino que debe integrarse a sistemas más amplios de acción social que coadyuven a los cambios significativos de la conducta social de la nación, sistemas como el educativo, la estructura familiar, los procesos de integración y comunicación social, el reconocimiento de diferencias y la canalización de demandas insatisfechas. A este poder del Estado, por su propia actividad, le compete tratar los actos finales de conductas personales formadas por años, le toca tratar sobre resultados ya producidos y sancionar sobre hechos objetivos (probados), lo que le da poca capacidad de maniobra o de transformación de conductas⁶. Esto nos recuerda un principio aristotélico que puede ser el germen de una solución en una sociedad cruenta: «Cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad hay de justicia, pero aun siendo justos, sí necesitan de la amistad» (Aristóteles, 2008, p. 324). Es decir, el carácter y la relación de integración fraternal entre los seres humanos es el núcleo que debe disolver la alta conflictividad social de una nación y la que puede evitar verdaderamente una carga procesal excesiva.

Con relación al nivel de Juzgados de Paz (letrados y no letrados juntos), lo que se esperaría es que sea de complejidad mayor; sin embargo, hallamos más bien una menor diversidad de materias

6 Igualmente, a los sistemas de rehabilitación de condenados o procesados (actividad penitenciaria) les toca tratar sobre conductas ya formadas, y procesar penas que intentarán reorientar las conductas infractoras con características de habitualidad.

que en los niveles anteriores: tenemos Juzgados de Paz Letrado Penal, Civil-Laboral, de Tránsito y Seguridad Vial, Juzgado de Paz Letrado Supraprovincial, jueces de paz urbanos. Este nivel debería sostener la atención de la población en vulnerabilidad, pero creemos que, dada la complejidad, la onerosidad y la demora procesal, esto desmotiva el acceso al servicio de administración de justicia en nuestro país.

5. GRANDES OMISIONES: ÓRGANOS JURISDICCIONALES QUE FALTAN CREARSE

Dentro de nuestras revisiones no hemos hallado mención de por lo menos dos tipos de órganos de decisión jurisdiccional (ODJ): los Juzgados de Procesos Inmediatos por Vulnerabilidad y los Juzgados Previsionales, cuya creación sería conveniente. Los primeros porque esto podría acercar el alcance de los objetivos suscritos por tratados o acuerdos internacionales de tipo judicial, nos referimos, en especial, a las 100 Reglas de Brasilia⁷. Este tipo de juzgados serían gratuitos, efectuados con formularios y bajo el principio de actuación sin dilación, buscando la accesibilidad para sectores sociales estructuralmente excluidos.

Los juzgados previsionales son además una urgencia por la existencia de una carga procesal excesiva pendiente de resolver en la judicatura nacional.

6. PROYECCIONES DE NUEVAS INVESTIGACIONES

La presente investigación, a causa de la complejidad de la labor y la estructura judicial, nos lleva a la apertura de nuevas líneas

7 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad (2008). Contenida en la Declaración de Brasilia, a la que el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, expresó su adhesión e implementación (Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ del 26 de julio de 2010).

de investigación, como por ejemplo la evaluación de la conexión entre la realidad social y la labor jurisdiccional. Estimamos que sería conveniente estudiar cuál es la correlación estadística entre el incremento de mayor conflictividad social y la creación de nuevos tipos de ODJ en el Perú; o si ha sido eficaz la creación de los actuales tipos de ODJ para reducir la conflictividad social y generar paz social, pudiendo establecerse patrones para medir su eficiencia y eficacia.

En relación con el costo y el financiamiento en la estructuración de los ODJ, se debería evaluar cuál es el impacto presupuestal actual de la creación de «un nuevo tipo de ODJ» para el Poder Judicial y si este puede ser más eficiente.

Y a nivel de legislación comparada, sería conveniente conocer de qué manera se presentan estas mismas categorías en otros países en Latinoamérica, América y Europa, así como revisar el efecto social que hayan tenido.

7. CONCLUSIONES

- a) La creación de nuevos tipos de ODJ denota una tendencia progresiva-expansiva, parte de la dinámica estructural del Poder Judicial.
- b) La carga procesal principal del trabajo judicial se encuentra entre los Juzgados Especializados y las Cortes Superiores.
- c) Existe una marcada tendencia hacia la especialización en relación con la competencia por la materia entre los ODJ. Esta creación de diversos tipos o categorías de ODJ se inclina hacia unidades especializadas.
- d) Se estima que en el futuro se observará una mayor expansión y creación de nuevos tipos de ODJ. Es posible que la Corte Suprema necesite crear Salas Especiales en lo Contencioso Administrativo, Salas Laborales, o Salas Contenciosas Administrativas Tributarias.

Probablemente necesite crear una sala para casos importantes (por la cuantía) y casos urgentes (por el apremio), así como radicar ciertas Salas Supremas en algunas regiones del país (Arequipa o Tacna, Trujillo o Piura). Pero la tendencia de crecimiento se encuentra con fuerza en los Juzgados Especializados, donde se espera una mayor expansión.

- e) La especialización por materia tiene las ventajas de un mayor dominio técnico-jurídico de los asuntos que se resuelven, así como un más corto tiempo para resolverlos, porque los operadores jurisdiccionales llegan a conocer con precisión las dinámicas de los casos y su sustancia con rapidez, utilizando además la experiencia ganada con el tiempo.
- f) La parte en contra de la especialización se encuentra en el abordaje de casos judiciales complejos, que requieren más de una sola especialización para ser resueltos, en los que las materias de los ODJ no sean suficientes para cubrir la comprensión de estos casos. Ante esta circunstancia se podría proponer la adopción de la integración de juzgados o salas entre jueces o vocales de varias materias (podría ser un juzgado universal o un juzgado politemático), que se agrupe provisionalmente para resolver este tipo de casos⁸.
- g) Es necesario comprobar si este incremento en los tipos de ODJ produce resultados socialmente eficaces en la detención, la disminución o la moderación de la conflictividad social e interfamiliar o interpersonal.
- h) Mirando hacia el futuro se considera un incremento de los tipos o las categorías de ODJ en el tiempo. Se estima una mayor especialización, una expansión de las competencias por razón de la

8 Recordamos aquí el caso judicial Inabif, el cual requirió que el Poder Judicial dedicara uno o dos juzgados solo para el procesamiento de este caso complejo. No tenemos mayores detalles técnicos.

materia cada vez mayor, esto demandará mayor trabajo para la AMAG y, de ser posible, la integración, la homologación y el perfeccionamiento de los temarios de sílabos con la comunidad universitaria a fin de que se alineen a las demandas de preparación y formación de abogados y jueces en el futuro, evitando formar o ahondar más las brechas entre la academia y el ejercicio de la judicatura.

8. PROPUESTAS

- a) Es necesario seguir estudiando la eficacia y los efectos que ha tenido y está teniendo sobre la conflictividad social el gran abanico de diversidad de tipos de ODJ por materia, con el fin de hacer los ajustes necesarios para su mejoría.
- b) La creación de mecanismos que integren jueces o vocales de varias subespecialidades, con el fin de resolver casos complejos.
- c) El presupuesto del Poder Judicial debió ser descentralizado hace bastante tiempo. Las regiones del Perú deben aportar recursos financieros para las Cortes Superiores de su jurisdicción, en especial para inversión en infraestructura.

REFERENCIAS

- Aristóteles (2008). *Ética nicomáquea. Ética eudemia*. Gredos.
- Hernández, W. (2008). *La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*. Instituto de Defensa Legal.
- Montesquieu, C. de S. (1906). *El espíritu de las leyes* (t. 1). Librería General de Victoriano Suárez.
- Poder Judicial (2021). *Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional. Período enero-diciembre 2021*. Gerencia General, Gerencia de Planificación, Subgerencia de Estadística.

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 221-240

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.549

El Decreto Legislativo n.º 1513, norma para afrontar el hacinamiento y la protección de la salud como derecho fundamental de las personas reclusas en los establecimientos penitenciarios del Perú

Legislative Decree N.º. 1513, law to handle
overcrowding and health protection as a
fundamental right of persons incarcerated in
Peruvian penitentiaries



JOSÉ ROSARIO IRIGOÍN CUBAS
Corte Superior de Justicia de San Martín
(Moyobamba, Perú)

Contacto: jirigoin@pj.gob.pe
<https://orcid.org/00000-0002-0779-4195>

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad abordar el tema del hacinamiento penitenciario como un problema que afrontan los centros penitenciarios del Perú, el cual trae consigo la afectación del derecho a la salud y otros derechos conexos de los internos, a

raíz del estado de emergencia causado por el brote de COVID-19 en el mundo. Asimismo, nos ocupamos del tema del derecho a la salud, específicamente el de las personas privadas de su libertad en los establecimientos penales y el deber del Estado de protegerlos, dada la condición especial en la que se encuentran. Se examinan las acciones legislativas que tomó el Estado para proteger dicho derecho; y dentro de ello se analiza específicamente el Decreto Legislativo n.º 1513, que precisa disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios por riesgo de contagio del coronavirus, con el objetivo de proteger el derecho a la salud de los internos.

Palabras clave: hacinamiento penitenciario; derecho a la salud; protección del derecho a la salud; Decreto Legislativo n.º 1513.

Términos de indización: derechos de los prisioneros, derecho a la salud (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The purpose of this article is to address the subject of overcrowding in prisons as a problem faced by Peruvian penitentiaries, which affect the right to health and other related rights of the inmates as a result of the state of emergency caused by the worldwide COVID-19 pandemic. Furthermore, we address the subject of the right to health, specifically of those persons serving time in prison and the duty of the State to protect them, given the special conditions in which they live. The legislative actions taken by the State to protect said right are examined; specifically analyzing Legislative Decree No. 1513, which establishes exceptional provisions to reduce the population of inmates in the penitentiaries due to the risk of infection with the coronavirus, with the aim of protecting their right to health.

Key words: prison overcrowding; right to health; protection of the right to health; Legislative Decree No. 1513.

Indexing terms: rights of prisoners, right to health (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 20/01/2022

Revisado: 07/06/2022

Aceptado: 09/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento adecuado de los centros penitenciarios es un trabajo pendiente de realizar no solo en el Perú, sino que también lo es en gran cantidad de países de América Latina, incluso se podría decir que en todo el mundo. El sistema penitenciario peruano desde hace muchos años viene atravesando una situación crítica, cuya solución se encuentra pendiente.

Así, entre los grandes problemas que afronta está el hacinamiento en las diversas instituciones penitenciarias, a lo cual se suma la precaria infraestructura dentro de las instituciones, que ha dado como producto una problemática insostenible, que se agudizó con la pandemia mundial a raíz del brote del virus de la COVID-19. Estos problemas, por la forma en que se presentan en cada lugar, pueden afectar el derecho humano a la salud que gozan los reclusos dentro del centro penitenciario en que se encuentren.

El derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales con que contamos las personas. Es por ello que la Organización Mundial de la Salud evaluó y calificó en el año 2020 el contagio del coronavirus como pandemia mundial, pues se propagó en la

mayoría de países del mundo. Nuestro país, como no fue ajeno a esto, se vio en la necesidad de tomar acciones para proteger a los ciudadanos de la pandemia, incluyendo a las personas recluidas en los establecimientos penales. Es así que mediante el Decreto Supremo n.º 008-2020-SA se declara por noventa días la emergencia sanitaria en todo el país y se disponen medidas para prever, vigilar y esquivar la extensión del mencionado virus. Además, la CIDH, el 31 de marzo de 2020, emite un comunicado instando a los Estados a combatir la gravísima realidad de las personas que se encuentran privadas de libertad a fin de tomar acciones inmediatas para garantizar la salud y la integridad de la población penitenciaria y de sus familias, frente a las consecuencias de la pandemia provocada por la COVID-19.

Como se dijo, uno de los problemas de los centros penitenciarios es el hacinamiento carcelario, que se da cuando la cantidad de internos supera largamente al número de celdas con las que cuentan las instalaciones de cada establecimiento. Ello se relaciona con el problema de infraestructura, lo cual puede dar como resultado que la salud como derecho de los internos sea vulnerada, pues es conocido que el contagio de la COVID-19 es mucho más frecuente en ambientes reducidos y con aglomeración de personas.

En este contexto, el 19 de mayo de 2020, el presidente de la República solicitó autorización al Poder Legislativo para emitir leyes por el período de siete días en las materias de derecho penal, procesal penal y ejecución penal, relacionadas con el hacinamiento en los establecimientos penales del país, y con ello proteger el derecho a la salud de los internos. Es así que el presidente de la República, con la finalidad de establecer acciones para deshacinar los penales en todo el país por el peligro de que los internos se contagien con el coronavirus, y en el marco del estado de emergencia nacional, dio el Decreto Legislativo n.º 1513, que fuera hecho público el 4 de

junio de 2020. El objeto de dicho decreto es establecer un cuerpo de normas temporales o permanentes, que prescriban supuestos de carácter excepcional de beneficios penitenciarios, remisión condicional de pena y cesación de prisión preventiva; asimismo, tiene como objetivo impactar de manera positiva en la reducción de la sobrepoblación en los penales de todo el país, para resguardar el derecho a la salud de dichas personas.

En este sentido, en el presente artículo se analizará el Decreto Legislativo n.º 1513 teniendo en cuenta las diferentes figuras procesales que regula, como una forma de protección del derecho fundamental a la salud de las personas internadas en los establecimientos penitenciarios del Perú, a raíz del estado de emergencia por la crisis sanitaria provocada por el coronavirus; por ende, se busca ver si se han cumplido los objetivos y la finalidad que se reflejan en dicho cuerpo normativo.

2. RESPECTO AL HACINAMIENTO PENITENCIARIO

En principio, es necesario hacer mención del tema del hacinamiento, pues nos llevará a ocuparnos de otros asuntos que nacen a raíz de su existencia. Para abordarlo, corresponde preguntarnos: ¿a qué nos referimos cuando mencionamos hacinamiento penitenciario?, ¿será lo mismo que hablar de sobrepoblación penitenciaria? Conocer estos temas se torna fundamental, pues al no existir en el contexto este asunto como tal, quizá no sería necesario ocuparnos de otros temas como los derechos humanos, su protección o las acciones políticas que puede desplegar el Estado.

En concreto, respecto al hacinamiento penitenciario por excelencia, es preciso citar a la Real Academia Española (RAE, s. f.), que señala que hacinar significa «Amontonar, acumular, juntar sin orden» y refiere a una situación en la que el recipiente apenas

puede almacenar su contenido. Ahora, en cuanto a «sobrepoblación» indica que es el «Exceso de individuos [...] en un espacio determinado».

Teniendo en cuenta lo precisado por la RAE, para aludir a la situación en la cual el número de reclusos es mayor a la que en un inicio se ha previsto, se pueden utilizar los términos «hacinamiento» o «sobrepoblación» de manera indistinta; sin embargo, cabe precisar que no es posible decir que hay una definición consensuada de cómo medir el hacinamiento, ello ya se verá en relación con la infraestructura con la que cuenta cada centro penitenciario. De esta manera, algunos suelen medir el hacinamiento según la cantidad de ambientes que tienen para albergar a cada uno de los reclusos, así se podrá decir que si la cantidad de reclusos sobrepasa el número de ambientes o celdas para albergarlos, se estaría ante un hacinamiento penitenciario, claro está que este variaría en porcentaje en cada centro penitenciario.

Al respecto, Robles (2011) señala que el hacinamiento carcelario es «la acumulación o amontonamiento de personas en el sistema carcelario considerado en exceso en relación con la máxima capacidad de los penales» (p. 407); y según Rodríguez (2015), cuando la densidad poblacional de los centros penitenciarios supera el 100 %, existe hacinamiento, pues el número de internos supera la capacidad para albergarlos (p. 139). De otro lado, Carranza (2001) precisa: «Así también, la sobrepoblación o hacinamiento carcelario significa, en términos sencillos, que hay más de una persona donde hay espacio solo para una» (p. 12).

Entonces, precisado lo anterior, cuando mencionamos el hacinamiento penitenciario, nos estamos refiriendo esencialmente a la situación donde la cantidad de internos que un centro penitenciario alberga es mayor a la cantidad de internos para la cual fueron diseñadas sus instalaciones, logística e infraestructura en general.

Lo antes afirmado desde ya hace notar en buena cuenta un problema, el cual se ve reflejado en que cada interno no tiene un espacio adecuado para desenvolverse como persona, pues pese a estar limitado en su derecho a la libertad, no ha perdido o ha sido limitado de otros derechos, principalmente a gozar de salud, dignidad y a la vida misma. Estos derechos deben ser protegidos por el Estado, ya que ese es su deber, como veremos más adelante.

3. RESPECTO AL DERECHO A LA SALUD

El hacinamiento penitenciario se torna un problema, pues implica que se vulneren derechos fundamentales como la vida, la salud y la integridad de los internos. Entonces es necesario hacer mención al derecho a la salud, reconocido y protegido en el artículo 7 de nuestra Constitución Política, que manifiesta que es un derecho fundamental orientado a conservar y a restablecer el funcionamiento armónico de todo ser humano tanto en el aspecto psicológico como en el físico. Es por ello que se conecta directamente con otros derechos de la persona humana, tales como el derecho a la vida, a la integridad, a la dignidad y otros conexos. Por tanto, se presenta como una condición primordial del desarrollo humano y conducto fundamental para alcanzar el bienestar tanto privado como colectivo.

Desde luego sabemos que este derecho, del cual todos gozamos, se encuentra establecido de manera universal como un derecho de segunda generación. De esta manera, de inmediato surge su protagonismo como derecho fundamental de todas las personas sin distinción, y el deber de protegerlo lo tiene el Estado; además, el ordenamiento jurídico en general, desde la Constitución Política, proclama su cuidado como tal, y sucede lo mismo con las convenciones de derechos humanos y normas supranacionales.

3.1. Derecho a la salud de personas cuya libertad se encuentra privada en los centros penitenciarios

Es necesario ocuparnos del derecho a la salud de los seres humanos que se encuentran en una condición especial, es decir, privados de su libertad, ya sea de manera preventiva, temporal o perpetua. Al respecto, como ya lo precisamos, nuestra Constitución Política reconoce y protege el derecho que tienen las personas en general a la salud, sin excepción. Esto quiere decir que quienes están privados de su libertad en un centro penitenciario también gozan de dicho derecho. Asimismo, nuestra carta magna también plasma el deber del Estado de contribuir a la promoción y a la defensa de la salud. Desde luego dicha exigencia se debe dar con más ahínco en aquellos seres humanos que tienen limitado su derecho a la libertad, pues se encuentran en una situación especial, por el mismo hecho de que esa privación no se da en óptimas condiciones, lo cual puede llevar a que se transgredan otros derechos conexos, tales como la integridad, la vida misma, etc.

Ciertamente este deber ya fue previsto por la normatividad penal, así el artículo 76 del CEP prescribe que los internos tienen derecho a alcanzar, o mantener, y también recuperar el bienestar físico y psicológico. Además, determina que el órgano encargado de la dirección de los penales alcanzará lo necesario para el desarrollo de las acciones para prevenir, promocionar y recuperar la salud de los internos.

3.2. El Estado y los deberes de protección de la salud de los internos en los centros penitenciarios

Volvemos a precisar que los internos de un centro penitenciario deben gozar del derecho fundamental a la salud al igual que cualquier otro ciudadano; sin embargo, en este caso dada la situación especial en la que se encuentran, es el Estado a través de sus órganos competentes quien se responsabiliza por el derecho a la

salud de los reclusos, en cuanto a la prevención, la recuperación o también la conservación de esta.

El deber del Estado es el de no exponer a los internos a situaciones que pudieran alterar o empeorar su salud. En ese sentido, el INPE es el órgano que tiene a su cargo dirigir y administrar todo el sistema penitenciario en el país, es responsable de toda acción u omisión que afecte la salud de los internos en los centros penitenciarios. De esta manera, la misión de dicho órgano es dar una óptima asistencia médica a los internos si así lo requieren. A este respecto, el órgano competente del Estado tiene que diseñar políticas públicas dirigidas a cuidar la salud de los reclusos, así como también para que las condiciones en las que cumplen la privación de la libertad provisional o permanente se condigan con la dignidad de la persona y no terminen afectando otros derechos fundamentales.

4. EL HACINAMIENTO COMO PROBLEMA EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS DEL PAÍS

Muchos sabemos, tal vez por qué hemos leído o escuchado hablar sobre el hacinamiento, que este se presenta como un problema en las cárceles del mundo y nuestro país no es la excepción. Se trata justamente del exceso de población de reclusos en relación con la cantidad de celdas con las cuales cuentan los centros penitenciarios, lo que se intensifica con la precariedad de la infraestructura.

Por tanto, podemos decir que el hacinamiento penitenciario no es nuevo en el Perú y en el mundo, sino que es uno de los más grandes problemas que afronta nuestro sistema penitenciario. Este da pie a otros problemas, tales como la vulneración de los derechos humanos de los internos, ello ha llevado a que organismos internacionales se ocupen de él; así, la Cruz Roja a través de su Comité Internacional ha manifestado lo siguiente:

Como se puede ver, existirán criterios para formular capacidad de albergar en un centro penitenciario, pero la situación es distinta, puesto que dicha capacidad de albergar será el espacio libre que habrá cuando ingrese una persona al centro penitenciario. Por tanto, se separará ese espacio total de la celda entre la cantidad de reclusos que la ocupan, sin embargo, mínimamente, el recluso debe tener un lugar en que pueda descansar de manera cómoda, guardar enseres de carácter personal y moverse en el interior del cuarto de celda (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2013, p. 23).

Haciendo alusión a la situación penitenciaria real del Perú, podemos afirmar que día a día la población penal se va incrementando, pero la capacidad para albergar a los reclusos, los recursos humanos a cargo del objetivo principal de la pena —que es la rehabilitación de los internos—, y la logística, no aumentan en proporción a dicha población. En muchos de los casos disminuyen o se mantienen, sin embargo, hasta la fecha el Estado no ha diseñado políticas que puedan afrontar tan significativo problema.

Ahora bien, la realidad problemática de los centros penitenciarios no solo viene dada por el hacinamiento, sino que también implica otros problemas como la inseguridad, la corrupción, la falta de salubridad, la violencia entre internos y en general malas condiciones de vida. Esta situación va en contra de muchos derechos fundamentales, entre ellos el de la salud, que en los últimos tiempos tomó más protagonismo a causa de la pandemia causada por el virus de la COVID-19, calificada así en el año 2020 por la Organización Mundial de la Salud al haberse expandido en más de cien países, hecho que agravó más los problemas que venían afrontando los centros penitenciarios del país.

Según Portales y Rodríguez-Pinzón (2017), respecto al hacinamiento penitenciario la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la institución que tiene la responsabilidad de

proteger a todos los seres humanos ante los actos de violación de sus derechos, ha señalado como factores del hacinamiento los siguientes: falta de infraestructura, excesivas políticas de represión, uso descontrolado de la prisión, ausencia de políticas a cargo del sistema de justicia para responder a la sobrepoblación penitenciaria, lo que constituye un trato ultrajante, brutal e inhumano, que denigra a los derechos de los internos.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional (TC), a través de la sentencia n.º 05436-2014-PHC/TC-Tacna, declaró un estado de cosas inconstitucional respecto al hacinamiento penitenciario y mencionó que el Estado, lejos de procurar que el trato humano se garantice, de manera constante y sin mayores causales que excusas de presupuesto, no establece determinadas medidas a fin de disminuir, en los centros penitenciarios, la sobrepoblación carcelaria, cuyo tamaño hace imposible o merma gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos, entre los que se encuentran las personas en condiciones de vulnerabilidad. Dicho marco pone en evidencia que el Estado peruano no ha venido cumpliendo con los preceptos constitucionales ni con sus pactos de carácter internacional en materia de derechos humanos.

Asimismo, el Decreto Supremo n.º 005-2016-JUS aprobó la Política Nacional Penitenciaria y el Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2016-2020, consistentes en respuestas que debe tomar el Estado para contener el hacinamiento en los penales. Por tal motivo, el 31 de marzo de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exhortó a los Estados parte a enfrentar la COVID-19 y el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios a través de políticas, otorgando medidas alternas de salida de los penales, ya sea a través del arresto domiciliario, la libertad condicional o también la libertad anticipada para los reclusos considerados dentro del grupo de riesgo.

Según una nota de prensa del Tribunal Constitucional, publicada el 5 de mayo de 2021: «Existe una población penitenciaria de 86,825 internos en los 69 penales del país, que representa el 111 % de hacinamiento» (párr. 4). Esta nota se dio a raíz de que el Pleno del Tribunal Constitucional supervisó el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia referida al hacinamiento en los penales y las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional, respecto a lo que se habría pronunciado en el Expediente n.º 05436-2014-PHC. A propósito de dicha sentencia, en ella el TC menciona que

En todo caso, el hacinamiento no es un problema reciente, ni exclusivo de la región ni de nuestro país. Asimismo, no es causado únicamente ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de establecimientos penitenciarios, sino, en realidad, por diversas políticas sobre aumento de penas y persecución penal (fundamento 26).

De otro lado, abordando el problema del hacinamiento en los penales en el Perú, la Defensoría del Pueblo, en el Informe n.º 006-2018-DP/ADHDP, afirmó que el exceso de población penitenciaria vulnera derechos fundamentales de los reclusos, entre ellos el de la salud, pues están expuestos a contraer enfermedades infecto-contagiosas, por ejemplo, tuberculosis, hepatitis, VIH/SIDA, entre otras, así como desarrollar enfermedades mentales. En el Informe Especial n.º 008-2020-DP se precisó que el sistema penitenciario peruano «alberga aproximadamente a más de 97 111 personas privadas de libertad, pese a que su capacidad no supera las 40 137 plazas. Es decir, a la fecha, las cárceles presentan un hacinamiento del 140 %» (Defensoría del Pueblo, s. f., p. 3). Del total de privados de libertad, el 36 % tienen la condición de procesados y el 64 % de sentenciados.

Como se hace notar, uno de los grandes problemas que afronta nuestro sistema penitenciario es el hacinamiento en las diversas

instituciones penitenciarias. Sumado a ello, la precaria infraestructura dentro de las instituciones ha dado como producto una problemática insostenible, que se agudizó con la llegada de la pandemia mundial provocada por la COVID-19. Estos problemas, por la forma en que se presentan en cada lugar, pueden afectar el derecho humano a la salud del cual gozan los reclusos dentro del centro penitenciario en que se encuentren.

De todo lo dicho resulta claro que el hacinamiento, como problema en los centros penitenciarios de nuestro país, atenta contra los derechos de las personas, entre ellos, directamente contra la salud de aquellas que se encuentran privadas de su libertad, más aún en la situación de emergencia sanitaria que atraviesa el país hoy en día por la pandemia. En ese sentido, tal como lo habíamos dicho, el Estado tiene el deber de afrontar la problemática existente. Por tanto, está llamado a tomar acciones inmediatas respecto a ello, y desde luego, así como lo hizo para afrontar la pandemia que aquejaba a la población en general, también se ha ocupado de tomar acciones respecto a la población en situación especial. A tal efecto, a continuación repasaremos algunas acciones de carácter legislativo emprendidas por el Estado a través de los poderes que lo conforman, dichas acciones tienen en común el objetivo de proteger el derecho a la salud de los internos de los centros penitenciarios del país.

5. ACCIONES DEL ESTADO PARA PROTEGER LA SALUD COMO DERECHO DE LOS INTERNOS EN RELACIÓN CON LA PANDEMIA CAUSADA POR LA COVID-19

A propósito de la COVID-19, el hacinamiento penitenciario se presentó como un serio problema que se tenía que solucionar, pues esta enfermedad viene afectando no solo a la población común, sino también a los internos de los centros penitenciarios. Es por ello que corresponde hacer un repaso de las acciones que tomó el Estado

para proteger los derechos humanos de los internos de los penales a nivel nacional, entre ellos el derecho a la salud.

En principio cabe recalcar que la Organización Mundial de la Salud, con fecha 11 de marzo de 2020, calificó el contagio de la COVID-19 en la categoría de pandemia, pues se sabía que se extendió en muchos países del mundo al mismo tiempo, realidad que seguimos afrontando hasta la actualidad. Ante dicho problema, en nuestro país el Gobierno emitió el Decreto Supremo n.º 008-2020-SA, en el cual declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional por noventa días. En dicho decreto se plasmaron medidas con la finalidad de prevenir, controlar y evitar la propagación de la COVID-19.

Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), respecto a la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, el 31 de marzo de 2020 hizo el llamado a través de un comunicado a los Estados para que enfrenten la muy difícil realidad de las personas internadas en un centro penitenciario en la región; así como para que adopten medidas urgentes, de manera que se garantice la salud y la integridad de la población penitenciaria, pero además se aseguren las condiciones adecuadas y dignas de detención en los centros penitenciarios, de conformidad con los modelos interamericanos de derechos humanos. Particularmente, dicha comisión hace el llamado a los Estados a disminuir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios como una medida de contención de la pandemia.

En ese contexto, el 6 de marzo de 2020, el INPE publicó el comunicado n.º 5-2020-INPE, en el que dio a conocer que, al tenerse información oficial sobre el primer caso de contagio con el coronavirus, estableció medidas para la prevención del riesgo de contagio en sus áreas de labores, en particular, en los sesenta y ocho penales del país.

Las autoridades de nuestro país en el contexto de la pandemia tomaron acciones legales para mitigar el contagio dentro de los

penales del país y proteger la salud de los internos. Para ello, se dio el Decreto Legislativo n.º 1459, del 14 de abril de 2020, que faculta la conversión automática para los internos condenados por el delito de omisión de asistencia familiar (OAF), y el Decreto Supremo n.º 004-2020-JUS, de fecha 22 de abril de 2020, que hace referencia a las conmutaciones de la pena y los indultos comunes y humanitarios. Como producto de la emisión de esos cuerpos normativos, el Estado peruano informó sobre la salida de trescientas veintiún personas privadas de su libertad por el delito de OAF y la libertad de treinta y siete reclusos a través de la concesión de la gracia presidencial.

Por su parte, el Poder Judicial mediante las Resoluciones Administrativas n.ºs 117, 118, 119, 120-2020-CE-PJ permitió que las autoridades a cargo del sistema penitenciario revisaran los casos en que pudieran aplicarse otras medidas u otorgarse beneficios penitenciarios. Las medidas tienen especial urgencia teniendo en cuenta que los efectos de la COVID-19 representan un riesgo mayor para la población penitenciaria, por los problemas de hacinamiento y la precaria infraestructura de los centros penitenciarios.

El Poder Judicial, a través del Consejo Ejecutivo, en fecha 26 de abril de 2020, emitió la Resolución Administrativa n.º 061-2020-P-CE-PJ, en la cual se resolvió dar facultades competenciales a los juzgados de emergencia de las cortes superiores de todo el país para tramitar solicitudes de conversión automática de penas que presenten las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar, solicitudes de beneficios penitenciarios.

En este contexto, tomando más acciones con la finalidad de disminuir las consecuencias de la pandemia en los centros penitenciarios y proteger los derechos fundamentales de los internos, entre ellos el derecho a la salud, el 19 de mayo de 2020, el Poder Ejecutivo solicitó facultades al Congreso de la República por el período de siete días, con la finalidad dar leyes en materia de derecho

penal, procesal penal y derecho de ejecución penal vinculados a disminuir la sobrepoblación en los penales. Luego, el 25 de mayo de 2020, el Congreso de la República, mediante la Ley n.º 31020, concedió las facultades solicitadas. Asimismo, el 27 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional emitió la STC 05436-2014-PHC/TC, en la que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la sobrepoblación penitenciaria. Sobre la base de dichas facultades, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo n.º 1513, que se publicó el 4 de junio de 2020 y que precisa disposiciones con carácter excepcional que irían en favor del deshacinamiento en los penales del país, además de los centros juveniles por riesgo de contagio de la COVID-19.

Habiéndonos referido a las normas citadas, podemos afirmar que se trata de medidas de carácter legislativo que tienen la intención de combatir el hacinamiento en los centros penitenciarios del país; sin embargo, el Estado, a raíz de la emergencia decretada, las tomó como medidas de emergencia, mas no como una implantación de políticas para combatir el problema en general; por tanto, en opinión del autor, dichas medidas legislativas no han tenido el impacto necesario para la solución del problema.

5.1. El Decreto Legislativo n.º 1513, que establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio del virus de la COVID-19

Este decreto legislativo merece peculiar mención, pues como se aprecia en su artículo 1, hace referencia a su objeto y finalidad, y prescribe que tiene por objeto establecer un cuerpo de normas de carácter temporal o permanente, que regulan supuestos excepcionales tales como los beneficios penitenciarios, la remisión condicional de la pena y la cesación de la prisión preventiva; así como cada procedimiento especial que corresponda, en el contexto de la situación de emergencia sanitaria en nuestro país por la COVID-19.

Veamos cuál es el fin de esta norma. El objetivo de esta norma es impactar de manera positiva en la sobrepoblación penitenciaria, para proteger la integridad, la vida y la salud de los internos en los penales.

Ahora bien, como se puede ver también dicho decreto legislativo, para conseguir el objetivo que se plasma en él, regula supuestos opcionales de diversas figuras procesales, sobre las que es necesario hacer referencia.

- La cesación de la prisión preventiva es un instituto procesal prescrito en el artículo 283 del Código Procesal Penal, que tiene como fin cambiar la prisión preventiva por otra medida cautelar menos grave como la comparecencia con restricciones. Para que la solicitud tenga éxito como tal, se necesita de nuevos elementos de convicción que desvirtúen los fundamentos que llevaron a la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar.
- La revisión de oficio es una figura procesal que regula el artículo 255.2 del CPP. En esta el juzgador, sin distinción de estado procesal, puede en principio revisar, luego sustituir y también cambiar las medidas cautelares, tales como la prisión preventiva ya dictada.
- La remisión condicional de la pena es un beneficio premial que consiste en la condonación de parte de una pena o también la suspensión de su cumplimiento.
- Los beneficios penitenciarios constituyen un premio que es parte del tratamiento progresivo y responden a la exigencia de individualizar la pena, teniendo en cuenta la concurrencia de causas positivas en la progresividad, que ayudan a su reeducación y a la reinserción social.
- La redención de pena como beneficio penitenciario se puede dar cuando el interno realice trabajo efectivo o capacitación a cambio de obtener cierta cantidad de días a su

favor, que serán adicionados al tiempo de la pena privativa de libertad que se le impuso.

- La semilibertad es un beneficio penitenciario que permite al interno que tiene una condena por primera vez salir del penal, ya sea para trabajar o para estudiar, cuando haya cumplido, entre otros, la tercera parte de la pena, así como no tener mandato de prisión preventiva.
- La liberación condicional es un beneficio penitenciario que permite al interno condenado de manera efectiva por primera vez, salir del establecimiento penitenciario para trabajar o estudiar, entre otros, siempre y cuando haya cumplido la mitad de la pena impuesta, así como que no tenga mandato de prisión preventiva.

El decreto legislativo en mención es una norma especial que obedece justamente a la intención de proteger los derechos fundamentales como la vida, la salud y la integridad de los internos frente a la expansión de los contagios de la COVID-19. Entonces, regula los supuestos para la solicitud de cesación excepcional. Así, en el artículo 2, numeral 1, apartado 1, hace mención de qué delitos se encuentran excluidos de la cesación excepcional, y faculta pedirla al reincidente o habitual, pues no lo precisa como excepción. Asimismo, hace referencia a las medidas alternas por las que puede optar el juez; en el supuesto de que ampare la cesación de prisión preventiva, esta será reemplazada por la de comparecencia con restricciones, y deberán imponerse medidas de restricción tales como: a) impedimento de salida por el plazo que establece la norma, esto es, el mismo plazo de la prisión preventiva; b) la obligación del procesado de reportarse de manera virtual ante el juzgado competente por el plazo que establece la norma, es decir, una vez al mes; y c) asistir a toda citación realizada por el Ministerio Público o el Poder Judicial. Asimismo, en el artículo 3 el decreto legislativo hace referencia a cuándo procede la revisión de oficio, así

como qué criterio procesal se debe tener en cuenta para que se realice esta, y otras particularidades de la norma.

Ahora, los resultados de la aplicación de esta norma según su objeto y fin se presentaron como una medida legislativa del Estado para combatir la sobrepoblación penitenciaria y proteger el derecho a la salud de los internos. Sin embargo, al igual que otras medidas, no ha tenido el impacto esperado, dada la magnitud del problema del hacinamiento, ello teniendo en cuenta además que este decreto legislativo solo puede ser utilizado por una parte reducida de la población penitenciaria, y que hasta la fecha no ha tenido como resultado el impacto positivo que la norma espera; por ende, no está coadyuvando a la protección del derecho a la salud de los internos.

REFERENCIAS

- Carranza, E. (2001). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*. Siglo Veintiuno.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (2013). *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles. Guía complementaria*. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/icrc-002-4083.pdf>
- Defensoría del Pueblo (s. f.). Informe Especial n.º 008-2020-DP. Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria. Tema II: Medidas para reducir el hacinamiento en el sistema penitenciario frente a la emergencia generada por la COVID-19. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-008-2020-DP.pdf>
- Defensoría del Pueblo (2018, diciembre). Informe de Adjuntía n.º 006-2018-DP/ADHPD. «Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones». <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1183237/Retos-del-sistema-penitenciario20200802-1197146-1a60v8s.pdf>

- Portales, C. y Rodríguez-Pinzón, D. (2017). Building Prevention to Protect: The Inter-American Human Rights System. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 10, 261-294. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/5300/3648>
- Real Academia Española (s. f.). Hacinar. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/hacinar>
- Real Academia Española (s. f.). Superpoblación. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/superpoblaci%C3%B3n#NL64F0D>
- Robles, O. (2011). El hacinamiento carcelario y sus consecuencias. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (3), 405-431. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12415/11663>
- Rodríguez, M. N. (2015). *Hacinamiento penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/foll_HacinamientoPenitenciarioAmericaLatina.pdf
- Tribunal Constitucional (2020). Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC-Tacna. Lima: 26 de mayo de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (2021, 5 de mayo). Hacinamiento de penales y las deficiencias en su infraestructura fueron supervisados por TC [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/tc/noticias/491286-hacinamiento-de-penales-y-las-deficiencias-en-su-infraestructura-fueron-supervisados-por-tc>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 241-261

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.564

¿Qué es conforme a la Constitución?: reflexiones desde la ética y la política kantiana

What does in accordance with the Constitution
mean? Reflections based on ethics and Kantian
policy



MARIO GONZALO CHAVEZ RABANAL
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: mario.chavez@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7675-9705>

RESUMEN

En las siguientes líneas se reflexiona sobre la pregunta ¿qué es conforme a la Constitución?, primero desde la relación entre normas jurídicas en el marco de la supremacía constitucional, luego desde la interpretación constitucional considerando el caso emblemático de *Marbury vs. Madison*, donde se instaura la interpretación de acuerdo con la Constitución y finalmente se analiza lo que es conforme a la Constitución a partir de las reflexiones de la ética y la política kantiana poniendo énfasis en la libertad.

Palabras clave: Constitución; supremacía constitucional; interpretación constitucional; ética y política kantiana; libertad.

Términos de indización: derecho constitucional, filosofía política (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

In the following lines we reflect on the question, «What does in accordance with the Constitution mean?», first, in terms of the relationship between legal provisions in the context of constitutional supremacy and, secondly, in terms of the constitutional interpretation considering the emblematic case of Marbury vs. Madison, which integrates the interpretation according to the Constitution and finally we analyze what in accordance with the Constitutional means on reflections related to ethics and Kantian policy with emphasis on liberty.

Key words: Constitution; constitutional supremacy; constitutional interpretation; ethics and Kantian policy; liberty.

Indexing terms: constitutional law, political philosophy (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 14/04/2022

Revisado: 11/06/2022

Aceptado: 14/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

La legitimidad del Estado moderno se encuentra en la propuesta de acción política y ética kantiana y hegeliana. Nos detendremos en el presente trabajo principalmente en la propuesta kantiana, que ha terminado caracterizándolo como Estado de derecho o Estado gobernado por las leyes, gobernado por una voluntad que concorde la libertad y represente los intereses públicos. Al respecto se han

usado diversas categorías políticas relacionadas con el Estado moderno y que tratan de acercarnos a sus características más peculiares.

El Estado moderno se ha relacionado con la democracia directa, la democracia semidirecta, la democracia representativa, la democracia liberal, la democracia popular, la democracia participativa, la democracia deliberativa. Estas categorías se consideran como sustrato, esencia, sustancia del Estado moderno, donde lo que la voluntad general ordena (normas jurídicas) es voluntad sacrosanta, es voluntad del constituyente expresada jurídicamente como Constitución.

En su evolución, el Estado moderno también ha recibido diferentes denominaciones, así tenemos: Estado de derecho, Estado liberal, Estado social, Estado democrático, Estado constitucional, Estado pluricultural, Estado pluralista, Estado internacional humanitario. Las denominaciones son tomadas de las formas menos perversas, diferentes de las formas más corruptas como los totalitarismos, toda vez que esta designación presupone una primacía del poder autoritario y no de la naturaleza del ser humano moderno: libertad del sujeto, es decir, constituyen una negación de la condición humana de convivencia política entre humanos entendidos como sujetos de libertad, con una vocación de la superioridad de la libertad como fundamento y origen del Estado, y consagrado por la Constitución.

Según la fórmula política de gobierno que se presente, prima un fundamento. Así, de acuerdo con el caso nos encontraremos frente a una legitimidad voluntaria-contractual, democrática-popular, republicana, normativista, constitucionalista o internacionalista.

Por ejemplo, modernamente se sostiene que se vive dentro de un Estado de derecho si se cumple con la legitimidad constitucional, definida por la conformidad de los actos particulares y públicos a

la Constitución. El detalle, sin embargo, radica en averiguar ¿qué es conforme a la Constitución? Para resolver esta interrogante se han aceptado como válidos estándares que indican qué acto o norma es constitucional, y se tienen para tal efecto fronteras o límites que no se pueden pasar, la voluntad del poder constituyente, que involucra límites jurídicos, políticos, axiológicos, económicos, sociales y culturales. Esto significa que mientras los actos se encuentren dentro de los límites serán aceptados, desde los individuos hasta las instituciones estatales, y serán declarados por la magistratura encomendada para la defensa de la Constitución, como constitucionales, donde los derechos y, de forma particular, la libertad se desenvuelve como parámetro de legitimidad constitucional.

Desde el Renacimiento hasta la construcción del Estado moderno, la teorización del estado de la naturaleza, la sociedad civil y del contrato social son las bases que justifican a este modelo de Estado, y se decantan finalmente por la preponderancia de la libertad. El ciudadano es interpretado como salido de un estado de naturaleza, actor del contrato social, que concorda, armoniza, su libertad con los demás individuos, y se ha justificado como evolucionado para la salvaguarda de la libertad.

Un ser humano moderno es ciudadano en su condición de formar parte de un Estado que ha establecido un orden jurídico nacional que tiene a la Constitución como norma preponderante, participa en el gobierno democrático del Estado y el individuo tiene la concepción de igualdad y de libertad. El poder político es adjetivado como democrático, por lo que todos los ciudadanos están incluidos en el gobierno con el derecho de sufragio, el consentimiento de la autoridad y la relación dialógica en la toma y la construcción de la voluntad general; se le reconocen derechos fundamentales para el orden civil y público, y la lógica (fin) del gobierno es el bien común (de ninguno en particular).

2. ¿QUÉ ES CONFORME A LA CONSTITUCIÓN?

El Estado moderno tiene como exigencias la soberanía de la voluntad popular, la libertad como derecho fundamental y la igualdad expresada como ciudadanía, y estas instituciones y derechos están consagrados por la Constitución. Por ello primigeniamente la respuesta a la interrogante ¿qué es conforme a la Constitución?, se fue diluyendo, para dar respuestas que superen la tautología, e identificar en qué instituciones jurídicas los actos públicos o privados se configuran jurídicamente como conformes a la Constitución. Así teníamos que la respuesta era cuando respetaban la voluntad popular consagrada en la norma suprema (Constitución), los derechos constitucionales garantizados por esta, donde la libertad ocupa un lugar panóptico, y se respetaban los fines que aseguren que con igualdad de oportunidades todos gocen o accedan a los beneficios de la cosa pública, del orden constitucional, en su manifestación de ciudadanía. En tal sentido, la Constitución consagraba como parámetros la cláusula del gobierno democrático como resultado de la voluntad popular, los derechos fundamentales conferidos como exclusión de dominación y de cosificación, es decir, tenía como fin a la persona, guiada bajo la égida de la igualdad, una igualdad en el reconocimiento de derechos y en la posibilidad de acceder al gobierno, por medio de la igualdad política y los beneficios y los retos de la cosa pública mediante la ciudadanía.

Para llegar a esta primera fase del Estado moderno, el paradigma que se debe considerar sobre la Constitución como norma de mayor jerarquía y del Estado como garante de las libertades son Kant y Hegel. El Estado moderno es el pensamiento de Kant y Hegel puesto en práctica. Es cierto que ambos conciben al Estado desde postulados diferentes, abstracción e historia, también es cierto que han moldeado desde la libertad y el espíritu el funcionamiento del Estado moderno, un Estado identificado con la producción normativa, con la aceptación del ser humano como su fin y explicado

por la evolución del espíritu hacia el absoluto en el contexto histórico. Este paradigma se ha complementado con los aportes de Dussel desde la diferencia, teniendo en cuenta la acción política de la situación del otro, que muchos han identificado como pluriculturalismo e interculturalismo.

Sin embargo, el Estado del siglo XXI y del nuevo milenio refleja las bases del constitucionalismo clásico y el constitucionalismo de la diferencia, donde los límites constitucionales por el transcurso de los años se han ampliado y se ha aceptado que se respeten como constitucionales los «nuevos» contenidos constitucionales. Nuevos en el sentido de que no eran reconocidos como constitucionales, pero antiguos en cuanto existían en la realidad, solo que no eran protegidos por el orden establecido o simplemente no se les otorgaba la protección jurídica, en el trasfondo, la voluntad de poder no institucionalizada. En este contexto surge nuevamente la pregunta: ¿qué es conforme a la Constitución? Lo que en su momento era constitucional bajo el paradigma del principio de legalidad, en el constitucionalismo del siglo XX dejó de serlo necesariamente, y ahora en el contexto del nuevo milenio, el mismo constitucionalismo del siglo XX tampoco es conforme a la Constitución, y la evidencia se obtiene a partir de decisiones contrarias entre lo resuelto por un Tribunal Constitucional en sede nacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sede internacional en el contexto americano, y del multiculturalismo e interculturalismo, que revierte las bases y los presupuestos de los derechos.

En tal sentido, resulta claro que en el problema de la legitimidad constitucional, o lo que es conforme a la Constitución, bajo los nuevos paradigmas, no solo basta la conformidad a la voluntad popular constitucionalizada, a los derechos fundamentales o a los fines de igualdad de oportunidades ciudadanas.

En el nuevo contexto, nuevamente surge la interrogante y bajo nuevos paradigmas: ¿qué es conforme a la Constitución? El problema está dado por definir ahora qué es lo constitucional, donde lo que es conforme a la Constitución tiene que tomar en cuenta al «otro», al diferente, a la diferencia, expresada por ejemplo en el multiculturalismo y el interculturalismo, no solo los derechos del sujeto, sino de los «otros sujetos», de las comunidades nativas, los pueblos originarios, etc. De este modo, lo constitucional amplía sus ámbitos de determinación; y, en sentido contrario, lo que no está dentro de los límites constitucionales, reflexión que, aunque no lo parezca, aún resulta controversial a pesar de que las constituciones son positivas, es decir, son escritas y su tenor literal debería facilitar lo constitucional. La determinación de significados como lo que es conforme a la Constitución, el significado que se desprende de sus cláusulas, aún es objeto de debate. Al respecto, se han presentado varias alternativas y la principal fórmula de solución ha recaído en la interpretación constitucional, la cual ha sido expuesta por la doctrina mediante las sentencias interpretativas (Díaz, 2001), de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano (2005) en su tipología de sentencias.

3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La respuesta a la pregunta que da título a este artículo, no solo considerando sus contenidos dogmáticos y orgánicos aportados por el constitucionalismo clásico, nos la da la interpretación constitucional.

En tal sentido, la actuación pública o privada será conforme a la Constitución en tanto permita que sea interpretada dentro de los límites constitucionales y se cumpla con la interpretación constitucional conforme (Fix-Zamudio-Ferrer, 2009, p. 32), lo que significa que se encuadre dentro del marco constitucional. Mientras que

no será conforme a la Constitución cuando dicha actuación no permita una interpretación que encaje dentro de los lineamientos diseñados por aquella y sobrepase sus límites, es decir, supere el marco o encuadre constitucional. Y para lograr actuar de acuerdo con la carta magna la interpretación es la clave. Ahora, para acercarnos y conocer más sobre la interpretación qué mejor que invocar la sentencia *Marbury vs. Madison* de Marshall, emitida en 1803.

La Constitución se construye y se impone como la norma de mayor jerarquía, si bien la ley, con el principio de legalidad, en su momento, como producto de la voluntad popular, de la decisión del Parlamento en su condición de representante del pueblo, tenía este lugar privilegiado. Con el surgimiento de la carta magna, la ley pasó al segundo nivel, a un segundo plano, y la Constitución se erigió como la norma suprema, la norma superior. En este contexto, cuando aparecía la Constitución conjuntamente con la ley, surgió la interrogante: ¿cuál de las dos normas es superior, cuál tiene mayor jerarquía: la Constitución o la ley? Se hizo imperativo definir jurídicamente qué relación existe entre ambas, si esta se explica por la temporalidad, la territorialidad, la generalidad o la especialidad, o algo nuevo, si se explican desde una relación de jerarquía, ¿era posible que exista una norma jerárquicamente superior a ley?

La primera oportunidad en que se enfrentó este reto fue en la sentencia expuesta por John Marshall, cuando a fin de resolver una pretensión planteada ante su fuero, le tocó decidir qué norma prevalecía, si la Constitución o la ley. En este caso nos encontramos con una situación en la que ante la concurrencia de normas rivales que resuelven el caso, el juez debe decidir a cuál de las normas ha de hacer caso, si ambas colisionan entre sí; por cuál de ellas ha de guiarse el juez, cuál ha de elegir: la Constitución o la ley. Marshall expresó sus fundamentos en esta sentencia para dar una solución al conflicto entre Constitución y ley. Ahora bien, si nosotros preguntamos en la actualidad qué norma prevalece, sería

una pregunta con una respuesta fácil para la mayoría de los que estamos vinculados al mundo jurídico, ya que se respondería la Constitución. Esto lo conocemos en gran medida gracias a Marshall, quien nos dio luces sobre lo que es la supremacía constitucional y lo que es conforme a la Constitución.

Sin embargo, lo particular está en identificar los fundamentos que llevaron a elegir a la carta magna frente a la ley, y con ello comprender qué es conforme a ella, lo cual refleja además una relación entre ética y política.

El trasfondo de la decisión adoptada era determinar si la Corte Suprema que presidía Marshall era competente para expedir un *mandamus* que exija al presidente de los Estados Unidos y a su secretario de Estado entregar la credencial de juez al demandante Marbury. Sobre la competencia existían dos normas que la definían, una era la ley y la otra la Constitución, y Marshall se enfrenta, en 1803, a decidir qué norma prevalece y por ende qué tipo de Estado es Estados Unidos. Si predomina la ley y en consecuencia es un tipo de Estado legal donde priman los valores éticos y políticos que dieron origen al principio de legalidad; o prevalece la Constitución y es un tipo de Estado constitucional donde predominan la eticidad y la política que sustentan la constitucionalidad. El dilema de optar por la ley o la Constitución expresa pragmáticamente las bases éticas y políticas de la fundación del Estado moderno como Estado de derecho.

Para arribar a una solución Marshall (1803, párrs. 7-9) procede a resolver tres cuestiones, la primera es si el demandante es titular del derecho que invoca, llegando en este extremo a afirmar que es titular del derecho invocado. La segunda es si se procede a analizar la existencia de un remedio legal para proteger el derecho invocado, y se llega también a una conclusión afirmativa, al identificar al *mandamus* como el remedio legal para exigir al gobierno que

entregue la credencial. En este extremo se desarrolla la *political question doctrine* por la cual:

Federal courts will refuse to hear a case if they find that it presents a political question. This doctrine refers to the idea that an issue is so politically charged that federal courts, which are typically viewed as the apolitical branch of government, should not hear the issue. The doctrine is also referred to as the justiciability doctrine or the nonjusticiability doctrine (Legal Information Institute, s. f., párr. 1).

Una doctrina frontera entre el derecho y la política, que establece como regla que los actos discrecionales del gobierno que dependen de la voluntad del gobernante no son enjuiciados, no son sometidos a control jurisdiccional, se resuelven en instancias políticas y entre órganos políticos como el Ejecutivo y el Parlamento. La *political question* es un reflejo del sustrato político del Estado y de la propia Constitución, el cual como tal tiene límites, los cuales se encuentran dados por la carta magna, que también refleja una exigencia ética y política.

Y tercero, quedaba solo definir la competencia de la Corte para emitir el *mandamus*. El conflicto de normas por la competencia se expresaba en que por mandato de la ley la Corte Suprema era competente en primera instancia para conocer el *mandamus*, es decir, por mandato de la ley, este se presentaba de forma directa a la Corte Suprema. Por lo contrario, la Constitución había reservado que en esta clase de controversias la Corte Suprema actuaba en instancia de apelación, por lo que el caso debería haber iniciado en una instancia judicial jerárquicamente inferior a dicha corte. La contradicción normativa se presentaba en que la ley habilitaba a que la Corte Suprema expida el *mandamus* y de modo contrario la Constitución estipulaba que se rechace porque se debió presentar en una instancia judicial inferior. En este caso, al existir normas contradictorias entre la ley y la Constitución, Marshall interpreta

que el juez debe preferir a la Constitución frente a la ley, surgiendo el denominado principio de supremacía constitucional, que va a exigir que todo acto, en este caso una ley, debe ser conforme a la Constitución. Marshall (1803) es claro en su fallo:

Entre estas dos opciones no hay término medio. O la constitución es un Derecho superior, principal e inmodificable a través de mecanismos ordinarios o, por el contrario, se sitúa en el mismo nivel que las leyes ordinarias y, como toda ley es modificable cuando así lo disponga la voluntad del Legislativo.

Si la primera parte de la alternativa fuese cierta, entonces, una ley contraria a la constitución no es Derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces, las constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza se escaparía a todo límite (párrs. 32-33).

Y, además, reconoce a los jueces que deben considerar la ley que es contradictoria con la Constitución como no ley. Al ser no ley, no es obligatoria, no es vinculante para el juez, por lo que este, ante una no ley (ley que no es conforme a la Constitución), tiene la potestad de inaplicarla, no se encuentra obligado a aplicarla al caso judicial. Esta inaplicación de las leyes se justifica por no ser conformes a la Constitución:

Si una ley contraria a la constitución es nula ¿vincula, pese a su invalidez, a los tribunales, de manera que están obligados a aplicarla? O, en otras palabras, aunque tal ley no constituya Derecho ¿rige y se aplica como si fuera Derecho vigente?...

Sin ningún género de dudas, la función y la responsabilidad del Poder Judicial consiste en determinar qué es y cuál es el Derecho. Aquellos que aplican el Derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso...

Si los tribunales deben tomar en consideración la constitución y la constitución es superior a cualquier ley ordinaria que haya aprobado el Legislativo, será entonces la constitución y no la referida ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse...

[...] supone ser esencial y común a todas las constituciones escritas, conforme a la cual una ley contraria a la constitución es nula y que los tribunales al igual que los demás Poderes están sometidos a la constitución (Marshall, 1803, párrs. 34-37).

La respuesta a la interrogante ¿qué es conforme a la Constitución?, encontró una solución aceptada principalmente por los jueces en la interpretación constitucional, y se entiende que los órganos jurisdiccionales adopten esta solución porque en sus manos quedaba determinar qué es compatible a la norma constitucional, ya que finalmente la Constitución era lo que la Corte Suprema dijera, o en los modelos de tradición kelseniana, lo que indicara el Tribunal Constitucional (Kelsen, 2011, p. 276). La sentencia define lo que es conforme a la Constitución en tanto expresa la interpretación vinculante y obligatoria sobre el resto de intérpretes (Fix-Zamudio y Ferrer, 2009, p. 39); los demás órganos estatales, las personas jurídicas y la ciudadanía quedan excluidos de determinar de forma vinculante aquello.

Esta solución, como tal, abre un debate acerca de qué está desde el origen de la defensa de la Constitución, el referido ¿quién controla al contralor? Es decir, quién controla a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional en la determinación de lo que es conforme a la Constitución, pues se ha reconocido finalmente que si bien estos órganos ejercen sus funciones con autonomía e independencia, no están exentos de la influencia de motivos extrajurídicos que determinen lo constitucional. Esto fue puesto de relieve, en su momento, por Schmitt (1983), en su obra *La defensa de la Constitución*, en la cual el guardián de la norma constitucional y

por ende quien define lo que es conforme a la Constitución es el presidente de la nación, en función de su poder neutral e independencia frente a la diversidad de los intereses de los partidos políticos y al carácter democrático. Lo anterior engendró el debate Kelsen vs. Schmitt acerca del defensor de la Constitución (Herrera, 1994, pp. 195-ss.), donde a pesar de resultar la propuesta kelseniana la favorecida con la irrupción casi mundial de Tribunales Constitucionales, la objeción de la politización de la justicia constitucional propuesta por Schmitt no terminó de ser superada. Ello nos lleva a establecer que existen otros parámetros para definir lo que es conforme a la Constitución.

Para unos puede ser constitucional un fenómeno jurídico, pero para otros no. Entonces, se convoca a un tercero, que expresa la última palabra de forma vinculante, que puede ser lo sostenido por unos o por los otros, o puede sintetizar las pretensiones de ambos. Así, para los ciudadanos un derecho puede ser protegido por estar conforme a la Constitución, pero para el Estado es todo lo contrario, no amerita su tutela por no estar conforme a ella. Surge nuevamente la interrogante: ¿quién define lo constitucional?, o ¿qué es conforme a la Constitución? Desde la vertiente jurídica se responde, el propio Estado, los órganos competentes de la defensa de la carta magna, como se indicó, los jueces. Pero desde la esquina política, el partido político que tiene mayoría o la capacidad de concertación en el Parlamento puede decir también qué es conforme a la Constitución. Desde la tribuna fáctica, lo pueden determinar las fuerzas de poder, las élites, los grupos de presión. Desde la corriente sociológica, lo que dispongan los usos y las costumbres sociales. También se tiene como alternativa la solución dada por lo que involucre a todos los sujetos teniendo en cuenta sus situaciones diferenciadas, desde un enfoque de la diversidad cultural.

4. RESPONDIENDO DESDE LA ÉTICA Y LA POLÍTICA KANTIANA ¿QUÉ ES CONFORME A LA CONSTITUCIÓN?¹

El derecho en Kant presenta las siguientes características: se trata de imperativos hipotéticos, que ordenan una conducta adecuada para conseguir un fin determinado. El derecho está conformado por imperativos que el humano acata y actúa en concordancia con estos por razones distintas del deber de obedecerlos. El consenso o la discrepancia de una conducta con la ley, sin considerar los impulsos, constituye lo legal, la compatibilidad con el derecho. La ley jurídica solo tiene en cuenta la conformidad exterior de las acciones, no el motivo interior que las determina (moral). Se refiere solo a acciones externas (Kant, 2008, p. 24), deberes externos, impuestos por la legislación jurídica (no deberes internos que son impuestos por la moral).

Así, el derecho (Constitución) desde Kant requiere de exigencias de forma que permiten la coexistencia de los arbitrios de los individuos y definen los ámbitos de libertad de los particulares concordando la libertad de unos con otros. Así, las libertades exteriores coexisten según la ley universal. El arbitrio es la voluntad encaminada a una meta con la consciencia de lograr obtenerla, y este arbitrio es el que se ha enarbolado como lo constitucional, aquello que concorda las libertades.

En relación con la libertad, el derecho (Constitución) debe ser para saciar la exigencia de la razón de concordar las libertades de los individuos, por lo que el ideal de la justicia del derecho es la

1 El presente apartado se ha basado en un trabajo mayor correspondiente al numeral «3.2.2. Kant: libertad como fundamento del Estado», del capítulo III: «La dificultad de relacionar la ética y la política», de la tesis titulada *Ética empática y acción política*, propuesta para obtener el grado de doctor en Filosofía en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

libertad. Esta se comprende como el fin al que se ordena el derecho (Constitución) motivado mediante la razón, concertando las libertades individuales de manera que la libertad de uno no dañe la del otro.

Para Kant solo existe un único derecho innato y este es la libertad. En cuanto se logre convivir con la libertad de cada uno conforme a la ley universal, los otros derechos (inmanentes) están comprendidos en la libertad.

A partir de lo anterior, el Estado es concebido como la única condición y medio para garantizar a los particulares su ámbito de libertad concordada por la ley, el derecho (Constitución). Diferenciándose y distanciándose del Estado paternalista (el absolutismo), donde cada súbdito como menores hijos no conocen la diferencia de lo útil o lo que les es perjudicial, el jefe de Estado impone el modo de ser felices. Desde esta perspectiva la libertad y la razón son los baluartes que definen el derecho, por lo que serán sus parámetros.

Por ello el fin del Estado no es lograr la felicidad ni el bienestar de los ciudadanos, sino el mantenimiento de la libertad y la paz. O, de manera puramente lógica, su objetivo es lograr «un estado de máxima concordancia entre la constitución y los principios jurídicos, estado al que la razón nos obliga a aspirar a través de un imperativo categórico». Así pues, el Estado es la conclusión lógica de los imperativos moral y jurídico (López, 2020, p. 337).

En el Estado a nadie se le debe obligar a lograr la felicidad a su modo, es deber de cada individuo alcanzar su felicidad por el camino que mejor le convenga, bajo la condición de que no imposibilite la libertad del otro a encaminarse a un objetivo similar, coexistiendo con la libertad de los demás de acuerdo con las leyes universales (no obstaculizar el derecho de los demás). Un punto en que se distancia Kant de Aristóteles es en que no pone como fin

del Estado a la felicidad, sino que el Estado y su manifestación normativa moderna, la Constitución, deben asegurar a cada uno su libertad mediante la ley (felicidad sin obstaculizar la libertad universal conforme a la ley), y coloca como única meta del Estado a la ley, al derecho (Constitución) (exigencia de la libertad coordinadora de libertades según la ley universal).

El Estado encuentra su función principal en garantizar, mediante la ley, el derecho (la Constitución), la convivencia de libertades. Así se tiene que este es limitado por el derecho y sometido a sus propias leyes (a lo que modernamente se ha denominado Estado constitucional). Tiene como función específica y exclusiva velar por el cumplimiento del derecho (Constitución) como protección de los derechos subjetivos (se contrapone al Estado eudemónico de Aristóteles, que pone al Estado la realización del valor de la felicidad).

En Kant existen derechos previos a la sociedad civil. El derecho provisional, transitorio, del estadio de naturaleza promueve fundar (lógica) el estado civil. Si el humano no tuviese en el estado de naturaleza la «posesión» de los derechos subjetivos, no tendría derecho de pretender respeto por parte de los demás humanos. El Estado tiene la necesidad de ejercer la tutela coactiva de los derechos y de sus miembros, no debe permitir al sujeto constreñir a cualquiera, sino por lo contrario, debe asegurar a cada uno lo suyo, debe asegurar los derechos subjetivos, que preexisten a la constitución civil, preexisten al Estado.

El Estado es el aseguramiento de los derechos individuales, derechos que lo anteceden lógicamente (que no están establecidos o justificados por el Estado), los cuales son su única justificación racional. Tanto el estado de naturaleza como la misma sociedad civil buscan garantizar la posesión de los derechos individuales, y esta garantía no se hace por motivos utilitarios, sino por un mandato racional, por una exigencia moral, por el deber de garantizar

los derechos. Los humanos, aunque no cometieran injusticias, obran de modo injusto en el máximo nivel al pretender quedarse en el estado de naturaleza, por el que nadie tiene seguro lo suyo ante el crimen de los otros.

Por esto la persona debe (ética) dejar el estado de naturaleza y dar vida a la sociedad civil. Este deber, en la relación de convivencia con los demás, tiene como fin entrar en el Estado constitucional y actuar conforme a este.

Aquí surge el contrato originario, la obediencia del deber de dejar el estado de naturaleza y construir la sociedad civil se hace mediante el contrato (que dará origen a la Constitución). Kant lo describe como contrato originario, pacto social. El contrato funda una constitución civil, universalmente jurídica entre los humanos, que crea un ente común. El contrato es racional, producto de la unión de todas las voluntades particulares y privadas en un pueblo para formar una voluntad común y pública (legislación jurídica). Es exigencia de la razón de indudable realidad pragmática.

El contrato consiste en vincular a todo parlamentario a hacer sus leyes positivas como si hubieran brotado de la voluntad conjunta del pueblo entero, a considerar a todo súbdito, en cuanto ciudadano, como si a semejante voluntad él le hubiera dado su consentimiento. Es el ideal racional que exige que el Estado esté fundado sobre el consentimiento de sus miembros. Y a partir de estos fundamentos se ha construido la legitimidad de la Constitución y su exigencia de actuar conforme a ella, y a definir qué es lo constitucional: todo súbdito es legislador de la ley universal y también queda racional y éticamente obligado a acatarla porque es su propia ley, es su propio legislador. Desde esta perspectiva, es conforme a la Constitución la voluntad del gobernante expuesta como voluntad del gobernado.

A diferencia de Rousseau, en donde se renuncia a los derechos reemplazándolos por nuevos derechos que se elaboran más protegidos y más legítimos, Kant le da la concepción democrática de la

libertad como autonomía, como sujeción del humano a las leyes de su propia voluntad legisladora (a la que Rousseau denomina voluntad general).

En el contrato originario todos otorgan su libertad externa al pueblo, y la recobran nueva e inmediatamente como integrantes de una entidad común, del pueblo, apreciado como Estado. El humano no inmola a un objetivo fracción de su libertad externa innata, ya sea que haya dejado íntegramente su libertad salvaje y sin ley para regresar a ubicar nuevamente su libertad subordinada a ley, sumisión que desprende de su voluntad propia legisladora.

La libertad externa, libertad jurídica, se expresa como potestad de no acatar ninguna ley externa, salvo a la que se ha dado consentimiento. Kant se asemeja más a Locke que Rousseau, pues transforma el liberalismo utilitarista, empírico, en liberalismo absoluto, racional; los derechos innatos, la libertad que posee por naturaleza, no sufren transformación en realidad, con la novación hecha por el contrato social.

El contrato solamente refuerza y convalida, dotando de tutela coactiva a los derechos ya existentes, que de provisionales se transforman en definitivos, pero cuya sustancia permanece invariable. El derecho público, derecho positivo, no comporta deberes de los humanos más numerosos o distintos respecto a lo que pueda pensarse en el derecho privado, la materia (libertad) del derecho privado es la misma en ambos casos.

Y de esta sociedad civil instaurada por el derecho, expresada en la Constitución, el siguiente estadio es la sociedad universal: derecho cosmopolítico (derecho internacional). El derecho como instrumento de la razón realiza la coordinación de las libertades de los individuos, y se realiza en el Estado, logra una sociedad civil que haga cumplir el derecho universalmente. Así como se logró construir la sociedad civil haciendo salir al individuo del estado

de naturaleza y construir el estado nación, también deberá salir de este (sociedad civil, Estado, Constitución), sobreponiendo a cada estado nación una unión general, una sociedad universal, las leyes externas que delimitan la libertad de cada uno y al mismo tiempo la aseguran: el derecho cosmopolítico (derecho internacional, tratados, convenios).

Una confederación universal de Estados, una coexistencia pacífica de Estados, la paz como deber moral debe cumplirse, pasar de un derecho provisional a uno definitivo. El derecho como norma racional, absoluta, coordinación de libertades, tanto de los individuos como de los Estados, llega a ser el cumplimiento del deber supremo del humano.

Desde esta perspectiva, actuar conforme al derecho, según la Constitución o, lo que es lo mismo, lo que es conforme a la Constitución, es actuar de acuerdo con su propia voluntad, según su libertad, el humano en tanto legislador universal está obligado a obedecer la ley que él mismo ha elaborado. Este deber no termina en el Estado, sino que se proyecta en la sociedad cosmopolítica.

5. CONCLUSIONES

La pregunta «¿qué es conforme a la Constitución?» encuentra una respuesta, en primer lugar, en la conformidad que debe existir en el sistema normativo y la norma fundamental. Exige respetar y obedecer la norma suprema constitucional desde su dimensión de coherencia y jerarquía normativa. En cuanto a la dimensión de coherencia, se refiere a que todas las normas jurídicas y las actuaciones jurídicas del Estado y de los particulares deben ser compatibles, no contrarias a la Constitución; o deben aceptar una interpretación que se encuadre dentro de los parámetros constitucionales. Mientras que por dimensión jerárquica se refiere a que toda norma jurídica y los actos estatales y particulares no deben estar

en el mismo nivel o en un nivel superior reformando, modificando o imponiéndose sobre la Constitución.

Se responde también desde la interpretación, y de forma especial, por el criterio de interpretación según la Constitución adoptado por J. Marshall en *Marbury vs. Madison*, en la que se ha de buscar en toda circunstancia un significado que sea compatible con la Constitución y desechar los significados contrarios a ella. El órgano jurisdiccional tiene el deber de preferir la interpretación de conformidad con la Constitución sobre la interpretación opuesta, en función del principio de la presunción de la constitucionalidad de normas jurídicas, formulación democrática de la ley y la seguridad jurídica.

La pregunta también se responde desde la ética y la política kantiana, desde la concordia, armonía de las libertades, bajo el entendimiento de que el ser humano, guiado por la razón, tiene como deber moral dejar el estado de naturaleza e instaurar la sociedad civil para asegurar la posesión de su libertad, donde la libertad absoluta se transforme en libertad concordada, armonizada, que consiste en vincular al legislador a hacer las leyes así como si hubiesen brotado de la voluntad conjunta del pueblo entero. Considera a todo súbdito, en cuanto ciudadano, como si a semejante voluntad él le hubiera dado su consentimiento; todo súbdito es legislador de la ley universal y también queda racional y éticamente obligado a acatarla, porque es su propia ley, es su propio legislador. En los términos de la ética y la política kantiana actuar conforme a la Constitución es hacerlo según la propia voluntad expresada en el derecho (en la Constitución), es decir, mandar obedeciendo, actuar de acuerdo con su libertad. De ahí que, según la Constitución se considere la libertad externa, la libertad jurídica, como potestad de no acatar ninguna ley externa, salvo aquella a la que se ha dado su consentimiento.

REFERENCIAS

- Díaz, F. J. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas*. Lex Nova.
- Fix-Zamudio, H. y Ferrer, E. (2009). *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Adrus.
- Herrera, C. M. (1994, octubre-diciembre). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (86), 195-227.
- Kant, E. (2008). *Metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (15), 249-300.
- Legal Information Institute (s. f.). Political Question Doctrine. https://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine#:~:text=Federal%20courts%20will%20refuse%20to,should%20not%20hear%20the%20issue
- López, J. (2020). La teoría pura del Estado de Kant. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (36), 319-345. <https://dialnet.unirioja.es/revista/113/A/2020>
- Marshall, J. (1803). Sentencia Marbury vs. Madison. *Lecturas sobre instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses*. <https://lecturasconstitucionaleseua.juridicas.unam.mx/sentencias-tseu/marbury-vs-madison-1803/>
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la constitución*. Tecnos.
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente n.º 004-2004-CC/TC-Lima. Lima: 31 de diciembre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.pdf>

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022, 263-292

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17.567

Grupo de empresas Business Group

Business Group



ZAIRA GRIMALDINA VENTURA VEGA
Corte Superior de Justicia de Piura
(Piura, Perú)

Contacto: zventura@pi.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9118-7517>

RESUMEN

En este artículo jurídico se analiza el tema denominado grupo de empresas desde un enfoque doctrinario, para posteriormente comentar la problemática jurídico-laboral, esto es, el que se carezca de una regulación legal específica en nuestro ordenamiento jurídico. Con la finalidad de que se comprenda mejor el tema, se presenta jurisprudencia seleccionada respecto a la materia.

Palabras clave: grupo empresarial; empresa matriz; subcontratación.

Términos de indización: empresa, derecho laboral (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

This legal article analyzes the issue of the so-called business group from a doctrinarian viewpoint, to subsequently comment on the legal-labor problems, that is, the lack of a specific legal regulation

in our legal order. Selected case law is presented on this subject for a better understanding of the topic.

Key words: business group; parent company; outsourcing.

Indexing terms: enterprises, labour law (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/03/2022

Revisado: 11/06/2022

Aceptado: 14/06/2022

Publicado en línea: 28/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: La autora declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas que existe en nuestra sociedad se halla inmerso en la falta de legitimidad y de credibilidad de las instituciones representantes de la Administración pública en relación con la opinión pública. Entre las más cuestionadas se encuentra la labor ceñida a la administración de justicia a cargo del Poder Judicial. En efecto, la impartición de justicia es una de las concentraciones más complejas de críticas y cuestionamientos, en razón de la consistencia de las decisiones adoptadas que afectan inevitablemente a los sujetos procesales, uno de ellos, la empresa.

Es así que en este contexto, al evidenciarse que no existe una norma que regule a los grupos empresariales de modo integral (dado el enfoque multidisciplinario de esta figura) y que hay una carencia de regulación legal específica sobre la determinación de los sujetos en los grupos de empresas con titularidad diferenciada, estos temas han venido siendo abordados por la jurisprudencia y los diversos pronunciamientos judiciales. Ello porque se han visto claros supuestos de disociación entre el empresario formal y el material, así como también en supuestos de extensión de la responsabilidad patrimonial ante los trabajadores a persona física

o jurídica diferente del empresario formal, pues si bien se aplica la responsabilidad solidaria, ¿esta debe hacerse extensiva a todos los casos de los grupos de empresas?, o ¿en qué casos es aplicable en un grupo de empresas?

Desde el ámbito teórico existe un vacío jurídico aparentemente subsanado por el desarrollo de las cortes y los tribunales nacionales, así como las determinaciones realizadas por el Tribunal Constitucional, quienes han diseñado estrategias para establecer la responsabilidad solidaria en un grupo de empresas o conglomerados empresariales en los casos de fraude e incumplimiento de obligaciones laborales, tributarias, previsionales, entre otros. Esto ha generado que, en consecuencia, no tengan concordancia con los casos suscitados en la realidad.

En ese extremo, desde una perspectiva práctica, el desarrollo del presente artículo presentará propuestas aplicativas que repercutirán en la comparación más adecuada del contenido esencial del grupo empresarial al momento de determinar la responsabilidad solidaria y la identificación de los sujetos implicados en ella. De este modo, se evitarán transgresiones de los derechos laborales, individuales y sindicales al no identificar concretamente los casos donde es y no es posible la aplicación de esta figura.

Lo anterior, desde un contenido valorativo, permitirá que los abogados y las partes de la relación jurídica procesal encuentren una mayor lógica entre la consignación fáctica y jurídica al momento de considerar como válida una decisión jurisdiccional respecto a estos temas y, en consecuencia, la legitimará.

Además, académicamente contribuirá a la teoría del derecho laboral, al favorecer la adecuada utilización de sus instituciones jurídicas, conforme a los lineamientos del debido proceso, desde un aspecto material, aplicativo y práctico.

2. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

Grupo de empresas en su acepción económica convencional referida al conjunto de empresas estructuradas en un único centro de decisión, y que cumple tres requisitos básicos (Cuervo, 1991, p. 24).

- a) **Que exista una unión de empresas.** Donde una empresa matriz o dominante sobre el resto crea una dependencia directa o indirecta de las demás respecto a ella.
- b) **Que exista una unidad de administración.** Que implica la capacidad potencial, ejercida activa o pasivamente, de ser capaz en la gestión de las empresas integradas en el grupo.
- c) **Que se produzca una creación de valor en el conjunto del grupo.** Que supere la mera adición de los patrimonios y las rentabilidades de las empresas individuales.

En la doctrina (principalmente europea) se encuentra una infinidad de definiciones, pero es España el país que más ha tratado esta temática. José Embid Irujo (1985) precisa que por grupo de empresas se entiende la unión de empresas en la que, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, quedan todas ellas sometidas a una dirección económica única ejercitada por la sociedad dominante de dicho grupo (p. 566).

Asimismo, indica que la dirección de una sola empresa es la que distingue al grupo frente a otras formas de uniones de empresas y consistiría en atribuir a la sociedad dominante del grupo de la competencia la decisión y la planificación sobre los elementos de ordenación fundamental de la empresa, los aspectos financieros comerciales y los laborales.

Conforme menciona María Luisa de Arriba Fernández (2012), el grupo de empresas es la integración de varias sociedades jurídicamente independientes con una dirección unitaria, que tiene como

los elementos claves del grupo a la independencia jurídica de sus integrantes y a la dirección unitaria a la que se ven sometidos (p. 84).

A mayor abundamiento, la jurisprudencia española, que ha venido desarrollando este tema desde hace más de veinte años, ha determinado que estamos frente a un grupo de empresas cuando concurren las siguientes características:

- **Debe haber una confusión de trabajadores.** Puede existir una planilla única o una simultaneidad en la prestación de servicios a distintas empresas del mismo grupo, de tal manera que un trabajador brinde servicios a varias empresas sin distinción alguna. En esta situación hay un traspaso de trabajadores sin cumplir con las formalidades del caso.
- **Debe haber una confusión de patrimonios.** Hay un alto grado de comunicación entre los patrimonios de las empresas que forman parte del grupo, y se establece una caja única para el pago de bienes de la empresa y la cesión de titularidad de estos.
- **Dirección unitaria.** Las empresas actúan por un mismo poder de dirección y un único órgano rector, centrando todo su poder en el proceso de toma de decisiones y las políticas para efectos laborales.
- **Actuación conjunta en el mercado.** Esta se encuentra evidenciada con la apariencia de unidad empresarial.

En definitiva, los grupos de empresas, en un sentido amplio, son formas de organización que integran múltiples unidades operativas que desarrollan distintas actividades que pueden estar relacionadas entre sí y que tienen una jerarquía de dirección integrada, con capacidad de control y de asignación de recursos en el conjunto del grupo.

Generalmente, la delimitación de los grupos de empresas se basa en criterios relacionados con el nivel de participación, directa o en

cascada, de la empresa dominante en el capital social del resto de las empresas. Sin embargo, en el propio marco jurídico es necesario recurrir a otro tipo de criterios que hacen referencia a la influencia real y no meramente formal de control y de influencia de la empresa dominante sobre el resto de las empresas, más que del estricto criterio de propiedad de acciones. Se hace referencia, por tanto, a la capacidad de nombrar a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno y contratos, convenios o acuerdos que sancionen esta capacidad.

Estas características mencionadas tienen una aplicación relativa y difusa en la realidad empresarial de los grupos. Como más adelante se analiza, existen grupos de empresas que no obedecen estrictamente al criterio de articulación en torno a una empresa matriz o dominante, como el caso de Japón, o que ofrecen una dudosa capacidad de crear un valor añadido como grupo más allá de la suma de las empresas que lo componen. Sin embargo, son útiles como modelo ideal para poder contrastar la articulación y la finalidad de los grupos realmente existentes.

Ahora bien, no se puede establecer una definición exclusiva de lo que se entiende por grupo de empresas puesto que «la legislación laboral prácticamente ignora el fenómeno de los grupos y otras formas de descentralización productiva, que en la actualidad constituyen paradójicamente el marco empresarial donde usualmente se desarrolla el contrato de trabajo» (Esteve, 2003, p. 7). Tampoco por la diversidad de posibilidades según las que puede estar organizado. De esta manera, hay grupos de empresas que pueden ser de subordinación o de coordinación, llamados también horizontales verticales, según su estructura organizativa.

Es preciso señalar que el artículo 7 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos define a los grupos de empresas como el

conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión. Las personas naturales no forman parte del grupo económico (Superintendencia del Mercado de Valores, 2015).

Resulta relevante que, para efectos del mercado de valores, no toda vinculación económica implica la existencia de un grupo, limitando esto al supuesto en el que haya control concentrado en una persona natural o un conjunto de estas.

En resumen, podemos definir a un grupo de empresas como una concentración de una pluralidad de personas (sean jurídicas o físicas) en donde hay entidades jurídicamente autónomas e independientes, pero mantienen una realidad económica unitaria y una sola entidad que adopta las decisiones tomadas en función de sus propios intereses.

3. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LAS EMPRESAS

Convencionalmente se consideran tres formas diferenciadas de articulación organizativa de los grupos de empresas.

3.1. Empresa matriz con estructura multidivisional

Es la empresa dominante que tiene un elevado nivel de participación accionaria sobre las demás, generalmente próxima al 100 %, y que toma el diseño del conjunto de las estrategias de las unidades productivas. Agrupa empresas con carácter horizontal, de forma que las actividades de las diferentes unidades operativas no suelen ser afines, aunque sí tienen algunos vínculos en las áreas comerciales, tecnológicas o de producto. También pueden desarrollar una estructura de integración vertical con la articulación de negocios vinculados «hacia adelante o hacia atrás» del proceso productivo.

3.2. Holdings o sociedades holdings

En esta forma organizativa la articulación tiene una base sumamente financiera, donde la empresa principal es propietaria de las acciones del resto de las empresas, con una función de accionista mayoritario, por lo general de carácter pasivo.

3.3. Corporaciones industriales o financieras

Es un nivel de integración mayor al del *holding*, pues el grupo integra sociedades productivas relacionadas, por lo que la sociedad dominante despliega una proyección estratégica para las empresas participantes, que supera la función de tenencia de cartera de acciones. Incorporan un nivel de gestión común a través del cual se desarrolla la formulación de las estrategias del grupo y se considera que cumple fielmente el objetivo de añadir valor al conjunto de las empresas agrupadas mejorando su nivel de competitividad. Esta función usualmente se desarrolla con la fijación de objetivos a largo plazo.

3.4. Otras formas (carteles, federaciones o clubes empresariales)

Este apartado cumple una función de «cajón de sastre» de formas de agrupación de diferente tipo que pueden estar relacionadas en función de acuerdos sobre la fijación de precios, reparto de cuotas de mercado, etc., sin que específicamente exista un centro de administración común. Por ello, se pueden considerar grupos de empresas atípicos, pues no se tiene por qué cumplir los requisitos que se consideran característicos de estos, tal y como hemos comentado.

Al respecto existe otra calificación concerniente a la estructura de los grupos de empresa, la cual se constituye por el siguiente diseño:

3.4.1. Grupos por subordinación o jerárquicos: centralizados y descentralizados

Manóvil (1998) realiza una definición de los grupos de empresas o por subordinación como aquellos en que una o varias empresas se hallan bajo el control directo o indirecto de otra u otras personas con actividad o intereses empresarios propios, que ejercen en forma directa o indirecta la dirección total o parcial de los negocios de aquellas (p. 156).

Menciona además que María Luisa de Arriba Fernández los define como aquellos en los que las sociedades agrupadas se ordenan entre sí y que gira sobre la base de una relación jerárquica de dependencia. La sociedad matriz es la sociedad dominante, directa o indirectamente, y vértice de la estructura grupal.

A causa de la descentralización productiva (y del proceso conocido como filialización) la doctrina ha comenzado a hablar de

- Grupos de empresas centralizados, que serían los grupos constituidos en función de la jerarquización vertical, en los que existe una empresa madre que ejerce la dominación sobre los demás.
- Grupos de empresas descentralizados, donde las empresas integrantes tienen un mayor grado de autonomía productiva, organizativa y de gestión; sin embargo, se encuentran vinculados por una dominación formal.

En ambas formas de organización se encuentran lazos de dependencia, la diferencia es la autonomía funcional existente.

3.4.2. Grupos de coordinación

Sucede cuando las empresas integrantes no tienen el poder para imponer sus propios objetivos. En estos una sola empresa es la dominante y se configura una relación de control-dependencia que se traduce en la constitución de un grupo por subordinación.

Por otro lado, cuando el poder de negociación de las unidades del grupo es suficiente para imponer, o al menos influir, sobre los objetivos y las estrategias globales del conjunto, configura una relación horizontal, paritaria o de igualdad, y genera que derive un grupo por coordinación (Arce, 2003, p. 61).

En los grupos por coordinación hay un plano de igualdad entre las empresas (al menos en teoría), con equivalentes poderes de influencia sobre la dirección del conjunto, no existe dependencia o control de alguna clase. La estrategia común que sigue el grupo es la de la voluntad propia de cada empresa que ha resuelto libremente trasladar parte de su poder decisorio empresarial a favor de la estructura grupal.

Son ejemplos de grupos por coordinación los Grupos de Interés Económico (también llamados Uniones Temporales de Empresas), las sociedades accidentales y los *joint ventures*. También se encuentran en esta categoría las vinculaciones entre empresas producto de acuerdos comerciales de cooperación e interconexión más o menos estables, como el *franchising*, el suministro, el *knowhow*, la asistencia financiera y otras modalidades de colaboración.

4. FUSIONES Y ESCISIONES

El tratamiento de las modificaciones que pueden operarse en la estructura de las empresas con forma jurídica de sociedad y su impacto sobre las relaciones laborales resultan un asunto de compleja trama. Estos fenómenos atañen al sujeto que dispone de los bienes y las relaciones de la empresa, así como al conjunto de derechos y obligaciones que este detenta, inherentes a su posición activa o pasiva en las relaciones obligatorias que sean precisas para el funcionamiento de la empresa.

La concentración empresarial se ha debido históricamente al resultado de dos grandes instrumentos: por un lado, la fusión y la

absorción de empresas, forma clásica de concentración a través de la cual las empresas se agrupan jurídicamente perdiendo su identidad (en todo o en parte), a favor de otra empresa nueva o ya existente (concentración primaria); así también, la creación de grupos de empresas, instrumento más moderno que adquiere formas, estructuras y mecanismos sumamente diversos y complejos y supone necesariamente la existencia de una pluralidad de empresas, formalmente autónomas entre sí (concentración secundaria). Es decir, se trata de mecanismos de cambio de titularidad de la empresa desde la óptica netamente jurídica, que pueden ser los siguientes:

- a) Transformación de la sociedad.** Es una alteración en el tipo contractual originariamente elegido para ordenar la cooperación de los socios en la consecución del fin social, novando aquel y adoptando otro distinto. Así se tiene que cuando una sociedad es personalista, se deja el esquema social de capitales y la responsabilidad de los socios por las deudas de la empresa se extiende a las anteriores a la transformación. Por el contrario, cuando una sociedad personalista se transforma en una sociedad de capitales, el modelo de responsabilidad de los socios por las deudas sociales típico de aquellas se perpetúa respecto a las deudas anteriores a la transformación, hasta tanto aquellas no se satisfagan o no puedan reclamarse coactivamente por haber prescrito.
- b) Fusión.** Es un mecanismo por el cual las diversas sociedades se agrupan jurídicamente perdiendo su identidad en todo o en parte, en favor de otra nueva creación o una ya existente. En la medida en que la fusión implica, por su propia esencia, el anexo o la agrupación de sociedades, resulta un elemento fundamental del propio concepto la subrogación del ente fusionante en la posición jurídica de los extinguidos, tanto en su posición activa como en la pasiva en todas las relaciones jurídicas que tuviese entabladas. Por ello se le califica como una sucesión universal entre empresas.

- c) **Escisión.** Esta presenta los rasgos contrarios de la fusión. Es decir, implica la división de una unidad empresarial previa, y reposa sobre la desaparición jurídica de alguna o algunas de las sociedades implicadas.

5. FACTORES ECONÓMICOS EN LA FORMACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

El análisis económico ha buscado la comprensión del creciente peso de los grupos de empresas en la capacidad de conseguir economías de costes, generadas por el aumento del volumen de producción o de otros procesos derivados de la propia agrupación organizativa, con las que se conseguirá una asignación más eficiente de los recursos. Esta ventaja competitiva explicaría su creciente importancia económica.

La obtención de economías de escala y de alcance son ejemplos más usuales de las múltiples sinergias productivas y que generalmente se asocian a las grandes empresas. La disminución de los costes unitarios por el aumento del tamaño, la capacidad de emprender proyectos más amplios de investigación y desarrollo, la mayor eficiencia por la utilización común de las redes comerciales, el aprovechamiento común de experiencias de producción o de gestión, suelen ser los factores decisivos para explicar las diversas características de los grupos de empresas.

Las sinergias productivas serían el sustento para acoger diferentes estrategias respecto a los grupos: estrategias de concentración de la producción y el aumento de las cuotas de mercado en un solo producto en función de las ventajas obtenidas por el aumento del tamaño de las plantas productivas, la integración vertical de las distintas fases del proceso de producción tanto de abastecimiento de materias primas como de productos intermedios, o la elección por la diversificación de productos y el esparcimiento de las empresas

en nuevos negocios afines, que permitirán lograr una economía de comercialización y diversificación.

Un área diferente es la obtención de sinergias financieras que se pueden atribuir a los grupos de empresas, tanto al permitir una mayor capacidad de captación de recursos financieros a un menor coste, como por el posible aprovechamiento de los flujos internos de caja de las distintas empresas o unidades productivas. A ellas se les podría agregar la diversificación de riesgos de suspensiones de pagos o quiebras derivadas del principio de solidaridad financiera entre las empresas agrupadas.

Ciertamente existen otros factores no desdeñables que motivan la concentración de empresas, como la incorporación de empresas infravaloradas para mejorar su gestión y obtener un beneficio de su posterior reventa, la utilización de ventajas fiscales no aprovechadas, la consecución de plusvalías fiscales que afloran en los procesos de compra, absorción o fusión, o las no poco frecuentes gangas basadas en el comercio con información confidencial (*inside trading*). Sin embargo, se suelen considerar de carácter coyuntural, oportunidades de mercado, o debidas a la existencia de políticas de estímulo a la concentración, de carácter externo a la lógica de mercado.

6. PROBLEMÁTICA JURÍDICO-LABORAL DEL GRUPO DE EMPRESAS

Los grupos de sociedades forman un fenómeno cada vez más desarrollado y considerablemente complejo, por la variedad de sus formas de presentación, que tiene, sin embargo, en su amplia fenomenología, un elemento común: las sociedades que los integran, aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación que identifican, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica.

A excepción de los grupos por coordinación u horizontales, la característica principal de los grupos de sociedades reside en la circunstancia de que la sociedad dominante ejerce una dirección unitaria; entendiéndose por ello la competencia para decidir sobre la financiación y la política de personal (en el sentido del control respecto al nombramiento y la actividad de las personas encargadas de ejecutar las decisiones, esto es, principalmente los miembros de los órganos de dirección o vigilancia de las sociedades dependientes).

La característica de los grupos de sociedades como resultado de lo anterior es la separación entre la realidad económica y las formas jurídicas. Desde el punto de vista del derecho, aparece como un conjunto de sociedades independientes, proporcionadas cada una de ellas de personalidad jurídica y patrimonio social propios. La independencia de estas sociedades es relativa, pues el interés de las sociedades dominadas no queda sistemáticamente al de la sociedad dominante o del grupo en su conjunto. No es menos cierto que, por definición, es un interés subalterno, cuya postergación puede repercutir negativamente no solo sobre los acreedores sociales, sino sobre los propios accionistas minoritarios o externos.

Entre los acreedores sociales se encuentran, desde luego, los trabajadores. Pero estos además se ven implicados en problemas adicionales a los que ya tienen o pueden tener en su calidad de acreedores, los cuales derivan, precisamente, del hecho de que quien ostenta, en principio, la condición de empresario, está integrado en un grupo de sociedades. Dentro de estos se encuentran la determinación del empresario, al menos, la identificación del destinatario de la imputación de las responsabilidades propias de la condición de tal; la exigibilidad o no de ciertos derechos relacionados con la dimensión o las características de la empresa; el régimen jurídico de los traslados de puesto de trabajo o de puesta de los trabajadores a disposición de otros empresarios; la calificación de ciertas

prácticas como la adquisición de participaciones sociales desde la perspectiva del régimen jurídico de la transmisión de la empresa, el reglamento interno de trabajo o normas administrativas aplicables a los trabajadores; la decisión sobre la existencia o no de motivos suficientes para proceder a una reestructuración de la empresa; el ámbito adecuado para la actuación de las instancias de representación del personal; las unidades adecuadas para la negociación colectiva; entre otros.

Debemos tomar en cuenta que, desde el punto de vista laboral, son distintos los problemas, los conflictos y las cuestiones jurídicas que forman la constitución de un grupo de empresas. Por un lado, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia colocan su mirada en los aspectos vinculados a la insolvencia de los integrantes del grupo y los resultados económicos negativos que ello puede crear para el trabajador. Por lo que, usualmente, con el fin de tutela se indagan mecanismos e instrumentos para comprender patrimonialmente a todo el grupo por las deudas laborales de uno de sus miembros. Por otro lado, los grupos de empresas producen un dislocamiento sobre el concepto tradicional de empresa y empleador.

Es difícil que la relación laboral se una formalmente con todas las empresas que la integran, lo habitual es que el contrato laboral se afine con una sola de las unidades económicas. Aunque en los grupos de empresas el verdadero centro de decisión y dirección de modo regular se ubica externamente del empleador formal. Esto produce que muchas decisiones que puedan afectar al trabajador sean en esencia atribuibles a un tercero, ajeno formalmente a la relación laboral y que por ende se discuta si el verdadero empleador (real y sustancial) es el propio grupo.

7. SUPUESTOS MÁS COMUNES DE UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE PERSONAS JURÍDICAS PARA EVADIR OBLIGACIONES LABORALES

En el derecho laboral, cuando se advierte que se intenta usar la subjetividad de empresas vinculadas económicamente para eludir sus obligaciones laborales, se aplica la solidaridad laboral como medio para impedir el fraude a las normas imperativas y de orden público (Carhuatocto, 2013, p. 218).

Así tenemos los siguientes:

- a) Cuando la sociedad «empleadora» carece de actividad real y se dedica al tráfico de personal a otras empresas, lo que se puede deducir de la falta de tributación, la falta de autorización para operar o la cancelación de esta, la insuficiencia de independencia de bienes no relacionados con su objeto social y otros hechos que en conjunto demuestren que la sociedad es una mera fachada formal.
- b) Cuando la sociedad «empleadora» es utilizada con el único interés de una persona natural para sustraerse de las obligaciones laborales es que constituye una sociedad comercial con el exclusivo propósito de defraudar a sus trabajadores.
- c) Cuando la sociedad «empleadora» efectúa la cesión irregular del fondo de comercio a una sociedad vinculada, dejando sin garantía patrimonial a los trabajadores. Se utiliza a la sociedad vinculada como un solo instrumento para sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones laborales.
- d) Simulación absoluta de una sociedad que finge de empleadora. La única voluntad es para realizar fraudes laborales.

8. LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO TITULAR EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Al carecer de una regulación legal específica en nuestro ámbito, la determinación del sujeto patronal en los grupos de empresas con titularidad diferenciada ha venido siendo abordada por la jurisprudencia y los diversos pronunciamientos judiciales en los supuestos de extensión de la responsabilidad patrimonial ante los trabajadores a persona física o jurídica diferente del empresario formal. Así se manifiestan las siguientes posiciones:

- a) Cuando los trabajadores prestan sus servicios indistintamente de los patrimonios sociales para los titulares de las empresas del grupo.
- b) Cuando existe un alto grado de comunicación de los patrimonios sociales.
- c) Cuando existe una coincidencia en los cargos directivos de las sociedades que lo integran (un único poder de dirección).
- d) Cuando las sociedades se prestan exteriormente con su simbología y propaganda comercial como una sola empresa por coherencia con los propios actos de apariencia externa frente a terceros.

Como solución a estos problemas, los órganos jurisdiccionales laborales establecieron la obligación de levantar el velo societario y entrar en el interior de las relaciones materiales de la empresa, a fin de salvaguardar la realidad frente a las meras apariencias de las formas, en el seno del rechazo del fraude a la ley. Se dedujo, en consecuencia, la responsabilidad solidaria frente a las acreencias laborales del trabajador. Esto fue el resultado de la existencia de una única unidad funcional en el marco de la relación laboral. En tales circunstancias, la determinación del sujeto patronal es importante para fijar la existencia de un contrato indefinido ante la sucesión de contratos temporales realizados en empresas de diversos titulares

del grupo tanto por el mecanismo de fraude de la ley por contratos sucesivos como por la superación del tiempo máximo de contratación.

Identificar esto en el mercado puede llegar a ser algo complicado, ya que los grupos de empresas carecen de personalidad jurídica propia. Es una labor más sencilla cuando comparten abiertamente trabajadores o cuando de manera notoria los miembros del conglomerado siguen las directrices de una de ellas, denominada matriz.

9. GRUPOS DE EMPRESAS Y SUBCONTRATACIÓN

La conformación y la dinámica de las relaciones laborales en la empresa tiene fuertes repercusiones debido a los procesos de flexibilidad encadenados a la reorganización de los sistemas productivos. En la exploración de esta flexibilidad, las empresas han optado por la descentralización productiva, las sustituciones de determinadas áreas de empleo por servicios de subcontratas, la introducción de instrumentos técnicos de producción flexibles y polivalentes, más adecuados para hacer frente a las variaciones de la demanda, la diversificación de la producción, las estrategias de diferenciación salarial, las nuevas formas de gestión individualizada de la fuerza de trabajo y los modos de contratación temporal del empleo. Con ello han contribuido a modificar las relaciones laborales en el ámbito de las organizaciones productivas (Martin, 1992, p. 63).

Es decir que en aras de mejorar los procesos de producción y distribución de las empresas, estas optan por realizar mecanismos como el de la subcontratación para que puedan tener relaciones dinámicas tanto los trabajadores como las labores que deben desempeñar. Muchas veces lo señalado genera problemas en su ejecución cuando los empleadores no cumplen con las normas laborales.

10. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL GRUPO DE EMPRESAS

La responsabilidad patrimonial es aquella que adquiere la empresa por deudas contraídas por sus integrantes con terceros, y se constituye básicamente por tres modelos de comunicación de responsabilidad (Girgado, 2002, p. 32).

- a) **El tradicional** (llamado además *entity law approach*) tiene su origen en la autonomía de cada integrante del grupo que solo acepta la responsabilidad en caso de dolo o fraude, en especial del agente controlante (a través del *disregard* y figuras similares). En otras palabras, asume solamente casos de responsabilidad subjetiva. Es el más reducido y lo conforman aquellos países que regulan legalmente la figura de los grupos de empresas, en especial en cuanto a su régimen de responsabilidad, como Alemania, Portugal, Brasil y Argentina.
- b) **El sistema de la unidad del grupo** (*enterprise approach*), que imputa responsabilidad solidaria o subsidiaria a la sociedad madre cuando existe dominación total, lo que forma un modelo de responsabilidad objetiva. Este sistema es recogido en varios proyectos legislativos, pero no fue sancionado por ningún país. Es lo opuesto a lo anterior, se ubican aquí aquellos ordenamientos jurídicos nacionales (los más numerosos) cuya legislación laboral guarda completo silencio sobre los grupos de empresas. Ejemplos de ellos son Chile, Perú y Uruguay.
- c) **El sistema dual germánico** (llamado *dualist approach*) es aquel en el cual los regímenes de responsabilidad diferenciados son de grupos de derecho o de hecho. Cuando el grupo es producto de un contrato (grupo de derecho o contractual), por el que una filial se somete contractualmente a la dirección de una matriz, el reverso de tal sujeción es el establecimiento de una responsabilidad de la dominante por las pérdidas que tuviera

la filial. Por otro lado, al tratarse de grupos fácticos o de hecho (ausencia de contrato de dominación), la sociedad matriz debe indemnizar a los terceros por los perjuicios producidos como secuela de las directrices desventajosas emitidas. Aquí se encuentran aquellas legislaciones comparadas que contienen algunas regulaciones puntuales, sectoriales y parciales sobre los grupos de empresas. Así, en España existen referencias normativas a los grupos de empresas en materia de participación de los trabajadores en ese ámbito, pero no hay regulación sobre su régimen de responsabilidad u otras consecuencias jurídicas laborales.

La responsabilidad solidaria se puede aplicar en los casos de los grupos de empresas donde se evidencien los supuestos materiales de confusión de trabajadores, confusión de patrimonios, dirección unitaria y actuación conjunta en el mercado independientemente del modelo de organización que este presenta.

11. CASOS SOBRE LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN GRUPOS DE EMPRESAS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La responsabilidad solidaria implica que los acreedores logren recaudar el íntegro de cualquier monto que se adeude (mancomunidad). Se evidencia una situación excepcional, pues la regla trata de que cada deudor responda por el contenido de su deuda de manera individual. Tan es así que el Código Civil dispone en su artículo 1183 que la solidaridad no se presume, sino que la ley o el título de la obligación deben establecerla de manera expresa. Empero, la referida pretensión no opera en materia laboral en lo relativo a los grupos de empresas, tal y como lo viene señalando nuestra jurisprudencia.

En efecto, de lo antes expuesto se advierte que la doctrina apunta a considerar al grupo de empresas fraudulento como empleador, y a partir de ello imputar responsabilidad solidaria a sus miembros por los adeudos laborales. Criterio que nuestra jurisprudencia comparte, pues incluso existe un acuerdo plenario en dicho sentido. Así, en el Pleno Jurisdiccional Laboral Nacional de 2008, los magistrados de las distintas Cortes Superiores del país acordaron que

Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil, sino además en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencia la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.

11.1. Casación n.º 3069-2009-La Libertad

Esta sentencia emitida por la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación presentado por una de las demandadas y por tanto determinó la solidaridad entre las empresas Telefónica del Perú S. A. A. y Telefónica Servicios Comerciales S. A. C. por pertenecer a un mismo grupo económico.

El recurso de casación presentado por las demandadas se fundamenta en la contravención al debido proceso contenido en el artículo 139 de la Constitución, ya que se habría infringido «el proceso de formación del razonamiento judicial», pues lo resuelto por la sentencia de vista contraviene los principios de valoración de la prueba y veracidad.

Según Telefónica del Perú el hecho de que el contrato de condiciones de trabajo firmado por un funcionario de Telefónica Servicios Comerciales y las boletas de pago suscritas por el mismo funcionario, pero como representante de Telefónica del Perú, no demuestran «de manera suficiente» que haya un direccionamiento organizativo laboral entre las demandadas.

La sala llegó a la conclusión de la existencia de un grupo económico por los siguientes argumentos:

- a) El apoderado de Telefónica Servicios Comerciales S. A. C. suscribió un contrato de condiciones de trabajo con el demandante, cuando un mes atrás ejercía un cargo gerencial en Telefónica del Perú S. A. A.
- b) Ambas empresas tienen el mismo domicilio social.
- c) Existen avisos publicitarios en los que se presentan como Grupo Económico Telefónica del Perú y Sociedades Filiales.

11.2. Casación n.º 3152-2009-Lima

La Corte Suprema determinó improcedente el recurso de casación presentado por Telefónica del Perú S. A. A. y por tanto quedó ratificada la sentencia de la Sala Superior que estableció la solidaridad entre las demandadas.

El recurso de casación presentado por la empresa demandada se sustentó en tres puntos:

- a) La transgresión al debido proceso, por violación al principio de congruencia. La empresa demandada señaló que los correos electrónicos ofrecidos como medios probatorios por el demandante no implican la existencia de una relación laboral. La sala declaró la improcedencia porque el recurso pretendía que se revaloren los medios, lo que no es posible en esta circunstancia.
- b) La indebida aplicación del artículo 4 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728, ya que la relación mantenida con el demandante era una de naturaleza civil y no laboral, al no encontrarse presentes los elementos de una relación laboral. En especial, no se probó la subordinación porque «no ha operado su poder dirección, fiscalización y disciplinario, al no haber

su parte exteriorizado un poder sobre la demandante». La sala declaró improcedente este extremo bajo el argumento de que el recurso presentado no especifica qué norma debió aplicarse en su lugar.

- c) La tercera causal del recurso es la inaplicación del artículo 1183 del Código Civil referido a la solidaridad de las empresas, solo por el hecho de que una es accionista de la otra. La sala rechazó este extremo porque no fue materia de apelación en su debido momento. La Corte Suprema no entra en el detalle de determinar los supuestos en los que habrá responsabilidad solidaria entre dos empresas miembros de un mismo grupo y se limita a señalar que como las empresas están económicamente vinculadas, el análisis se debe realizar no desde el punto de vista del Código Civil sino desde la visión laboral, es decir, de la protección de los derechos de los trabajadores, principios contenidos en la Constitución vigente.

11.3. Casación n.º 328-2012-Lima

La Corte Suprema, en esta ejecutoria del 28 de febrero de 2014, señaló en su noveno considerando que «si bien inicialmente la existencia de un grupo empresarial no determina la condena al pago solidario de los adeudos laborales; empero, este sí procede en caso se comprobase la existencia de fraude en la contratación de los mismos».

11.4. Casación n.º 10759-2014-Lima

En esta resolución del 30 de octubre de 2015, la Corte Suprema hace responsables solidarias en el pago de beneficios laborales a empresas de un mismo grupo empresarial debido a que todas se favorecieron con los servicios del extrabajador, no por el solo hecho de pertenecer a un grupo empresarial.

11.5. Sentencia emitida por el Primer Juzgado de Paz Letrado Laboral-Lambayeque

En el presente caso, la parte demandante interpuso una demanda contra tres empresas (banco, B y C), en la cual precisó que las labores que realizaba eran, básicamente, trabajo de campo, esto es, colocar créditos bancarios a los clientes del banco. Habría estado bajo la subordinación de las supervisoras de las empresas demandadas. Por un lado, la supervisaba una funcionaria del banco; y, por otro, una funcionaria de la empresa B. Agregó que las empresas demandadas serían responsables solidarias conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley n.º 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización, toda vez que el banco tercerizaba sus labores al contratar a las codemandadas B (antes A) y C. Así también afirmó que C se encontraba facultada para responder por el pago de beneficios sociales pretendidos, pues el gerente general de C también habría sido gerente general y socio de la empresa A. Por ello solicitaba el pago de sus beneficios sociales.

En la audiencia única realizada en dicho proceso, la única codemandada que asistió fue el banco, por lo que se declaró la rebeldía automática de B y C. La juzgadora, en función de dicha situación y conforme a los medios probatorios obrantes en el expediente (contratos de locación de servicios), reconoció la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa B, mas no con la empresa C, por falta de medios probatorios que acreditaran tal hecho. Luego se tuvo que determinar la existencia o no de una tercerización por parte de B (antes A) y el banco; así también la existencia o no de un grupo de empresas entre el banco, B y C. Posteriormente se coligió que no existió un contrato de tercerización por parte de B y el banco, pues la relación comercial que vinculó a ambas partes fue un contrato civil de locación de servicios. Respecto a la responsabilidad solidaria entre B, C y el banco, esto es, si entre ellos existía un grupo de empresas o fraude con el objeto de burlar los derechos

laborales de los trabajadores, se determinó que no hubo dicha vinculación, toda vez que la demandante solo alegó la conformación de un *holding* empresarial. Ello no era razón suficiente para condenar la responsabilidad solidaria en el pago de los beneficios sociales, en tanto era necesario que se alegue y se pruebe que la trabajadora prestó sus servicios a más de una persona del grupo económico, lo que no sucedió en el presente proceso, pues solo se acreditó la existencia laboral entre la demandante y la empresa B.

11.6. Discusión

En la primera sentencia, la Corte asume la existencia de un grupo de empresas y por tanto que hay solidaridad entre ellas por la confluencia de una serie de elementos fácticos: representantes cruzados, domicilio único y *marketing* conjunto.

Considero que en este caso es correcta la aplicación de la responsabilidad solidaria al grupo de empresas, pues se evidencia la confluencia de los elementos que fueron establecidos en los párrafos precedentes.

En la segunda sentencia la Corte Suprema pudo haber desarrollado mejor los supuestos materiales donde se establece la responsabilidad solidaria entre las empresas vinculadas.

En este caso creo que lo vital no era la existencia de medios electrónicos sino su contenido, que determinó la relación laboral teniendo en cuenta además el principio de primacía de la realidad y de intención de las empresas demandadas de no asumir las responsabilidades derivadas de la existencia de una relación laboral.

Es así que, en estos casos, la jurisprudencia supone excluir de la noción de grupo de empresas una serie de elementos que son accesorios o contingentes como:

- El tipo de actividad que desarrollan las empresas: puede tratarse de actividad industrial, comercial, agropecuaria, financiera o de cualquier otra índole económica, no necesariamente tiene que existir conexión, complementariedad o sucesión entre los giros de las empresas.
- La naturaleza jurídica de la empresa: podrían formar parte de él cooperativas, asociaciones civiles, entidades públicas, fideicomisos, empresas unipersonales, etc.
- El tipo de control que se ejerce sobre las empresas: puede ser interno (u orgánico), externo (o económico) o personal, salvo que la legislación excluya expresamente alguno de ellos.
- La forma en que se organizan las empresas del grupo: no es indispensable que haya una sociedad madre o matriz, podrían existir formas de organización descentralizada e inclusive centros de poder múltiples.
- La existencia de fraude, abuso de derecho, conducción temeraria o desviada: con la finalidad de justificar la comunicación de responsabilidad en el grupo, pero no para delimitar su concepto.
- El motivo o causa de la creación del grupo: es perfectamente lícito que la fragmentación de la empresa en múltiples sujetos de derecho obedezca a la intención de limitar la responsabilidad, diversificar los riesgos, obtener un mejor posicionamiento en el mercado, optimizar los recursos, etc.
- La mera coincidencia de algún director o administrador entre distintas empresas: la colocación de personas en los órganos de dirección de una empresa constituye una forma de control o dominación de tipo personal, solo si permite asegurar el resultado de las decisiones que se adopten.
- La existencia de contratos comerciales estables entre empresas: es frecuente que se entablen relaciones comerciales de diverso

tipo entre empresas, que inclusive pueden dar lugar a fenómenos de alianzas estratégicas en el mercado o de subcontratación con la existencia de un grupo de empresas, salvo que se verifique un régimen de control y dirección económica.

En la tercera sentencia, la Corte Suprema deja establecido con claro acierto que para determinar la condena de pago solidario entre las empresas que conforman un grupo empresarial no basta acreditar la existencia de dicho grupo, sino que se acredite durante la actividad probatoria que existe fraude en la contratación, el cual se puede determinar por a) encubrir la contratación de personal con la intención de evitar el pago de beneficios sociales; b) tratar de hacer responsable del pago de eventuales deudas laborales únicamente a las empresas del grupo consideradas «independientes», evitando la persecutoriedad de los bienes del empleador; y, c) la contratación sucesiva de una empresa a otra para cortar la relación indeterminada a partir de la cual se liquidan los beneficios sociales.

Respecto a la cuarta y la quinta sentencia, es evidente que para establecer la existencia de un grupo de empresas, y luego establecer una responsabilidad solidaria, la parte demandante tendrá que acreditar, esencialmente, haber laborado, en el transcurso de su récord laboral alegado, para las empresas que conforman el grupo de empresas. Así también, tendrá que acreditar las ya mencionadas condiciones precisadas en párrafos anteriores. Tal vez pueda ser complicado para la parte demandante reunir dicho bagaje probatorio, pero no imposible, ya que puede solicitar exhibicionales, por ejemplo, en dichas situaciones o contribuir aportando indicios que permitan concluir la existencia de dichas condiciones.

La responsabilidad solidaria es el solimán o la sanción más sencilla y directa de aplicar en situaciones de pluralidad empresarial. En nuestro país la regulación de los grupos de personas jurídicas se ha realizado de manera parcial o sectorial, lo que ha generado que el grupo de personas jurídicas defienda el interés grupal y en

última instancia el de la matriz por sobre el interés de las personas jurídicas dominadas, lesionando a estas últimas, sobre todo en países sin regulación específica, y quienes asumen las consecuencias son los acreedores, los trabajadores y la sociedad.

Lo expuesto cambiará con la creación de normas que establezcan las reglas y las responsabilidades del grupo y sus miembros de forma específica. Normas que consagren soluciones e impliquen un fuerte incentivo para la dirección diligente de las personas jurídicas controladas (Carhuatocto, 2011, pp. 57-58). Un avance de ello ya se está viendo reflejado en nuestro país con la definición del grupo de empresas (artículo 7 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, que recoge sus principales características, así como el boceto de definición que realizamos en la parte final del punto 2 del presente artículo), la determinación de supuestos en los que se presume un grupo de empresas (artículo 8 del anteproyecto, que ha recogido varios de los supuestos desarrollados en el punto 7 del presente artículo) y los efectos laborales del grupo de empresas (artículo 9 del anteproyecto, que ha señalado a la solidaridad como uno de ellos, en concordancia con lo desarrollado en el punto 11 del presente artículo). Estos han sido establecidos en el Anteproyecto del Código del Trabajo elaborado por la Comisión Sectorial (dependiente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), encargada de elaborar una propuesta del mencionado anteproyecto según lo dispuesto mediante la Resolución Ministerial n.º 232-2021-TR, del 26 de noviembre de 2021, cuya prepublicación ha sido dispuesta en la Resolución Ministerial n.º 092-2022-TR, del 13 de abril de 2022.

12. Conclusiones

- Los grupos de empresas, en un sentido amplio, son formas de organización que integran múltiples unidades operativas que despliegan diferentes actividades relacionadas entre sí. Además,

existe una jerarquía de dirección integrada, con capacidad de control y de asignación de recursos en el conjunto del grupo.

- La responsabilidad solidaria es la solución o la sanción más sencilla y directa de aplicar en situaciones de pluralidad empresarial y debe hacerse solo cuando se presentan los supuestos materiales que llevan a ella.
- Los presupuestos materiales que facultan al operador judicial a determinar la aplicación de la responsabilidad solidaria en un grupo de empresas son el desconcierto de los trabajadores, la confusión de patrimonios, la dirección unitaria y la actuación conjunta en el mercado.
- La doctrina apunta a considerar al grupo de empresas fraudulento como empleador, y de allí imputar responsabilidad solidaria a sus miembros por los adeudos laborales, criterio que se ha llevado incluso a un acuerdo plenario en dicho sentido (Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008).
- Algunos casos sobre la existencia de responsabilidad solidaria en grupos de empresas en la jurisprudencia nacional son las casaciones 3069-2009-La Libertad, 3152-2009-Lima, 328-2012-Lima y 10759-2014-Lima.

REFERENCIAS

Arriba, M. L. de (2012). *Derecho de grupos de sociedades*. Civitas.

Carhuatocto, H. (2011). *La utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito del derecho laboral* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Carhuatocto, H. (2013, mayo). La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de obligaciones laborales y la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral. *Actualidad Jurídica*, 218-234.

- Cuervo, Á. (1991). Las corporaciones industriales y financieras. *Revista de Economía*, (9), 24-32.
- Embid, J. M. (1985). Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en derecho del trabajo. *Revista Laboral*, (7), 566-ss.
- Esteve, A. (2003). Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el derecho del trabajo. *Quaderns de Ciències Socials*, (10), 5-51.
- Girgado, P. (2002). *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons.
- Manóvil, R. (1998). *Grupos de sociedades en el derecho comparado*. Abeledo-Perrot.
- Martin, A. (1992). Proceso de flexibilización y modelo de relaciones laborales posfordista. Estudio comparado de casos. *Sociología del Trabajo*, (15), 63-90.
- Superintendencia del Mercado de Valores (2015). Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos. RSMV 019-2015-SMV/01. Lima: 17 de septiembre de 2015.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

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

Vol. 14, n.º 17, enero-junio, 2022

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este decimoséptimo 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.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 17 se terminó de producir digitalmente en junio de 2022 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i17



17

Revista Oficial
del Poder Judicial

PRESENTACIÓN

ELVIA BARRIOS ALVARADO

PRÓLOGO

HÉCTOR LAMA MORE

ARTÍCULOS

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

Transformación digital y pandemia: nuevos paradigmas

JHONATAN SAMUEL PEÑA CARLOS

Inteligencia artificial para la seguridad jurídica. Superando el problema de la cognoscibilidad del derecho

DANTE RAMÓN GUERRERO BARRETO

Un sistema de control casero en el Poder Judicial peruano

FÉLIX ANDRÉS ALCALÁ MOLINA

Violencia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información: el delito de acoso sexual

JAVIER EDUARDO JIMÉNEZ VIVAS

Los reglamentos de la administración y una necesaria redefinición del proceso contencioso administrativo urgente

MARÍA DOLORES CHIROQUE BANCES

La influencia del populismo punitivo en la práctica judicial

RICARDO GODENZI CUÉLLAR

Primeras aproximaciones acerca de los órganos de decisión jurisdiccional del Poder Judicial peruano

JOSÉ ROSARIO IRIGOÍN CUBAS

El Decreto Legislativo n.º 1513, norma para afrontar el hacinamiento y la protección de la salud como derecho fundamental de las personas reclusas en los establecimientos penitenciarios del Perú

MARIO GONZALO CHAVEZ RABANAL

¿Qué es conforme a la Constitución?: reflexiones desde la ética y la política kantiana

ZAIRA GRIMALDINA VENTURA VEGA

Grupo de empresas Business Group