

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

ISSN: 2663-9130 (En línea)

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023
Lima, Perú

20



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTORA

GIOVANA HURTADO MAGÁN

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

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3556-1847>

E-mail: ghurtadom@pj.gob.pe

EDITORES ASOCIADOS

TOMÁS ALISTE SANTOS

Universidad Internacional de La Rioja, Madrid, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4792-5871>

E-mail: tomas.aliste@unir.net

MARCO ANTONIO LOVÓN CUEVA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9182-6072>

E-mail: mlovonc@gmail.com

COMITÉ EDITORIAL (en orden alfabético)

ROBERTO ROLANDO BURNEO BERMEJO

Universidad de Piura, Piura, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3535-7133>

E-mail: rburneob@pj.gob.pe

SHONA MINSON

Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3168-2035>

E-mail: shona.minson@crim.ox.ac.uk

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

Universidad de Valencia, Valencia, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7752-0640>

E-mail: vprados@pj.gob.pe

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

CONSEJO CONSULTIVO (en orden alfabético)

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

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

ARIEL EZRACHI
Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8928-3988>
E-mail: ariel.ezrachi@law.ox.ac.uk

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

TANIA GROPPI
Universidad de Siena, Siena, Italia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2874-4936>
E-mail: tania.groppi@unisi.it

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

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

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

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

FERNANDO PIÉROLA
Advisory Centre en WTO Law, Ginebra, Suiza
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4422-2890>
E-mail: fernando.pierola@acwl.ch

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

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

CARMEN LIGIA VALDERRAMA ROJAS
Universidad Externado, Bogotá, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-5676-6220>
E-mail: carmenligiavalderrama@gmail.com

EQUIPO TÉCNICO

Robert Cáceres Martínez (coordinador de la Unidad de Investigaciones y Fondo Editorial); Yuliana Padilla Elías (corrección de textos); Miguel Condori Mamani (diagramación); Erik Almonte Ruiz y Joel Alhuay Quispe (gestión electrónica).

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i20

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-04763

© 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
Lockss Clockss
ROAD
Redalyc

LICENCIA



La *Revista Oficial del Poder Judicial* se encuentra disponible en acceso abierto
bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License
(CC BY 4.0)

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

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

Javier Arévalo Vela (presidente)
César Eugenio San Martín Castro
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Ana María Aranda Rodríguez
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Héctor Enrique Lama More
Carlos Giovani Arias Lazarte
Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana
Carlos Alberto Calderón Puertas
Emilia Bustamante Oyague
Ulises Augusto Yaya Zumaeta
Manuel Estuardo Luján Túpez
Víctor Antonio Castillo León
Roberto Rolando Burneo Bermejo
Ramiro Antonio Bustamante Zegarra
Wilber Bustamante del Castillo
Silvia Consuelo Rueda Fernández
César Augusto Proaño Cueva

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* 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* [Supreme Court Review], 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

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u15i20

Presentación

GIOVANA IRIS HURTADO MAGÁN 13

Artículos de investigación

JOHN PÉREZ BRIGNANI 19

Soluciones digitales en el Poder Judicial de Uruguay:
retos, soluciones, avances y perspectivas

MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE Y DEYSI EMILIA
GARCÍA RODRÍGUEZ 39

Valoración psicológica pericial del daño o afectación
psicológica en mujeres víctimas de violencia: una
caracterización de prácticas actuales en Ecuador

LUIS ANDRÉS PELEGRINO TORAÑO 69

Responsabilidad civil aquiliana de la persona en
situación de discapacidad tras la reforma al Código
Civil cubano

IGNACIO A. NIETO GUIL	113
El mal llamado anticausalismo tributario desde el causalismo realista	
EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ	127
Sistema Nacional Anticorrupción: la paradoja entre el combate a la corrupción gubernamental y la violación de los derechos humanos en México	
DANNY JAVIER GONZALES CHINCHAY	163
Necesidad de inclusión de los determinantes sociales y efectivo enfoque de salud mental. Una mirada crítica a la legislación de teletrabajo peruana	

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023, 13-16

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i20.820

Presentación

Tenemos la grata deferencia de presentar la más reciente edición de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, que cierra el presente año con su vigésimo número, en circunstancias en que viene adoptando significativas mejoras en la transparencia de su gestión editorial con el propósito de posicionarse en el entorno de las revistas de investigación jurídica.

Las revistas especializadas son, por excelencia, aquellos espacios de divulgación científica que permiten la calificación de los manuscritos bajo los estándares de evaluación que aseguren la originalidad y la visibilidad de sus contenidos. Y es que el derecho como disciplina, como sostienen Aguado *et al.* (2021), «se desenvuelve en un contexto generalizado de productividad y competitividad académica expresado en esquemas de evaluación y promoción que tienen como base la publicación en revistas científicas» (p. 2).

Dicho escenario no solo es claramente percibido por las casas editoras y las bases de datos internacionales en las que se hallan indexadas las más prestigiosas revistas, sino también por los investigadores interesados en publicar sus trabajos, precisamente, en la revista adecuada. Como explica Repiso (2015), «elegir la revista

apropiada para publicar se ha convertido en un asunto clave para el éxito en la vida científica del investigador» (p. 47).

Nuestra revista, en tal perspectiva, no es ajena a los desafíos actuales que enfrentan las publicaciones académicas, apremiadas por la ponderación de su impacto y una eventual clasificación y certificación en el ecosistema editorial; pero, a su vez, sin olvidar que es necesario asegurar los procesos de verificación o evaluativos de los manuscritos para que se adecúen a las buenas prácticas editoriales y se logre garantizar la calidad de los artículos publicados.

La Revista Oficial del Poder Judicial es, en razón de lo expuesto, un espacio editorial de acceso abierto que recibe colaboraciones que, tras satisfacer los requerimientos de presentación de los manuscritos, son pertinentes para el desarrollo de la temática de la revista. Por tal motivo, nos honran en esta oportunidad autores de diversa nacionalidad que comparten sus reflexiones respecto a los problemas teóricos y prácticos del quehacer jurídico.

Luis Pérez Brignani advierte, desde Uruguay, sobre la necesidad imperiosa de modernizar al Poder Judicial en el uso de las herramientas digitales (e-justicia), para optimizar el servicio de justicia brindado al justiciable y tutelar sus derechos; reto que implica superar diversos problemas de orden económico, tecnológico, regulatorio, de gestión y de compromiso por quienes desempeñan funciones judiciales, visto el carácter transformador y disruptivo que conlleva toda solución digital; escenario del que no son ajenas las instituciones del sistema de justicia. Desde otra área del derecho, Mónica Francis Bone y Deysi García Rodríguez analizan las dificultades detectadas para la valoración psicológica pericial del daño psicológico o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia; elaboraron para ello un cuestionario aplicado a una muestra de treinta y un profesionales del sector público y privado del Ecuador; investigación que ofrece sustanciales conclusiones respecto a la caracterización de la valoración psicológica pericial en estos casos.

Por su parte, Luis Pelegrino Toraño estudia la responsabilidad civil aquiliana de la persona en situación de discapacidad, tras la reforma al Código Civil cubano de septiembre de 2022. Centra su atención en la responsabilidad por hecho propio y la responsabilidad por hecho ajeno en el caso particular de estas personas; responsabilidad civil extracontractual que el código reconoce y que es necesario repensar a fin de colocar materialmente a las personas en situación de discapacidad en condiciones de igualdad; así como excluir la responsabilidad absoluta de quienes actúan como apoyos intensos en la toma de decisiones de las personas en condición de discapacidad.

La revista también incorpora el estudio de Ignacio Nieto Guil sobre el anticausalismo tributario desde el causalismo realista, disputa histórica en la doctrina sobre la que el autor arroja luces con una postura objetiva desde el punto de vista epistémico. En otro ámbito, Eduardo Vázquez Pérez aborda el problema sistémico de la corrupción en México, con sus corrosivas consecuencias para la administración estatal, tales como el nepotismo, el soborno y el mal uso de los recursos públicos, los cuales impactan devastadoramente en los derechos humanos de las personas y, particularmente, en los sectores más vulnerables; de allí que propugne medidas efectivas para la prevención y la interdicción del referido fenómeno social. Finalmente, Danny Gonzales Chinchay realiza una mirada crítica a la legislación nacional laboral respecto al teletrabajo en las organizaciones, y advierte la necesidad de incluir los determinantes sociales y un enfoque de salud mental efectivo que permita mitigar los problemas de salud mental como enfermedades ocupacionales, y a su vez propicie la creación de una regulación jurídica especial que proteja adecuadamente el derecho a la salud mental de los teletrabajadores.

Agradecemos, sinceramente, a los revisores de los manuscritos publicados en el presente número, sin cuya labor esta publicación

no sería posible y, en especial, a los autores, cuyos aportes académicos tienen como destinatarios a nuestros lectores, representados por la comunidad jurídica y por todos aquellos que promuevan la defensa y la protección de los derechos ciudadanos.

GIOVANA IRIS HURTADO MAGÁN
Directora del Centro de Investigaciones Judiciales
del Poder Judicial del Perú

REFERENCIAS

- Aguado, E., Becerril, A. y Godínez, S. (2021). El ecosistema editorial y de investigación de derecho en México: indicadores Redalyc 2020. *Revista IUS*, 15. <https://doi.org/10.35487/rius.v15i0.2021.785>
- Repiso, R. (2015). Cómo identificar una revista de calidad. *Cardiocre*, 50(2), 46-48. <https://doi.org/10.1016/j.carcor.2014.12.002>

Artículos de investigación



Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023

ISSN: 2663-9130 (En línea)

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023, 19-38

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i20.866

Soluciones digitales en el Poder Judicial de Uruguay: retos, soluciones, avances y perspectivas

Digital solutions in the Judiciary of Uruguay:
challenges, solutions, progress and perspectives

Soluções digitais no Judiciário do Uruguai: desafios,
soluções, avanços e perspectivas



JOHN PÉREZ BRIGNANI

Suprema Corte de Justicia de Uruguay

(Montevideo, Uruguay)

Contacto: secdrperezbrignani@poderjudicial.gub.uy

<https://orcid.org/0009-0009-7849-8666>

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza cuáles son las necesidades que impulsan al Poder Judicial uruguayo a modernizarse, utilizando nuevas herramientas tecnológicas. Como se examina en el artículo, este camino no se halla exento de dificultades económicas y legislativas. Pese a tales obstáculos, se han desarrollado diversos sistemas propios de gestión y apoyo, que se enumeran y describen en este trabajo. En tal sentido, la División Tecnología del Poder Judicial

ha realizado una serie de desarrollos informáticos, exclusivamente con recursos propios, con el fin de mejorar el servicio brindado a la sociedad. En esta senda, es importante el compromiso y la aceptación de todos los individuos que desempeñan tareas en el Poder Judicial para lograr la efectivización de los cambios tecnológicos. La conclusión a la cual se arriba es que la búsqueda de unificación de los distintos factores que influyen en el cambio tecnológico (funcionarios comprometidos, inversión económica y regulación legal) se transforma en la meta necesaria a la que debe aspirar el Poder Judicial para con ello mejorar el servicio de justicia.

Palabras clave: Poder Judicial; herramientas tecnológicas; modernización; desarrollo informático; implementación; servicio de justicia.

Términos de indización: legislación; sistema de información jurídica; administración de justicia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This paper analyzes the needs that drive the Uruguayan Judiciary to modernize, using new technological tools. As this article examines, this path is not without economic and legislative difficulties. Despite such obstacles, various management and support systems have been developed, which are listed and described in this work. In this sense, the Technology Division of the Judiciary has carried out a series of computer developments, exclusively with its own resources, in order to improve the service provided to society. Along this path, the commitment and acceptance of all individuals who perform tasks in the Judicial Branch is important to achieve the implementation of technological changes. The conclusion reached is that the search for unification of the different factors that influence technological change (committed officials, economic investment and legal regulation) becomes the necessary goal to which the Judiciary must aspire, in order to achieve the improvement of the justice service.

Key words: Judiciary; technological tools; modernization; computer development; implementation; justice service.

Indexing terms: legislation; legal information systems; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este trabalho analisa as necessidades que impulsionam a modernização do Judiciário uruguaio, utilizando novas ferramentas tecnológicas. Tal como este artigo examina, este caminho não é isento de dificuldades económicas e legislativas. Apesar de tais obstáculos, vários sistemas de gestão e apoio foram desenvolvidos, os quais são listados e descritos neste trabalho. Neste sentido, a Divisão de Tecnologia do Poder Judiciário tem realizado uma série de desenvolvimentos informáticos, exclusivamente com recursos próprios, no sentido de melhorar o serviço prestado à sociedade. Nesse caminho, é importante o comprometimento e aceitação de todos os indivíduos que desempenham funções no Poder Judiciário para alcançar a implementação das mudanças tecnológicas. A conclusão à que se chega é que a procura da unificação dos diferentes factores que influenciam a mudança tecnológica (funcionários empenhados, investimento económico e regulação jurídica) torna-se o objectivo necessário a que o Poder Judiciário deve aspirar, para conseguir melhorar o serviço de justiça.

Palavras-chave: Judiciário; ferramentas tecnológicas; modernização; desenvolvimento informático; implementação; serviço de justiça.

Termos de indexação: legislação; sistema de informação jurídica; administração da justiça (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 22/9/2023
Acceptado: 29/11/2023

Revisado: 25/9/2023
Publicado en línea: 30/12/2023

1. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida, resulta imperioso destacar que existen diversas necesidades que impulsan al Poder Judicial a modernizarse en cuanto al uso de herramientas tecnológicas. En ese sentido, pueden señalarse, entre otras: la mejora al acceso a la justicia; facilitar la tarea de los distintos operadores judiciales; mejorar los tiempos de duración de los procesos; establecer mejorías en la organización del trabajo; obtener estadísticas de forma rápida y certera; y, en definitiva, optimizar el servicio de justicia, con el objetivo de tutelar los derechos del justiciable.

En relación con estos objetivos, señala desde la doctrina española Cerrillo Martínez (2007):

La e-justicia, es decir, el uso de las tecnologías de la información y el conocimiento en la Administración de justicia puede suponer importantes beneficios en el funcionamiento de la Administración de Justicia: los profesionales de la justicia pueden ahorrar tiempo y trabajo; el Gobierno y la Administración de Justicia pueden obtener mayor información y transparencia sobre el funcionamiento de la justicia, y ofrecerla de manera más eficaz y eficiente; los justiciables pueden relacionarse directamente con la justicia, lo que les puede facilitar el acceso a la misma; los usuarios de la justicia pueden suponer una mayor eficiencia en el tratamiento de los casos, un ahorro de tiempo, una disminución de los costes y un mejor acceso a una justicia de mayor calidad. En general, la e-justicia puede facilitar que los ciudadanos la tengan más cerca y que se pueda acercar también a determinados colectivos (inmigrantes, personas con bajo nivel cultural, discapacitados, etc.). (p. 3)

Ahora bien, la implementación de tales cambios tecnológicos no es sencilla, ya que se presentan diversos problemas que impactan en forma directa en el desarrollo de soluciones digitales. En ese sentido, Uruguay no es la excepción.

Resulta necesario tener presente, como punto inicial de análisis, que «las tecnologías cualquiera que sea el desarrollo que las contiene y da forma, y el grado de madurez en su aceptación, siempre han sido un agente transformador y disruptivo» (Vega, 2019, p. 1295).

Sin lugar a dudas, los poderes judiciales tienen como desafío el hecho de que actualmente nos estamos enfrentando con circunstancias cada vez más complejas y más rápidamente cambiantes, en un mundo que resulta ser cada vez más interdependiente, propio de una sociedad globalizada.

Esto genera que las bondades del avance tecnológico se contrapongan con los problemas propios del lugar y el medio donde tales cambios se pretenden aplicar.

2. OBSTÁCULOS Y DIFICULTADES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS SOLUCIONES DIGITALES

En Uruguay, las modificaciones tecnológicas pretendidas han encontrado en su aplicación diversos obstáculos difíciles de sortear.

El primer problema que aparece es el de índole económico. Al respecto, el Estado uruguayo destina solo el 0.3 % del producto bruto interno al presupuesto del Poder Judicial, lo que representa el 1.3 % del presupuesto nacional. De ese porcentaje, solamente el 2 % se dedica a inversiones totales en toda la administración de justicia y, de dicho porcentaje, las inversiones en materia informática corresponden a un 10 %. Es decir que el íntegro de inversiones en esta área asciende apenas al 0.2 % del presupuesto total del Poder Judicial.

Con ello se demuestra que las posibilidades económicas de inversión en materia de tecnología resultan finitas, lo que se traduce en complicaciones a la hora de definir la política de decisión de inversión. Las razones presupuestales que vienen de señalarse determinar que no sea posible la aplicación, al menos en el contexto actual, de todos los instrumentos, los programas y los sistemas de incorporación de tecnología digital que sería ideal implementar en nuestro sistema de justicia. En otras palabras, dentro de la variada gama de soluciones digitales idealmente posibles, se hace imperioso optar por aquellas que resulten imprescindibles y que impliquen un costo que sea posible afrontar.

Un segundo gran problema que enfrenta el desarrollo tecnológico referido se encuentra en el plano legislativo. En nuestro país, no existe una normativa adecuada para el progreso, entre otras áreas, del expediente electrónico. Ello es así por cuanto las diversas propuestas presentadas de regulación no han sido debidamente atendidas, lo que lleva a que exista un vacío legal, que impide un avance del expediente electrónico, cuya implementación aparece a esta altura como una necesidad impostergable.

Si bien la pandemia provocada por el virus COVID-19, que sufriera el mundo a partir del año 2020, obligó a que estos temas se hayan transformado en asuntos de interés general, en especial en virtud del cierre transitorio de los juzgados, lo cierto es que, hasta el momento, no se ha logrado un consenso para la regulación de esta temática.

En tal sentido, fue presentado un proyecto de regulación que aún sigue a estudio del Poder Legislativo. En la formulación de este proyecto, la Suprema Corte de Justicia fue consultada y remitió los aportes pertinentes, con el fin de lograr una regulación concreta y adecuada del expediente electrónico, de modo de acompasar nuestro sistema de justicia a los tiempos que corren. Por el momento, se está a la espera de una definición legislativa en este tema, paso

necesario para luego pensar y afrontar las dificultades que supondrá la puesta en práctica del nuevo sistema.

3. DESARROLLO DE SISTEMAS PROPIOS DE GESTIÓN Y APOYO

La mencionada carencia de recursos suficientes en materia presupuestal para una adecuada expansión en el área de sistemas tecnológicos, así como los referidos obstáculos encontrados a nivel legislativo, no han constituido una barrera infranqueable para el desarrollo de diversos sistemas propios de gestión y apoyo en el Poder Judicial de Uruguay.

En tal sentido, resulta oportuno traer a consideración una expresión del *Lord Chief Justice* Hewart en Inglaterra, que afirma que «una gran cantidad de casos nos ha demostrado que es muy importante —más aún, de fundamental importancia— que la Justicia, no solamente debe realizarse, sino que también debe ser vista como realizada» (Bielsa y Brenna, 1996, p. 715).

En pos de ello, en nuestro país, la División Tecnología del Poder Judicial ha realizado una serie de desarrollos informáticos, exclusivamente con recursos propios, con el fin de mejorar el servicio de justicia. En ese sentido, las limitantes reseñadas anteriormente han operado, en realidad, como un reto para los operadores del sistema, quienes han tenido que poner no solo su ingenio, sino también una gran contracción al trabajo para neutralizar las dificultades existentes.

Para el logro de tales objetivos, la División Tecnología ha incorporado las siguientes pautas de trabajo, que procuran el éxito de la gestión, a saber:

- a) En primer lugar, se ha realizado una amplia tarea de investigación de los diversos sistemas que son necesarios para una mejora de la gestión, tanto en el área administrativa como jurisdiccional.

- b) En segundo lugar, se ha escuchado activamente a los diversos usuarios de los sistemas y, además, se ha logrado un alto grado de involucramiento de estos en las diversas etapas de diseño e implementación, porque, en definitiva, son ellos los que realmente conocen los requerimientos y las necesidades del servicio.
- c) En tercer lugar, se han creado equipos multidisciplinarios para el abordaje y la realización de los distintos programas. Sin lugar a dudas, la interacción de los distintos estamentos y profesiones enriquecen la producción de los programas.
- d) En cuarto lugar, se ha desarrollado un *software* propio, de forma de no depender económicamente de licencias, que en definitiva no se puedan luego sostener en el tiempo por los costos que se deben asumir. Por consiguiente, no puede soslayarse que un programa no solo debe ser eficiente y eficaz, sino también sustentable.
- e) En quinto lugar, para la gestión de la transición de los cambios en los procesos de trabajo, se ha tratado siempre de conseguir un socio estratégico que permita avanzar en los cambios propuestos.

Con tales pautas de trabajo, se ha logrado la creación y la mejora de distintos sistemas informáticos que en la actualidad son utilizados tanto por los operadores judiciales como por el público en general.

Sobre el particular, podemos destacar los siguientes:

3.1. Sistema de Ingreso de Expedientes Judiciales (SIDEJU)

Este sistema, que se encuentra en funcionamiento en todo el país a través de la «Ventanilla Única Judicial», permite al usuario ingresar, desde la comodidad de su hogar u oficina, al momento de iniciar un asunto nuevo, todos los datos necesarios sobre la causa y, una

vez confirmados estos (el último paso es la ratificación del envío, el cual solo puede ser realizado por el abogado ingresado para una de las partes), el sistema en forma automática asigna el número de IUE (Identificación Única de Expediente) y la sede para la tramitación del asunto.

Esta asignación se realiza a través de sorteo entre las distintas sedes judiciales competentes para dicha materia, departamento y comunidad geográfica, respetando la carga de trabajo de cada juzgado, para que la distribución del trabajo sea equitativa y transparente, ya que impide que el usuario escoja el tribunal donde habrá de presentar su caso.

Mediante este sistema, se automatiza y se digitaliza por completo el procedimiento para el inicio de causas, evitando el trasiego de documentos hacia otras dependencias que no sean las sedes en las cuales se radicará definitivamente el asunto.

3.2. Pasarela de pagos y pagos en línea

Se ha desarrollado un programa que permitirá a los usuarios abonar desde su casa u oficina los distintos impuestos o tributos que se deben pagar en cada proceso jurisdiccional (timbres, edictos judiciales, etc). La operación puede ser realizada desde cualquier parte del país o incluso desde el exterior.

Los pagos se realizan a través de la pasarela de Antel (Administración Nacional de Telecomunicaciones), que puede ser utilizada por cualquiera de los sistemas del Poder Judicial que lo requieran.

Actualmente, este sistema es empleado para el pago de los siguientes rubros: (a) publicación de edictos judiciales en la Red Informática del Poder Judicial; (b) carnet de profesional; y (c) timbre del trámite de solicitud de información de testamentos. En los próximos tiempos, se irán incorporando otros rubros que podrán

ser abonados mediante el presente sistema, lo que supondrá un gran avance en la materia.

3.3. Consulta Web Pública de Expedientes Judiciales

Mediante este sistema, cualquier usuario, desde cualquier parte del mundo, puede conocer los movimientos de un expediente de su interés, solo ingresando el número de identificación de este (IUE). A través de su pantalla, el interesado puede ver los movimientos, los distintos decretos que han recaído en la causa y el lugar físico en que se encuentra el expediente en tiempo real.

Cabe destacar, asimismo, que la consulta no publica expedientes de la materia penal ni de adolescentes infractores, así como tampoco permite el acceso a información reservada.

Se trata de un sistema totalmente gratuito para los justiciables, así como para cualquier interesado en la marcha de los expedientes judiciales.

3.4. Ventanilla Única Judicial

Se ha creado un portal web que centraliza todos los servicios informatizados que ofrece el Poder Judicial, tales como consultas, trámites, pagos en línea, seguimiento de expedientes, ingreso de asuntos ante la administración de justicia.

Pueden acceder al portal los usuarios en cualquier parte del mundo, por varios métodos: (a) domicilio electrónico ante el Poder Judicial, con registro en línea; (b) cédula de identidad electrónica; y (c) otros mecanismos utilizados en el Estado (aplicaciones de Antel, Abitab).

Los usuarios ingresan a todos los servicios implementados en línea que ofrece el Poder Judicial. Entre ellos, encontramos:

- Solicitud de información de testamentos, con pago en línea del timbre correspondiente.

- «Mis Expedientes», consulta disponible para los profesionales, que permite acceder a toda la tramitación de los expedientes que patrocinan (todos los documentos y las actuaciones, incluidos los audios de las audiencias registradas con el sistema Audire). Desde aquí también se puede solicitar el acceso a un expediente o su cese.
- Sistema de Ingreso de Expedientes Judiciales (SIDEJU).

3.5. Notificaciones electrónicas

Dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial se creó una Unidad de Administración de Notificaciones Electrónicas (UANE). Mediante la citada unidad, al usuario se le asigna una dirección electrónica en los servidores del Poder Judicial para que reciba la comunicación de los actos procesales que lo afectan. Esto permite que cada acto procesal que deba ser objeto de notificación personal sea comunicado en un breve lapso al interesado. En caso de que tales notificaciones vengan acompañadas de documentación que debe retirar el usuario, este dispondrá de tres días hábiles para hacerse de estas.

Las notificaciones realizadas a través de este sistema han permitido que procesos que antes demoraban semanas o incluso meses se puedan realizar *online*, con la consiguiente reducción de los plazos, lo que redundará en un importante beneficio para los justiciables.

Asimismo, el sistema facilita la labor del profesional, al evitar tener que ir a la sede física a realizar los trámites de notificación.

Desde el inicio del programa a la fecha han sido enviadas 6630641 notificaciones electrónicas. El promedio mensual en el año 2022 fue de 66500 notificaciones.

3.6. Sistema de Gestión de Juzgados Multimateria (SGJM)

Consiste en un programa de gestión de expedientes que comprende todas las instancias y todas las materias de cada asunto ingresado.

Este sistema ya ha sido implementado en el 90% del total de las sedes judiciales del país, incluidos todos los tribunales de apelaciones y la Suprema Corte de Justicia, así como la inmensa mayoría de los juzgados letrados y de paz de nuestra república.

Es importante destacar que el programa fue creado para soportar el 100% de la gestión electrónica del expediente judicial e incluye, a su vez, la firma digital avanzada (con cédula de identidad electrónica), la tramitación guiada, la integración nativa con dispositivos de digitalización y el registro del audio y video de las audiencias.

3.7. Integración del Sistema de Gestión de Juzgados Multimateria (SGJM) con dispositivos de digitalización

Se ha implementado la utilización del llamado «escáner inteligente» en el cual se ingresa el número de IUE (Identificación Única del Expediente) y se selecciona el tipo de documento que se quiere incorporar al expediente. El documento, una vez escaneado, pasa automáticamente al expediente electrónico en el SGJM, en formato PDF.

3.8. Sistema de Gestión de Archivos (SIGESAR)

Se trata de un *file system* para el almacenamiento de todos los archivos generados o incorporados a los diferentes sistemas, el cual permite guardar y recuperar archivos.

3.9. Sistema de grabación de audiencias Audire-Audio

Este sistema permite la grabación del audio de las audiencias judiciales en formato digital, ordenada mediante «pistas» que el funcionario receptor define, segmenta y rotula para facilitar su posterior revisión.

Los audios de la audiencia quedan de esta manera incorporados en el Sistema de Gestión de Juzgados Multimatéria, esto permite que luego puedan ser escuchados desde allí por los titulares de las distintas sedes judiciales que intervengan sucesivamente en la causa.

3.10. Sistema de grabación de audiencias Audire Pro-Video

Se trata de una versión avanzada de Audire, que incorpora la grabación del video de la audiencia. Supone una solución integral, que además incluye la llamada «Cámara Gesell móvil» y la herramienta para la «Declaración de testigo protegido» (con distorsionador de voz).

En el caso de la cámara Gesell, se creó un dispositivo de fácil traslado y acceso a todos los puntos del país, donde el uso de tal tecnología sea requerido.

Por su parte, para la declaración de testigos protegidos, se diseñó un dispositivo de fácil traslado, que permite distorsionar la voz, garantizando con ello la reserva de la identidad del declarante.

3.11. Aplicación Mobile de Consulta de Expedientes

Se trata de una aplicación para dispositivos móviles que permite el seguimiento de expedientes judiciales. Apareja como ventaja la posibilidad de recibir alertas automáticas por cada nuevo avance que se produzca en el procedimiento judicial de un expediente cuyo seguimiento se ha programado previamente.

3.12. Sistema Nacional de Pericias

Es un sistema a través del cual tanto Fiscalía (en virtud de la vigencia a partir del año 2017 del nuevo Código del Proceso Penal) como los magistrados realizan solicitudes de pericias a los técnicos de las diferentes especialidades del Instituto Técnico Forense (ITF).

Una vez que los peritos realizan su labor, suben los informes a este sistema, para responder a las solicitudes de los fiscales y los magistrados.

A su vez, tales informes pueden ser incorporados al SGJM a través de la comunicación implementada entre ambos sistemas, lo que supone la interconexión funcional entre ellos.

3.13. Consulta Pública de Profesionales Habilitados

Este programa permite consultar, en cualquier momento, los profesionales habilitados de las profesiones abogado, escribano, procurador y traductor, así como también acceder a la lista de profesionales suspendidos, de forma gratuita y sencilla para todo justiciable.

De esta manera, los operadores judiciales, así como los distintos usuarios del sistema de administración de justicia, pueden conocer con exactitud si el profesional interviniente, o aquel que ha sido consultado por algún interesado, se encuentra habilitado para el ejercicio de la profesión.

3.14. Base de Jurisprudencia Nacional (BJN)

Se trata del sistema que permite el almacenamiento y la posterior búsqueda de jurisprudencia. Posibilita la consulta de fallos judiciales, no solamente a la interna del Poder Judicial, sino a todos los operadores jurídicos y público en general, de forma totalmente gratuita.

Actualmente, la base informática documental contiene las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, de la Suprema

Corte de Justicia, de los Tribunales de Apelaciones de las distintas materias (Civil, Penal, Laboral y Familia), así como de algunos Juzgados Letrados de Primera Instancia.

3.15. Consulta pública de audiencias

Es un sistema que permite consultar las audiencias agendadas en una sede, por períodos determinados. Resulta de suma utilidad no solo para los magistrados, sino también para los usuarios del sistema.

3.16. Aplicación Mobile para Notificadores

Esta aplicación permite que los funcionarios judiciales que se encargan de realizar las notificaciones registren en el celular toda su actividad. Los funcionarios notificadores indican en la *app* si se pudo cumplir o no cada diligencia y, si se llevó a cabo, sacan una foto del lugar en que se entregó el cedulón y la aplicación registra las coordenadas de dicha ubicación.

El sistema está actualmente en funcionamiento en la Oficina Central de Notificaciones y Alguacilatos (OCNYA), situada en Montevideo.

Toda la información provista por el notificador sobre su actuación luego pasa a formar parte de la tramitación del expediente en el Sistema de Gestión de Juzgados Multimateria, incluyendo constancia con georreferenciación del lugar donde se realizó la entrega (mapa) y foto de este.

Ello es posible, una vez más, debido a la interoperabilidad implementada entre los distintos sistemas, en este caso, entre la aplicación móvil que utilizan los notificadores, el Sistema de Gestión de Actuaciones Judiciales y el Sistema de Gestión de Juzgados Multimateria.

Con su aplicación, se garantiza la fidelidad de la notificación y se evita la interposición de futuras nulidades.

4. INTEROPERABILIDAD INTERNA Y EXTERNA

Como viene de referirse, se ha implementado la interoperabilidad entre todos los sistemas del Poder Judicial, pero también entre los sistemas del Poder Judicial y los desarrollados por otros organismos estatales.

Por ejemplo, existe interoperabilidad entre los sistemas del Poder Judicial, de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio del Interior (en materia penal, en asuntos regidos por el nuevo Código del Proceso Penal, que entró en vigencia en 2017).

También ha sido implementada la posibilidad de remitir oficios electrónicos a numerosos organismos del Estado, lo que reduce considerablemente los tiempos del proceso judicial.

5. SISTEMAS QUE ESTÁN ACTUALMENTE EN DESARROLLO

Además de los múltiples sistemas digitales que ya han sido desarrollados y que están en aplicación en nuestro Poder Judicial, actualmente se encuentran en desarrollo nuevos programas y aplicaciones, que contribuirán a la tarea de *aggiornar* nuestro sistema de justicia al siglo XXI.

Entre ellos, podemos destacar:

5.1. Aplicación Mobile para Magistrados

Este sistema permitirá a todos los magistrados del país recibir en su dispositivo móvil alertas sobre próximas audiencias señaladas, vencimientos de medidas cautelares y solicitudes urgentes de Fiscalía asignadas a su sede (para la materia penal).

5.2. Nueva Consulta Web Pública de Expedientes

Este nuevo sistema, además de mantener las funcionalidades actuales de la herramienta de consulta de expedientes, incluirá la posibilidad de búsqueda por partes en los expedientes.

6. PRÓXIMOS PROYECTOS

Finalmente, cabe hacer referencia a algunos proyectos que nuestro Poder Judicial tiene planeado desarrollar en un futuro próximo.

6.1. Chatbots

El objetivo de este proyecto será poder brindar información general de interés a la población, en cualquier día y hora de la semana, tal como ubicación de las sedes judiciales (dirección, teléfono, correo de contacto), autoridades, horarios, días decretados inhábiles e información general sobre los sistemas.

6.2. Registro de sugerencias en línea en los diferentes sistemas

Se buscará con este proyecto una retroalimentación permanente con los usuarios, en procura de mejorar los sistemas e intentar cada día brindar un servicio de mayor calidad y eficiencia.

6.3. Notificaciones electrónicas desde el Sistema de Gestión de Juzgados Multimateria

Se tratará de un nuevo paso en el camino de la interoperabilidad entre los sistemas, que permitirá agilizar aún más los procesos judiciales en trámite, con el objetivo firme de reducir los tiempos de espera del justiciable.

7. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas la inversión tecnológica en el Poder Judicial se justifica sobremanera. En tal sentido, ver a la tecnología como un aliado, ayuda a la mejora del sistema y produce, en definitiva, un mejor resultado en el justiciable.

También en la órbita interna del Poder Judicial, la modernización tecnológica debe ser valorada de la misma manera. Los funcionarios que desempeñan sus tareas en el seno del Poder Judicial deben ser partícipes directos de la transformación. Como correctamente lo destacan Johnston y Bowen:

los sistemas de administración de documentos y registros electrónicos, como herramientas para múltiples tipos de instituciones, organizaciones y negocios, son factibles técnicamente, pero un importante componente de su implementación es que sean aceptados por los funcionarios que los usan, ya que algunos de estos los ven como una amenaza que hace más difícil y complejo su trabajo. Por lo tanto, suele ser necesario que el sistema no implique cambios significativos en la forma en que trabajan y que pueda ser usado por personas con diferentes niveles de habilidad informática. (citados por Espinoza, 2022, p. 19)

En definitiva, es importante el compromiso y la aceptación de todos aquellos individuos que desempeñan tareas en el Poder Judicial, para lograr la efectivización de los cambios tecnológicos. De lo contrario, tal fin será de difícil cumplimiento.

Por tanto, la búsqueda de unificación de los distintos factores que influyen en el cambio tecnológico (funcionarios comprometidos, inversión económica y regulación legal) se transforma en la meta necesaria a la que debe aspirar el Poder Judicial para con ello mejorar el sistema de justicia.

REFERENCIAS

- Bielsa, R. y Brenna, R. (1996). Recursos humanos, nuevas tecnologías y Poder Judicial. *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (12-15), 709-766.
- Cerrillo, A. (2007). E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, (4), 2-12.
- Espinoza, A. B. (2022). *El avance en la implementación de políticas públicas de digitalización en el Poder Judicial: los sistemas de procesos digitales en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte* [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vega, J. (2019). La disrupción de la «legaltech» en el mundo jurídico. En M. Bauzá (dir.), *El derecho de las TIC en Iberoamérica* (pp. 1295-1309). La Ley.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Biografía del autor

John Pérez Brignani es doctor en Derecho y Ciencias Sociales titulado en la Universidad de la República Oriental del Uruguay, máster en Derecho de la Empresa realizado en el Instituto de Estudios Empresariales de la Ciudad de

Montevideo. Es ministro de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, miembro del Consejo Consultivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales en representación del Poder Judicial.

Correspondencia

secdrperezbrignani@poderjudicial.gub.uy

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023, 39-68

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i20.769

Valoración psicológica pericial del daño o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia: una caracterización de prácticas actuales en Ecuador

Expert psychological assessment of psychological damage or affectation in women victims of violence: a characterization of current practices in Ecuador

Avaliação psicológica especializada de danos ou afetações psicológicas em mulheres vítimas de violência: uma caracterização das práticas atuais no Equador



MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE

Consejo de la Judicatura

(Esmeraldas, Ecuador)

Contacto: monica.francis@funcionjudicial.gob.ec

<https://orcid.org/0000-0002-7251-2078>

DEYSI EMILIA GARCÍA RODRÍGUEZ

Universidad Internacional Iberoamericana

(Campeche, México)

Contacto: deysi.garcia@unini.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0003-1339-1664>

RESUMEN

A partir de dificultades detectadas en las prácticas de profesionales ecuatorianos sobre la valoración psicológica pericial del daño psicológico o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia, se pretendió caracterizar, desde su perspectiva, la labor realizada hasta la actualidad, para poder delimitar indicadores que permitan perfeccionar sus prácticas futuras. Se aplica un cuestionario validado para estos fines, y divulgado en cadena, apoyados en Google Forms como herramienta afín a estas intenciones, a una muestra de treinta y un profesionales del sector público y privado. Se concluye que las actuales prácticas que realizan estos profesionales tienden al desconocimiento de sus sustentos legales y éticos, y no siguen un modelo teórico-metodológico como guía; se pondera el uso de pruebas psicológicas que limitan el abordaje de un fenómeno complejo como la violencia. No obstante, reconocen la necesidad de perfeccionar sus prácticas. A partir de estos hallazgos, limitados por el número de participantes, emerge la necesidad de fortalecer las prácticas del psicólogo forense, tanto en lo teórico-metodológico como en el factor ético, apuntando a indicadores que permiten pensar en herramientas para perfeccionar su trabajo pericial, como la creación de un manual de procedimientos.

Palabras clave: informe psicológico pericial; valoración del daño psicológico; afectación psicológica; mujeres víctimas de violencia; prácticas psicojurídicas.

Términos de indización: procedimiento legal; violencia de género; psicología ocupacional (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

Due to detected issues in Ecuadorian practices on the forensic psychological assessment of psychological damage or effects

on women victims of violence, this paper aims to characterize the forensic psychological assessment carried out to date from those professionals' perspectives. It allows the authors to define indicators for improving those psychological practices. The data were gathered by applying a validated questionnaire supported on Google Forms to a sample of thirty-one professionals from the public and private sectors. Regarding the current practices carried out by those professionals, the authors conclude there is a trend of lacking knowledge on its legal and ethical foundations and did not follow a theoretical-methodological model as a guide, while the psychological tests used limit the approach to a complex phenomenon such as violence. However, they recognize the need to improve their practices. Based on these findings, limited by the number of participants, there is a need to strengthen forensic psychologists' practices, both in theoretical-methodological and ethical issues, looking at indicators and tools that allow professionals to improve their forensic work. In this sense, a Procedures Manual could fill this gap.

Key words: forensic psychological report; assessment of psychological damage; psychological affectation; women victims of violence; psycho-legal practice.

Indexing terms: legal procedure; gender-based violence; occupational psychology (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Devido aos problemas detectados nas práticas equatorianas sobre a avaliação psicológica forense de danos ou efeitos psicológicos em mulheres vítimas de violência, este artigo tem como objetivo caracterizar a avaliação psicológica forense realizada até o momento a partir das perspectivas desses profissionais. Isso permite que os autores definam indicadores para melhorar essas práticas

psicológicas. Os dados foram coletados por meio da aplicação de um questionário validado, apoiado no Google Forms, a uma amostra de trinta e um profissionais dos setores público e privado. Em relação às práticas atuais realizadas por esses profissionais, os autores concluem que há uma tendência de falta de conhecimento sobre seus fundamentos legais e éticos e não seguiram um modelo teórico-metodológico como guia, enquanto os testes psicológicos utilizados limitam a abordagem de um fenômeno complexo como a violência. No entanto, eles reconhecem a necessidade de melhorar suas práticas. Com base nesses achados, limitados pelo número de participantes, há a necessidade de fortalecer as práticas dos psicólogos forenses, tanto em questões teórico-metodológicas quanto éticas, buscando indicadores e ferramentas que permitam aos profissionais aprimorar seu trabalho forense. Nesse sentido, um Manual de Procedimentos poderia preencher essa lacuna.

Palavras-chave: laudo psicológico forense; avaliação de danos psicológicos; afetação psicológica; mulheres vítimas de violência; prática psico-jurídica.

Termos de indexação: procedimento legal; violência de gênero; psicologia ocupacional (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 25/5/2023
Aceptado: 27/11/2023

Revisado: 28/6/2023
Publicado en línea: 30/12/2023

1. INTRODUCCIÓN

En la práctica desarrollada desde la psicología, vinculada con la línea de violencia contra la mujer en Ecuador, se ha observado la presencia de dificultades al momento de realizar la valoración psicológica pericial, al precisar el daño o afectación psicológica

resultante de la violencia sufrida por una mujer víctima, a partir de los recursos diagnósticos con que se cuenta y las exigencias del proceso judicial en este contexto.

Las principales tendencias identificadas tras la observación, el análisis de documentos legales ecuatorianos (Código Orgánico Integral Penal, Ley Orgánica Integral Penal para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres) e investigaciones precedentes, podemos ubicarlas en tres direcciones que se complementan:

1. Lo definido en la legislación.
2. La historia investigativa sobre el tema.
3. Las prácticas de los profesionales de la psicología en el área forense.

Con relación a la primera de estas tendencias, se destaca la poca claridad en lo establecido por la legislación ecuatoriana, en tanto definición de funciones para cada uno de los profesionales peritos que conforman las oficinas técnicas de las Unidades Judiciales que atienden violencia, donde el psicólogo se desempeña. Esta dificultad también emerge en las exigencias de la presentación del informe pericial, que, por su tipología y sus implicaciones, tiende a ser complejo y confuso para el profesional.

La definición de términos al referirse a la valoración de los factores de riesgo a los que está expuesta una víctima de violencia física es otro de los elementos que no aportan luz sobre las orientaciones establecidas para este accionar, al dejar fuera del análisis otras expresiones de violencia. Asimismo, se dispone que el perito psicólogo/a deberá aplicar técnicas apropiadas para establecer el diagnóstico, pero no se concretan, ni sugieren, instrumentos validados para su desarrollo, y la entrevista forense semiestructurada es el principal recurso metodológico que se pondera.

La segunda de las tendencias muestra que en Ecuador poco se conoce acerca de estudios o investigaciones locales realizadas sobre el tema; accionamos sustentados en trabajos validados en otros contextos, lo que nos ofrece un abanico de posibilidades externas que responden a otras realidades, pero no a las expresiones de violencia en el contexto ecuatoriano.

Finalmente, los profesionales de la psicología presentan una práctica que vincula esta valoración psicológica pericial del daño o afectación psicológica a la presencia de sintomatología clínica. Hecho que pudiera estar asociado a la formación clínica que tienen los profesionales encargados de realizarla, que, necesariamente, debe abrir las posibilidades a otros análisis que median la violencia, más allá de los datos clínicos.

Todo ello conduce a la necesidad de conocer, desde la perspectiva de los profesionales inmersos en el campo psicojurídico, la valoración psicológica pericial del daño psicológico o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia que se ha realizado hasta la actualidad en Ecuador. Su caracterización y la delimitación de indicadores que permitan perfeccionar estas prácticas se constituye como el objetivo fundamental de esta propuesta, que es parte inicial de un estudio tendiente a proponer un manual de procedimientos para la valoración psicológica pericial del daño psicológico o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia.

1.1. Método de la investigación

Para el logro del objetivo propuesto, el procedimiento partió de la construcción y la aplicación de un cuestionario previamente validado por un grupo de expertos en el campo psicojurídico y la aplicación piloto a cinco profesionales. El instrumento resultante, donde se realizaron los ajustes a partir de criterios sugeridos por

los expertos y los participantes, se aplicó a un total de treinta y tres profesionales inmersos en el campo psicojurídico en Ecuador, se cuidó la ética en su participación a partir del consentimiento antes de iniciarlo. Atendiendo a ello, la muestra quedó conformada por treinta y un profesionales dispuestos a participar, del sector público y privado, con predominio del primero (64.5 %).

Su participación sigue el criterio de muestra en cadena o por redes, conocido también como «bola de nieve» (Hernández-Sampieri *et al.*, 2014, p. 388). En este sentido, se identificó a participantes clave en este campo en Ecuador, que son representantes de organismos como la Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, y se agregaron a la muestra. Una vez convocados, podrían involucrar a otras personas del contexto jurídico para aportar información valiosa sobre sus prácticas. Fueron criterios de inclusión: que se desempeñaran como psicólogos peritos o abogados, con un tiempo de ejercicio profesional mayor de cinco años y que contaran con acreditación pericial.

El cuestionario consta de preguntas abiertas y cerradas, con predominio de las primeras. Se tratan seis temas, con sus respectivas preguntas que permiten la indagación. Estas son:

1. Aplicabilidad del Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar (cinco preguntas).
2. Buenas prácticas deontológicas (cuatro preguntas).
3. Actitud que debe tener el profesional frente a las usuarias víctimas de violencia (tres preguntas).
4. Tiempos mínimos de la valoración psicológica pericial (una pregunta con opción afirmativa o no).

5. Uso de pruebas psicológicas (test) en la valoración psicológica pericial (una pregunta que condiciona las próximas cinco respuestas).
6. Constructos mínimos de informe psicológico pericial (tres preguntas).

Para su aplicación se utiliza Google Forms, teniendo en cuenta las ventajas que nos ofrecen las herramientas electrónicas como apoyo a la investigación, según apunta Espinosa (2016). Entre ellas, almacenar las respuestas en una hoja de cálculo y generar figuras de forma automática y disponible en línea para la presentación de los resultados a partir de análisis porcentuales.

2. RESULTADOS

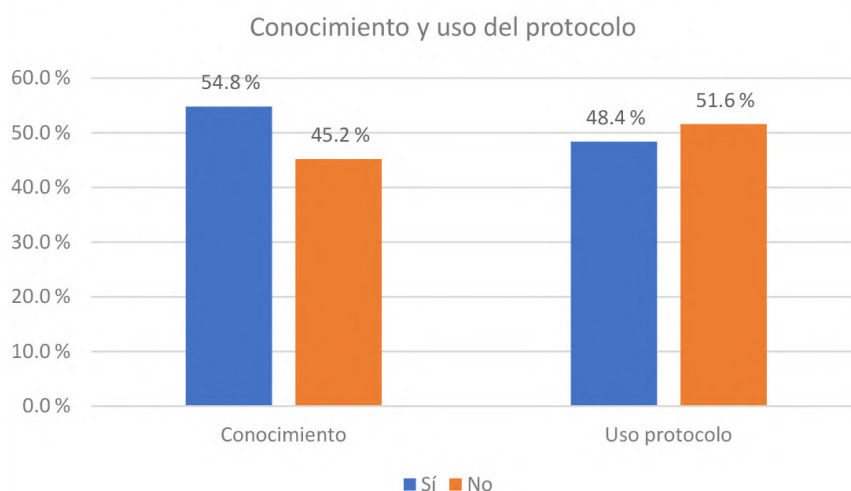
A seguir, se muestra un análisis desde la literatura disponible, que avala el posicionamiento científico de las autoras de este artículo; se han tomado en consideración las respuestas dadas por los profesionales a las seis temáticas del cuestionario, respaldadas por sus figuras y expresadas en porcentos:

2.1. Tema 1. Aplicabilidad del Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar

La figura 1, a continuación, muestra el nivel de conocimientos y el uso que los participantes expresan sobre el protocolo de actuación vigente en Ecuador.

Figura 1

Nivel de conocimiento y uso del protocolo de actuación



Sobre el conocimiento y el uso del Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar, podemos observar que mayormente (54.8%) los encuestados refieren conocerlo; sin embargo, solo el 48.4% lo usa, pese a que este debe guiar sus prácticas. Estos datos coinciden con los expuestos al inicio de este estudio, pues, aunque es un instrumento legal obligatorio, sus vacíos y sus inconsistencias llevan al profesional psicólogo a la confusión con respecto a su aplicación, sobre todo en lo referente al abordaje de la víctima y al victimario, según comentan en sus explicaciones. Uno de los grandes vacíos en el abordaje pericial actual es este, ya que seguimos direccionados desde el protocolo a valorar el daño desde la visión unidireccional de la víctima y no analizamos al agresor ni las condiciones que median sus relaciones, lo que resta integralidad a la valoración.

En este sentido, la posibilidad de ampliar la evaluación pericial de manera que tienda a la integralidad se valora en una de las interrogantes del cuestionario, a partir de sus consideraciones

sobre la inclusión del agresor como elemento importante en la valoración del daño, y se obtuvo que la gran mayoría (70.4 %) de los encuestados está de acuerdo con este cambio.

En el protocolo actual, al psicólogo perito se le dispone la evaluación de la víctima, pero no del agresor, y así lo reconocen los encuestados. Sin embargo, consideramos esto como una limitación, teniendo en cuenta el carácter relacional de la violencia y los ejercicios de poderes que la median. Sobre ello, Francis (2022) refiere:

La primera limitación que tienen los psicólogos peritos en violencia es que no pueden hacer valoraciones al presunto agresor. Ello deja incompleta la intervención, pues consideramos que sí sería importante poder conocer el proceso de la conducta delictiva para predecir riesgos futuros y así la reparación en la víctima sea más efectiva. (p. 278)

En este sentido, Sucari y Benites (2019), en su investigación, destacan los vacíos existentes en el abordaje evaluativo, desde el punto de vista psicológico, del presunto agresor en casos de violencia. Para atender esta necesidad, proponen una guía que permite la evaluación y el diagnóstico del agresor en términos de funcionamiento psicológico, conductual y relacional, con vistas a favorecer la labor del psicólogo forense. Esta propuesta es, sin dudas, un paso de avance al orientar la labor de evaluación; sin embargo, en ella se sigue haciendo un análisis del fenómeno de la violencia a partir de sus actores independientes, sin tener en cuenta la complejidad de las condiciones que median sus relaciones, esto es, según consideramos, un aspecto aún muy poco abordado.

El protocolo de actuación en análisis, si bien cumple con ser una guía detallada de cómo proceder institucionalmente en las Unidades Judiciales de Violencia, no establece un procedimiento para que los psicólogos peritos puedan determinar el daño

psicológico o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia, lo que se establece como otro de sus vacíos.

No obstante, el 93.6 % de los participantes del estudio reconoce, en diferentes grados, la utilidad de contar con esta herramienta en sus prácticas, es insignificante el porcentaje de aquellos que no la reconocen. A pesar de tener falencias, no existe otro instrumento, de allí que se torna indispensable su aplicación, y la mayoría concuerda con lo siguiente:

- Es una herramienta útil que permite mejorar el trabajo pericial, sobre todo porque norma el correcto procedimiento de la valoración forense en víctimas de violencia, al establecer las funciones para cada uno de los profesionales peritos. Este es un aspecto que, aunque con carencias, permite cierta funcionalidad.
- El protocolo constituye un catálogo integral para conocer, entender y aplicar normas nacionales e internacionales, convenios, protocolos, tratados, términos adecuados y conceptos relacionados con temas sobre el juzgamiento de delitos y contravenciones contra la mujer o miembros del núcleo familiar; y la protección de derechos de mujeres, niños, niñas y adolescentes. Según las estadísticas dadas por el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (2023), Ecuador es uno de los países que han firmado (año 1999) y ratificado (año 2002) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. De igual manera, en el año 2008, la Constitución de la República del Ecuador fue sometida a cambios y, en ese nuevo documento, las mujeres y las víctimas de violencia son consideradas como grupo de atención prioritaria (artículo 35).

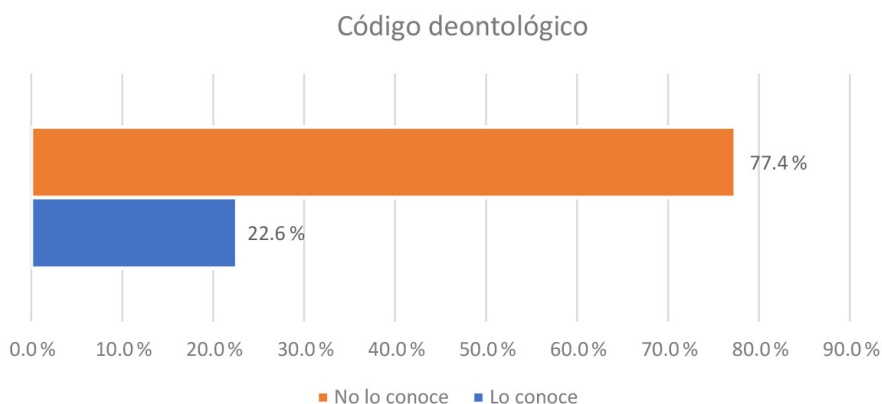
2.2. Tema 2. Buenas prácticas deontológicas

En este tema, se observa, en la figura 2, una particularidad interesante y preocupante: los profesionales, en su gran mayoría (77.4 %), refieren desconocimiento de la existencia de un código deontológico que guíe su desempeño.

Pareciera que dan por sentado el cumplimiento de las normativas éticas, sin responder a ningún marco teórico como referente, lo que se muestra en el siguiente panorama.

Figura 2

Conocimiento sobre código deontológico



Esta respuesta es abrumadora, pues al ser la psicología forense un área aplicada realmente nueva en el país, es un espacio con muchas aristas por trabajar, y la ética y su cumplimiento es uno de los aspectos que deben orientar estas prácticas.

Zurita *et al.* (2021) refieren:

Uno de los parámetros de la comunidad científica obedece a tomar en cuenta nociones éticas al momento de redactar informes psicológicos periciales; además de la imparcialidad y la objetividad [*sic*], existen otros criterios éticos que tienen relación con principios generales de la ciencia y que se deben

tomar en cuenta al momento de emprender la investigación a esta escala; dichos principios van desde el no decir mentiras, no ocultar verdades, no apartarse de la realidad, cultivar consistencia interna hasta no rebasar el conocimiento, lo que supone una responsabilidad deontológica con toda la información obtenida de la persona evaluada cuya información será reflejada en un documento que aporte al esclarecimiento de conflictos legales. (p. 13)

La importancia de evidenciar una actitud ética antes, durante y después de la elaboración del informe psicológico pericial implica evitar vicios dentro del proceso que conlleven a asumir una responsabilidad legal que tenga costos lamentables en el profesional perito, y que vayan en detrimento no solo de su hacer, sino de su ser.

Como comentan Suarez y González (2021), el psicólogo que se desempeña como perito no solo es responsable de su actuación como profesional, sino también lleva consigo el compromiso del cuidado de la ética que la ciencia psicológica implica, en sus relaciones con el derecho. No obstante, dicha complejidad se hace más evidente porque en esas relaciones el hilo conductor es el sujeto de derechos.

En esta dirección, Muniz (2018) analiza algunos elementos interesantes que sería necesario valorar en el actuar ético. La autora considera que, en este campo, todavía se necesita profundizar y hacer, sobre todo, por la naturaleza dinámica del ámbito de la evaluación psicológica, y su tendencia a la necesaria evolución en función de las demandas emergentes de los individuos y las sociedades, haciendo énfasis en el papel protagónico de los psicólogos en esas transformaciones. De ese modo, no es posible comprender la ética como inamovible, es importante asumir su carácter procesual y dinámico, condicionado por las crecientes exigencias sociales.

Otro aspecto que se valora en este indicador es el conocimiento de guías para sus prácticas, lo que se muestra en la figura 3:

Figura 3

Conocimiento sobre guía de buenas prácticas para psicólogos forenses



Una guía de buenas prácticas es un instrumento que motiva al profesional a dirigirse correctamente al momento de realizar su trabajo, nuestro ámbito laboral no es la excepción. Sin embargo, la gran mayoría (64.5%) desconoce la existencia de algún documento que le oriente, ello motiva a realizar el trabajo de manera improvisada, mucho más cuando el protocolo de gestión actual tampoco incluye uno.

En esta dirección, se indaga sobre la posibilidad de acreditación de las prácticas. La mayoría (96.8%) de los profesionales cree en la necesidad de esta acreditación, no obstante, en nuestro país no existe un cuerpo colegiado que cumpla tal función. El Consejo de la Judicatura, a través del Sistema Pericial, se encarga de acreditar, con requisitos mínimos, a profesionales en muchas ramas, como peritos, pero no realizan un seguimiento exhaustivo de su accionar, lo que puede ser causa de la presencia de corrupción.

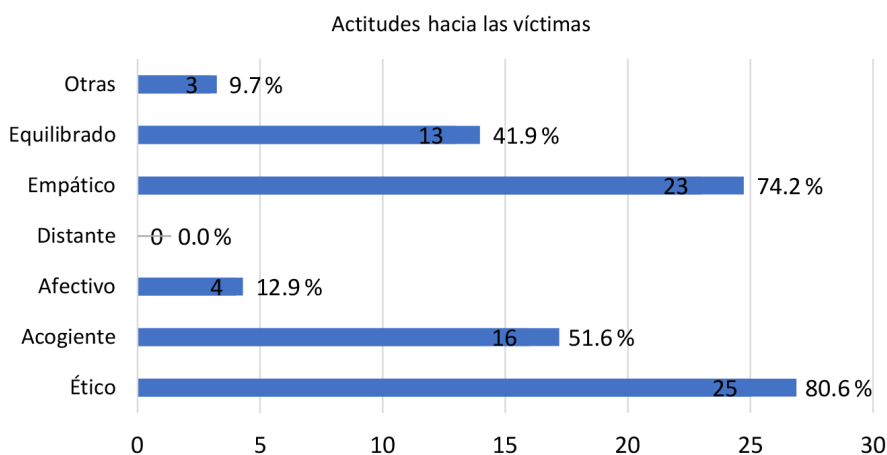
Como comenta Mora (2005), entre las principales críticas que reciben los poderes judiciales de América «se les señala que son lentos, poco transparentes, en no pocas veces corruptos, ineficientes e ineficaces» (p. 126). Por ello, la necesidad de ganar en credibilidad a partir de la calidad de los servicios que se ofrecen, donde la acreditación para el desempeño juega un papel fundamental, aspecto que concuerda con las ideas expresadas por Palomino (2022), al ponderar su importancia en aras de evitar riesgos de mala praxis.

2.3. Tema 3. Actitud que debe tener el profesional frente a las usuarias víctimas de violencia

Uno de los aspectos que se consideraron importantes valorar es la actitud del profesional hacia las mujeres víctimas de violencia, lo que se muestra en la figura 4.

Figura 4

Actitud hacia las víctimas del profesional de la psicología



Es un signo de alerta que veinticinco profesionales seleccionen como primordial una actitud ética en el profesional, cuando no tienen claro cuál es la base ética y deontológica que rige su accionar y no logran definir su orientación teórica al momento de realizar

su abordaje. Eso resta calidad científica al accionar profesional y lo inclina a ser un mero reproductor, sin crítica acerca de su contexto de actuación.

Sobre esto, vale resaltar el llamado de atención realizado por Hikal y Sánchez (2023), al destacar la complejidad y la responsabilidad asociada a la presentación de un dictamen pericial, y el carácter científico-investigativo que debe caracterizarlo. Esto, según expresan, supera los conocimientos que el dominio de una determinada especialidad pueda ofrecer, pues el compromiso mayor está en saber dialogar con la diversidad de campos de saberes involucrados en las relaciones legales-forenses.

Esta idea apoya también la pregunta sobre la capacitación adicional que debe tener un profesional de la psicología en el ámbito forense para abordar a víctimas de violencia.

Se considera que no todos los psicólogos pueden atender la generalidad, así como en cada profesión debe existir profundización de conocimientos por tema, lo que hace necesario la especialidad, como en el caso de la psicología forense. A tono con ello, las respuestas mayoritarias a esta cuestión se resumen a continuación:

- Debe tener visión en género, conocer los procesos psicológicos de una persona en violencia, los protocolos de intervención nacional e internacional. Conocer sobre la entrevista forense, sobre análisis de contexto, victimología, criminología, criminalística (indicios), manejo de cámara de Gesell; sobre la confiabilidad y la validez de los test que se deben aplicar, cómo afecta los resultados usar test piratas; el manejo de la simulación y la desimulación; sobre las concausas en afectación psicológica. Es decir, debe tener un máster general en psicología forense y cursos específicos en varios de los temas aquí propuestos.

Otro de los aspectos tratados en el indicador que se analiza es la necesidad de supervisión del accionar de los profesionales. En Ecuador no existe esta práctica de supervisión. Causa preocupación el número desmedido de solicitudes de «metapericias» a conveniencia de las partes de un juicio con el ánimo de desestimar el criterio o las conclusiones de un profesional en un informe, por no estar apegado a los protocolos. El sentir profesional sobre ello expresa: «No me parece necesario. El trabajo está garantizado en el proceso», «Si somos buenos profesionales y defendemos nuestro trabajo en las audiencias y nos va bien no creo indispensable».

Sin embargo, la mayoría de los profesionales encuestados (80.6 %) ve en la supervisión una oportunidad de crecimiento profesional.

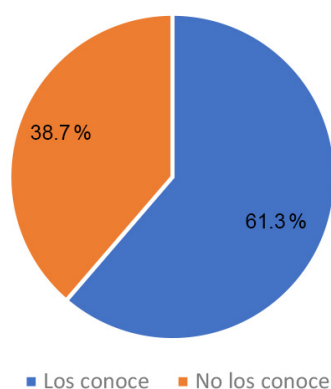
2.4. Tema 4. Tiempos mínimos de la valoración psicológica pericial

Este es un indicador importante que hace alusión a la calidad de los servicios que se ofrecen, que se ven reflejados en la figura 5.

Figura 5

Tiempos para la valoración pericial

Tiempos estimados para pericia



Para una justicia oportuna los tiempos son fundamentales, sin embargo, estos se relacionan con los recursos que se tengan a la mano.

El 38.7% de respuestas negativas en cuanto a la necesidad de tiempos mínimos implica una brecha importante en el accionar del perito y en la atención que pueda brindar a los usuarios, pues la mayoría de los encuestados son del área pública y el no coordinar tiempos supone retraso en la entrega de un informe pericial, además de no respetar lo legislado. Es alentador observar que el 61.3% de los encuestados respondieron afirmativamente. Coincidimos en que los tiempos deben ser razonablemente mínimos en interés de agilizar el proceso judicial y evitar la revictimización.

2.5. Tema 5. Uso de pruebas psicológicas (test) en la valoración psicológica pericial

La pertinencia en la aplicación de pruebas psicológicas se analiza también en el cuestionario aplicado. Las respuestas mostraron que los profesionales aprueban su uso en gran mayoría.

Generalmente, se pondera el uso comercial de pruebas psicológicas para la función diagnóstica, aunque su aplicación dependerá siempre del criterio profesional. Sin embargo, hemos detectado que se desdibujan los límites entre lo clínico y lo forense.

En este sentido, Subijana y Echeburúa (2022) comentan la necesidad de establecer distinciones entre las valoraciones clínicas y forenses que pueden aportar los profesionales de la psicología. Para ello debe tenerse en cuenta que son diferentes sus objetivos e intencionalidades y se debe destacar que en la evaluación forense el fin es ayudar a la toma de decisiones judiciales. Se requiere una «objetividad» máxima, no se guarda secreto profesional, el destino de la evaluación varía en función de quien lo solicite (juez, abogado, etc.), se guía por patrones y exigencias legales. Aunque las fuentes

de donde provienen las informaciones pueden ser compartidas (entrevista, test, observación, informes médicos y psicológicos, familiares), estas incluyen expedientes sumariales que no comparten con la evaluación clínica, la actitud hacia la evaluación contempla riesgos que pueden ser de simulación o de disimulación, la evaluación se centra en las alteraciones psicológicas que guardan relación con el delito sufrido, el informe que se genera es extenso y minucioso, con un amplio apoyo de documentos y con conclusiones que esperan defenderse en el ámbito judicial, aspectos que difieren de la evaluación clínica.

En otro orden, es insignificante el número de profesionales que consideran que no es pertinente el uso de test y sostienen lo siguiente:

- Se puede ir haciendo análisis de contexto, pero con una investigación exhaustiva se podría saber y conocer la funcionalidad o la disfuncionalidad de las mujeres víctimas de abuso, el riesgo y la vulnerabilidad real (no su percepción). La funcionalidad se podría proyectar si está afectada o no, los test psicológicos serían un último recurso de apoyo transversal.
- El uso de test no es la base de una investigación forense.

Es necesario señalar que una de las razones para no considerarlos fundamentales en la investigación forense es que los test parten de contextos clínicos, lo que limita su uso en el ámbito forense; sin embargo, queda claro que en estos profesionales existe una gran inclinación por aquellos, con el 96.8 % a favor. Consideramos pertinente apoyar el criterio de la minoría; aunque no estamos en contra de la utilización de los test, es importante atender su uso indiscriminado, seleccionarlos cuidadosamente y el momento de emplearlos.

Los test psicológicos no deben, por sí solos, sustentar la investigación forense. Varias son las razones que pudieran estar condicionando este planteamiento, entre ellas: su particularidad de «medir» aspectos muy específicos que generalmente no «capturan» un proceso, y estamos abogando por la comprensión de las relaciones, de los procesos que median los comportamientos violentos. Esa condición particular también habla a favor de su validez para la evaluación de aspectos que no fueron concebidos en sus vínculos con otras disciplinas, como el derecho; por tanto, pueden dejar fuera de «medida» las complejidades de los fenómenos que deben atender, como es el caso de la presencia de simulación, destacada por Puhl *et al.* (2017).

Por otra parte, el responder a condiciones sociohistóricas y culturales concretas puede mediar la comprensión y la interpretación de los resultados derivados de los test, atentando contra la fiabilidad de las informaciones obtenidas, con sus respectivos riesgos; la propia capacitación y supervisión de los profesionales que se encargan de su aplicación puede convertirse en un factor de riesgo en la evaluación, como hemos visto en estos contextos.

La ausencia de un marco referencial teórico epistemológico que guíe las prácticas se convierte en otra de las razones, al favorecer un uso caótico de los test que atenta contra la calidad y la coherencia de la evaluación, a lo que se suma la falta de claridad y coherencia en la propia definición de violencia psicológica y sus impactos en la salud mental, así como las numerosas y variadas herramientas psicométricas que se usan para su diagnóstico, como fue comprobado en un metaanálisis realizado por Dokkedahl *et al.* (2019).

Vargas *et al.* (2019) y Juárez y Lira (2020) consideran, en este sentido, que debemos avanzar en la consolidación del proceso de evaluación en la psicología forense, y concuerdan con las ideas de Echeburúa *et al.* (2011, p. 156) cuando apuntan que «la necesidad

de elaborar instrumentos específicos de evaluación forense, con las garantías suficientes de fiabilidad y validez demandadas por este contexto de intervención, es una necesidad ineludible» (citado por Vargas *et al.*, 2019, p. 320).

Actualmente, el uso de test sigue siendo indiscriminado, se le da un lugar privilegiado por encima de la entrevista, lo que también ya hemos analizado antes: «además de la entrevista clínico-forense propuesta es necesaria, dependiendo del caso, la aplicación de pruebas psicológicas que ayuden al establecimiento de un diagnóstico del daño psicológico en la víctima de violencia» (Francis, 2022, p. 277).

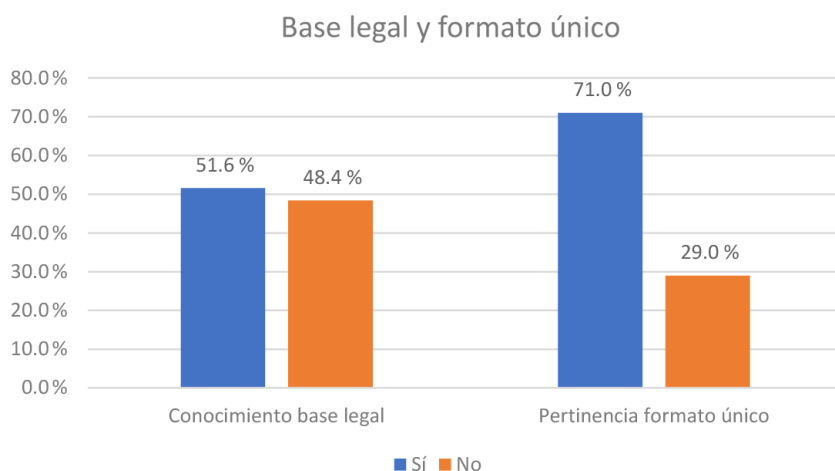
Este uso indiscriminado, y sin crítica, nos lleva a lo planteado por Aguilera y Galleguillos (2022) sobre las prácticas periciales que se realizan habitualmente. Los autores comentan que, generalmente, tienden a estandarizarse, con algunas implicaciones que merece la pena analizar, como, por ejemplo, la necesidad o no del uso de la prueba en cada nuevo caso; su admisibilidad solo por el hecho de su uso repetido o porque sea una práctica ya probada históricamente. Con ello, hacen un llamado a la asunción de una postura crítica sobre las prácticas, lo que consideramos una valiosa reflexión, a tono con lo que venimos analizando.

2.6. Tema 6. Constructos mínimos de informe psicológico pericial

Este indicador hace referencia a aspectos mínimos que guían el informe psicológico pericial, centrado en su sustento legal y en la necesidad de su unificación, lo que encontramos en la figura 6.

Figura 6

Consideraciones sobre el informe psicológico pericial



En este caso, los profesionales que respondieron afirmativamente (51.6%) citaron luego normativas vigentes como el Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, en este no existen modelos de informes psicológicos periciales que orienten su contenido, sino que cita partes generales mínimas que debe contener un informe pericial:

6. El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 511, p. 195)

Sigue siendo una alerta la falta de información en una gran cantidad de profesionales que desconocen temas básicos como este (48.4%). Seguidamente, como podemos observar, la mayoría (71%) coincide en la pertinencia de un formato único para la realización del informe psicológico pericial.

Al explicar la razón de esta consideración, comentan de manera general que esto proporcionaría una mayor orientación para todos los profesionales de psicología que se desempeñen en el ámbito forense, a manera de unificar ciertos criterios, y destacan que sería importante que cuente con cierta flexibilidad, de tal manera que cada profesional lo pueda desarrollar. Al respecto Subijana y Echeburúa (2022) manifiestan:

Es necesario contar con guías forenses que, cuando menos para las materias de mayor presencia en los procesos judiciales, expliciten de forma rigurosa y con un lenguaje accesible al no experto los estándares científicos, permitiendo de esta manera una mejor comprensión de su contenido por los diversos integrantes del sistema jurídico. (p. 107)

Son conocidos, a nivel de Latinoamérica y de Iberoamérica, varios esfuerzos por elaborar guías, manuales y protocolos con la finalidad de estandarizar la práctica psicológica forense, como por ejemplo la Guía de Evaluación Psicológica Forense en Casos de Violencia Contemplados en el Marco de la Ley 30364 [RJ 000258-2021-MP-FN-JN-IMLCF] del Perú.

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los resultados presentados, estamos en condiciones de ofrecer una caracterización de la valoración psicológica pericial del daño psicológico o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia que se ha realizado hasta la actualidad en Ecuador, desde la perspectiva de los profesionales inmersos en el campo psicojurídico que respondieron el cuestionario. En este sentido, es importante destacar que

1. Se detectaron dificultades en la aplicabilidad del Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar, que se asocian a una contradicción interesante entre el conocimiento y la valoración de su utilidad (expresado en mayoría), y el uso que hacen de este (expresado en menor cuantía).
2. Con relación a las prácticas de los profesionales se destacan: el desconocimiento sobre la existencia de un código deontológico y sobre la existencia de una guía de buenas prácticas; apuestan por la acreditación, la supervisión y la regulación del tiempo en aras de lograr prácticas de calidad.
3. En relación con la actitud que debe tener el profesional frente a las usuarias víctimas de violencia, destaca la ética en sus prácticas, que contrasta con el desconocimiento de sus normas. Ponderan la necesidad de una práctica supervisada.
4. Consideran importante la delimitación de tiempos mínimos de la valoración psicológica pericial.
5. Tienen en cuenta el uso de pruebas psicológicas tipo test en la valoración psicológica pericial, en detrimento de otras opciones.
6. Al valorar los constructos mínimos sobre el informe psicológico pericial, se observa un leve conocimiento sobre la base legal que lo sustenta, y consideran pertinente contar con un formato único que los oriente.

De manera general, podemos concluir que las actuales prácticas que realizan estos profesionales en Ecuador han estado marcadas por un desconocimiento de sus sustentos legales y éticos,

aunque estos presenten lagunas en sus orientaciones. Esto se constituye como una condición que puede estar mediando el desarrollo de prácticas arbitrarias, disímiles, que se sustenten en las decisiones de los profesionales que las ejercen y no en el seguimiento de un modelo que desde la teoría y la metodología los guíe. Existe una tendencia al uso de pruebas psicológicas que limitan el tratamiento que merece un tema como la violencia y los múltiples elementos que la transversalizan, además de imprimir un corte clínico a un fenómeno complejo tratado desde la interdisciplinariedad al adentrarse en el ámbito forense; ello, sin dudas, atenta contra la calidad del servicio que se ofrece. No obstante, los profesionales que realizan estas prácticas reconocen la necesidad de conocer sus sustentos, ampliar los análisis que realizan desde otras perspectivas, además de contar con supervisiones y modelos de buenas prácticas que guíen su hacer profesional en estos campos.

Los resultados de este estudio muestran la necesidad de fortalecer las prácticas del psicólogo forense, tanto en lo teórico-metodológico como en el factor ético, lo que deriva en indicadores que permitan pensar en herramientas para perfeccionar su trabajo pericial.

Una limitación de este trabajo radica en la muestra que participó en este. Para poder ofrecer generalizaciones más abarcadoras del contexto ecuatoriano sería interesante contar con la opinión de todos los peritos que se desempeñan en Unidades Judiciales. Esto, a su vez, se constituye como una línea de pesquisa futura; lograr involucrar a otros peritos, así como otros profesionales del área, enriquecería la caracterización presentada.

Por otro lado, las necesidades detectadas en este abordaje se constituyen como uno de los fundamentos que sustentan la elaboración de un manual de procedimientos para la valoración psicológica pericial, que contemple en su presentación un análisis de su necesidad científica y empírica; que defina objetivos claros;

fundamentos teóricos, éticos y legales; una metodología estructurada en etapas, con sus objetivos y sus procedimientos; así como protocolos de actuación y bibliografía de consulta. Con ello se estará aportando al perfeccionamiento de estas prácticas.

REFERENCIAS

- Aguilera, G. A. y Galleguillos, H. F. (2022). *Peritajes en procedimientos reformados: análisis y valoración*. Academia Judicial de Chile Materiales Docentes.
- Dokkedahl, S., Kok, R. N., Murphy, S., Kristensen, T. R., Bech-Hansen, D. y Elklit, A. (2019). The psychological subtype of intimate partner violence and its effect on mental health: protocol for a systematic review and meta-analysis. *Systematic Reviews*, 8(1), 1-10. <https://doi.org/10.1186/s13643-019-1118-1>
- Espinosa, V. M. A. (2016). Beneficios de las encuestas electrónicas como apoyo para la investigación. *Tlatemoani: Revista Académica de Investigación*, 7(22), 168-186.
- Francis, M. A. (2022). Valoración pericial del daño psicológico en casos de violencia contra la mujer. Análisis en el contexto forense ecuatoriano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 14(18), 273-288. <https://doi.org/10.35292/ropj.v14i18.628>
- Hernández-Sampieri, R., Fernández-Collado, C. y Baptista-Lucio, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6.^a ed.). McGraw-Hill; Interamericana Editores.
- Hikal, W. S. y Sánchez, R. (2023). Por qué un perito habría de estudiar un posgrado de investigación para la mejor elaboración de su dictamen pericial. *GADE: Revista Científica*, 3(2), 406-426. <https://revista.redgade.com/index.php/Gade/article/view/232>
- Juárez, J. R. y Lira Mendiguren, G. (2020). Buenas prácticas, tensiones y desafíos ético-deontológicos en la evaluación psicológica

- forense del maltrato y abuso sexual infantil. *Revista de Bioética y Derecho*, (49), 41-58. <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.28610>
- Mora, L. P. (2005). Algunas observaciones sobre gestión judicial en América Latina. *América Latina Hoy*, 39, 125-140. <https://doi.org/10.14201/alh.22767>
- Muniz, M. (2018, octubre-noviembre). Ética na avaliação psicológica: velhas questões, novas reflexões. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 38 (núm. esp.), 133-146. <https://doi.org/10.1590/1982-3703000209682>
- Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (2023, octubre). *Países que han firmado y ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Naciones Unidas, CEPAL. <https://oig.cepal.org/es/indicadores/paises-que-han-firmado-ratificado-protocolo-facultativo-la-convencion-la-eliminacion>
- Palomino, J. J. (2022). Desafíos en la acreditación de competencias del perito contable en el aporte de prueba pericial viable y oportuna para mitigar los riesgos de mala praxis en la administración de justicia por el juzgador en la Región de Ucayali, 2022. *Revista La Junta*, 5(2), 78-104.
- Puhl, S. M., Izcurdia, M. de los Á., Oteyza, G. y Gresia, B. H. (2017). Peritaje psicológico y daño psíquico. *Anuario de Investigaciones*, 24, 251-260. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=369155966030>
- Suarez, J. A. y González, P. J. (2021). *La ética del psicólogo en los informes periciales psicológicos usados como criterios de imputabilidad de delitos* [Trabajo de Especialización, Universidad Santo Tomás]. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/33367/2021jennyfer%20suarez%2c%20paula%20gonzalez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Subijana, I. J. y Echeburúa, E. (2022). El conflicto de roles con respecto a la prueba pericial psicológica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 32(1), 107-114. <https://doi.org/10.5093/apj2021a22>
- Sucari, Y. N. y Benites, Z. P. R. (2019). *Propuesta de guía psicológica forense para la evaluación de presuntos agresores sexuales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Puno* [Trabajo Académico Segunda Especialidad Profesional, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/5416>
- Vargas, N. M., Norza, E. H., Amaya, L. J., Cárdenas, L. M., Delgado, E. C., González, K. J., Henao, L. M., Medina, D. C., Pinzón, K. M. y Zamora, M. F. (2019). La evaluación psicológica en los campos de la psicología jurídica en Colombia: psicología forense. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 15(2), 315-333. <https://doi.org/10.15332/22563067.5403>
- Zurita, D., Jiménez, F., Mendoza, I. y Vera, J. (2021). *El informe psicológico pericial en el contexto ecuatoriano* [Artículo de investigación, Universidad Internacional SEK]. <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/4499/3/Zurita%20Camacho%2C%20Diego%20Javier.pdf>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Constitución de la República del Ecuador (2008). Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador.
- Registro Oficial n.º 180/2014. Código Orgánico Integral Penal (Delitos contra menores: explotación sexual, pornografía infantil y comercialización, turismo sexual) (2014). Asamblea Nacional de la República del Ecuador.

Resolución O52A-2018. Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. Consejo de la Judicatura (2018). <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2018/052A-2018.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Las autoras declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Mónica Alexandra Francis Bone: recojo, análisis e interpretación de datos, concepción y diseño del trabajo; redacción y revisión crítica; aprobación final de la versión que se publicará.

Deysi Emilia García Rodríguez: redacción del trabajo y revisión crítica; aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

Las autoras agradecemos los alcances brindados por los profesionales que aceptaron ser encuestados. También es oportuno señalar un agradecimiento a los profesionales externos por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía de las autoras

Mónica Alexandra Francis Bone, psicóloga clínica graduada en la Universidad de Guayaquil; magíster en Terapia Familiar Sistémica, titulada por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Psicóloga perito del Consejo de la Judicatura en Esmeraldas, Ecuador. Autora de artículos científicos relacionados con la violencia contra la mujer, ha ejercido la docencia universitaria y es miembro del Directorio de la Sociedad Científica Ecuatoriana de Psicología Jurídica.

Deysi Emilia García Rodríguez, doctora en Psicología, magíster en Psicología Educativa y licenciada en Psicología. Sus investigaciones recientes se enfocan en el campo de la psicología social y educativa. Autora de capítulos de libros

y artículos vinculados con estos temas. Cuenta con más de quince años de experiencia como profesora en universidades de Cuba, Brasil, Puerto Rico, España y México. Ha coordinado equipos de investigación en Cuba. Tiene experiencia en educación a distancia (*online*) en cursos de pregrado y posgrado, principalmente en las áreas de psicología y educación (maestría y doctorado).

Correspondencia

monica.francis@funcionjudicial.gob.ec

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023, 69-111

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i20.768

Responsabilidad civil aquiliana de la persona en situación de discapacidad tras la reforma al Código Civil cubano

Civil liability of the person in situation of disability
after the reform of the Cuban Civil Code

Responsabilidade civil extracontratual da pessoa
com deficiência após a reforma do
Código Civil cubano



LUIS ANDRÉS PELEGRINO TORAÑO
Università degli Studi di Perugia
(Perugia, Italia)

Contacto: luisandres.pelegrinotorano@studenti.unipg.it
<https://orcid.org/0000-0002-1577-2287>

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia la responsabilidad civil extracontractual derivada de actos realizados por personas en situación de discapacidad, en atención a la legislación civil cubana. Motiva el estudio la reciente reforma que se ha llevado a cabo al Código Civil cubano, en septiembre de 2022, donde se modificó la materia relativa a la capacidad jurídica civil, con vistas a adaptar el

ordenamiento jurídico cubano a los postulados del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En tal contexto, en el que mayormente viene analizada la materia relativa al reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad, se centra el trabajo en la cara contrapuesta, aquella de la responsabilidad. Con vistas a ello viene estudiada la responsabilidad civil extracontractual derivada de actos llevados a cabo por personas que enfrentan situaciones de discapacidad, tanto en su variante de responsabilidad por hechos propios como por hecho ajeno. Se identifican así las situaciones en que deberá responder el causante directo del daño, en atención al reconocimiento de su plena capacidad de hecho y, por consiguiente, plena responsabilidad, y de los supuestos en que aún responderían sus apoyos. Se concluye así identificando los aspectos positivos del sistema de responsabilidad civil en cuestión, así como aquellos de mayor complejidad interpretativa y merecedores de atención legislativa en la futura reforma integral al Código Civil.

Palabras clave: responsabilidad civil extracontractual; persona en situación de discapacidad; apoyo; responsabilidad por hecho propio; responsabilidad por hecho ajeno.

Términos de indización: responsabilidad civil; incapacidad; régimen jurídico (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

This paper studies the non-contractual civil liability arising from acts performed by persons with disabilities, in accordance with Cuban civil legislation. The study is motivated by the recent reform of the Cuban Civil Code, in September 2022, where the matter related to civil legal capacity was modified, with a view to adapting the Cuban legal system to the postulates of article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In such context, where mostly is analyzed matters related to the recognition

of the rights of persons with disabilities, the work is focused on the opposite side, that of responsibility. With a view to this, the non-contractual civil liability derived from acts carried out by persons facing situations of disability is studied, both in its variant of liability for their own acts and for the acts of others. The situations in which the direct tortfeasor should be liable are identified, in view of the recognition of his full factual capacity, and therefore full liability, and the cases in which his supports would be liable. It is thus concluded by identifying the positive aspects of the civil liability system in question, as well as those of greater interpretative complexity and deserving of legislative attention in the future comprehensive reform of the Civil Code.

Key words: non-contractual civil liability; person with disabilities; support; liability for own act; liability for act of others.

Indexing terms: legal liability; disabilities; legal systems (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo estuda a responsabilidade civil extracontratual decorrente de atos praticados por pessoas com deficiência de acordo com a legislação civil cubana. O estudo é motivado pela recente reforma do Código Civil cubano, de setembro de 2022, que modificou a questão da capacidade jurídica civil, com o objetivo de adaptar o sistema jurídico cubano aos postulados do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nesse contexto, em que se analisa, principalmente, a matéria relativa ao reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, o trabalho se concentra no lado oposto, o da responsabilidade. Com isso em mente, estuda-se a responsabilidade civil extracontratual decorrente de atos praticados por pessoas com deficiência, tanto em sua variante de responsabilidade por atos próprios, quanto por atos de terceiros.

São identificadas as situações em que o responsável direto pelo ato ilícito deve ser responsabilizado, tendo em vista o reconhecimento de sua plena capacidade de fato e, conseqüentemente, de sua plena responsabilidade, e os casos em que seu apoiador ainda seria responsável. Conclui-se identificando os aspectos positivos do sistema de responsabilidade civil em questão, bem como aqueles de maior complexidade interpretativa e merecedores de atenção legislativa em uma futura reforma abrangente do Código Civil.

Palavras-chave: responsabilidade civil; pessoa com deficiência; apoiador; responsabilidade por atos próprios; responsabilidade por atos de terceiros.

Termos de indexação: responsabilidade jurídica; incapacidades; sistemas jurídicos (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 23/5/2023
Aceptado: 27/11/2023

Revisado: 28/6/2023
Publicado en línea: 30/12/2023

1. INTRODUCCIÓN

Las recientes reformas en materia de capacidad jurídica civil, a consecuencia del cambio de paradigma que ha introducido en esta cuestión el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ha reavivado el debate sobre la responsabilidad civil, por hecho propio, sobre todo, de la persona en situación de discapacidad. Las reformas del Código Civil de Perú de 2018 o de España en 2021, por ejemplo, adaptando las legislaciones internas al citado artículo 12 del tratado, son muestra de ello a nivel de derecho comparado.

En Cuba, tal reforma a la legislación civil ha operado recientemente, en septiembre de 2022, y si bien el tema central de esta no ha sido la cuestión de la responsabilidad civil, el reconocimiento

como norma de la plena capacidad jurídica de hecho de la persona ha traído irremediablemente cambios en la materia.

El objeto del presente artículo es precisamente realizar un estudio sobre las modificaciones, así como las nuevas lecturas, a que obligan los cambios recientemente operados en el Código Civil cubano en materia de responsabilidad aquiliana de la persona en situación de discapacidad. Para ello partiremos en el trabajo de un análisis de la situación existente en la legislación cubana antes de la reforma, así como de los principales cambios introducidos en ella y, finalmente, analizaremos las lecturas que entendemos se deban dar a consecuencia de estos a la responsabilidad civil, tanto en su variante por hecho propio como por hecho ajeno. Ello nos permitirá concluir que aunque la reforma tocó el tema de la responsabilidad, lo hizo de modo tangencial y no con la profundidad que requiere, pues no fue el objetivo del legislador. Por este motivo, sostenemos que se requiere una reforma más profunda de la cuestión, que deberá venir acompañada de mecanismos de discriminación positiva en función de permitir realmente a la persona en situación de discapacidad superar los obstáculos que enfrenta y que obstaculizan su desenvolvimiento social en igualdad de condiciones, lo que en definitiva deviene elemento imperativo para evaluar su diligencia en el actuar, máxime cuando continúa imperando en el sistema de responsabilidad civil general un criterio de atribución subjetivo.

2. EL PRECEDENTE SISTEMA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA CIVIL DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO

El Código Civil cubano en vigencia data del año 1987. Se trata de la última ley civil sustantiva de tal naturaleza en el siglo XX latinoamericano; y que vino a subrogar al Código Civil español de 1889 que, con diversas modificaciones, estuvo vigente en Cuba desde ese año hasta la entrada en vigor del nuevo Código (Pérez, 2007, pp. 115-ss.).

Dada su fecha de promulgación, y aun cuando pueda entenderse todavía como un código joven, vistos sus treinta y cinco años, este no representó, en materia de capacidad jurídica de la persona en situación de discapacidad, un salto cualitativo respecto a su predecesor, si bien sí introdujo en el derecho cubano algunas novedades. Esto es una cuestión lógica, toda vez que la verdadera revolución en materia de capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad se inició normativamente casi veinte años después, con la aprobación de la Convención de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD).

Por consiguiente, el Código de 1987 se hizo eco de la tradición doctrinal y normativa que desdobra la capacidad jurídica en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Bajo tal conocida duplicidad, a todas las personas se les reconoce capacidad para ser titulares de derecho y obligaciones, por su mera condición humana, pero no todas, en atención a su edad o a determinadas circunstancias derivadas de condiciones físicas e intelectuales que la ley entiende incapacitantes, pueden ejercitar por sí estos, necesitan para ello un representante legal (Albaladejo, 2002, p. 215; Arnau, 2003, pp. 66-67; Cifuentes, 1999, pp. 175-176; Ruggiero, 1929, pp. 339-343; Díaz, 2000, pp. 81-82; Rivera, 2004, pp. 392-405; Riviera y Crovi, 2016, p. 237; Santoro-Passarelli, 2012, pp. 24-38). De esta forma, el Código regulaba en su artículo 29 que la plena capacidad de obrar se alcanzaba con la mayoría de edad, fijada a los dieciocho años, o con la emancipación del menor tras su matrimonio, visto que la edad para contraer matrimonio era diversa a la establecida para alcanzar la mayoría de edad¹. Ello, en principio,

1 El Código de Familia de 1975, disposición normativa que regulaba las relaciones jurídicas familiares, preveía en su artículo 3, párrafo segundo, la posibilidad excepcional de que los menores de edad pudiesen formalizar matrimonio cuando tuviese la mujer como mínimo catorce años cumplidos y el varón dieciséis. Con la entrada en vigor en 2022 del nuevo Código de las Familias, Ley n.º 152 de 2022,

otorgaba la plena capacidad de obrar a todo mayor de edad, esto venía limitado en su artículo 30, que restringía la capacidad a las personas que padecieran de enfermedad o retraso mental, pero que no los privara totalmente de discernimiento, así como a quienes, a causa de un impedimento físico, no pudiesen expresar su voluntad de modo inequívoco. De igual forma, el artículo 31 regulaba la absoluta falta de capacidad jurídica de hecho de las personas judicialmente declaradas incapaces. En el caso de estas últimas, no se establecía taxativamente qué condiciones debían darse en ellas para ser objeto de tal declaración; empero, una interpretación del precepto que le precedía permitía concluir que a quienes padecieran de enfermedad o retraso mental que sí los privara totalmente de discernimiento, o quienes a causa de un impedimento físico no pudiesen expresar su voluntad; interpretación a que coadyuvaba el artículo 586 de la antes vigentes Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, y el 138 del ya derogado Código de Familia, que circunscribían tal procedimiento de incapacitación a los casos de los sordomudos y de los enajenados mentalmente. Aunque debe advertirse que para el caso de los primeros se interpretaba que la persona, además, debía ser incapaz de leer y escribir, lo que en resumen impediría una manifestación consciente e inteligente de su voluntad (Díaz, 2000, p. 119). A esto también agregamos en su momento que debía existir la imposibilidad del sujeto de expresarse y comprender mediante cualquier otro tipo de lenguaje, como el de señas, o de otra forma de comunicación que pudiera ser interpretada por persona cercana que le sirviera de apoyo, pues ante esos casos pareciera más aconsejable una restricción de la capacidad que la incapacitación total (Pelegriño, 2020, p. 137).

queda definitivamente proscripto el matrimonio de los menores, y la edad para contraerlo, *ex* artículo 204, se equipara a la mayoría edad.

Así, el primero de los casos, aquel de la limitación de la capacidad *ex* artículo 30, preveía en realidad limitaciones parciales a la capacidad de obrar, bajo el establecimiento de la presunción de que la persona poseía aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin intervención de un tercero y, al mismo tiempo, estaba imposibilitada de actuar por sí en otros actos jurídicos, los que debían ser demarcados por el tribunal al limitar la capacidad, y para los que sí se requería un completamiento de la capacidad (Valdés, 2013, p. 492). Debemos decir que esta figura sí representó un avance en materia de capacidad jurídica de la persona en situación de discapacidad en nuestro país, pues no se contaba con un antecedente positivo de tal naturaleza (Valdés, 2013, p. 496), que regulara una condición intermedia, que fluctuaba entre la capacidad y la incapacidad, y que difiriera de ambos extremos, con una consecuente esfera de actuación parcial, que hacía valer los actos jurídicos en dependencia de su inclusión en su esfera de actuación o de si se realizaban con el debido completamiento a la capacidad. Con ello, se abría la posibilidad de limitar en ciertos casos la capacidad de obrar de la persona, y se destinaba la incapacitación total solo para los supuestos más extremos. Sin embargo, tal posibilidad fue de muy poca utilización, lo que se debió, en gran medida, a su falta de completamiento en el orden procesal y en el de medidas de apoyo o completamiento de capacidad del sujeto; pues no se regulaba un sistema de apoyo o de curatela, solo se preveía la figura del tutor, recogida en la legislación de familia, precedente al Código y, por ello, no adaptada totalmente a este, ya que su previsión expresa era para los casos de incapacitación total. A ello se unió que la redacción del artículo 30: «salvo para satisfacer sus necesidades normales de vida diaria», se interpretó de forma restrictiva y, por ende, derivó en la poca utilidad práctica del procedimiento de limitación de la capacidad, amén de criterios que defendieron una aplicación extensiva a actos jurídicos de mayor envergadura, entiéndase de disposición, por ejemplo, que también podrían

suponerse como parte de las necesidades cotidianas de algunos sujetos (Valdés, 2013, pp. 497-499).

De esta forma, y por exclusión, primó en la realidad jurídica cubana el sistema de incapacitación total, con el consecuente nombramiento de un tutor, con facultades absolutas de representación y, por tanto, de la anulación de la voluntad de la persona en situación de discapacidad sometida a tal régimen.

3. LA RECIENTE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL CUBANO EN MATERIA DE CAPACIDAD DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

3.1. El modelo social y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Sin embargo, el enfoque clásico relativo a la capacidad jurídica de la persona en situación de discapacidad, y del que ya referimos que el ordenamiento jurídico cubano se hacía eco, ha venido siendo altamente cuestionado en el contexto científico y normativo. Ello se debe, en gran medida, al empuje ideológico de las propias personas en situación de discapacidad y sus organizaciones representativas en el último cuarto del siglo XX, lo que facilitó, finalmente, la aprobación en el año 2006 de la CDPD, cuerpo normativo que acoge y positiviza a nivel internacional el llamado modelo social en relación con la discapacidad.

Este modelo, también denominado como de derechos humanos de la discapacidad (Lidón, 2013, p. 48), se opone a precedentes sistemas con que históricamente se ha dado respuesta jurídica al fenómeno de la discapacidad. A saber, el modelo de prescindencia, que buscaba excluir de la vida social a las personas en situación de discapacidad, ya fuere mediante su ocultamiento, aislamiento o, en el peor de los casos, eliminación (Palacios, 2015, pp. 10-11), y el modelo de rehabilitación o médico, que centra la protección en

cuestiones de índole curativa, de rehabilitación o de cuidado social; no considera a estas personas, en definitiva, como sujetos activos de derecho, lo que jurídicamente se traduce en un tratamiento desde el enfoque de la salud y lo asistencial, pero no desde la óptica del reconocimiento de los derechos que como persona posee, al igual que el resto de los sujetos en la sociedad (Bariffi, 2014, pp. 42-46; Campoy, 2017, pp. 19-20; González, 2010, pp. 13-15; Palacios, 2015, pp. 12, 14; Tantaleán, 2019, pp. 201-202). Se trata este último del modelo que la codificación decimonónica asumió, y que, en consecuencia, el Código Civil cubano de 1987 heredó.

En oposición, el modelo social enfoca la cuestión fuera de la persona, del determinismo biológico o religioso, y lo hace en la sociedad, que interpreta como incapaz de adaptarse a las necesidades de todas las personas que viven en ella; por lo tanto, son factores externos a la persona, y producto de una construcción social, los que determinarán el paradigma de la capacidad (Bariffi, 2014, p. 47; Campoy, 2017, pp. 25-26; García Garnica, 2011, p. 34; Iglesias, 2019, p. 4; Palacios, 2015, pp. 14-15). Con esta base, el fin de este modelo es lograr la inclusión social de las personas en situación de discapacidad, intenta construir una colectividad inclusiva, que logre incorporar a todos sus integrantes, reconoce las diferencias entre ellos, pero no busca una rehabilitación de la persona, sino que crea capacidades para su eficaz desenvolvimiento social, en condición de igualdad al resto, y con el establecimiento de garantías y mecanismos para hacerlo efectivo.

El tema de la discapacidad es, en definitiva, una cuestión de derechos humanos (Bariffi, 2014, p. 41; Palacios, 2015, p. 15). Busca crear soluciones de cara a las dificultades que afrontan las personas con discapacidad en el respeto a valores de derechos humanos como la dignidad, partiendo del presupuesto kantiano de que la persona posee valor por su condición de tal y de existir, y no por su productividad o utilidad social; cada persona es un fin en sí

misma (Iglesias, 2019, p. 5). Ello a su vez en respeto a otros valores y derechos fundamentales, como la libertad, entendida como autonomía moral y de actuación de la persona que le permita ser el centro de sus decisiones; la solidaridad, y la igualdad inherente de todo ser humano, que debe ser inclusiva de las diferencias (Bariffi, 2014, pp. 49-58; Palacios, 2015, p. 24). Se trata, en definitiva, de que la persona en situación de discapacidad es sencillamente diversa a otras, pero con igual derecho a gozar de una vida plena, a desarrollar sus planes de vida y a hacer elecciones por sí misma o, si se quiere decir de otra forma, a gozar del libre desarrollo de su personalidad.

Como ya habíamos referido *supra*, la concreción de este modelo con relación a la discapacidad tuvo lugar con la aprobación de la CDPD, lo que ocurrió el 13 de diciembre de 2006, durante el 61.º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución A/RES/61/106. Este instrumento internacional y su Protocolo Facultativo se abrieron a firma el 30 de marzo de 2007, y el 30 de abril de 2008, tras recibir la vigésima ratificación, entraría en vigor de modo efectivo en un período de treinta días, lo que tuvo lugar finalmente el 3 de mayo de 2008. Se trata del primer tratado de derechos humanos del siglo XXI (García Alguacil, 2016, p. 17; Palacios, 2015, p. 16). Este tratado constituye, en el ámbito del derecho internacional, el punto de inflexión sobre el cambio de paradigma del tratamiento jurídico de las personas en situación de discapacidad (Falco, 2021, p. 429). Tal y como se señaló, se basa en principios y valores fundamentales, como el de la dignidad humana, la igualdad, en su sentido material y no meramente formal, y la no discriminación. Para ello se enfoca en lograr la plena inclusión de las personas en situación de discapacidad en la sociedad, pero no crea para ellos nuevos derechos, sino que les reconoce la titularidad y el ejercicio de los ya existentes y los aplica al conglomerado social, dentro del cual se les incluye con la mayor autonomía posible (Aleza, 2015, p. 39; García Alguacil, 2016, p. 17; Palacios, 2015, p. 18).

La CDPD en su articulado hace referencia así a una pluralidad de derechos humanos, cuyo análisis escapa del fin de estas líneas. Nos centramos solo en el que constituye sin dudas uno de los artículos de mayor trascendencia, y sobre todo en la materia que ahora tratamos, el 12, que, a decir de Barba (2021), representa «el corazón latente de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» (p. 280). Este, precisamente, propugna el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas en situación de discapacidad, bajo el presupuesto de que poseen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de las personas, por lo que deben garantizarse los medios de apoyo para que puedan ejercitarla. De esta forma, se rompe con el esquema tradicional en lo que a capacidad respecta, pues se les reconoce, sin importar el tipo de discapacidad o su intensidad, la plena capacidad de obrar, de ahí que el artículo se entienda como la cúspide del tratado en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad respecta. Aunque, al mismo tiempo, sea el que más reticencia genera, dada la enorme disrupción que en los ordenamientos jurídicos conlleva, al obligar a cambiar la concepción que de la capacidad jurídica se tiene tradicionalmente. Bajo su recta interpretación cabe la realización de actos jurídicos por parte de las personas en situación de discapacidad en igualdad de condiciones al resto de las personas, en la medida de resultar ello posible, y con la intervención de los apoyos necesarios cuando lo requieran, pero sin que estos últimos reemplacen la voluntad de la persona. Se pasa de esta forma de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a uno de apoyo en esta.

Los apoyos en este orden poseen un sentido amplio y abarcan diversidad de tipos de comportamiento, desde un mero acompañamiento amistoso hasta la ayuda técnica para emitir una declaración y comunicarse, alcanzan también el asesoramiento o incluso el apoyo propiamente dicho en la toma de decisiones. De igual forma se puede encontrar en mecanismos, no personales, para facilitar

la accesibilidad, como pueden ser los diseños universales. Así, el diseño o la intensidad del apoyo dependerán de cada persona, de la situación de discapacidad que presente y, en ese orden, de la necesidad que ello le genere en cualquiera de sus ámbitos de actuación, sea tanto en el personal como en el patrimonial, o ambos. Por consiguiente, el apoyo no es una medida rígida, siempre igual, sino flexible, que debe construirse sobre la persona (Gete-Alonso y Calera, 2021, p. 44). Otro aspecto de importancia es que no es ordenada en exclusiva por la autoridad judicial, puede ser también de fuente voluntaria, u operar incluso en situaciones *de facto* (Barba, 2021, p. 286; Pereira, 2021, pp. 80-81).

El fin del apoyo se encontrará en lograr garantizar el respeto de los derechos, la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona en situación de discapacidad, por lo que debe cooperar para que esta pueda tomar todas las decisiones por sí misma, de ahí que las medidas de sustitución o asistencia sean realmente excepcionales y justificadas sobre la base de los principios de proporcionalidad y necesidad.

3.2. La asunción del modelo convencional por el Código Civil cubano

Cuba es país signatario de la CDPD desde el año 2007. Sin embargo, en el ordenamiento interno, los efectos directos del tratado en función del tema de la capacidad jurídica tardaron un poco en arribar. El primer intento de ello, precedido ya de algunos importantes fallos del Tribunal Supremo², fue la instrucción 244 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular³ que, con el objetivo de

2 En este orden es de alta trascendencia la Sentencia n.º 752, de 30 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

3 Según el art. 148, párrafo tercero, de la Constitución de la República de Cuba, las instrucciones impartidas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular son de obligatorio cumplimiento, como forma de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y la aplicación de la ley.

atemperar el contenido de la CDPD a la realidad jurídica cubana, vista la falta hasta entonces de cambios legislativos, instruyó a los tribunales sobre la aplicación restrictiva y excepcional de la incapacitación civil, con base en una mayor utilización de la herramienta de limitación de la capacidad jurídica prevista en el artículo 30 del Código Civil, y de la utilización, en estos casos, de los sistemas de apoyo.

Sin embargo, no fue hasta la reciente aprobación en septiembre de 2022 del Código de las Familias, Ley n.º 156 de 2022, que la realidad normativa cubana, y en especial el Código Civil, vino a adaptarse a la letra del artículo 12 de la CDPD. La nueva ley reguladora de las relaciones jurídicas familiares, en su disposición final primera, modificó con este fin los artículos 29 al 32 del Código Civil.

El nuevo artículo 29.2 establece que las personas en situación de discapacidad poseen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de su vida; para facilitar ello, y en caso de necesitarlo, el artículo 30 prevé la posibilidad de solicitud o designación por la propia persona, de los apoyos o los ajustes razonables que necesite la realización de actos específicos. El apoyo, advierte el apartado 3 del propio precepto legal, se entenderá como una forma de asistencia para facilitar la facultad de ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, sea de acuerdo con la comunicación, la comprensión del contenido y las consecuencias de los actos jurídicos que esta celebre, así como la interpretación y la manifestación de la voluntad de la persona. Es claro entonces que el fin de los apoyos es asistencial, y no representativo; por lo que queda excluida del ordenamiento cubano la figura de la tutela de la persona mayor de edad, y se prevé únicamente, y con carácter excepcional, la posibilidad de un apoyo, entendido como intenso con facultades de representación (artículos 30.3 y 31.3), previsto voluntariamente por la persona

en situación de discapacidad o, en su defecto, por el tribunal. Esta última forma de apoyo, si bien de utilización restrictiva, no deja de ser una variante sustitutiva del ejercicio de la capacidad; cuestión que ilustra una posición del legislador no fundamentalista en la materia, pues aun bajo los presupuestos de la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la autodeterminación de la persona, entiende que existen ciertos casos extremos que aconsejan poder seguir contando normativamente con una medida de tal naturaleza.

En cualquier caso, si fuera necesario interpretar la voluntad de la persona que viene asistida, el apartado 4 del artículo 30 establece las reglas para ello, basadas en el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en contextos similares a aquel que se analiza, las informaciones con que cuenten las personas de confianza de esta, así como sus deseos o predilecciones. Se trata de pautas hermenéuticas, pero que el legislador no organiza en un orden prelatorio o de preferencia, sino que deja de forma abierta a valoración, incluso conjunta, de quien tenga esta función indagatoria; pero, eso sí, lo claro es que, tal y como viene previsto en el artículo 12.4 de la CDPD⁴, son todos criterios tendentes a poder interpretar y actuar según los deseos, las aspiraciones y, en fin, la voluntad de la persona. Como consecuencia, el legislador descarta que la función de asistencia del apoyo, o incluso la representativa, sea en atención de lo que se pueda entender como mejor o más adecuado para la persona en situación de discapacidad, sino en lo que se entiende que desea o hubiera deseado; cuando incluso esto pueda conducir a una decisión errada o conforme a lo que otros podrían

4 En atención al criterio de las voluntades y las preferencias de la persona en situación de discapacidad, cobra una relevante importancia, por su valor interpretativo del propio artículo 12, la Observación General n.º 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si bien es cierto también la existencia de una viva discusión teórica, e incluso jurisprudencial, sobre el valor interpretativo que las observaciones realizadas por este órgano puedan tener.

interpretar como inadecuada. Es ello reflejo, en cualquier caso, de la asunción por el Código de los principios de igualdad y de respeto a la autodeterminación que encierra el modelo social, alejado del fin protectorio del precedente sistema (Valdés, 2023, p. 21); y que lleva a entender que nadie puede o debe decidir por ellas, y tienen, como el resto de las personas, derecho incluso a equivocarse en función de la construcción de sus decisiones y sus elecciones de vida.

3.3. La responsabilidad civil extracontractual de la persona en situación de discapacidad

3.3.1. La responsabilidad por hecho propio

Claro es entonces que la tendencia teórica y normativa, como es en este último caso de observar en el modificado Código cubano, es admitir la plena capacidad de hecho de la persona como norma. Ello encierra obviamente un importante contenido en materia de derechos, pues se da valor a la autonomía personal, y permite que incluso en situaciones de capacidades diversas, la persona pueda actuar por sí, de acuerdo con sus intereses, aun cuando sea asistida por apoyos. Sin embargo, ello no puede venir analizado solo desde el prisma de los derechos. La libertad y la autonomía tienen una cara inversa, la responsabilidad (Valdés, 2023, p. 26). El nuevo paradigma de la capacidad debe portar, por tanto, a que quien tiene plena capacidad, y pueda gozar de sus derechos y ejercerlos libremente, deba también ser absolutamente responsable por sus actos (Llamas, 2021, p. 274; Moreno, 2022; Yáñez, 2012, p. 10). La exclusión de la responsabilidad de la persona en situación de discapacidad configuraría, en definitiva, una forma de discriminación, pues la haría suponer inviable y, por tanto, dependiente de otro que asumiera la consecuencia de sus actos; y ello sería incoherente con el reconocimiento de sus derechos y autonomía. No obstante, debe advertirse que la CDPD no hace ninguna alusión expresa en su articulado a la responsabilidad civil. Empero, obviamente su contenido deriva del pleno reconocimiento de la capacidad

de la persona y, en especial, de los derechos patrimoniales que el apartado 5 del renombrado artículo 12 propugna, pues si el precepto busca un trato en igualdad de condiciones, que permita a la persona ser propietaria, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, es imposible jurídicamente que ello sea llevado a cabo sin asumirse las consecuencias también patrimoniales que del ejercicio de tales derechos deriva (Yáñez, 2012, p. 11).

En atención a ello, el artículo 30.6 del Código Civil preceptúa que la persona que cuente con apoyos será plenamente responsable de sus decisiones, incluso cuando estas fueran realizadas con la asistencia de sus apoyos.

Este precepto configura la base de lo que se denomina responsabilidad por hecho propio de la persona en situación de discapacidad; responsabilidad donde el causante material del daño responde directamente por este, en contraposición a la responsabilidad indirecta, por hecho ajeno, donde la obligación de resarcimiento recae sobre persona distinta al agente productor del acto u omisión dañosa (Díez-Picazo y Gullón, 1992, pp. 597-598). El sistema de responsabilidad por hecho ajeno ha sido tradicionalmente aquel utilizado para dar tratamiento a la cuestión de los daños causados por personas incapacitadas y menores de edad. Se basa en la asunción de responsabilidad por los representantes legales, sean tutores o padres, por los daños causados por sus representados legales, en atención sobre todo de un deber de vigilancia y cuidado impuestos, dada la entendida «incapacidad» de estos para comprender las consecuencias de sus actos. De tal suerte, y en oposición a la tradición en la materia, el artículo 30.6 representa conceptualmente un cambio importante.

No obstante, el precepto usa un término que, a nuestro entender, no es quizás el más claro o abarcador jurídicamente, pues se

refiere a la responsabilidad de la persona con apoyos por sus «decisiones». Este vocablo viene generalmente definido en los diccionarios como la resolución o la determinación sobre algo; lo que encierra un actuar consciente y positivo de la voluntad. Ello podría llevar a sostener que la *ratio* de la norma va dirigida a la responsabilidad de la persona con apoyos con relación a los actos que implican toma de decisiones, lo que técnicamente podría incluir actos jurídicos y otros que, sin serlo, generaran efectos jurídicos residuales de responsabilidad civil. Sin embargo, no todos los actos realizados generadores de responsabilidad civil parten de una toma de decisiones, pueden tener fuente en un actuar no meditado. En tal caso, el precepto en su interpretación gramatical no abarca todos los supuestos de responsabilidad de la persona en situación de discapacidad; a nuestro modesto criterio quizás el término «acto», de mayor contenido jurídico, ya que incluye dentro de las causas de la relación jurídica civil tanto la responsabilidad derivada del acto jurídico como de los actos ilícitos y lícitos, hubiese sido más abarcador y respondería más a la intención de clarificar la plena responsabilidad civil, en principio, de la persona en situación de discapacidad. Empero, la redacción del artículo no genera en buena técnica una laguna legal o contradicción, pues incluso cuando la voluntad del legislador fuera la de resaltar la responsabilidad por las decisiones tomadas, el mero hecho de reconocerse la plena capacidad de hecho de la persona, aun en situación de discapacidad, viene a someterlas a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, que en el caso del Código Civil cubano están previstas en los artículos 81 y siguientes.

En este ámbito, como advierte Llamas Pombo (2021, p. 282), la complejidad del tema, y en especial ante supuestos de discapacidades intelectuales graves, se ha evaluado sobre todo en el ámbito de la imputabilidad; ya que el cuestionamiento va mayormente encaminado al hecho de si una situación de discapacidad puede

entrar en el ámbito de lo inevitable, y ello conducir al caso fortuito, como cierta jurisprudencia española ha sostenido.

Partamos del hecho de que el sistema de responsabilidad aquiliana previsto en el Código Civil cubano, pese a la ilusión de objetividad a que una lectura de su artículo 82 pudiera conducir, puesto que enuncia la obligación de reparar de todo aquel que cause un daño a otro, tiene su basamento, en gran medida, en la culpa. Roselló Manzano (2014, p. 113), en este orden, y de forma muy aguda a nuestro entender, sostiene que la regla general consagrada en el artículo 82 es subjetiva. Defiende que el legislador al establecer la obligación de resarcimiento de todo aquel que cause ilícitamente daño o perjuicio a otro añadió con la referencia a la «ilicitud» un criterio de imputación al nexo de causalidad; pues existen actividades lícitas que pueden causar daño, como aquellas que generan riesgo (*ex* artículo 104 del Código Civil) e incluso daños permitidos por el ordenamiento jurídico, realizados en el ejercicio legítimo de un derecho, que la víctima tiene el deber de soportar. De tal forma, advierte el autor, que la referencia a la ilicitud entraña la violación de un deber jurídico, sea impuesto por una norma o por el principio general de *neminem laedere*; y ello no es separable de la culpabilidad en sentido normativo, ya que para indagar sobre la violación de este deber es necesario analizar el comportamiento del agente y compararlo tomando como referencia la conducta previsible de una persona diligente. Por ello la ilicitud fue destinada por el legislador para calificar la conducta del agente y no el resultado dañoso, como debería haber sido si realmente no interesara valorar el actuar del sujeto sino únicamente el daño, tal como se esperaría en un sistema objetivo de responsabilidad.

De esta forma, la cuestión de la diligencia exigible, o la falta de esta en realidad, es el parámetro de culpabilidad que viene a ser evaluado. Llamas Pombo (2021, p. 284) advierte que surgen en este orden algunas interrogantes, como cuál es el parámetro de diligencia exigible y hasta dónde debe llegar, por tanto, la precaución

de la persona para no dar lugar a la responsabilidad; así como quién determina ello. Cuestiones estas en las que las circunstancias personales del causante del daño pueden ser tomadas en cuenta. Se trata, al parecer, de un asunto que debe ser analizado en el caso concreto, pues los modelos de diligencia exigibles no son fijos, y pueden variar según el sector o ámbito en que se produzca el daño; así, por ejemplo, en el caso de los daños profesionales suele ser analizada la diligencia en función de la *lex artis*, mientras que en la norma de la responsabilidad extracontractual es el estándar del buen padre de familia el que opera por defecto, como en el caso del artículo 1104 del Código Civil español.

Se ha planteado en este orden que la circunstancia personal del causante, en atención a su diligencia, debe ser evaluada al momento de atribuirle responsabilidad de acuerdo con un criterio de imputación subjetivo; pues al evaluarse la previsibilidad o no del daño y, por tanto, su evitabilidad en función de un deber de actuación, se debe tomar en cuenta para ello la situación de discapacidad de la persona y, sobre todo, de entender y querer actuar con conocimiento de aquello que realiza (Llamas, 2021, p. 285).

Sin embargo, esta no parece ser la posición a que apunta el Código cubano. En primer orden, por la claridad del artículo 30.6, que atribuye siempre plena responsabilidad a la persona incluso cuando cuente con apoyos; y porque en los casos excepcionales de tenerlos con funciones representativas, operaría una responsabilidad de los apoyos en atención al criterio de responsabilidad por hecho ajeno (artículo 90.1 del Código Civil), como analizaremos *a posteriori*. Pero, además, porque si bien el Código regula la diligencia, como elemento subjetivo con que evaluar la responsabilidad, establece en su artículo 99.2 que la exclusión de responsabilidad civil no opera por el hecho de que el autor del daño actuara en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado.

Esta última cuestión constituye una excepción a la eximente de responsabilidad de la actuación diligente, y que busca moderar en cierto punto la naturaleza subjetiva de la responsabilidad aquiliana del texto legal. Bajo este precepto, si bien con un lenguaje no acorde a la nomenclatura científica moderna, que suele referirse a discapacidad intelectual, y no a «desarrollo mental retardado», el hecho de que la persona cause un daño, aún y cuando fuera incapaz de comprender el alcance de su actuación, no podrá ser óbice para la exigencia de responsabilidad por hecho propio; a menos que se trate de una persona que cuente con apoyos intensos representativos, caso en que responderían estos. El precepto en cuestión, que data de la redacción original del Código, encuentra similitud con el contenido del artículo 414-3 del Código Civil francés, que previamente a la reforma introducida por la Ley 2007-308 de 5 de marzo de 2007 se recogía en el artículo 489-2, y según el cual la persona que ha causado daños a terceros bajo la influencia de un trastorno mental no está menos obligada a reparar el daño; posición del Código francés que lo hace ser de los más firmes, en el marco normativo europeo, en relación con la responsabilidad de las personas con situación de discapacidad intelectual o mental (Yáñez, 2012, p. 17), si bien no deja de ser también sometida a crítica. En extremo opuesto se encuentra el Código Civil italiano, donde en el artículo 2046 se establece que no responde por los daños la persona que no tuviese la capacidad de entender o querer al momento de la comisión del daño, a menos que se encontrara en tal estado de incapacidad por propia culpa.

La regulación del Código cubano, a nuestro entender, pareciera justa en dos sentidos principales. En primer orden, en materia de discapacidad, como hemos ya referido, pues es coherente con la plena capacidad jurídica de hecho que reconoce la ley a la persona, aún cuando se encuentre en una situación de discapacidad, y que le otorga la posibilidad de ejercitar por sí sus derechos y, también,

de responder por sus obligaciones, entre ellas, las derivadas de los actos ilícitos. En segundo lugar, porque la solución del legislador responde a los intereses de la víctima, que encontrará, a menos que sea causante o participe de la conducta dañosa (eximente de responsabilidad prevista en el artículo 99.1-b), siempre la posibilidad de exigir al causante del daño o a su apoyo representativo, según sea el caso, la reparación del daño sufrido. Esta cuestión responde, sin lugar a dudas, al principio *pro damnato*, dado que quien sufre el daño merece siempre la debida reparación, pues es ajeno a las causas de este y a la situación de discapacidad en que pueda encontrarse el agente causante. De esta forma, además, el artículo elimina la discusión que, como resalta Moreno Marín (2022), se presenta, por ejemplo, en el ordenamiento español, donde la doctrina se divide en la forma de interpretar la responsabilidad de la persona en situación de discapacidad intelectual tras las modificaciones en materia de capacidad introducidas al Código Civil español por la Ley 8/2021; y donde hay partidarios de seguir manteniendo el planteamiento mayoritario de culpa en sentido subjetivo y, por lo tanto, de sostener que solo responderán aquellas personas que tengan la capacidad de discernimiento suficiente para comprender las consecuencias de su conducta dañosa, en contraposición a aquellos que defienden que, a la luz de esta reforma, se produce un auténtico cambio en el concepto de culpa consagrado en el Código Civil español, y se introduce una concepción objetiva en virtud de la cual es posible imputarle o atribuirle la responsabilidad por los daños ocasionados a la persona con discapacidad con independencia de que tenga capacidad para comprender lo reprochable de su conducta.

Pese a la existencia de este precepto en el ordenamiento cubano, entendemos que ello no puede excluir absolutamente el análisis de la diligencia exigida a la persona en situación de discapacidad; si bien deba realizarse bajo indicadores o graduaciones diversos respecto al resto de las personas. El hecho de que se les

reconozcan plenos derechos, y capacidad de ejercicio de estos, no elimina por sí las barreras que colocan a la persona en una situación de vulnerabilidad. Precisamente si el modelo social de la discapacidad se centra en la no adaptación de la sociedad a la diversidad propia de la condición humana, pues las personas con discapacidad encuentran barreras en el ejercicio de sus derechos en una sociedad no pensada para ellos, hasta tanto las barreras en cuestión no vengán removidas es absurdo suponer que las personas en situación de discapacidad puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones. Es por ello que la CDPD se centra también en la accesibilidad universal que, de conjunto con los apoyos, debe constituir un medio para facilitar el libre ejercicio de la personalidad. Esta entraña, básicamente, que todos los entornos, los bienes y los servicios deben poder ser entendidos y utilizados por todas las personas, con independencia de sus diversidades, sean físicas, cognitivas o sensoriales; lo que debe conducir a un uso seguro y cómodo por todas las personas, buscando potenciar la autonomía y la independencia individual (Casado, 2016, p. 12; Torres, 2015, p. 79).

De tal suerte, al valorarse el elemento subjetivo, en concreto la diligencia, se debe hacer tomando en consideración si la conducta desplegada por el agente del daño fue consecuencia de la existencia de una barrera, derivada, principalmente, de la falta de mecanismos de accesibilidad, ya sea por carencia de diseños universales o de ajustes razonables. Es que sencillamente el actuar de la persona, en tal caso, no podría ser interpretado como negligente, ya que la falta de adaptación del medio a su situación de discapacidad fue el obstáculo, no imputable a ella, que sirvió de interrupción al nexo de causalidad. Ante tales casos, entendemos que la solución correcta sería la valoración de las eximentes de responsabilidad civil previstas en el artículo 99.1-a). A saber, la valoración del caso fortuito, por la existencia de una barrera de accesibilidad que causó el actuar

dañoso, pues devino en una circunstancia imprevisible o inevitable para el agente causante; así como la propia interferencia del actuar de la víctima del daño, quien pudo ser con su actuar la generadora de la barrera de accesibilidad, por lo cual su conducta sirve de interrupción al nexo de causalidad, y se debe valorar como elemento de exclusión de responsabilidad o como base para la adecuación del monto de reparación ante la denominada concurrencia de culpas, si bien esta última no viene taxativamente regulada en el Código Civil.

La cuestión, sin lugar a duda, debe pasar por un análisis de caso por el juzgador, quien deberá evaluar con extremo cuidado las posibles interferencias de barreras para el actuar de la persona, ello en función de su situación de discapacidad, a fin de valorar así la diligencia o no de su actuar. A ello deberá sumarse, además, el análisis del papel de los apoyos según la conducta del agente causante del daño, pues el soporte brindado por estos para el ejercicio de la capacidad puede constituir un elemento a tomar en cuenta al valorar si la persona asistida actuó con conocimiento del acto que llevaba a cabo y, en consecuencia, serle imputable la responsabilidad.

Se trata de cuestiones que deben ser consideradas incluso para un correcto análisis del señalado artículo 99.2, que, a nuestro criterio, dado el nuevo paradigma de la capacidad, no puede ser interpretado de forma lapidaria, sino en coherencia con el sistema general de la capacidad, de introducción posterior al Código Civil. En tal orden, la existencia de un «retardo mental», como situación de discapacidad, debe estar analizada en función también de los mecanismos de accesibilidad en el caso concreto. No puede venir interpretado este artículo, en exclusión de los postulados de la accesibilidad universal que preconiza la CDPD en su artículo 9, que a tenor del artículo 8 de la Constitución es parte del ordenamiento interno o se integra a este, ni de los criterios de ajustes razonables, regulados igual en el tratado y expresamente en el Código Civil en

su artículo 30.1.2. El artículo 99.2 no fue modificado con la reforma de la capacidad introducida por el Código de las Familias, por lo que entendemos que sería útil en la futura reforma del Código Civil su modificación, en primer lugar porque es ya claro en el 30.6 que la situación de discapacidad de cualquier índole, incluyendo la de naturaleza intelectual, no excluye la responsabilidad, lo que hace innecesaria la parte del precepto en que se hace referencia a estados intelectuales derivados de situaciones de discapacidad, y porque, en cualquier caso, no debe atribuir de forma absoluta la responsabilidad a la persona en estos supuestos, sino que ello se debe hacer en atención a la diligencia en función de los mecanismos de eliminación de barreras para el libre ejercicio de la personalidad. Solo así el artículo se integraría correctamente en un sistema que trata la discapacidad en correspondencia con el modelo social. De no ser así, en realidad el precepto no operara de acuerdo con la integración social de la persona en situación de discapacidad, y la discrimina, pues crea para esta un sistema de responsabilidad objetivo, dado que su discapacidad intelectual nunca se evaluará en función de la diligencia como factor de atribución basado en la culpa, y se considerará por ende responsable siempre, en tanto que para el resto de las personas regiría un sistema de responsabilidad subjetivo, basado en la culpa. Ello obviamente lo que hace es crear un doble sistema de responsabilidad, diferenciador, entre la responsabilidad de las personas en situación de discapacidad de la del resto de la población, tal y como se le critica al sistema francés (Yáñez, 2012, p. 17).

Queda en el ámbito de la responsabilidad por hecho propio otra cuestión de complejidad que debe dilucidarse, por su novedad, además, y es la relativa a la posible responsabilidad de los apoyos. Antes de la reforma, el Código preveía solamente la responsabilidad de los tutores, como forma de responsabilidad por hecho ajeno, y que hoy se mantiene para el caso de los apoyos intensos

representativos; pues en el caso de la persona al no haber estado sometida a un régimen de incapacitación civil, debía responder con su patrimonio de los daños causados, de acuerdo con el antes citado artículo 99.2 (Medina, 2014, p. 219). Sin embargo, ahora viene previsto por la ley otro tipo de apoyos, no representativos, pero que, sin lugar a duda, acompañan a la persona en la conformación de su voluntad, en su exteriorización y en la toma de decisiones, en definitiva. No obstante, nada establece la ley ante la posible responsabilidad de estos sujetos; ya que el artículo 30.6 se limita a imputar la responsabilidad a la persona en situación de discapacidad aun y cuando hubiese actuado asistida por el apoyo.

Ahora, la interrogante sería si debe interpretarse esto como una exclusión de toda responsabilidad de los apoyos no representativos. Entendemos que no. El artículo parece pensado para los casos en que la labor del apoyo fue llevada a cabo en atención a lo querido por la persona a quien asiste; de ahí a que haga referencia a «las decisiones» de la persona en situación de discapacidad realizadas con dicho apoyo. Es de entender que el precepto viene dirigido al supuesto en que el apoyo se limitó a su función de asistencia y, por tanto, en respeto a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona en situación de discapacidad; y en respeto, si fuere necesario, de las pautas que para ello prevé el referenciado artículo 30.4 del Código Civil. Sin embargo, de no haber actuado el apoyo en este sentido, en intereses opuestos a los de la persona a quien asiste, o cuando su actuar fuera negligente y, por tanto, el causante del actuar dañoso, sí debe estar sujeto a responsabilidad civil. La interrogante en tal caso sería cómo operaría la responsabilidad, pues el Código nada establece.

Visto que el apoyo en cuestión no es representativo, no pareciera lo más ajustado una acción directa en su contra; máxime cuando debería operar una presunción de su actuar correcto, al recaer en principio la responsabilidad sobre la persona que asiste

ex artículo 30.6. La solución que pareciera más aconsejable según los intereses de quien sufre el daño sería la aplicación de la regla del artículo 87 a) y b) del Código Civil y configurar la solidaridad; sin embargo, dado que el propio artículo 30.6 parte del hecho de presumir la exclusión de cualquier responsabilidad sobre el apoyo, es de dudar que se pueda sostener el criterio de la solidaridad, cuando el propio legislador quiso excluir de inicio al apoyo de la relación de resarcimiento. No existen, por tanto, argumentos para defender la posibilidad de dirigirse a él o a la persona en situación de discapacidad indistintamente. Nuestra interpretación de la norma conduce, por tanto, a entender que la acción de resarcimiento deberá ser dirigida al causante aparente directo del daño, con independencia del derecho que le asistirá a este de repetir contra el apoyo, en función de su posible actuar negligente.

3.3.2. Responsabilidad por hecho ajeno

Como habíamos ya señalado, pese a que constituye la regla el sistema de responsabilidad por hecho propio, derivado a su vez del reconocimiento de la capacidad de ejercicio como norma de la persona, el legislador, con las modificaciones al Código Civil, no eliminó el sistema de responsabilidad por hecho ajeno que venía regulado en sus artículos 90, 91 y 92; los que solo adaptó a la nueva nomenclatura con relación a los apoyos y a las personas en situación de discapacidad. Los dos primeros establecen, en lo referente al tema que nos interesa, que los apoyos intensos con facultades de representación responderán por los daños y perjuicios causados por la persona a quien sirvan de apoyo; responsabilidad que se hace extensiva, ante la ausencia de tales apoyos por estar fuera de su domicilio, en cumplimiento de misiones internacionalistas, u otras tareas o deberes, a las personas a quienes se haya confiado el cuidado de la persona en situación de discapacidad en tales circunstancias. Asimismo, viene establecido que las personas que laboran en establecimientos asistenciales responderán por los daños causados

por aquellos que tienen a su cargo. Para todos los supuestos, el artículo 92 establece que la responsabilidad no surgirá si estas personas, apoyos intensos y trabajadores de los establecimientos asistenciales, demuestran haber obrado con la debida diligencia.

Partiendo de lo general y común a estos casos, se advierte que la ley cubana sigue un sistema de responsabilidad por hecho ajeno basado en un criterio de atribución subjetivo. Es palpable ello en el artículo 92, al exonerarse de responsabilidad al sujeto en teoría responsable si demuestra su actuar diligente. De tal forma, la responsabilidad se basa en las conocidas culpas *in vigilando* o *in eligendo*, donde el reproche realizado a la persona parte en su negligencia al elegir o vigilar al sujeto a su cargo (Ojeda y Delgado, 2000, p. 107). Como advierten Díez-Picazo y Gullón (1992, p. 624), al estudiar similar forma de responsabilidad en el ordenamiento español, se trata de un sistema con la carga de la prueba invertida, pues lo presumible es el actuar negligente, el presunto responsable debe probar que sí llevó a cabo de manera correcta su función. Este fundamento subjetivo de la responsabilidad en cuestión ha sido muy cuestionado por parte de la doctrina, que ha entendido como forzada y en crisis su inclusión en el dogma de la responsabilidad por culpa (Díez-Picazo y Gullón, 1992, p. 625; Llamas, 2021, p. 288), y defienden su fundamentación objetiva (Llamas, 2021, p. 288), posición que en el caso español se ha visto muy apoyada por la jurisprudencia, que ha sostenido casi de forma absoluta la responsabilidad en cuestión, sin atender realmente a criterios de culpa, y sí a otros basados en los criterios de dependencia y subordinación, como si de responsabilidad objetiva prácticamente se tratara (Llamas, 2021, p. 289). Lo cierto es que siempre subyace en esta cuestión el conflicto entre los intereses de resarcimiento de la víctima y la necesidad de limitar en cierta medida, a modo de no hacerla indiscriminada, la responsabilidad de los sujetos que vienen a ser responsables por su deber de cuidado sobre otras personas; y en este

nudo gordiano la doctrina cubana estudiosa del tema no ha sido favorable a la objetivación absoluta de la responsabilidad, y se sostiene que el artículo 92 obliga al adecuado análisis de la debida diligencia en cada caso (Roselló, 2014, p. 120).

Esta fundamentación subjetiva de la responsabilidad por hecho ajeno deriva precisamente en que no venga recogida en el Código Civil la posibilidad de repetición del apoyo representativo contra el patrimonio de la persona a quien asiste. O sea, la ley establece que debe responder, con su patrimonio, el apoyo representativo. En la doctrina española, por ejemplo, se ha discutido sobre el tema, en interpretación del artículo 1904 del Código Civil y existen posiciones contrapuestas. Básicamente, se defiende que la discapacidad, o la minoría de edad, pues funciona para supuestos idénticos, no lleva necesariamente implícita la condición de insolvencia, y puede que una persona en situación de discapacidad cuente con mayor patrimonio que quien le sirve de apoyo; razón por la que podría responder perfectamente por los daños que cause. Sin embargo, tal posibilidad de repetir encaja mejor en sistemas de responsabilidad objetiva, donde se responde sin realizarse un juicio de valor sobre la conducta del sujeto que apoya o representa; pero en los ordenamientos donde este tipo de responsabilidad por hecho ajeno viene vinculada a la violación de un deber de diligencia que fue causa del daño y, por tanto, a la existencia de culpa, resulta más difícil sustentar la posibilidad de repetir contra el patrimonio de la persona de la que se responde (Gallego, 2009, p. 33). De tal suerte, y visto el fundamento subjetivo de la responsabilidad que consagra el artículo 92 de la ley sustantiva civil cubana, parece a nuestro entender coherente la omisión del legislador de cualquier referencia a la posibilidad de repetición sobre el patrimonio del causante material del daño. Sin embargo, se pueden realizar a ello dos objeciones, una primera basada en la incoherencia que este sistema trae con el del propio artículo 90.2, donde una

persona con igual situación de discapacidad, pero que no posee nombrado ningún apoyo, deberá responder siempre, mientras que de tenerlo, incluso siendo el apoyo insolvente, no tendría nunca, ni de manera subsidiaria, ninguna obligación directa resarcitoria. La segunda objeción a ello se puede realizar desde la óptica del principio *pro damnato*, precisamente en supuestos donde el apoyo representativo no sea solvente y, por ende, no pueda afrontar su obligación de resarcimiento, en tanto la persona a quien asiste representativamente sí cuente con patrimonio; porque ante una situación así, la víctima no tendría herramientas para ver satisfecho su crédito. Esta última, por ejemplo, es la solución que adopta el Código Civil italiano en su artículo 2047, pues si bien el sistema italiano prevé una responsabilidad por hecho ajeno basada en la culpa, permite que, en los casos en que el perjudicado no haya podido obtener la indemnización de parte del sujeto sobre quien recae la responsabilidad indirecta, el tribunal, teniendo en consideración las condiciones económicas de las partes, pueda condenar al causante del daño al pago de una indemnización equitativa.

En este aspecto debemos hacer una salvedad. La responsabilidad por hecho ajeno que asumen estos sujetos, en especial el apoyo intenso representativo, se debe a actos realizados directamente por la persona en situación de discapacidad, a consecuencia, para nuestra ley, de incumplimientos en su deber de asistencia diligente. Sin embargo, ello no se puede confundir con los supuestos en que como consecuencia de un actuar del apoyo, en atención a los deseos y las voluntades que se pudiera presumir tuviese la persona a quien asiste representativamente, y visto incluso el derecho que se defiende que tiene esta a equivocarse, y por el cual el apoyo debe actuar no en correspondencia con lo que entienda como mejor o conveniente, y para ello podría hasta seguir orientaciones preventivamente dejadas por la persona asistida cuando contaba con facultad de discernimiento, se genere un daño. En tal supuesto, no estamos ante

una responsabilidad por hecho ajeno, fundada en la culpa por falta de actuar diligente, sostenemos que aquí, por ser respetada la voluntad de la persona discapacitada, y en coherencia con el sistema asumido, la responsabilidad debe ser directa de esta, en atención a la regla del artículo 30.6, si bien mediante representación, debe entenderse que se trata de una decisión de la persona en situación de discapacidad.

Con relación a los apoyos intensos con facultades de representación, la regulación de la responsabilidad deja otras dudas, sobre todo en función del alcance de las facultades del apoyo. En primer orden es claro, según la letra del artículo 30.3, que la designación de apoyos representativos, si bien siempre excepcional, tendrá fuente o en la voluntad de la propia persona que lo necesite o por designación del órgano jurisdiccional competente. En este hilo, el apartado 5 del propio precepto, al regular los apoyos que designa de forma preventiva la propia persona, y sin establecer distinción del tipo de apoyo de que se trate, prevé que en la escritura pública notarial a tal fin otorgada, se podrá establecer, entre muchas otras cuestiones, el alcance y la forma del apoyo. Ante la falta de designación preventiva y voluntaria del apoyo, y de ser designado por el tribunal, según el artículo 31.2, y nuevamente sin distinción del tipo de apoyo, se preceptúa que el órgano jurisdiccional fijará el alcance y las responsabilidades de esto. Y a ello, el apartado 3 de igual artículo suma que la sentencia donde se fije el apoyo debe determinar y detallar, según las circunstancias específicas de cada caso, los actos a que se limita su actuar, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible; puede disponerse excepcionalmente la designación de un apoyo intenso, que sería representativo. De todo ello interpretamos, que si bien el apoyo intenso puede poseer facultades de representación, no da la impresión, según una interpretación integral y sistémica de los preceptos antes citados, de que este actuar representativo tenga

alcance general de todas las esferas de actuación de la persona. O sea, no parece tratarse de una supervivencia del sistema de tutoría derogado, solo que ahora excepcional y con nomenclatura diversa. Entendemos que si bien pareciera posible un apoyo representativo de tal naturaleza muy excepcional, la *ratio* de las normas en cuestión, y en consonancia con el modelo de la discapacidad que buscan positivar, es que esta facultad del apoyo, aun siendo representativa, no alcance a la universalidad de aspectos de la vida de la persona; de ahí que sea por voluntad propia y preventiva de la persona, o por designación judicial, que se deba fijar a qué aspectos de la vida se limitan las facultades representativas de la esfera de actuación de quien asiste.

De ser esta la interpretación correcta del sistema de apoyos intensos con facultades de representación, entendemos que se puede generar en ciertos casos una incoherencia en cuanto a la regulación de la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 90.1 del Código Civil. Este prevé de forma general, absoluta podríamos decir, la responsabilidad de este tipo de apoyo por los actos ilícitos de las personas en situación de discapacidad a quien asisten-representan; por tanto, lo hace sin graduar en la hipótesis normativa que tal responsabilidad se reduce a los actos que generen daños en los ámbitos de la vida de la persona a que le fueron circunscritas las facultades de representación. Ello, a nuestro criterio, genera una inconsistencia, pues no se le puede atribuir responsabilidad, por incumplimiento de un deber de diligencia, sobre esferas de actuación de la persona para la que no poseen una facultad de representación, ya que ello se limitó a esferas o actos concretos; cosa diversa es que tal facultad sea concebida, por la envergadura de la discapacidad, a todos los aspectos posibles, y este apoyo funcionara en la práctica, como el tutor del precedente sistema, donde sí cobra correcta aplicación lo previsto en el artículo 90.1.

De tal suerte, si el daño proviene de un acto al que no alcanzaba esta facultad representativa, sostenemos que no es de aplicación la regla de la responsabilidad por hecho ajeno del apoyo, y que, por el contrario, se debe seguir aquella de la responsabilidad por hecho propio con el régimen legal ya referido en el epígrafe precedente. Se trata de una cuestión que entendemos que al llevarse a cabo la reforma general prevista para el Código Civil debe ser quizás revisada, para lograr su adecuada compatibilidad con el sistema de la capacidad jurídica defendido.

Todo lo comentado sobre la responsabilidad de los apoyos con facultades de representación, por extensión, se aplica a los sujetos a los cuales en atención del artículo 90.2 se les haya confiado el cuidado de las personas en situación de discapacidad por estar sus apoyos designados fuera de su domicilio, en cumplimiento de misiones internacionalistas u otras tareas o deberes. No habría diferencia de tratamiento jurídico en materia de responsabilidad, pues estos sujetos, en definitiva, asumen de forma temporal, y por las circunstancias enumeradas, las mismas facultades representativas, bajo iguales reglas que los apoyos en cuestión originalmente designados.

Finalmente, para cerrar el tema de la responsabilidad por hecho ajeno, hacemos una referencia a aquella de las personas que laboran en establecimientos asistenciales. Se trata de una cuestión que desde la redacción original del Código ofrecía ya complejidades interpretativas (Roselló, 2014, p. 119) y que ahora, tras las modificaciones, tampoco vienen resueltas. Los centros asistenciales están subordinados al Ministerio de Salud Pública, y en ellos, a tenor del artículo 36 de la Ley n.º 41 de 1983, Ley de Salud Pública, son hospitalizados los pacientes con trastornos mentales, que constituyen amenaza o peligro para sí o para la convivencia social y que no controlan sus acciones ni prevén el resultado de estas; la ley, aún sin modificar y adaptar sobre la base del nuevo régimen de la

discapacidad, advierte que esta hospitalización puede ser llevada a cabo con independencia de la autorización por parte de los familiares o representantes legales, y se da cuenta al tribunal para el procedimiento legal establecido. En definitiva, es de suponer que en estos centros puedan ser hospitalizadas personas que cuenten con medidas de apoyo, sean representativas o de otra naturaleza, o que no posean ninguna.

La cuestión estriba en que este precepto, en su redacción original, encontraba sinergia con el artículo 150 del precedente Código de Familia, según el cual los directores de estos establecimientos asistenciales vendrían a ser considerados tutores de los mayores de edad incapacitados internos y no sujetos a tutela. Ello, a criterio de Rapa Alvarez (1988, citado por Roselló, 2014, p. 110), quien fuera legislador del Código Civil, generaba la responsabilidad por hecho ajeno dado que según el Código de Familia, eran entendidos tutores; cuestión que, sin embargo, resultaba objetable técnicamente, pues en primer orden ya algunas de estas personas internas podían estar sometidas a un régimen de tutela y porque, en adición, el Código Civil, como continúa haciéndolo hoy, atribuye responsabilidad a «las personas que laboran» en estos centros, y no a sus directores.

En cualquier caso, el actual Código de las Familias nada regula al respecto, y no convierte a los directores de estos centros en apoyos intensos representativos; por lo que no se puede ya establecer ningún nexo en este sentido, y la interpretación sobre los sujetos responsables queda a la exclusiva lectura de lo preceptuado en el Código Civil. En tal orden, queda latente la interrogante de quién se entenderá responsable, pues ciertamente el término utilizado en la prescripción normativa no es preciso, dado que la condición de persona que labora en el centro asistencial es enormemente amplia y abarcadora, y puede entenderse como tal a sus directores, su personal administrativo, sus médicos, su personal de vigilancia, etc. Surge, por tanto, la posibilidad de que

deba atenderse al caso concreto para entender a cuál de ellos se deba dirigir la reclamación de responsabilidad, ante el incumplimiento de un deber de asistencia y cuidado concreto; puede incluso existir una pluralidad de responsables, caso en que se debería individuar la cuota de responsabilidad de cada uno y donde operaría, además, la solidaridad, todo *ex* artículo 87 del Código Civil.

Esta forma de responsabilidad a nuestro entender subsume el resto del sistema de responsabilidad previsto con relación a las personas en situación de discapacidad. En primer orden, pues si se trata de una persona sometida a un régimen de apoyo intenso con facultades de representación, al estar hospitalizada en estos centros, deja de operar la regla del artículo 90, y deja de ser el apoyo en cuestión de quien asuma la responsabilidad extracontractual, que pasa a pesar sobre los trabajadores del centro asistencial. En segundo orden, porque de tratarse de una persona no asistida por apoyo intenso, y por ende responsable directamente de sus hechos propios, a tenor de todo el régimen ya analizado, desde el momento en que entra a ser interna, deja ser responsable de la consecuencia de sus actos. Lo peculiar, en cualquier caso, es que la regulación sobre la responsabilidad civil que recae sobre estos centros atenta en cierta medida contra el sistema general de la capacidad regulado; pues lejos de entender, en todo caso, a los trabajadores de estas instituciones, que cuentan claramente con funciones asistenciales de salud, como apoyos institucionales en sentido genérico, les da de forma absoluta, y sin distinción de la situación de discapacidad de que se trate, y del nivel de discernimiento de la persona asistida, y al menos en lo que a responsabilidad civil se trata, el mismo tratamiento de un apoyo intenso con facultades de representación; cuestión que, en cualquier caso, afecta una esfera de la autonomía de la persona, aquella de la responsabilidad por sus actos.

4. CONCLUSIONES

A grandes rasgos podemos afirmar que el ordenamiento jurídico cubano se ha atemperado a las exigencias que en materia de capacidad jurídica civil realiza el artículo 12 de la CDPC. Ello se ha traducido en un reconocimiento a la capacidad jurídica de hecho de las personas en situación de discapacidad, al proscribir mecanismos sustitutivos del ejercicio de los derechos de la persona, y al sustituirlos por sistemas de apoyos, y ajustes razonables, que faciliten y acompañen el libre ejercicio de la voluntad. No obstante, aunque de manera excepcional, viene prevista la posibilidad de la designación, sea por voluntad anticipada de la persona, o por decisión del tribunal competente, de un apoyo intenso con facultades de representación, lo que demuestra que el legislador no ha asumido de forma absoluta o fundamentalista el paradigma convencional, y deja una puerta abierta a los mecanismos de sustitución de la persona, si bien de forma mínima y de *ultima ratio*.

Ahora bien, como se viene a identificar en la ley la capacidad de ejercicio de derechos de toda persona, incluyendo aquella en situación de discapacidad, con la mayor autonomía posible, existe una contrapartida en la legislación civil al pleno reconocimiento de derechos, y es el reconocimiento de la responsabilidad jurídica civil, consagrada en gran parte con la regulación del nuevo artículo 30.6 del Código Civil. Sin embargo, y pese a ello, la reforma a la capacidad jurídica no alteró en esencia el resto de las normas de responsabilidad civil previstas en los artículos 81 y siguientes del Código. De tal forma, en cuanto a la responsabilidad derivada por actos de las personas en situación de discapacidad, conviven en el Código Civil cubano la responsabilidad directa o por hecho propio del agente causante del daño, y la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno que recae sobre apoyos con facultades de representación y de quienes laboran en centros asistenciales.

Podemos decir que en atención a la responsabilidad por hecho ajeno, y en miras a la futura reforma integral prevista al Código Civil, se pudiese valorar una mayor objetivación de la responsabilidad en los supuestos donde asista un apoyo intenso con facultades de representación, lo cual debería ir acompañado de la exclusión de la responsabilidad absoluta de estos apoyos intensos, pues su responsabilidad debería solo referirse a las esferas o ámbitos de la vida de la persona apoyada a los que alcance su facultad representativa. Tal responsabilidad, de igual forma, y dada su posible objetivación, podría ser de carácter subsidiario o, al menos, comprender la posibilidad de repetir contra la persona que apoya, como causante directo del daño. Del mismo modo, entendemos que se hace necesaria una regulación más clara y ajustada a la diversidad de situaciones de discapacidad, y, por ende, de necesidades de apoyo, de la responsabilidad de los centros asistenciales donde se hospitalicen personas con enfermedades psiquiátricas o situaciones de discapacidad intelectual.

En definitiva, entendemos que resulta loable y acertado el reconocimiento, como norma, de la responsabilidad por hecho propio, así como la imposibilidad de oponer a esta la existencia de una situación de discapacidad intelectual al valorarse la diligencia de actuación, en función del factor de atribución subjetivo que consideramos continúa defendiendo el Código. Sin embargo, la diligencia debe interpretarse, y así se debería positivar normativamente en el futuro, según las barreras, sobre todo de accesibilidad, y por falta de apoyos, que deba enfrentar la persona en el ejercicio de sus derechos. De no valorarse de esta forma se discriminaría a la persona, ya que se le exigiría una diligencia ordinaria, pero no se le darían las herramientas indispensables para poder superar las barreras sociales y colocar materialmente a la persona en condición de igualdad. En definitiva, la igualdad, y la responsabilidad que ella genera en el ejercicio de los derechos, no se alcanza con su mero

reconocimiento; para hacerla efectiva debe venir acompañada de mecanismos de discriminación positiva que permitan realmente a la persona superar los obstáculos que enfrenta y que obstaculizan su desenvolvimiento social en igualdad de condiciones.

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (2002). *Derecho civil I. Introducción y parte general* (15.^a ed.). Bosch.
- Aleza, J. F. (2015). Régimen legal de atención y protección de las personas con discapacidad. En J. L. Beltrán y A. Ezquerro (dirs.), *Atención y protección jurídica de la discapacidad* (pp. 35-68). Aranzadi.
- Arnau, F. (2003). *Derecho civil I (El derecho privado. Derecho de la persona)*. Universitat Jaume I.
- Barba, V. (2021). La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), 274-307.
- Bariffi, F. J. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Ediciones Cinca.
- Campoy, I. (2017). *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Laborum.
- Casado, L. (2016). *Guía. Cómo mejorar la accesibilidad universal en el gran consumo: una herramienta de mejora competitiva y social*. Marketing Inclusivo.
- Cifuentes, S. (1999). *Elementos de derecho civil. Parte general* (4.^a ed., actualizada y ampliada). Astrea.

- Díaz, M. M. (2000). La persona individual. En C. C. Valdés (coord.), *Derecho civil. Parte general* (pp. 105-149). Félix Varela.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de derecho civil: Vol. II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad civil extracontractual*. Tecnos.
- Falco, M. de (2021). Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, (4), 429-452.
- Gallego, I. (2009). Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas. En D. Bello (coord.), *Cuestiones actuales de responsabilidad civil* (pp. 13-50). Reus.
- García Alguacil, M. J. (2016). *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Reus.
- García Garnica, M. C. (2011). Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia. En M. C. García Garnica (dir.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad* (pp. 31-40). Aranzandi.
- Gete-Alonso y Calera, M. C. (2021). Conceptualización de la capacidad: del paternalismo a la autonomía. En G. Cerdeira y L. B. Pérez (dirs.), *Un nuevo enfoque para las personas con discapacidad* (pp. 25-48). Ediciones Olejnik.
- González, A. K. (2010). *Personas con discapacidad*. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Iglesias, M. G. (2019). La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el discurso jurídico «por motivo de discapacidad». En L. B. Pérez y L. M. Pagano (dirs.), *Discapacidad y modelo social. Enfoque desde la doctrina y la jurisprudencia* (pp. 3-40). Erreius.

- Lidón, L. (2013). Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos. *Revista Española de Discapacidad*, 1(1), 47-72.
- Llamas, E. (2021). Discapacidad y responsabilidad civil. En E. Llamas, N. Martínez y E. Toral (dirs.), *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (pp. 272-302). Wolters Kluwer.
- Medina, M. (2014). Comentarios al artículo 99. En L. B. Pérez (dir.), *Comentarios al Código Civil cubano: T. I. Disposiciones preliminares, Libro Primero, Relación jurídica, volumen III (artículos del 81 al 126)* (pp. 201-225). Félix Varela.
- Moreno, M. D. (2022, 11 de julio). La responsabilidad civil extracontractual de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio: una visión crítica. *Diario La Ley*. <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4259/ARTICULO%20DOCTRINAL%20DISCAPACIDAD..pdf>
- Ojeda, N. y Delgado, T. (2000). *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*. Félix Varela.
- Palacios, A. (2015). Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En E. Salmón y R. Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 9-34). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pelegriño, L. A. (2020). Dación de órganos y personas con discapacidad. Una visión desde el derecho positivo cubano. *Revista Cubana de Derecho*, (56), 125-150.

- Pereira, J. (2021). El polémico artículo 12 de la Convención de New York: algunas claves para descifrarlo a más de una década de su adopción. En G. Cerdeira y L. B. Pérez (dirs.), *Un nuevo enfoque para las personas con discapacidad* (pp. 63-84). Ediciones Olejnik.
- Pérez, L. B. (2007). Breves notas sobre el Código Civil cubano a propósito de los veinte años de su promulgación. Especial referencia al derecho de obligaciones y contratos. *Revista Cubana de Derecho*, (30), 115-129.
- Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de derecho civil. Parte general* (3.^a ed. actualizada, t. I). Abeledo Perrot.
- Rivera, J. C. y Crovi, L. D. (2016). *Derecho civil. Parte general*. Abeledo Perrot.
- Roselló, R. (2014). Comentarios a los artículos 90, 91 y 92. En L. B. Pérez (dir.), *Comentarios al Código civil cubano: T. I. Disposiciones preliminares. Libro primero: Relación jurídica, volumen III (artículos del 81 al 126)* (pp. 90-129). Félix Varela.
- Ruggiero, R. de (1929). *Instituciones de derecho civil. Volumen primero. Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*. Reus.
- Santoro-Passarelli, F. (2012). *Dottrine generale del diritto civile* (9.^a ed.). Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- Tantaleán, R. M. (2019). La discapacidad. Anotaciones al decreto legislativo 1384. *Derecho y Cambio Social*, (56), 199-229.
- Torres, M. A. (2015). Derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación. Derechos civiles y políticos de las personas discapacitadas (accesibilidad universal, educación inclusiva, empleo público, contratación pública). En J. L. Beltrán y A. Ezquerra (dirs.), *Atención y protección jurídica de la discapacidad* (pp. 69-124). Aranzadi.

Valdés, C. C. (2013). Comentarios al artículo 30. En L. B. Pérez (dir.), *Comentarios al Código civil cubano: T. I. Disposiciones preliminares. Libro primero: Relación jurídica, vol. I (artículos del 1 al 37)* (pp. 491-511). Félix Varela.

Valdés, C. C. (2023). Nueva visión de la capacidad jurídica y los cambios esenciales a su regulación a partir del Código de las Familias. En L. B. Pérez (coord.), *Las recientes reformas al Código Civil cubano (a propósito de la Ley n.º 156/2022, de 22 de julio, Código de las Familias)* (pp. 19-36). Ediciones Olejnik.

Yáñez, F. (2012). The 2006 New York Convention and Obligations of Persons with Disabilities: Liability for Damages within the Scope of Civil Law and Common Law. *Comunitania. Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, (3), 9-27.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Autoría única del autor en la investigación, la redacción y la aprobación de la versión final.

Agradecimientos

El autor agradece al profesor Leonardo B. Pérez Gallardo por las observaciones y las revisiones brindadas en la redacción del presente manuscrito.

Biografía del autor

Luis Andrés Pelegrino Toraño. Abogado, graduado y titulado como licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana (UH), Cuba, en el año 2015. Doctorando a tiempo completo de Derecho de los Consumidores de la Università degli Studi di Perugia, Italia, y doctorando a tiempo completo de

Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, España. Es autor de artículos y capítulos de libros en materias de derecho civil, derecho de los consumidores y derecho de familia. Es colaborador en diferentes revistas jurídicas de prestigio, entre las cuales se encuentra la *Revista Oficial del Poder Judicial* y la *Revista Cubana de Derecho*.

Correspondencia

luisandres.pelegrinatorano@studenti.unipg.it

luisapt1991@gmail.com (correo personal para comunicaciones y consultas)

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023, 113-126

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i20.794

El mal llamado anticausalismo tributario desde el causalismo realista

The so-called tax anticausalism from realistic
causalism

O mal chamado anticausalismo tributário do
causalismo realista



IGNACIO A. NIETO GUIL
Diario *La Prensa* (1869)
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: ignacionieto.g@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0003-7813-4383>

RESUMEN

La disputa histórica entre la doctrina causalista y anticausalista ha generado diversas controversias a lo largo de los años. En este sentido, una parte de la doctrina niega la importancia de la causa. Por otro lado, hay quienes defienden dicha postura como un elemento esencial. Y, finalmente, se hallan posiciones intermedias que la aceptan parcialmente. Por tal motivo, en el presente trabajo se intenta resolver el conflicto entre aquellos que pretenden vincular la causa como un principio rector dentro del derecho tributario y,

por el contrario, autores que pretenden desvincular el fenómeno causal, pues esgrimen que se trataría de una posición extrajurídica. En efecto, la filosofía, como herramienta de todo conocimiento válido, sienta las bases del recto pensar para armonizar, dentro de cada ciencia particular, los principios que le ayudarán a dar solidez al conjunto de ideas. Justamente, el realismo jurídico es el vínculo perfecto entre el derecho y el mundo filosófico para adecuar el estudio del conjunto legal a la realidad, ya que de lo contrario se caería en una postura puramente sistémica y, por tanto, ajena a toda objetividad, siempre necesaria a la hora de validar conocimiento.

Palabras clave: derecho tributario; causalismo realista; anticausalismo.

Términos de indización: tributación; teoría legal; doctrina económica (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The historical dispute between the causalist and anti-causalist doctrine has generated various controversies over the years. In this connection, a part of the doctrine denies the importance of the cause. On the other hand, there are those who defend this position as an essential element. And finally, there are intermediate positions that partially accept it. For this reason, this paper attempts to solve the conflict between those who seek to link the cause as a guiding principle within tax law and, on the contrary, authors who seek to unlink the causal phenomenon, claiming that it would be an extra-legal position. Indeed, philosophy as a tool of all valid knowledge lays the foundations of correct thinking to harmonize, within each particular science, the principles that will help give solidity to the set of ideas. Precisely, legal realism is the perfect link between law and the philosophical world to adapt the study of the legal complex to reality, since otherwise, it would fall into a purely systematic

position and, therefore, alien to all objectivity, which is always necessary when validating knowledge.

Key words: tax law; realistic causality; anticausalism.

Indexing terms: taxation; legal theory; economic doctrines (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A disputa histórica entre a doutrina causalista e a antidoutrina causal gerou diversas controvérsias ao longo dos anos. Nesse sentido, uma parte da doutrina nega a importância da causa. Por outro lado, há aqueles que defendem essa posição como um elemento essencial. E, finalmente, existem posições intermediárias que a aceitam parcialmente. Por esse motivo, no presente trabalho, busca-se resolver o conflito entre aqueles que pretendem vincular a causa como um princípio orientador dentro do direito tributário e, ao contrário, autores que pretendem desvincular o fenômeno causal, argumentando que seria uma posição extrajurídica. De fato, a filosofia, como ferramenta de todo conhecimento válido, estabelece as bases do pensamento correto para harmonizar, dentro de cada ciência particular, os princípios que ajudarão a dar solidez ao conjunto de ideias. Precisamente, o realismo jurídico é o elo perfeito entre o direito e o mundo filosófico para adequar o estudo do conjunto legal à realidade, pois, caso contrário, cairíamos em uma postura puramente sistêmica e, portanto, alheia a toda objetividade, sempre necessária ao validar o conhecimento.

Palavras-chave: direito tributário; causalismo realista; anticausalismo.

Termos de indexação: tributação; teoria jurídica; doutrinas econômicas (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 23/6/2023
Aceptado: 29/11/2023

Revisado: 4/7/2023
Publicado en línea: 30/12/2023

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho posiblemente se presentan muchos interrogantes como teorías que intentan resolverlas. Naturalmente, el ordenamiento jurídico-tributario no es ajeno a esta problemática, pues la noción de *causa* ha generado varias controversias doctrinales a lo largo de los años. El maestro del derecho financiero Carlos M. Giuliani Fonrouge (2004), al tratar el tema de la causa en la obligación tributaria, sostiene que «se produce, pues, en el derecho financiero, un problema que ha apasionado a los cultores del derecho privado, pues frente a aquella corriente doctrinal —causalismo—, aparece otra que le niega trascendencia y sostiene que carece de significación —anticausalismo—» (pp. 406-407). Luego de desarrollar la temática, asevera en su conclusión: «no es posible saber a ciencia cierta, qué es o en qué consiste la causa en el derecho financiero» (Giuliani, 2004, p. 421). Sin embargo, antes de entrar de lleno a la disputa planteada, la filosofía se presenta como un auxiliar vital para zanjar aquellas cuestiones que luego importarán en el ámbito del derecho. Y esta última, precisamente, no puede ser ajena a las nociones que nos ayudan en el recto pensar o, en otras palabras, en la búsqueda de adecuar el intelecto al «ser», que no es otra cosa que ser fiel a la realidad.

2. NOCIONES PREVIAS PARA ENTENDER EL CONCEPTO DE CAUSALIDAD DESDE LA FILOSOFÍA

En efecto, la noción de causa proviene del mundo clásico. Fue Aristóteles quien describió notablemente el concepto aludido en los libros de la *Metafísica* y la *Física*. Se puede definir la causa, desde la óptica aristotélica, como:

El principio de un ser o de una operación o movimiento del ser, es decir, es un principio o elemento constituyente del ser,

sin el cual el ser o una cosa cualquiera, animada o inanimada, racional o irracional, no puede llegar a existir. (Sacheri, 2016, p. 58)

Precisamente, el tributo tanto en su origen como en la obligación tributaria para que esta proceda y tenga razón de ser o existencia necesita una causa que la habilite como tal en la búsqueda de una justicia conmutativa, como luego se verá.

Es en este sentido expuesto que existen cuatro causas. La primera es la causa material, es decir, aquello con lo que está hecha una cosa. La segunda es la causa final, esto es, aquella por la cual se hace algo. La tercera es la causa formal o aquella por la cual una cosa es lo que es, o sea, su esencia, que define que una cosa sea esto y no aquello. Y, finalmente, la causa eficiente, en virtud de cuya acción el agente produce un efecto o es iniciador de un proceso causal (Sacheri, 2016, p. 59). Platón, por su parte, aseveró: «lo que nace, nace necesariamente de una causa, pues es imposible que algo, sea lo que sea, pueda nacer sin causa» (*Timeo*, 28c). Ubicados ahora en el pensamiento de la Edad Media, en la figura de Santo Tomás de Aquino —cuya base intelectual es la filosofía aristotélica—, tomó estas mismas nociones, aunque con alguna variante, ya que continuó y profundizó notablemente las aportaciones del filósofo griego (Ponferrada, 1983, p. 28). Consecuentemente, el aquinate sostiene al igual que Aristóteles las cuatro causas antes mencionadas con otros aportes metafísicos que enriquecen aún más la noción de causa, que sería excesivo de explicar en el presente artículo además de su complejidad manifiesta —aunque luego se verán en concreto al tratar el tema de los tributos—. Así, la causa es determinante para el cambio en el mundo, pues todo cuanto se mueve es causado por algo que fundamenta dicho movimiento. De aquí que el anticausalismo, además de ser puro subjetivismo ideológico de corte idealista, no tiene razón de ser ni existencia porque es, en efecto, una construcción puramente ideal, puesto que todo en cuanto es

en la realidad procede de una causa. Entonces, se puede sentenciar que toda concepción teórico-jurídica debe respaldarse y descansar, valga la redundancia, en los mandatos de la realidad; y la causa por consiguiente es un presupuesto de lo real.

3. LA PROBLEMÁTICA EN EL DERECHO: TEORÍAS CAUSALISTAS (REALISTAS) Y MAL LLAMADAS ANTICAUSALISTAS (O CAUSALISMO POSITIVO O SISTÉMICO)

De tal modo, llegamos al punto que interesa develar en el mundo jurídico. En la interpretación proveniente del mundo filosófico, la noción, en este caso de causa, forma parte del realismo. En cambio, el precario mundo jurídico de las teorías puras muchas veces se vale de constructos ideales o, en otras palabras, de una dogmática cerrada, cuyo fundamento se encuentra en el sistema que se erige, y en la mayoría de los casos, no guarda relación con la realidad misma de las cosas. Pretenden encerrar el derecho en un ámbito aparte que se desconecta, justamente, de una mirada que interprete y penetre de manera adecuada el mundo orientándose a la verdad. Naturalmente, sería más acorde hablar de realismo jurídico, es decir, la íntima conjunción entre lo jurídico y lo real para entender aquellos fenómenos que se suscitan en la realidad, como es el principio de causa aquí tratado, que busca explicar el origen de la causa del tributo —en un carácter genérico— y en la causa de la obligación tributaria —en un carácter específico—, que se tratará en el siguiente apartado.

En este orden de ideas, en el ámbito del derecho se hallan dos corrientes antagónicas y una intermedia que acepta parcialmente la causa: las teorías jurídicas del causalismo, que defino como realista; y el anticausalismo, que llamaré causalismo positivo o sistémico. La primera, proveniente del derecho privado, propugna que la causa constituye un elemento esencial de la obligación, junto con la capacidad, el objeto, el consentimiento, etc.; y se puede entender como la

finalidad perseguida por las partes, es decir, móviles determinantes, motivos, su razón de ser, los fines últimos, objetiva y socialmente apreciable, que, por otro lado, el ordenamiento jurídico reconoce y tutela (Giuliani, 2004, p. 407). En contrapartida, el mal llamado anticausalismo rechaza la causa como un elemento constituyente de la obligación, pues solo la integran el consentimiento, la capacidad y el objeto (Juanes, 2012); y para ello los autores se basan en que la causa no puede explicar el vínculo entre el acto y los motivos, además de desvincularla del ámbito jurídico con el argumento de que se trata de una posición extrajurídica o metajurídica (Giuliani, 2004, p. 409).

En el caso del derecho tributario, las doctrinas mencionadas anteriormente convergen en establecer si existe o no la causa tanto en tributo como en la obligación tributaria, y se hallan las más variadas respuestas que a continuación se intentará esclarecer.

4. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO: LA CAUSA DEL TRIBUTO Y DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La materia tributaria no fue ajena a la disputa mencionada entre los tratadistas del derecho privado, hasta el punto de no lograr una solución adecuada por parte de la doctrina. Como toda rama del derecho, se debe indagar en el fundamento de esta o, lo que equivale, su razón de ser, las causas que la constituyen y su finalidad. *El tributo no puede nacer sin causa que la justifique ni tampoco puede carecer de finalidad que oriente su legítima creación, pues de lo contrario se tornaría manifiestamente arbitraria su imposición.* El Estado moderno definitivamente es un constructo puramente ideal o específicamente un ente de razón (Fernández, 2010), o, para ser más claro, su esencia corresponde a la de un «ser mental» a contrario sensu de un «ser real». Además, justificado por una inexistente teoría del contractualismo, parece obrar sin causas que prueben de manera

efectiva su proceder y dirijan hacia fines reales, como la potestad de crear y establecer tributos al conjunto social, ya que aquí surge el interrogante a saber: ¿de dónde proviene esa potestad estatal más allá del fundamento constitucional y a la postre legal o jurídico? De seguro quedará para el ámbito de la filosofía política que reconozca el fundamento del Estado y a partir de allí su potestad de establecer tributos, pero vale, sin embargo, preguntarnos en relación con los tributos: cuál es su razón de existir.

No obstante, es por esta misma desconexión que se mencionaba en el apartado anterior entre el derecho y la realidad, que se vincula, al mismo tiempo, al Estado; y justamente desde una mirada *ontológica* funciona en tantos casos sin un basamento con lo real. Divorciada de lo moral y las categorías de justo o injusto por fuera de lo estrictamente positivo o lo que el sistema vigente cataloga como justo o injusto dentro de un ámbito cerrado de ideas. Precisamente se llega, incluso, a legalizar leyes de una injusticia manifiesta, ya que a los mecanismos modernos de generación de leyes poco importan siempre y cuando estas sean acordes al formalismo sistémico y por detrás de los cánones políticos que manipulan el sistema a través de entramados de poder —que no compete aquí desarrollar por pertenecer al campo de estudio de la sociología—.

Por su parte, la doctrina diferencia entre lo que es causa del tributo y causa de la obligación tributaria, que no deben ser confundidas pero tampoco separadas entre sí, ya que la primera es correlativa de la segunda. Algunos juristas no son partícipes de asimilar ambas causas, pues, precisamente, o bien las separan vinculando la causa del tributo a un ámbito extrajurídico o bien llegan incluso a negar ambos aspectos íntimamente vinculados entre sí. La causa del tributo es el principio rector que orienta la realidad jurídica y se inserta en la obligación tributaria y, ciertamente, solo desde allí es posible definir la causa de la obligación tributaria, de lo contrario carecería de fundamento.

En este sentido, la causa del tributo debe entenderse como el fundamento legitimador o su razón justificadora: el porqué del tributo, su legitimidad y su finalidad. Asimismo, esta noción es falsamente vinculada a un presupuesto prejurídico o extrajurídico, puesto que sería desvincular los fundamentos y las causas primeras que legitiman la ciencia jurídica. Consecuentemente, aquí sostengo una posición contraria al positivismo jurídico, que solo funciona dentro de un sistema como si la realidad y los fundamentos no existieran o poco importaran. Nuevamente, Carlos M. Giuliani Fonrouge al examinar el desarrollo histórico de la teoría de la causa cita a Santo Tomás de Aquino, quien distingue en impuestos justos o con causa, los cuales deben pagarse; e impuestos injustos o sin causa, o sea, cuando hay un proceder arbitrario e ilegítimo del Estado no deben pagarse. Distingue Santo Tomás en *causa finalis*, vinculada al bien común que tiene como finalidad el tributo; *causa efficiens*, que se refiere a la potestad tributaria actuando dentro de sus límites; *causa formalis*, es decir, la relación proporcional entre el tributo y las posibilidades del individuo; y finalmente *causa materialis*, que indica las personas o las cosas susceptibles de imposición (Giuliani, 2004, p. 410).

Ahora bien, la causa como elemento técnico y esencial de la obligación tributaria —junto a la capacidad tributaria, los sujetos, el objeto y el hecho generador—, es la que justifica el vínculo jurídico o, más específicamente, la relación jurídico-tributaria entre un polo activo o Estado, que actúa a través del ejercicio de su poder tributario, y un polo pasivo o contribuyente, quien debe cumplir una prestación fijada por la ley. Además, debe darse un presupuesto de hecho objetivo que la misma ley reconoce como generador de la obligación tributaria, para establecer, por consiguiente, un vínculo entre el polo pasivo con el polo activo. Sin embargo, para que este elemento técnico mencionado tenga legitimidad, más allá del principio de legalidad o ley previa, debe fundamentarse en la causa

antes explicada; de lo contrario, su imposición, incluso cuando esté avalada por la ley, se tornaría ilegítima. Y es por este motivo que la causa tributaria es prioritaria y fundamental para el nacimiento del tributo, para la legitimidad de la obligación tributaria y finalmente para su imposición. Un juez, por un principio de razonabilidad, por ejemplo, podría determinar ilegítimo un tributo por ser la *causa del tributo injusta*, aunque cumpla con los presupuestos de los mecanismos legales o positivos, por no respetarse la *causa finalis*, la *causa efficiens*, la *causa formalis* o la *causa materialis* rectoras de todo tributo justo, que serían, definitivamente, sus presupuestos de origen.

5. IMPORTANCIA DE LA CAUSA: LÍMITES AL PODER TRIBUTARIO Y A SU EJERCICIO ABUSIVO POR PARTE DEL ESTADO (DESDE UNA BASE ESTRICTAMENTE MORAL QUE FUNDAMENTA LA REALIDAD Y NO DESDE LA LEGALIDAD POSITIVO-CONSTITUCIONAL)

Por lo desarrollado hasta aquí se ha buscado explicar la causa desde una noción *ontológica*, que desde luego deberá insertarse y vincularse al derecho. Tomar ese elemento de la realidad para luego armonizar lo jurídico debería ser la apuesta sana de todo el conjunto legal que pretenda ser justo, puesto que de lo contrario no lograría esa finalidad. Es un peligro que la conciencia pragmática y escéptica construya rascacielos de sistemas donde los operadores y los doctornarios del derecho se encierran bajo altas murallas sin contemplar un mínimo de la realidad. La misma realidad es fundante del saber, y es allí donde el recto pensar debe adecuar el sujeto al objeto para hacer ciencia válida. Es por ello que cuando los operadores jurídicos hacen doctrina desde el escepticismo conlleva, asimismo, un grave peligro para la realización de justicia. Y es a partir de allí que los derechos fundamentales quedan a merced de ser vulnerados por los rascacielos sistémicos.

Igualmente, el discernimiento moral de lo justo e injusto en su realidad concreta debe fundamentar la realidad jurídica, adecuándose mutuamente para ser un firme complemento. Y la causa como principio rector, justamente, se convierte en un amparo ante la potestad cuasi omnipotente y arbitraria del Estado moderno, más allá de los mecanismos constitucionales y positivo-legales que en muchos casos vulneran los mandatos dictados por la recta razón que deben orientarse al bien. Aquellos que pretenden dogmatizar el sistema suelen tener una visión corta, pues no pueden ver más allá del constructo legal a partir de un edificio que no tiene bases y, por tanto, se tambalea en el aire con el peligro de desmoronarse. La ley ultrapositiva puede ser interpretada y cambiada a gusto siempre y cuando se respete el formalismo dogmático. Y la realidad empírica ya ha demostrado la gran cantidad de leyes injustas formuladas por el sistema legal actual, incluso vulnerando los mismos mandatos constitucionales; y, sin embargo, como la «ética jurídica» vigente las legitima *a contrario sensu* de una *moral ontológica* y realista, nada se hace contra esa arbitrariedad manifiesta. Mas se piensa que solo a través del sistema se resuelven tales inconvenientes, en total enajenación a los principios morales y de justicia que son causa del derecho.

Dicho lo anterior, la causa en el derecho tributario legitima la objetividad de la imposición del tributo y se halla asequible por la recta razón, que será, a su vez, fundante de la ciencia tributaria en un sentido realista, ya que se parte de la realidad de las cosas. La constitución y la ley no pueden despegarse de los principios morales que hacen del sistema jurídico un ámbito que debe tender a la finalidad de justicia. En el caso del ámbito del derecho tributario, hacia una *justicia conmutativa*.

6. CONCLUSIÓN

Empero, sostengo que los aportes precedentes se vinculan a una tesis objetiva y realista desde el punto de vista ético/filosófico, que muy bien pueden ser rechazadas por las tesis positivistas que en el fondo proclaman un puro subjetivismo, ya que al no ampararse en mandatos objetivos de la realidad divagan a un nivel puramente mental. En otras palabras, el mal llamado anticausalismo o causalismo positivo o sistémico opera a través de la causa, aunque por medio de un subjetivismo ideal o mental y no real desde el punto de vista epistémico; porque sería imposible encontrarse con cuestiones que tengan causas y otras que no tanto en la existencia real que sostiene el realismo, como ideal o sistémica que proclama el positivismo; ideología que, por otro lado, pretende ligar el derecho exclusivamente a esta última visión sesgada, olvidando que emana y debe orientarse hacia la realidad, pues de lo contrario no tendría razón de ser. Finalmente, es por este motivo que desvinculan el derecho de las nociones morales que, a su vez, son concretas y asequibles por la rectitud del intelecto que comprende las causas que proceden en la realidad. Precisamente el derecho tiene como causa final la realización y aplicación de justicia, que no es otra cosa que una finalidad moral, y lo jurídico debe iluminarse desde allí.

REFERENCIAS

- Fernández, J. L. (2010). El ente de razón. En F. Fernández y J. A. Mercado (eds.), *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*. http://www.philosophica.info/archivo/2010/voces/ente_de_razon/Ente_de_razon.html
- Giuliani, C. M. (2004). *Derecho financiero* (9.^a ed., t. I). La Ley.
- Juanes, N. (2012). La causa del contrato. *Revista de la Facultad*, 3(1), 39-52. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/download/5962/6859>

Platón (1973). *Timeo* (F. de P. Samaranch, trad.). Aguilar.

Ponferrada, G. E. (1983). Las causas en Aristóteles y Santo Tomás. *Sapientia*, 38(147), 9-36. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/14481/1/causas-aristoteles-santo-tomas.pdf>

Sacheri, C. A. (2016). *Filosofía e historia de las ideas filosóficas*. Ediciones Escipión, Mendoza.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Autoría única.

Agradecimientos

El autor agradece los alcances brindados por el Dr. Jorge Chávez Descalzi para la publicación del presente artículo doctrina. También es oportuno señalar un agradecimiento a los miembros de la *Revista Oficial del Poder Judicial* por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Ignacio A. Nieto Guil es abogado por la Universidad Nacional de San Luis (Argentina). Ha publicado en diversos medios nacionales e internacionales, entre los que se destacan: Cruz del Sur Centro de Estudios (Buenos Aires, Argentina), Fundación Libre (Córdoba, Argentina), Finanzas San Luis (Argentina), Biblioteca Kierkegaard Argentina (Buenos Aires), La Abeja (Lima, Perú), España Confidencial (Pamplona, Navarra), Tradición Viva (Madrid, España), Chesterton.es (Madrid, España) y el diario digital *Nueva Tribuna* (Madrid, España). En el diario *La Prensa* «1869» de Buenos Aires en su versión digital e impresa en las secciones de Cultura, Opinión y Economía. Asimismo, en la sección Opinión del diario *El Litoral* «1918» (de la provincia de Santa Fe) en su versión digital e impresa. Otros diarios como la *Nueva Rioja* (La Rioja,

Argentina) o sitios digitales de distintos lugares de la Argentina han reflejado sus publicaciones. Citado por diversos periódicos internacionales, entre ellos, el diario de circulación *La Primera*, de Lima, Perú, y *Diario Público*, de Madrid, España, y por el Instituto de Estudios Filosóficos Leonardo Polo de España. Es autor de *La noticia eterna* (2023), de Alfa Ediciones.

Correspondencia:

ignacionieto.g@gmail.com

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023, 127-161

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u15i20.806

Sistema Nacional Anticorrupción: La paradoja entre el combate a la corrupción gubernamental y la violación de los derechos humanos en México

National anti-corruption system: the paradox between the fight against government corruption and the violation of human rights in Mexico

Sistema Nacional Anti-Corrupção: o paradoxo entre a luta contra a corrupção governamental e a violação dos direitos humanos no México



EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ
Universidad Autónoma Metropolitana
(Ciudad de México, México)

Contacto: al2231800572@azc.uam.mx
<https://orcid.org/0000-0001-6845-8294>

El derecho es un instrumento de la política y a su vez una estrategia de control social, que sirve para distender en el tiempo las tensiones y las probables soluciones, enseñando a las partes en litigio, a esperar una decisión final, que no se sabe si llegue, o en qué sentido llegará, pero lo que resulte será la justicia del dominante, que tendrá la razón, aunque no la tenga.

Dr. Augusto Sánchez Sandoval

RESUMEN

La corrupción se ha convertido en un problema sistémico en México, que socava los cimientos de la Administración pública y genera consecuencias devastadoras para la sociedad en general. El escrito aborda los diferentes aspectos en los que la corrupción afecta la administración estatal, como el nepotismo, el soborno y el mal uso de los recursos públicos. Estos fenómenos minan la eficiencia y la transparencia en la gestión gubernamental, obstaculizando el acceso equitativo a los servicios básicos y limitando el desarrollo del país. Además, se analiza cómo la corrupción afecta los derechos humanos de las personas en México. La falta de integridad y la impunidad que prevalecen en los actos corruptos generan un clima de injusticia y vulnerabilidad para la ciudadanía; en donde la corrupción socava la igualdad de oportunidades, perpetúa la desigualdad socioeconómica y obstaculiza la protección de los derechos fundamentales, como el acceso a la justicia, la educación y la salud. En conclusión, este artículo resalta la estrecha relación entre la corrupción en la esfera administrativa del Estado mexicano y la violación de los derechos humanos. La lucha contra la corrupción no solo es fundamental para la consolidación de un gobierno transparente y eficiente, sino también para garantizar una sociedad justa y equitativa, en la que todos los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

Palabras clave: Administración pública; corrupción gubernamental; derechos humanos; Estado democrático de derecho; intervención social.

Términos de indización: Administración pública; corrupción política; violación de los derechos humanos (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

Corruption has become a systemic problem in Mexico, undermining the foundations of public administration and generating devastating consequences for society at large. The paper addresses the different aspects in which corruption affects the state administration, such as nepotism, bribery and misuse of public resources. These phenomena undermine efficiency and transparency in government management, hindering equitable access to basic services and limiting the country's development. It also analyzes how corruption affects the human rights of people in Mexico. The lack of integrity and impunity that prevail in corrupt acts generate a climate of injustice and vulnerability for citizens; where corruption undermines equal opportunities, perpetuates socio-economic inequality and hinders the protection of fundamental rights, such as access to justice, education and health. In conclusion, this article highlights the close relationship between corruption in the administrative sphere of the Mexican State and the violation of human rights. The fight against corruption was essential not only for the consolidation of transparent and efficient government, but also to ensure a fair and equitable society in which all citizens could fully exercise their fundamental rights.

Key words: Public administration; Government corruption; Human rights; Democratic rule of law; Social intervention.

Indexing terms: public administration; political corruption; human rights violations (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A corrupção tornou-se um problema sistémico no México, minando as bases da administração pública e gerando consequências devastadoras para a sociedade em geral. O artigo aborda os diferentes aspectos em que a corrupção afecta a administração

do Estado, como o nepotismo, o suborno e a utilização indevida de recursos públicos. Estes fenómenos comprometem a eficiência e a transparência da gestão governamental, dificultando o acesso equitativo aos serviços básicos e limitando o desenvolvimento do país. Analisa também a forma como a corrupção afecta os direitos humanos das pessoas no México. A falta de integridade e a impunidade que prevalecem nos actos de corrupção geram um clima de injustiça e vulnerabilidade para os cidadãos; a corrupção mina a igualdade de oportunidades, perpetua a desigualdade socioeconómica e dificulta a protecção dos direitos fundamentais, o acesso à justiça, à educação e à saúde. Em conclusão, este artigo salienta a estreita relação entre a corrupção na esfera administrativa do Estado mexicano e a violação dos direitos humanos. A luta contra a corrupção era essencial não só para a consolidação de um governo transparente e eficiente, mas também para garantir uma sociedade justa e equitativa em que todos os cidadãos pudessem exercer plenamente os seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: administração pública; corrupção governamental; direitos humanos; estado de direito democrático; intervenção social.

Termos de indexação: administração pública; corrupção política; violações de direitos humanos (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 3/7/2023
Aceptado: 30/11/2023

Revisado: 4/7/2023
Publicado en línea: 30/12/2023

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción ha socavado sistemáticamente los derechos humanos de la ciudadanía y, de manera simultánea, los principios rectores de la Administración pública en el Estado mexicano, tales como la eficacia, la eficiencia, la función pública, la honestidad, el imperio de la ley, la participación, la rendición de cuentas, la responsabilidad y la transparencia.

Por tal razón, el presente artículo tiene por objeto analizar el proceso normativo mediante el cual la racionalización de la esfera pública del Estado mexicano (sistema administrativo institucional del Estado) no solo ha permitido favorecer los intereses particulares de sus operadores en el sistema institucional del Estado, sino que es a partir de dicha estructura organizacional de carácter público que se facilita la participación única y exclusivamente de los grupos de poder mayoritario y no de la ciudadanía.

Por lo tanto, el discurso de poder-manipulación de participación ciudadana es solo ilusión que evidencia, también, que los derechos humanos no son inherentes a la ciudadanía, pues se requiere de forma imprescindible de su reconocimiento por parte del poder y de los operadores que lo ostentan para que sean efectivos. En consecuencia, los derechos humanos son culturales y es a través de la intervención social (participación de la colectividad en las instituciones públicas del Estado) que los derechos humanos pueden reivindicarse con el propósito de consolidar un Estado democrático y de derecho encargado de combatir permanentemente la corrupción.

Finalmente, es menester indicar que los planteamientos aquí analizados son, además, producto de la recopilación de los conocimientos adquiridos en las aulas de dos prestigiosas instituciones académicas en México. La primera de ellas es la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), ese cosmos infinito lleno

de experiencias, aprendizajes, oportunidades y enormes lecciones de vida, que permiten cambiar rotundamente la perspectiva de la realidad social. La segunda es la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Azcapotzalco, en la que, en el marco del doctorado en Intervención en las Organizaciones, se pudo concretar este escrito, con el propósito de reflexionar, a partir del concepto de *intervención*, una propuesta interventora en las instituciones administrativas del Estado mexicano, con el único objetivo de proteger los derechos humanos de la ciudadanía mexicana a lo largo y ancho del país.

1.1. Metodología

El paradigma metodológico que se aborda para la elaboración de este escrito consiste en la teoría de sistemas del jurista y sociólogo alemán Niklas Luhmann, particularmente el tema relativo a la administración, que plasma en su obra intitulada *Sociología política*, con el propósito de comprender tanto las funciones como el proceso dinámico y abierto en que se encuentra interactuando el sistema administrativo del Estado.

Desde ese punto de vista, Niklas Luhmann (2014c) indica puntualmente lo siguiente:

Si el ámbito de decisión de la administración queda construido con ayuda de la política de este modo, entonces la administración puede alcanzar una gran complejidad propia y, empero, puede permanecer capaz de decidir. La política, entonces, se ocupa de que la complejidad indeterminada de la sociedad no advenga a la administración de forma no mediada, sino como una complejidad determinada de una multiplicidad de difíciles programas de decisión. Su organización funcional-específica en el trabajo de decisión exige y conduce simultáneamente a que los roles de la administración

queden separados e independizados de otros roles sociales que tengan quienes desempeñan dichos roles en la administración. (p. 136)

A este respecto, es oportuno referir que la Administración pública, desde este paradigma teórico-metodológico, es un sistema autónomo y, por lo tanto, debería ser cerrado. Sin embargo, la existencia del sistema político y sus respectivos intereses ha permitido que el sistema administrativo del Estado no sea cerrado, sino abierto. En consecuencia, la Administración pública se encuentra inmersa en redes de poder y su operatividad no está al servicio de la sociedad, sino que se supedita a los intereses particulares de los que ejercen y detentan el ejercicio del poder en las instituciones del Estado, pues «la función de la administración ha de ser consecuentemente concebida como producción de decisiones vinculantes acerca de problemas bajo el presupuesto de una complejidad ya reducida» (Luhmann, 2014c, p. 132).

Nuevamente, Niklas Luhmann (2014c) señala:

La relación entre política y administración no ha de ser malinterpretada como un acto de implantación e institución que ocurra una sola vez o que ocurra raramente. Es un proceso de comunicación continuo que pasa por encima de las fronteras, también —y por ello mismo— cuando la política y la administración son sistemas parcialmente separados. En los puestos, a largo plazo fijos, de los parlamentos, de los gobiernos o de las autoridades superiores, la política introduce continuamente otras personas y planes o programas como premisas de decisión, en los que se complementan la dirección en torno a la elección personal y en torno a la programación. Pueden, incluso, sustituirse parcialmente según resulte más sencillo obtener el consenso en torno a personas o programas. Sin el carácter permanente y continuo de este

proceso de reducción de complejidad desde la política a la administración, el mismo sistema político no podría alcanzar el alto grado de complejidad y variedad de fundamentos de la decisión que exige la sociedad moderna —por ejemplo, no podría lograrse positivización alguna del derecho—. (p. 135)

Las perturbaciones del sistema político en el sistema administrativo del Estado alteran la naturaleza de este último e imposibilitan su correcta funcionalidad para garantizar su calidad, en cuanto a los servicios que ofrece a la ciudadanía, puesto que deben cumplirse cabalmente los objetivos del Estado democrático y de derecho.

Entretanto, frente a las asimetrías administrativa, política y social, la solución se instituye en que sea el sector social el que intervenga, a partir de agrupaciones representativas (efectivas y con decisiones vinculantes), en las instituciones del Estado, bajo dos intenciones; la primera de ellas es que haya participación ciudadana en espacios donde no la hay o se encuentra sumamente limitada, y la segunda comprende que a partir de dicha intervención social y de carácter cívico, se respalden los derechos humanos de toda la comunidad que integra un Estado democrático y de derecho.

1.2. Objetos

Los objetos de estudio para efectuar el análisis del tema que nos concierne son los siguientes (González y Sánchez, 2015, p. 18):

- a. *La estructura desigual del sistema de poder y de las relaciones sociales de producción en la dinámica capitalista, que promueven la universal de inclusión-exclusión, por medio de la creación de normas (ideología-norma) que, en conjunto con los sistemas político y económico, posibilitan la regeneración del discurso subjetivo de la lucha contra la corrupción en el modelo económico neoliberal; y,*

- b. *La dependencia del derecho convencional para con el derecho interno que tiene por objetivo proteger la corrupción sistemática en la organización administrativa del Estado al margen del derecho y, que, a su vez, se utiliza como instrumento del ejercicio del poder para violentar los derechos humanos de las ciudadanas y los ciudadanos.*

1.3. Categorías procedimentales

Asimismo, se hace el implemento de categorías procedimentales propuestas por Luis González Placencia en 1990 y retomadas por estudiosos de las ciencias sociales, Alicia González Vidaurri y Augusto Sánchez Sandoval (2015), con las cuales se posibilita la comprensión inter y multidisciplinaria de los objetos de estudio y de la realidad social. Estas categorías procedimentales son las que se refieren a continuación:

- a) Negar la conciencia de la realidad instaurada por el ejercicio del poder económico y político nacional e internacional a lo largo de la historia, que aparece como generalidad, mediante la construcción del discurso subjetivo del poder y se eleva a rango de verdad para instaurarse como absoluta.
- b) Analizar el objeto de estudio desde la complejidad dialéctica e histórica para develar la operatividad de los discursos transformados en ideologías-normas y, a su vez, identificar sus cambios en el espacio y el tiempo.
- c) Conocer y evaluar el interrogante estudiado, a partir del contexto al que pertenece y en el cual ocurre, con la finalidad de conocer su origen, así como sus múltiples transformaciones en el espacio-tiempo.
- d) Analizar el objeto de estudio con un interés emancipatorio de las personas y de su liberación de la violencia estructural instaurada por el ejercicio del poder, a través del discurso

subjetivo establecido en el espacio-tiempo, a efectos de allanar el camino a la conciencia de lo posible, la cual nos permitirá encontrar una aproximación diferente respecto de la realidad social que se nos presenta (González y Sánchez, 2015, p. 24).

Por lo tanto, una vez planteados los objetos y el procedimiento de análisis para el desarrollo de este escrito, el objetivo general consiste en analizar y reflexionar sobre el papel de la participación de la ciudadanía —en forma de intervención social en las actividades político-administrativas del Estado—, con el propósito de mermar la corrupción y, al mismo tiempo, evitar de forma directa la violación al ejercicio de los derechos humanos de la ciudadanía, situación que pone en crisis el Estado democrático de derecho en el que aparentemente nos encontramos.

2. CORRUPCIÓN, APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CONTEXTUAL

El concepto de corrupción es polisémico; es decir, que ha ido adquiriendo diversidad de significados a partir del campo de estudio en que se lleve a cabo su análisis (administrativo, económico, jurídico, político, sociológico, etc.). Lo cierto es que las definiciones concuerdan en un punto, que la corrupción es un fenómeno multidimensional en el que están involucrados diferentes agentes de los sectores económico y político.

La corrupción gubernamental está constituida por redes que envuelven a los sectores público y privado (por lo que la hace ser un fenómeno multidimensional), las cuales obedecen al modelo que posibilita su existencia: el sistema capitalista moderno neoliberal, que será explicado someramente en el siguiente epígrafe.

A su vez, este tipo de relaciones en el entramado de la organización administrativa del Estado (Administración pública) son una amenaza para la ciudadanía; primero, porque hay intereses

particulares de por medio y, segundo, porque al racionalizar (con el concepto de racionalización no pretendo referirme a cuestiones enteramente éticas, sino a los actuares sociales con fines teleológicos que emanan de las relaciones con el ejercicio del poder político y económico, tanto a escala nacional como supranacional) el sistema de instituciones públicas en pro de las organizaciones criminales, la actividad administrativa (función pública) del Estado se edifica, se configura y se regenera, a partir de relaciones delictuosas que ponen en menoscabo el Estado democrático de derecho.

En ese orden de ideas, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito menciona respecto de la corrupción lo siguiente:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

[...] La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, p. iii)

Por su parte, Francisco Ibarra Palafox (2018), haciendo referencia a Rose-Ackerman, resalta que la corrupción:

se definió como el abuso del poder público para beneficio privado; este abuso era ejecutado por integrantes del sector público o, inclusive, en términos más restrictivos, por

quienes al interior del Estado manejaban recursos públicos. Sin embargo, las políticas desreguladoras y privatizadoras implementadas globalmente desde finales de la década de los setenta implicaron que sectores controlados predominantemente por el Estado pasaran a responsabilidad de agentes privados, también de forma monopólica u oligopólica. No obstante esta transformación político-económica verificable empíricamente y generadora de profundas modificaciones jurídicas, en las ciencias sociales la noción de corrupción permanecía anclada, predominantemente en el actuar de los agentes públicos. (pp. 187-188)

Con base en lo referido, los agentes privados y su estrecha relación con las funcionarias públicas y los funcionarios públicos de las altas esferas del gobierno, al perpetuar delitos relacionados con la corrupción, imposibilitan el potencial comunicacional del sistema administrativo del Estado. De modo que la ineficiencia de la estructura gubernamental surte efectos para con la ciudadanía de manera negativa, a consecuencia de los intereses que tienen las élites políticas mexicanas y extranjeras motivadas por los privilegios —afrodisíacos— que brinda el sistema capitalista en su fase neo-liberal, pero solo a determinados grupos que ostentan el ejercicio del poder.

Pero ¿qué es este sistema capitalista? Desde el punto de vista del sociólogo estadounidense Immanuel Wallerstein (2017), «un sistema capitalista no puede existir dentro de cualquier marco sino solo dentro de una economía-mundo. Veremos que un sistema requiere una relación muy particular entre los productores económicos y quienes detentan el poder político» (p. 41). En función de lo referido, el fenómeno de la corrupción es sistemático, porque no se supedita con exclusividad al sector político, sino también al económico, y es esa interrelación la que permite que sean protegidos, además, por el sistema jurídico tanto interno como convencional.

En consecuencia, la corrupción existe porque hay un caldo de cultivo que le permite germinar; esto es, porque hay espacios en las esferas del gobierno que le conceden replicarse. Sin embargo, es importante resaltar que la corrupción trae consigo efectos negativos y estos pueden ser los siguientes:

- a) Incremento de la pobreza.
- b) Debilitamiento de las instituciones del Estado mexicano.
- c) Ampliación de la criminalidad organizada vinculada con servidores públicos y/o particulares —en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública—, que han visto en México la oportunidad para perpetuar un sinnúmero de delitos que laceran a la sociedad mexicana.
- d) Aumento cada vez mayor de la privatización del sector público.
- e) Recorte al gasto público para satisfacer las necesidades básicas de las ciudadanas y los ciudadanos.
- f) Desestatización cada vez mayor de programas sociales.
- g) Acrecentamiento de la crisis del Estado democrático al no garantizar los derechos humanos y las garantías constitucionales de todas las personas.

2.1. El *shock* económico en el sistema-mundo

Esta corriente de pensamiento que reconfiguró la vida económica, política y social, a través de la relación del Estado con el poder económico supranacional (pero ya superada por este último), nació en el siglo XX —por los países altamente industrializados— y ha regido gran parte del siglo XXI en el contexto mexicano, con el objetivo de que el sistema capitalista salga triunfante en la modernidad neoliberal en que vivimos.

En palabras del sociólogo polaco Zygmunt Bauman (2015), la modernidad es aquella relación entre el espacio y el tiempo —que no son lo mismo en las ciencias sociales como lo son en la física relativa— para llevar a cabo procesos altamente acelerados y expansivos, con el fin de maximizar el valor de la Tierra y buscar en ella espacios favorables en beneficio de los poderosos. La modernidad, entonces, altera el tiempo y ve en él una capacidad infinita para el capitalismo, pese a que este disuelve, denigra y devalúa su durabilidad (pp. 121-134).

Ante esta situación es oportuno formularnos la siguiente interrogante: ¿qué es el capitalismo? Citando al sociólogo estadounidense Immanuel Wallerstein (2017):

El capitalismo no es la mera existencia de personas o compañías produciendo para la venta en el mercado con la intención de obtener una ganancia. Tales personas o compañías han existido a lo largo y ancho del planeta. Tampoco es definición suficiente la existencia de personas asalariadas. El trabajo remunerado ha sido conocido por miles de años. Nos encontramos en un sistema capitalista solo cuando el sistema da prioridad a la incesante acumulación de capital. Frente al uso de tal definición, solo el sistema-mundo moderno ha sido un sistema capitalista. La acumulación incesante es un concepto relativamente simple: significa que las personas y las compañías acumulan capital a fin de acumular más capital, un proceso continuo e incesante [...] porque los capitalistas necesitan de grandes mercados (de aquí que los minisistemas sean demasiado estrechos para ellos) pero también necesitan de una multiplicidad de estados, para poder obtener las ventajas de trabajar con los estados pero también para poder evitar estados hostiles a sus intereses a favor de estados amistosos a sus intereses. Solo la existencia de una multiplicidad de estados dentro de la división total de trabajo asegura dicha posibilidad. (pp. 40-41)

En relación con la interrogante planteada, podemos responder que el capitalismo es un modelo económico dinámico que está en constante expansión e innovación y tiene por objetivo primordial ejecutar actividades de índole económica que den la posibilidad de perpetuar la acumulación incesante de capital, a partir de las conexiones comunicacionales con el sistema político, e incluso jurídico —porque este es el que posibilita la protección de los sistemas económico y político—, en cada una de las jurisdicciones que integran el globo, tal es el caso del Estado mexicano.

El libre mercado es el sistema reinante por excelencia en el mundo, sin embargo, este discurso de control y manipulación social construido por el ejercicio del poder económico transnacional —de países altamente industrializados— es operativo en otras realidades alternas —en países subdesarrollados—, aunque esto no significa que sea del todo compatible, porque realmente no lo es, pero para que sea efectivo y funcional se implementan *shocks*; momentos de crisis para la mayoría y de oportunidad para unos cuantos, a efectos de instaurar y hacer triunfar el sistema capitalista.

La ideología es la marca, el estigma de estas relaciones políticas o económicas de existencia aplicado a un sujeto de conocimiento que, por derecho, debería estar abierto a la verdad [...] las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento, sino aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento, en consecuencia, las relaciones de verdad. Solo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios de saber y las relaciones de verdad. (Foucault, 2011, p. 32)

En México, el modelo económico capitalista, como sistema de organización social, de previsión y distribución inequitativa de los bienes del Estado, ha propiciado el incremento incipiente de la desigualdad, la pobreza y el desenvolvimiento de crisis económicas.

Esta particularidad en nuestra realidad social nace a la luz de los efectos corrosivos de la corrupción entre agentes de los sectores público y privado que se asocian (organizan) con el objetivo de delinquir, afectando directa y sistemáticamente a los sectores sociales menos privilegiados, pero ese es un asunto que será explicado con posterioridad.

3. CORRUPCIÓN GUBERNAMENTAL COMO TRANSGRESIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES

Bajo el régimen del sistema capitalista moderno (neoliberal), el discurso de los derechos humanos se ha convertido en un estandarte e instrumento de control social, con el propósito de prolongar la violencia hacia las ciudadanas y los ciudadanos. Con esto quiero decir lo siguiente: los derechos humanos, desde la óptica del ejercicio del poder económico neoliberal, solo son constructos ideológicos operativos en la sociedad para violentar los derechos humanos al margen del propio derecho.

En ese tenor, Augusto Sánchez Sandoval (2012b) refiere:

El sistema ideológico, que de esa relación desigual se deriva, dará como resultado una construcción «particular» de la realidad, que dependerá de la «conciencia de lo real» subjetiva que tenga el Dominante y que se impondrá a todos los dominados, como única verdad y totalidad. En consecuencia, la ideología-norma que se impone deberá tener esas mismas características de dominación y de desigualdad, por lo cual en ella no tiene cabida la democracia ni la igualdad. (p. 9)

México ha sido uno de los países que ha sufrido y padecido la corrupción desde los últimos cien años. Por ello, es importante mencionar que las relaciones que existen entre los sectores privados y los diferentes niveles de gobierno siempre hallan cabida durante el desarrollo de los diversos actos de corrupción.

Claro está que la situación tan complicada que refleja la corrupción no solo afecta de manera negativa cuestiones políticas y económicas, sino que la sistematicidad jurídica se ve, de igual forma, mermada por los hechos de corrupción. Dicha situación jurídica implica un detrimento a los derechos humanos de las personas que ven violentada su protección mínima de garantías constitucionales, cuyo común denominador son los gobiernos mexicanos.

La corrupción es una de las principales amenazas a la protección y promoción de los derechos humanos internacionales. Cuando los funcionarios públicos aceptan sobornos o se involucran en prácticas corruptas, ponen en peligro la integridad de las instituciones públicas y socavan la confianza de la población en el Estado de derecho.

Esto puede llevar a la violación de derechos humanos fundamentales, como el derecho a un juicio justo, el derecho a un ambiente saludable y seguro, el derecho a una educación de calidad y el derecho a una vida digna. Además, la corrupción a menudo favorece a aquellos con poder y riqueza, creando desigualdades y perpetuando la discriminación y la exclusión social. Por lo tanto, *combatir la corrupción es crucial para garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos para todas las personas.*

4. INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES Y NACIONALES DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN GUBERNAMENTAL EN MÉXICO

La protección a la actividad administrativa del Estado mexicano (función pública) a nivel internacional podría limitarse en al menos

dos instrumentos normativos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (competencia reconocida el 16 de diciembre de 1988) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ratificada el 14 diciembre de 2005).

ARTÍCULO 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las *funciones públicas* de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1981)

Objetivos [Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción]:

- Adoptar medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, así como el fortalecimiento de las normas existentes;
- Fomentar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción;

- Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos. (Gobierno de México, Secretaría de la Función Pública, 2015, párr. 2)

No obstante, pese al reconocimiento y la ratificación, respectivamente, de estas arquitecturas normativas internacionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Amparo en Revisión 1475/98 y la Sentencia de Contradicción de Tesis 293/2011 estableció que cualquier ley convencional prevalece en un plano secundario al igual que las leyes emitidas por el H. Congreso de la Unión, toda vez que en el Estado mexicano predomina, conforme con el artículo 133 constitucional, la supremacía de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pese a esta situación condicionante, el Estado mexicano ha puesto en práctica distintos dispositivos normativos de carácter administrativo y penal con la intención, primero, de hacer funcional la actividad administrativa (función pública) en pro de las ciudadanas y los ciudadanos; y, segundo, para mermar los actos de la corrupción en la administración gubernamental, cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Estos mecanismos normativos son los siguientes:

- a) Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción
- b) Ley General de Responsabilidades Administrativas
- c) Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa
- d) Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación
- e) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- f) Código Penal Federal
- g) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (hoy, Fiscalía General de la República-FGR), con la cual

se dio nacimiento a la Fiscalía Especializada Relacionada con los Delitos Cometidos por Hechos de Corrupción

A este respecto, los mecanismos normativos para hacer frente a la corrupción gubernamental en nuestro país no han sido del todo efectivos porque la corrupción y los intereses de los grupos de poder nacionales e internacionales los siguen superando.

Para ejemplificar tal aseveración, se analizará *grosso modo*, en el último epígrafe, la primera arquitectura normativa que se refirió líneas arriba. Con esto me refiero a la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, a través de la cual también se evidenciará que el discurso de los derechos humanos es eminentemente una construcción ideológica y operativa de control social en el sistema social, que coadyuva al ejercicio del poder a perpetuarse en las diferentes instancias del gobierno para seguir llevando a cabo actos de corrupción.

Por tal razón, las ciudadanas y los ciudadanos no tienen derechos (puesto que están condicionados por el reconocimiento del poder), sino nociones de lo que aparentemente son. Como afirma Niklas Luhmann (2014b), también habría que pensar en la evolución del Estado territorial moderno y la creciente utilización del derecho como instrumento de unificación y reforma. No podemos entrar en esa discusión sobre las causas del desencadenamiento. Tiene que bastar la construcción de que el cambio social-estructural, suponiendo que sea «progreso», no proporciona ninguna base de fundamentación para la teoría del derecho. (Solamente en nuestro siglo al jurista se le ocurre tener que fundamentar sus decisiones a partir de sus consecuencias, esto es, partiendo del futuro y, en concreto, precisamente porque ahora falta confianza en el progreso). Lo que se puede observar *de facto* confirma, pues, también esta incapacidad para una fundamentación teórico-social del derecho. El derecho tiene que valerse de sí mismo, tiene que intentar domesticar su propia paradoja él mismo (pp. 58-59).

5. INTERVENCIÓN SOCIAL: DE LOS NO-DERECHOS A LOS DERECHOS EN EL MÉXICO POSNEOLIBERAL

Frente a la corrupción, más derechos para las personas. Esa debiera ser la premisa del Gobierno mexicano para mermar el fenómeno de la corrupción que tanto ha lacerado al país. Sin embargo, en la actualidad los derechos humanos han sido suprimidos por los sistemas económico, jurídico y político, como se explicará someramente a continuación.

Si se toma en consideración que la modernidad mexicana (populista, pero con bases eminentemente neoliberales) ha propiciado el cambio de paradigma en el derecho (y todas sus aristas), no sería extraño indicar que el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), publicado el 27 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), sirve a los intereses del modelo económico en su fase posneoliberal, en cuanto en su contenido normativo se puede identificar lo siguiente:

- a) El decreto de Ley constitucional del Sistema Nacional Anticorrupción, que tiene por objeto combatir el fenómeno de la corrupción, es un mecanismo que coordina a las autoridades asentadas en los diferentes niveles de Gobierno del sistema administrativo del Estado (federal, estatal y municipal), con la finalidad de enfrentar los actos cometidos por hechos de corrupción por parte de las servidoras públicas y los servidores públicos, lo cual indica que la corrupción se protege a través de la ley en comento, dado que reacciona frente a la corrupción; esto es, su ejecución o materialización en la Administración pública, mas no la previene para que el sistema de instituciones del Estado mexicano deje de ser el caldo de cultivo en el que pueden perpetuarse un sinnúmero de atrocidades relacionadas con la corrupción.

- b) A pesar de ser un instrumento normativo que castiga los hechos de corrupción, a partir de la conjugación de la organización de los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal), el alcance sustancial se supedita a las servidoras públicas y los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones en la esfera administrativa del Estado mexicano, sin alcanzar a los entes del sector privado (los oligarcas), quienes, a su vez, llegan a tener influencia en la política y con el sistema de partidos políticos, a consecuencia de la posición económica en la que se encuentran.
- c) La creación del Sistema Nacional Anticorrupción es el resultado normativo de actos de corrupción durante la gestión del entonces presidente Enrique Peña Nieto (2012-2018). Esto quiere decir que el instrumento legal denominado Sistema Nacional Anticorrupción emana de los altos niveles de corrupción e impunidad que han caracterizado al Estado mexicano durante los últimos cien años, y lo elevan a nivel constitucional sin tener relevancia funcional y operativa para hacer la guerra al fenómeno delictivo de la corrupción y a quienes la promueven o ejecutan en la Administración pública.
- d) El Sistema Nacional Anticorrupción no es un ente autónomo, habida cuenta de que está mediado por el partido político que se encuentra en el poder.
- e) Aunque el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción mantiene una estrecha relación con las treinta y dos entidades federativas y sus tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) para ser operativamente funcional, lo cierto es que es inoperativo e ineficaz. Ello en la medida en que son las autoridades posicionadas en el sistema administrativo del Estado mexicano (designadas por el presidente de la República) quienes ante la

denuncia ciudadana de posibles actos de corrupción cometidos por servidores públicos, no garantizan la justicia al no realizar ninguna acción. Dicho esto, la funcionalidad y la operatividad del Sistema Nacional Anticorrupción se encuentran cooptadas por el partido político que, en su mayoría, ostenta el ejercicio del poder. En consecuencia, con el Sistema Nacional Anticorrupción no se busca garantizar el Estado democrático y de derecho, sino recrearse a partir de la partidocracia en favor de unos cuantos miembros que detentan el poder, ya que obstaculizan el actuar del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción. Ejemplo de ello es la obstaculización respecto de la actuación de los magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, designados por el Ejecutivo Federal, para acreditar la falta administrativa de determinado(s) servidor(es) público(s), ya sea esta grave o no.

- f) El Poder Ejecutivo es el encargado de designar, sin posibilidad de revocar los cargos encomendados, a las titulares y los titulares que encabezarán las instancias del Sistema Nacional Anticorrupción, bajo el discurso de manipulación y control de promoción de recursos humanos, financieros y materiales para confrontar, erradicar y prevenir la corrupción en las diversas instancias del Gobierno; no obstante, esto evidencia que los cargos públicos para hacer frente al fenómeno de la corrupción no pasan por procesos de participación ciudadana (democráticos), sino por designación del ejercicio del poder: el Ejecutivo Federal.
- g) El Sistema Nacional Anticorrupción es funcional cuando a generar antagonismo se refiere. Con esto se quiere decir que la lucha contra la corrupción solo funciona cuando se disputan los cargos públicos para detentar el poder en el país, pero no para hacer valer el Estado de derecho en pro

de la sociedad mexicana, que en su mayor parte ha sido afectada por tal fenómeno delictivo.

- h) En el Sistema Nacional Anticorrupción, discursiva y no operativamente, se investigan, no previenen, los actos cometidos por hechos de corrupción, pero tampoco se promueven políticas públicas para confrontar la corrupción sistemática en el sistema administrativo público del Estado mexicano.
- i) En el Sistema Nacional Anticorrupción, a través de su Ley General, se permiten las concesiones públicas, los contratos de adquisiciones y las autorizaciones por parte de los grupos del poder posicionados en el Gobierno —para la enajenación de bienes de cualquier índole—, bajo justificaciones innecesarias y ambiguas, pero que están vinculadas con miembros del sector privado y las grandes transnacionales que han sumergido al Estado mexicano en redes de corrupción nacional y supranacional. De allí que no haya freno a dichos privilegios, pues es por conducto de la ley que pueden ejecutarse sin problema de relacionarlos con la corrupción, a pesar de que lo es.
- j) Con el Sistema Nacional Anticorrupción, en materia de fiscalización, la revisión de los recursos públicos se supe-dita a las autoridades ubicadas en los diferentes estratos administrativos del propio Gobierno (lo que indica que el Gobierno, sin importar su nivel, es un sistema cerrado).
- k) Los delitos relacionados con la corrupción son prescripti- bles en cuanto a su responsabilidad, lo que significa que, al transcurrir períodos determinados, la responsabilidad puede extinguirse. Por ejemplo, para las faltas no graves la prescripción es en tres años contando a partir del día posterior de haberse cometido dicha infracción; mientras que para faltas graves el intervalo de tiempo oscila hasta en los siete años.

- l) El Sistema Nacional Anticorrupción opera de forma imparcial, puesto que son las autoridades del Comité Coordinador (instancias administrativas del Estado mexicano) quienes, en conjunto, combaten la corrupción. No debe olvidarse que dichos titulares del sistema de instituciones son designados por el Ejecutivo Federal.
- m) La declaración patrimonial de las servidoras públicas y los servidores públicos «transparentes» no es de carácter obligatorio, teniendo en cuenta que las declaraciones de servidores públicos federales se realizan desde el inicio en que toman posesión de los cargos, mas no durante y al finalizar el encargo encomendado.
- n) La declaración patrimonial solo la realizan los servidores públicos federales, no estatales y mucho menos locales. Situación que presenta un retroceso en la lucha contra la corrupción para con las entidades inferiores al rango federal, ya que existe un proceso de privatización de la información pública y, en consecuencia, se violenta el derecho humano a la verdad.
- ñ) En el Sistema Nacional Anticorrupción, la remoción de los cargos conferidos solo puede ejecutarse, si y solo si la servidora pública o el servidor público federal ha cometido faltas administrativas graves, ¿pero en qué momento puede motivarse para tipificar que la conducta de la servidora pública o el servidor público —y de determinado partido político— es de índole grave, si quienes acreditan la responsabilidad de la falta administrativa grave son los magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa designados por el presidente de la República?
- o) En el Sistema Nacional Anticorrupción, las reglas y sus procedimientos de combate a la corrupción no tienen por

finalidad mantener canales de comunicación para con la sociedad civil. En consecuencia, lo público se convierte en un asunto político que pone en crisis el Estado de derecho y democrático.

- p) En el Sistema Nacional Anticorrupción, no se contempla la figura de la acción de extinción de dominio para la motivación de imputaciones, por presuntos actos cometidos por hechos de corrupción por parte de las servidoras públicas y los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones en la Administración pública. La introducción de la figura referida permitiría recuperar activos que fueron robados a la sociedad mexicana, a partir de las redes de corrupción sistémica no solo a nivel nacional, sino supranacional.
- q) El órgano coordinador, esto es, el Sistema Nacional Anticorrupción, no contempla, también, el derecho humano a la función pública, con el cual es posible el derecho a la Administración pública, puesto que los derechos humanos están vinculados con el propósito de atender las demandas sociales de la ciudadanía y garantizar la relación que tienen la sociedad, el Gobierno y el Estado mexicano en un Estado de derecho.

En ese orden de ideas, Jaime Cárdenas García (2019) menciona puntualmente lo siguiente:

El Sistema Nacional Anticorrupción no entiende que las claves del combate a la corrupción tienen que ver con: *a)* el control al poder político, económico y social; *b)* la lucha en contra de la impunidad a través de autoridades independientes de los que van a ser vigilados, y *c)* con fuertes mecanismos de democracia participativa. (p. 16)

Entretanto, el Sistema Nacional Anticorrupción promociona la corrupción y la impunidad por conducto del derecho y, a su vez, las justifica bajo el discurso de combate, prevención e investigación de los hechos de corrupción ejecutados por las servidoras públicas y los servidores públicos en el ejercicio de sus facultades en la esfera administrativa del Estado mexicano.

Ante tales circunstancias, igualmente, los grupos de la criminalidad organizada encuentran en las instituciones que integran la Administración pública del Estado, la oportunidad de llevar una serie de actos de corrupción política que pueden estar estrechamente relacionados con operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero o blanqueo de capitales, según el derecho interno), evasión fiscal, tráfico de influencias, peculado y malversación de caudales públicos.

La lucha de combate a la corrupción en México es solo un discurso que se utiliza como estandarte político, que les permite a los poderosos (partidos políticos) racionalizar el discurso del combate a la corrupción para perpetuarse en el poder de las instituciones administrativas del Estado, sin atender esta severa problemática que, desafortunadamente, ha perjudicado a la sociedad durante los últimos más de cien años. Esta situación no efectiva de combate a la corrupción tiene que erradicarse bajo la óptica del derecho, y por la propia naturaleza de los actos, bajo las materias administrativa, administrativa disciplinaria y penal, esta última con el enfoque del derecho penal del enemigo.

Otra problemática paralela que se encuentra en cuanto a la funcionalidad del Sistema Nacional Anticorrupción radica precisamente en la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, dado que en su contenido se puede exhibir que la participación ciudadana es solo un discurso utilizado como estandarte político; una herramienta de control social y ejercicio del poder, y no como el eje rotario en el que gira la dirección y la administración del sistema

en estudio para combatir la corrupción en las instituciones de la Administración pública mexicana, a causa de que la ciudadanía queda excluida —como *outsiders*— totalmente de las decisiones vinculantes que garantizan el efectivo Estado democrático de derecho.

Es por ello que Jaime Cárdenas García (2019) refiere que estas insuficiencias y, al mismo tiempo, atropellos a la propia ley, consisten en lo siguiente:

- 1) El Comité Coordinador no sesiona en público —artículo 10 de la Ley—.
 - 2) Aunque el presidente de ese Comité es un ciudadano, la mayoría son funcionarios públicos —artículo 10 de la Ley—.
 - 3) Los integrantes del Comité de Participación Ciudadana, que serán pagados con cargo al erario, no se consideran servidores públicos, en violación al artículo 108 de la Constitución.
 - 4) El Comité de Participación Ciudadana no sesiona en público —artículo 17 de la Ley—.
 - 5) El poder, por el número de competencias, en el Sistema Nacional Anticorrupción reside en la Secretaría Técnica —artículo 35 de la Ley—, que es la oficina que tiene todo el control del Sistema.
- [...]
- 7) Y como hemos señalado, el Comité Coordinador solo emite recomendaciones, no decisiones vinculantes y obligatorias. (p. 18)

Por esta situación, la imperiosa necesidad de hacer valer el ejercicio de los derechos humanos en el México posneoliberal no

debiese ser un proceso de unos cuantos, sino un mecanismo en el que las ciudadanas y los ciudadanos participen democrática y activamente, en donde se incluya a todas las ciudadanas y todos los ciudadanos sin excepción alguna.

Pero ¿cómo lograr tal objetivo? Tal vez desde un proceso radical, de rebeldía y exigencia de los derechos humanos, de conformidad con lo estipulado en el artículo 35, fracciones II, III, VI, VII y VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para intervenir socialmente en los asuntos de la vida pública y política de la que las ciudadanas y los ciudadanos son responsables.

Esta propuesta de intervención social surge a partir de las siguientes premisas propuestas por Arturo Andrés Pacheco Espejel (2022):

- El objeto donde recae la acción interventora: la organización.
- El sujeto(s) que realiza(n) la acción interventora: el interventor (individual o colectivo).
- La(s) acción(es) interventora(s) sobre las organizaciones: el proceso mismo de intervención.
- Los objetivos del sujeto interventor: los fines que persigue el sujeto-interventor al realizar el proceso de intervención sobre una organización en particular. (p. 17)

Luego, entonces, esta intervención social convertida en participación activa, participativa en las acciones del Gobierno y vinculatoria para mermar el fenómeno de la corrupción en la esfera administrativa del Estado para favorecer los intereses verdaderos de la ciudadanía, no es otra cosa que ese proceso a través del

cual se intenta que todas las personas sean tomadas en cuenta para participar en asuntos relacionados con la política de México. Se puede, paralelamente, consolidar (hasta cierto punto) la apertura (por no decir modificación) de los mecanismos normativos establecidos como sistemas cerrados (de inclusión-exclusión) por parte de los operadores del derecho, a efectos de que no sea una persona (entre tantos servidores públicos) la que desempeñe el cargo de presidente del Comité, sino que sean personas de los diferentes estratos y de la diversidad étnica y social las que encabecen el Comité Coordinador. Estas, a su vez, podrán realizar propuestas vinculatorias relativas para el combate a la corrupción en la esfera administrativa del Estado mexicano, con el único objetivo de que sea efectiva la participación ciudadana, a través de procesos democráticos y se garanticen los derechos humanos en este Estado democrático y de derecho, en el que, se reitera una vez más, reside la sociedad mexicana.

En ese tenor, Arturo Andrés Pacheco Espejel (2022) alude puntualmente que

El proceso de intervención organizacional lo entendemos como: el conjunto de acciones deliberadas que son diseñadas y operadas «desde afuera», es decir, por agentes externos (los cuales le dan vida a la organización a través de sus interacciones cotidianas), que están teóricamente sustentadas y metodológicamente ordenadas y que están orientadas, tanto a comprender la compleja naturaleza de la organización particular a intervenir (los mundos, «objetivo y simbólico», y sus interrelaciones), como a inducir su transformación para mejorar y fortalecer su desempeño integral a la luz de objetivos concretos, considerando los impactos que tales acciones transformadoras tienen en la sociedad y en el medio ambiente. (p. 20)

La intervención social, entonces, convertida en acciones de participación ciudadana, para la construcción de un eficaz y eficiente Sistema Nacional Anticorrupción (como organización de carácter administrativo) en favor de la población mexicana, no solo radica en la identificación en que operan las normas jurídicas encargadas de combatir supuestamente la corrupción (técnicas de intervención), sino en el reconocimiento que tiene la ciudadanía a través de la transversalización en este órgano coordinador de índole jurídico en las treinta y dos entidades federativas que constituyen el territorio nacional mexicano, con el propósito de que las acciones vinculantes ejecutadas en el Comité Coordinador para mermar el fenómeno de la corrupción en la Administración pública garanticen el cumplimiento de los objetivos del Estado (promoción del bienestar, el bien común, brindar servicios de calidad a la ciudadanía, mantener la estabilidad económica, política y social, esta última por la administración de los comportamientos por intermedio de la ley, cumplir la ley y su legalidad a lo largo y ancho del país) y la protección de los derechos humanos de la ciudadanía.

6. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar, la corrupción tiene un impacto significativo en los derechos humanos de las personas, ya que socava la igualdad ante la ley, la transparencia, la justicia y la dignidad humana.

La problemática de la corrupción en la esfera administrativa del Estado mexicano tiene un impacto devastador en los derechos humanos de la ciudadanía, porque la corrupción desacredita el principio de confianza en el sistema de instituciones públicas federales, estatales y locales, debilita el Estado de derecho y perpetúa la impunidad.

La desviación de recursos públicos impide el acceso a servicios básicos como son la educación, la salud y la vivienda, afecta especialmente a los sectores más vulnerables de la sociedad mexicana: los pobres. Además, la corrupción distorsiona el proceso democrático al permitir la compra de votos y el abuso de poder, financiado principalmente por los agentes del sector privado. Por ello, la corrupción no es exclusiva del sector público, sino de toda una complicidad bilateral con gestores del ámbito empresarial nacional y supranacional.

Finalmente, es importante mencionar que, para confrontar la corrupción en la esfera administrativa del Estado mexicano —Administración pública— deben aplicarse medidas efectivas para prevenir y combatir la corrupción, incluyendo una mayor transparencia y rendición de cuentas, capacitación continua a las servidoras públicas y los servidores públicos, la aplicación de sanciones más severas por el derecho del enemigo; desde su naturaleza administrativa disciplinaria y penal, más educación y concienciación en la población sobre el impacto negativo de la corrupción en los derechos humanos, puesto que solo a través de esfuerzos coordinados y continuos se puede garantizar que se respeten los derechos humanos y se construya una sociedad más justa y equitativa para toda la ciudadanía mexicana.

REFERENCIAS

- Bauman, Z. (2015). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Cárdenas, J. (2019). Mis críticas al Sistema Nacional Anticorrupción. En J. Cárdenas y D. Márquez (coords.), *La Ley General de Responsabilidades Administrativas: análisis crítico* (pp. 1-30). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Foucault, M. (2011). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial.
- Gobierno de México. Secretaría de la Función Pública (2015, 4 de diciembre). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (ONU). <https://www.gob.mx/sfp/documentos/convencion-de-las-naciones-unidas-contra-la-corrupcion-onu>
- Gobierno de México. Secretaría de la Función Pública (2017, 1 de marzo). *Manual sobre el Sistema Nacional Anticorrupción para Particulares*. <https://www.gob.mx/sfp/documentos/manual-sobre-el-sistema-nacional-anticorrupcion-para-particulares>
- Gobierno de México. Secretaría de la Función Pública (s. f.). *Manual sobre el Sistema Nacional Anticorrupción para servidoras y servidores públicos federales*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/194144/Manual_SNA.pdf
- González, A. y Sánchez, A. (2015). *Criminología*. Porrúa.
- Ibarra, F. (2018). Corrupción y poderes privados. En P. Salazar, F. Ibarra e I. B. Flores (coords.), *¿Cómo combatir la corrupción?* (pp. 187-198). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Luhmann, N. (2014a). *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2014b). *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, N. (2014c). *Sociología política*. Trotta.
- Pacheco, A. A. (2022). Intervención organizacional. Primeras aproximaciones conceptuales. *Revista Gestión y Estrategia*, (48), 15-24. <https://doi.org/10.24275/uam/azc/dcsh/gye/2015n48/Pacheco>
- Sánchez, A. (2012a). *Epistemologías y sociología jurídica del poder*. Ediciones Acatlán.

Sánchez, A. (2012b). *Sistemas ideológicos y control social*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Wallerstein, I. (2017). *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción*. Siglo XXI Editores.

Zabludovsky, G. (2016). *Norbert Elias y los problemas actuales de la sociología*. Fondo de Cultura Económica.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (7 de mayo de 1981). https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004). https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. *Diario Oficial de la Federación* (18 de julio de 2016). https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA_200521.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación: desarrollo de un proceso de investigación, específicamente, experimentos o recopilación de datos/pruebas.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Biografía del autor

Eduardo Daniel Vázquez Pérez es maestro en Derecho con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador certificado por el Vicerrectorado de Política Científica, Investigación y Doctorado de la Universidad Complutense de Madrid, España (UCM); investigador certificado por la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, España (UC3M). Es autor de diversos artículos en revistas de alto prestigio en Colombia, México y Perú (en este último resalta su escrito «Tratamiento de delincuencia organizada a servidores públicos en México desde la perspectiva del derecho penal del enemigo», publicado en la *Revista Oficial del Poder Judicial*). Actualmente se encuentra realizando su doctorado en Intervención en las Organizaciones en la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Azcapotzalco, Ciudad de México, México.

Correspondencia

danielcarlos3madrid@gmail.com

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023, 163-208

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i20.810

Necesidad de inclusión de los determinantes sociales y efectivo enfoque de salud mental. Una mirada crítica a la legislación de teletrabajo peruana

Need for inclusion of social determinants and effective mental health approach. A critical look at the Peruvian telework legislation

Necessidade de inclusão de determinantes sociais e de uma abordagem eficaz da saúde mental. Uma crítica da legislação peruana sobre teletrabalho



DANNY JAVIER GONZALES CHINCHAY
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: danny.gonzalesc@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-6795-3568>

RESUMEN

El teletrabajo ha reconfigurado las relaciones laborales en las organizaciones y ha hecho más visibles los problemas de salud mental que afectan a los trabajadores. El uso intensivo de las nuevas

tecnologías de la información y la comunicación; la sobrecarga de trabajo; la extensión del tiempo de trabajo; la difuminación de las fronteras entre el mundo laboral y el mundo familiar, entre otros factores propios del teletrabajo, están incidiendo de manera significativa en la salud mental. Trastornos mentales como el estrés laboral, la depresión, la ansiedad y el agotamiento laboral son cada día más recurrentes. Este nuevo escenario ha generado la respuesta del derecho. En nuestro país, la Ley del Teletrabajo y su reglamento, entre otras normas, proporcionan un tratamiento jurídico importante, pero insuficiente y limitado sobre el tema. Por ende, es imprescindible que se elaboren nuevas herramientas jurídicas a fin de que los operadores del derecho estén en mejores condiciones para dirimir los conflictos relativos a la protección del derecho a la salud mental de los trabajadores. En tal sentido, tomando en consideración los determinantes sociales y, en particular, los factores de riesgo psicosocial, el presente artículo tiene como objetivo promover la creación de una regulación jurídica especial sobre la protección del derecho a la salud mental de los teletrabajadores, más aún cuando estamos frente a un derecho de protección reforzada.

Palabras clave: derecho a la salud mental; trastornos mentales; teletrabajo.

Términos de indización: derecho laboral; calidad de la vida laboral; política de la salud (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

Telework has reconfigured labor relations in organizations and made more visible the mental health problems that affect workers. The intensive use of new information and communication technologies, the overload of work, the extension of working hours, and the blurring of boundaries between the world of work and the family, among other typical factors of teleworking, are significantly

affecting mental health. Mental disorders such as work-related stress, depression, anxiety, and exhaustion are becoming more common. This new scenario has generated a legal response. In our country, the Telework Law, and its Regulations, among other rules, provide important but insufficient and limited legal treatment on the subject. Therefore, it is imperative that new legal tools are developed so that the operators of the law are better qualified to settle disputes relating to the protection of workers' rights to mental health. In this sense, taking into consideration the social determinants and, in particular, the psychosocial risk factors, this article aims to promote the creation of a special legal regulation on the protection of the right to mental health of teleworkers, especially when we are facing a right of enhanced protection.

Key words: right to mental health; mental disorders; teleworking.

Indexing terms: labour law; quality of working life; health policy (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O teletrabalho reconfigurou as relações de trabalho nas organizações e tornou mais visíveis os problemas de saúde mental que afetam os trabalhadores. O uso intensivo de novas tecnologias de informação e comunicação; a sobrecarga de trabalho; a extensão do tempo de trabalho; a diluição das fronteiras entre o mundo do trabalho e o mundo da família, entre outros fatores específicos do teletrabalho, estão causando um impacto significativo na saúde mental. Transtornos mentais como estresse relacionado ao trabalho, depressão, ansiedade e Burnout estão se tornando cada vez mais comuns. Esse novo cenário gerou uma resposta legal. Em nosso país, a Lei do Teletrabalho e seu Regulamento, entre outras normas, fornecem um tratamento jurídico importante, mas insuficiente e limitado sobre o assunto. Portanto, é fundamental que novas

ferramentas jurídicas sejam desenvolvidas para que os operadores do direito tenham melhores condições de solucionar os conflitos relativos à proteção do direito à saúde mental dos trabalhadores. Nesse sentido, levando em conta os determinantes sociais e, em particular, os fatores de risco psicossociais, este artigo tem como objetivo promover a criação de uma regulamentação jurídica especial sobre a proteção do direito à saúde mental dos teletrabalhadores, especialmente quando se trata de um direito de proteção reforçada.

Palavras-chave: direito à saúde mental; transtornos mentais; teletrabalho.

Termos de indexação: direito do trabalho; qualidade de vida no trabalho; política de saúde (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 22/7/2023

Aceptado: 30/11/2023

Revisado: 22/8/2023

Publicado en línea: 30/12/2023

1. INTRODUCCIÓN

Los teletrabajadores han sido sometidos a presiones extraordinarias, un entorno de trabajo mucho más exigente y miedos relativos a su seguridad laboral, situaciones que han impactado en su salud mental. Según cifras del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), a noviembre del año 2022, el total de trabajadores del sector formal privado sumó 4 243 656. De este total, 3 992 321 personas realizaban trabajo presencial, mientras que 227 347 desarrollaban teletrabajo; asimismo, 23 988 trabajadores no contaban con información suficiente para ser clasificados en alguna de estas dos modalidades laborales (Gestión, 2023, párr. 5). De igual modo, «a inicios del 2021, un 70 % de los trabajadores peruanos indicó que ha sufrido de estrés laboral durante la pandemia. Un 71 % de

estos asegura que a consecuencia de ello tuvo episodios de depresión» (Acosta, 2021, párr. 3).

En Europa, el impacto del teletrabajo en la salud mental ha generado que el Parlamento Europeo solicite

a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros que tomen conciencia de los elevados niveles alcanzados por los problemas de salud mental relacionados con el trabajo y se comprometan a emprender acciones que los regulen y hagan realidad un mundo laboral digital que contribuya a la prevención de los problemas de salud mental, a la protección de la salud mental y a una conciliación saludable de la vida profesional y la vida privada, y que refuercen los derechos de protección social en el ámbito laboral. (Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, considerando 5)

En la región, la legislación de Chile, mediante la Circular n.º 3709, del año 2022, ha establecido como obligatorio para los empleadores, desde el 1 de enero de 2023, la utilización del CEAL-SM (Cuestionario de Evaluación del Ambiente Laboral-Salud Mental), un instrumento de evaluación de los riesgos psicosociales que inciden en la salud mental de los trabajadores (Superintendencia de Seguridad Social de Chile, 2022). Asimismo, en Argentina, a través de la Ley 27555, del año 2020, se ha reconocido que el trabajador tiene el derecho a no ser contactado y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y la comunicación fuera de su jornada de trabajo y durante el período de licencia.

En el Perú, la salud mental está reconocida como un derecho fundamental en la Constitución Política (art. 7). En esta misma línea, la Ley de Salud Mental reconoce que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental (art. 7, LSM). Así también, el Reglamento de la Ley de Salud Mental contiene obligaciones para el empleador sobre la

promoción de la salud mental y la prevención de riesgos psicosociales. Por su parte, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su reglamento establecen como obligación del empleador la prevención en la exposición a riesgos psicosociales, que incluye realizar una evaluación continua de dichos factores de riesgo.

No obstante, consideramos que la Ley n.º 31572 (Ley del Teletrabajo) y su reglamento no otorgan un tratamiento expreso ni detallado del derecho a la salud mental. Esto constituye una marcada limitación de la referida normativa, más aún considerando que los factores de riesgo psicosocial son más acentuados en el teletrabajo y, por ende, tienen un fuerte impacto en la salud mental de los teletrabajadores.

El objetivo del presente artículo es promover la creación de una regulación jurídica especial sobre la protección del derecho a la salud mental de los teletrabajadores, considerando los determinantes sociales, en especial, en el entorno laboral. Se analizan los conceptos de teletrabajo, salud mental y riesgos psicosociales, a partir de la revisión de la doctrina jurídica, así como de la legislación nacional aplicable. Asimismo, se expone un conjunto de conclusiones y recomendaciones.

2. EL TELETRABAJO

2.1. Definición

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2020b), el teletrabajo consiste en el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones para trabajar fuera de las instalaciones del empleador (p. 1).

Las definiciones empleadas por los países sobre el teletrabajo, según la OIT, han tomado en cuenta los siguientes elementos:

- a) El trabajo es realizado de manera total o parcial en un espacio diferente del lugar de trabajo establecido.

- b) El uso de dispositivos electrónicos, por ejemplo, computadora, tableta o teléfono, para el desarrollo del teletrabajo. Dichas herramientas se emplean para comunicarse con colegas, clientes, etc., y cumplir funciones específicas, sin que haya contacto directo con otras personas (OIT, 2020a, p. 7).

En la legislación peruana, la Ley n.º 31572, Ley del Teletrabajo (LT), considera que esta es una forma especial de prestación de labores, de carácter regular o habitual. Añade que existe relación de subordinación del trabajador, pero sin su presencia física en el lugar de trabajo. Los trabajadores utilizan plataformas y tecnologías digitales (art. 3.1, LT).

2.2. Características

Para Sanguinetti (2010), el teletrabajo presenta dos rasgos característicos.

- a) Elemento de carácter topográfico: las tareas son ejecutadas en un lugar diferente de la empresa, donde el empleador no puede ejercer control directo. El lugar de labores puede ser el domicilio del trabajador u otro espacio fijado por él o pactado con el empleador.
- b) Elemento de orden tecnológico: el teletrabajador emplea las tecnologías de la información y las telecomunicaciones como herramienta fundamental para su labor. Teletrabajar consiste en recibir, tratar y enviar contenidos inmateriales, utilizando dichas tecnologías (párrs. 2-4).

El teletrabajo presenta ventajas y desventajas. Entre las primeras tenemos la reducción de tiempo de desplazamiento, mayor autonomía del tiempo de trabajo, mayor productividad, y oportunidad de inserción laboral para madres solteras y personas en situación de discapacidad, entre otras. Sin embargo, el teletrabajo también puede generar efectos negativos como la pérdida de espacios para la colaboración y el trabajo en equipo, y la alta carga

mental y emocional puede producir incluso malestar fisiológico y psicológico en la persona trabajadora (Ossa y Jiménez, 2023). En esta perspectiva, Tomasina y Pisani (2022) sostienen:

La tensión derivada del trabajo aislado e individual, así como la relacionada con los conflictos entre las tareas domésticas y laborales, entre otros aspectos, son mencionados en múltiples artículos como problemas presentes en el teletrabajo, siendo causa de estrés laboral. En la esfera de los trastornos de la salud mental vinculados con el teletrabajo la literatura destaca las alteraciones del sueño, la ansiedad y la angustia, y la depresión. (p. 152)

3. LA SALUD MENTAL

3.1. Perspectivas sobre la salud mental

Hernández-Holguín (2020) identifica las siguientes perspectivas sobre la salud mental:

- a) Perspectiva biomédica y conductual: sostiene que la salud mental debe enfocarse «en lo normal y lo patológico, lo funcional y lo disfuncional, en el papel y estatus del enfermo en la sociedad» (p. 934).
- b) Perspectiva del bienestar y las potencialidades: se centra en las categorías de salud mental positiva y la resiliencia. La salud mental positiva es un modelo basado en la felicidad y el bienestar; de manera independiente del trastorno mental que pueda afectarle, la persona debe apostar por su autorrealización, sus potencialidades, su sentimiento de control sobre el entorno y su capacidad de autonomía. Asimismo, la resiliencia es la capacidad de sobreponerse a la adversidad utilizando sistemas de adaptación (pp. 934-935).

c) **Perspectiva cultural:** se sustenta en la antropología interpretativa. «Sobresalen los trabajos de Kleinman, quien inauguró la psiquiatría transcultural con la crítica a la denominada universalidad de los patrones culturales de salud-enfermedad. En ella los médicos, curanderos, pacientes y familias tienen diferentes modelos explicativos de la enfermedad» (p. 935). Otorga un rol central a la cultura en la comprensión y el cuidado de los problemas de salud mental.

d) **Perspectiva psicosocial:** enfatiza en la psicología social. Lo psicosocial es considerado un enfoque

para el análisis del comportamiento humano en situaciones definidas socialmente o como práctica de intervención social, así como en la relación individuo-sociedad en una continuidad dialéctica, sus implicaciones en lo subjetivo, las consideraciones éticas en relación con la solidaridad, el restablecimiento de derechos vulnerados y la despatologización del sufrimiento. (p. 936)

La salud mental debe ser abordada no tanto como el funcionamiento abstracto del sujeto, sino considerando la naturaleza de las relaciones sociales en que participa.

e) **Perspectiva de la determinación social:** se enfoca en la salud mental desde la medicina social; se considera al sujeto como protagonista de la vida en su relación con la colectividad. La salud mental es concebida como una producción social, afectada por causas estructurales (pp. 936-937).

Analizadas las perspectivas sobre salud mental, podemos concluir que esta debe ser abordada desde las diferentes perspectivas que se han expuesto. Con sus limitaciones conceptuales, debemos

reconocer que presentan fortalezas y aportes para la comprensión integral de la salud mental. En el presente artículo asumimos una mirada integradora de la salud mental; sin embargo, queremos enfatizar el abordaje desde la perspectiva de los determinantes sociales. Consideramos que la salud mental es una categoría compleja, de connotación individual y colectiva, que comprende la concepción histórica y política del sujeto y la estructura política, social y económica de la que forma parte, consciente de su dignidad y de sus demás derechos fundamentales.

Por otro lado, la Ley del Teletrabajo y su reglamento enfatizan la perspectiva biomédica y conductual, así como la perspectiva del bienestar y las potencialidades. No se observa una hegemonía de la mirada de los determinantes sociales, a pesar de que la psicología y la psiquiatría concuerdan en que el contexto social tiene una fuerte incidencia en los problemas de salud mental de los ciudadanos y, en particular, de los trabajadores. Como precisa Odicio Luna (2022):

Lamentablemente en nuestro país, la pobreza, la desigualdad, la exclusión y la discriminación, como ejes que atraviesan nuestra historia y que se han acentuado durante las últimas décadas, están en la base del aumento de los problemas de salud mental y, a su vez, dan cuenta de las características que los definen. La pobreza y los trastornos mentales se relacionan en un círculo vicioso. (p. 3)

Dentro de esta óptica de los determinantes sociales de la salud mental, es de suma importancia advertir que existen grupos vulnerables a nivel social que debido a su situación precaria requieren mayor atención por parte del Estado y del derecho. En este sentido, Barrera y Baeza (2021) subrayan lo siguiente:

algunas personas y grupos sociales pueden correr un riesgo mayor de sufrir problemas de salud mental, entre ellos miembros de familias que viven en extrema pobreza, personas con enfermedades crónicas, niños expuestos a malos tratos o abandono, y adolescentes con abuso de sustancias prohibidas. Así como también las poblaciones indígenas, personas en edad avanzada, personas discriminadas y violentadas en sus derechos humanos, integrantes de grupos de la diversidad sexual, así como aquellas personas privadas de su libertad en reclusorios. (p. 268)

3.2. Definición de salud mental

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2022) define la salud mental como «un estado de bienestar mental que permite a las personas hacer frente a los momentos de estrés de la vida, desarrollar todas sus habilidades, poder aprender y trabajar adecuadamente y contribuir a la mejora de su comunidad» (párr. 1).

De otro lado, la Asociación Americana de Psiquiatría (APA, 2014) define la salud mental como el bienestar emocional, psicológico y social que hace posible que la persona sea capaz de responder de manera adecuada a las demandas normales de la vida cotidiana.

Por su parte, el Parlamento de la Unión Europea considera «que el derecho a la salud física y mental es un derecho humano fundamental y que todo ser humano tiene derecho al nivel de salud más elevado posible» (Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, considerando A). Asimismo, sostiene que la salud mental está asociada a otros derechos fundamentales, como la dignidad humana y la integridad de la persona, incluida la integridad psíquica.

En la legislación peruana, la Ley n.º 30947, Ley de Salud Mental (LSM), define la salud mental como

el proceso dinámico de bienestar, producto de la interrelación entre el entorno y [...] las diversas capacidades humanas, tanto de los individuos y colectivos que forman la sociedad. Incluye la presencia de conflictos [...], así como la posibilidad de que las personas puedan afrontarlos de manera constructiva. (art. 5)

La definición de salud mental utilizada por la LSM es concordante con la definición y el enfoque de la OMS. En tal sentido, destacamos que (a) la salud mental no se reduce a la ausencia de problemas de salud mental de la persona, sino que es un proceso dinámico de bienestar; (b) la salud mental está en función de la capacidad de las personas para hacer frente a los conflictos de la vida social, entre ellos, los de la vida laboral; y, (c) la salud mental debe ser abordada desde un enfoque de derechos.

En síntesis, la salud mental es parte integral de la salud y es más que la ausencia de trastornos mentales. En el presente artículo, adoptamos el concepto de salud mental desde la capacidad de respuesta de la persona frente a la adversidad, capacidad que se ve afectada cuando el trabajador se expone a nuevas condiciones laborales en el ámbito del teletrabajo.

4. LA SALUD MENTAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

4.1. Ley de Salud Mental (LSM)

La LSM reconoce de manera expresa el derecho a la salud mental, sostiene que «En el marco de lo establecido por el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, toda persona, sin discriminación alguna, **tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental** [énfasis añadido]» (art. 7).

El derecho a la salud mental reconocido por la LSM se sustenta en la protección que nuestra Constitución otorga a dicho

derecho. Es pertinente destacar también la expresión «tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental». Esto significa que a nivel particular del derecho laboral, el Estado, los empleadores y los trabajadores deben hacer sus mayores esfuerzos para que este derecho tenga la máxima protección, adoptando los más altos estándares de protección.

Con relación a los determinantes de la salud, consideramos que la LSM supera el enfoque que reduce la salud, y en especial la salud mental, a causas biológicas. Adopta, en cambio, una mirada multifactorial que explica el origen de los problemas de salud a partir de los diversos agentes sociales. Desde esta perspectiva, la norma señala que los determinantes de la salud «son aquellos factores que mejoran o amenazan el estado de salud de un individuo o una comunidad» y están vinculados con características sociales, económicas y ambientales (art. 5, LSM).

Dentro del ámbito del derecho laboral, dichos determinantes son, por ejemplo, las condiciones de trabajo en que se desenvuelven los trabajadores, tales como la carga de trabajo, la intensidad de trabajo, el tipo de relaciones interpersonales, el tipo de liderazgo imperante, entre otras. A estas condiciones de trabajo se les denomina también factores psicosociales.

De acuerdo con la LSM, los problemas de salud mental comprenden:

- a) Problema psicosocial. Dificultad generada por la alteración de la estructura y dinámica de las relaciones entre las personas o entre estas y su ambiente.
- b) Trastorno mental y del comportamiento. Condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente y del comportamiento, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o

permanente. Los trastornos mentales a que se refiere la presente ley se encuentran contemplados en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. (art. 5)

La norma deja en claro que los trastornos mentales que la LSM recoge son aquellos establecidos por la OMS. En tal sentido, a manera de ejemplo, son trastornos mentales la depresión, la ansiedad, el trastorno bipolar, el trastorno de estrés postraumático, el trastorno del comportamiento alimentario, la esquizofrenia, entre otros. Como se observa, los trastornos mentales y del comportamiento tienen diferentes grados de afectación de las capacidades de las personas, que es importante considerar con relación al tratamiento jurídico en el ámbito del derecho laboral.

Por otro lado, la LSM establece que el monitoreo de las condiciones de trabajo a cargo del empleador debe tomar en cuenta:

- a) La gestión de un plan y programas de cuidado de los trabajadores, que incluye, por ejemplo, programas de nutrición y alimentación saludable, y de actividad física.
- b) La promoción del clima organizacional.
- c) El desarrollo de directrices que consideren la importancia del bienestar de la persona por encima de los intereses de la organización, a fin de proteger el derecho al trabajo y a la salud de las personas, de manera especial en casos de problemas de salud mental.
- d) El desarrollo de programas sobre estrés laboral, acoso, hostigamiento sexual, desmotivación, agotamiento laboral, violencia institucional, entre otros factores que afecten la salud mental de los trabajadores.
- e) La implementación de medidas que contribuyan a conciliar las responsabilidades familiares y el derecho al trabajo.

4.2. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST) y su reglamento (RLSST)

La LSST fue publicada el 20 de agosto de 2011. Es decir, sale a la luz en un contexto laboral de trabajo presencial. En tal sentido, se trata de una norma que no contempla las condiciones particulares del teletrabajo y los factores propios de esta modalidad laboral que inciden en la salud mental.

Sin embargo, entre otros temas, la LSST desarrolla un abordaje importante sobre el concepto de salud, el enfoque de la salud y sobre las obligaciones del empleador con relación al derecho a la salud, tratamiento que es importante analizar tomando como hilo conductor el derecho de la salud mental de los trabajadores. Por su parte, el RLSST no contiene una definición expresa de la salud mental; sin embargo, sí define el concepto de salud. La salud se define como «un derecho fundamental que supone un estado de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o de incapacidad» (Glosario de términos, RLSST).

Se enfatiza que la salud es un derecho fundamental; en tal sentido, merece la máxima protección por parte del Estado. Asimismo, se utiliza un enfoque integral de la categoría *salud*. Así, son considerados los aspectos físico, mental y social. Sin embargo, en el desarrollo del RLSST, como ocurre también en la LSST, se observa una impronta centrada en el aspecto físico de la salud. Todo el proceso de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, desde la línea de base, la planificación, la ejecución y la evaluación, que está regulado en el RLSST está marcado por una mirada *fisicalista* de la salud; es decir, se enfatiza la salud física de los trabajadores y se deja en un segundo plano la salud mental.

Un aporte importante de la LSST sobre la salud, que puede ayudar a dirimir controversias legales sobre salud mental en el trabajo, son los denominados *principios rectores*, que a continuación analizamos.

a) Principio de prevención

El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, **la salud** y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar **factores sociales, laborales y biológicos**, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral. (Título preliminar, LSST)

Sobre la base de este principio, es obligación del empleador garantizar los medios y las condiciones de protección de la salud mental de los trabajadores. ¿Cuáles son estos? Entre otros, la obligación de identificar los factores y los riesgos psicosociales y realizar los controles respectivos; los exámenes médicos ocupacionales orientados a conocer el diagnóstico de la salud mental de los trabajadores; y gestionar la orientación profesional para el tratamiento de la salud mental de los trabajadores.

El principio de prevención es fundamental en conflictos jurídicos relativos a la protección de la salud mental de los trabajadores. Así, por ejemplo, pueden presentarse denuncias laborales de trabajadores contra su empleador, alegando que padecen de trastornos de salud mental derivados de las condiciones de trabajo. La autoridad inspectiva de trabajo y los jueces tendrán que determinar si efectivamente el empleador cumplió o no con su deber de prevención en materia de salud mental.

b) Principio de responsabilidad

«El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un **accidente o enfermedad**

que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes» (Título preliminar, LSST).

De acuerdo con este principio, ante la afectación de la salud mental de los trabajadores como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del empleador, este debe asumir su responsabilidad jurídica. Cabe acotar que la LSST utiliza la expresión «accidente o enfermedad que sufra el trabajador». Se infiere que, debido al enfoque de la norma, centrada en la salud física y no en la salud mental, el legislador se está refiriendo a enfermedades asociadas a la salud física y a las enfermedades mentales. Sin embargo, a partir del enfoque integral de la salud que asumimos en el presente artículo, somos de la opinión de que deben ser consideradas también las enfermedades mentales. En tal sentido, en caso de comprobarse que el trabajador padece, por ejemplo, de estrés relativo al trabajo, depresión o ansiedad, entre otros trastornos mentales, como consecuencia de los factores de riesgos psicosociales, el empleador debe asumir su responsabilidad sobre tales hechos.

Se entiende que para establecer la responsabilidad, la autoridad inspectiva de trabajo y los jueces deben evaluar los requisitos de la responsabilidad civil: la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. Asimismo, deberá acreditarse el daño con los medios probatorios idóneos. De no cumplirse estas condiciones, no existirá responsabilidad. Por ejemplo, tenemos la Sentencia n.º 191- 2023, de la Corte Superior de Justicia de Lima, Vigésimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente. La actora pretendía la indemnización por daño moral porque la demandada le aplicó una suspensión perfecta de labores en el contexto de la emergencia sanitaria por la COVID-19. Refirió la actora que en su condición de madre lactante no podía ser incluida en la suspensión perfecta, ya que se encontraba con la protección establecida por la norma específica.

El juzgado verificó los elementos de la responsabilidad: hubo una conducta antijurídica; el daño alegado resultó ser cierto; existió el nexo de causalidad, y el actuar doloso de la demandada. La actora pretendía una indemnización en virtud del dolor, la pena y la aflicción sufrida por haber sido arbitrariamente suspendida; es decir, por daño moral. Sin embargo, de acuerdo con el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, el juzgado consideró que no cabe presumir la existencia del daño moral, sino que su existencia deberá ser acreditada con medios probatorios directos o indirectos.

En tal sentido, el juzgado advirtió que si bien la actora alegó haber sufrido dolor y sufrimiento por haber sido suspendida de su trabajo, dichos sentimientos de aflicción debieron estar acreditados. Ante ello, la parte demandante adjuntó la fotocopia del informe psicológico en el cual se le diagnosticó trastorno depresivo recurrente, episodio actual moderado a grave (CIE XF 33.2.) y trastorno por estrés agudo (CIE XF 43.0). Del informe se desprende que a la actora se le habría realizado un examen mental, pero no lo adjuntó. Ello no generó convicción en el juzgador, ya que debió adosar las pruebas psiquiátricas y las boletas del tratamiento; por lo que la demanda fue declarada desestimada.

c) Principio de información y capacitación

«Las organizaciones sindicales y los trabajadores reciben del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia» (Título preliminar, LSST).

Sobre la base de este principio, los trabajadores deben ser capacitados de manera oportuna y adecuada no solo en el cuidado de su salud física, sino también de su salud mental. Se infiere que dicha capacitación debe partir de la identificación, como

responsabilidad del empleador, de los peligros y los riesgos que afectan la salud mental de los trabajadores y, a partir de ello, implementar medidas de prevención y control. Es decir, no se trata de una capacitación genérica, sino contextualizada a los factores psicosociales del entorno laboral.

d) Principio de atención integral de la salud

«Los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tienen derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral» (Título preliminar, LSST).

En consonancia con este principio, el trabajador afectado por un accidente o una enfermedad ocupacional tiene el derecho a recibir una atención integral de su salud, procurando que se incorpore a sus labores. Se trata de evitar el abandono del que puede ser objeto el trabajador por parte del empleador irresponsable.

No obstante, consideramos que este principio trasluce el enfoque sesgado de la LSST, puesto que reduce el contenido del derecho a la salud física y no se toma en cuenta la salud mental de los trabajadores. Esto se percibe cuando el legislador utiliza las expresiones «accidente de trabajo» y «enfermedad ocupacional». Como es de conocimiento, los trastornos de salud mental, como el estrés relativo al trabajo, la depresión y la ansiedad, entre otros, no califican en nuestra legislación como accidentes de trabajo ni como enfermedades ocupacionales. En tal sentido, se observa una desprotección del derecho a la salud mental de los trabajadores.

e) Principio de protección

Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a:

- a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable.
- b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores. (Título preliminar, LSST)

El presente principio de protección es fundamental por las siguientes razones: (a) asume una mirada integral del derecho a la salud de los trabajadores, y deja en claro sus componentes físico, mental y social; (b) obliga a que el empleador garantice que el trabajo y las condiciones de trabajo sean las adecuadas, a fin de no afectar la salud física, mental y social de los trabajadores; y (c) concibe que el derecho a la salud integral corresponde a los trabajadores no por su mera condición de trabajadores, sino porque son sujetos sociales o ciudadanos que merecen el respeto de su dignidad y su bienestar.

A partir de este principio, se debe exigir al empleador que adopte los mismos estándares de protección no solo para la salud física, sino también para la salud mental. Se debe exigir que, en el diagnóstico, se otorgue especial atención a la identificación de los peligros y los riesgos asociados a los factores psicosociales, debido a su incidencia en la salud mental.

A manera de síntesis, podemos afirmar que los principios de la LSST enfatizan la dimensión física de la salud de los trabajadores y relegan a un segundo plano la protección de la salud mental. Salvo el principio de protección, que de manera expresa da por sentada la defensa de la salud integral de los trabajadores, los demás principios están enfocados desde una perspectiva *fisicalista* de la salud.

Por otro lado, la LSST establece un conjunto de obligaciones del empleador con relación a la salud de los trabajadores. Estas obligaciones son las siguientes:

a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo.

[...]

c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales.

d) Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador.

[...]

g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica [...]. (art. 49, LSST)

Como se observa, ninguna de las obligaciones que establece la norma está referida de manera expresa y directa a la protección de la salud mental de los trabajadores. Sin embargo, algunas hacen referencia a términos como «salud de los trabajadores», «condiciones de trabajo», «riesgos laborales», entre otros, que implícitamente están referidos a la salud mental.

Por otro lado, merece destacarse el tema de los exámenes médicos ocupacionales y las capacitaciones. Como hemos enfatizado a lo largo del análisis del contenido de la LSST, la norma adopta un enfoque *fisicalista* de la salud; es decir, se resalta sobremanera la salud física y se relega a un segundo plano la salud mental. Esto es evidente en el caso de los exámenes médicos ocupacionales, los cuales están centrados en el diagnóstico de enfermedades físicas y no se toma en cuenta la evaluación de la salud mental de los trabajadores o, cuando esta se realiza, es desarrollada de manera somera o tangencial. Ocurre lo mismo con las capacitaciones, donde

los tópicos tratados suelen versar sobre temas de la salud física y no se abordan asuntos relativos a la salud mental.

Otro tema central es el referido a la indemnización por daños a la salud en el trabajo. La LSST señala que en caso el empleador incumpla con su deber de prevención, tendrá la obligación de indemnizar a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales (art. 53, LSST).

En este asunto, resulta mucho más evidente el enfoque *fiscalista* de la salud que asume la LSST. Señala la norma que la indemnización procede cuando el empleador incumple su deber de prevención en casos de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales. Como sabemos, los trastornos de salud mental, que podrían ser consecuencia también del incumplimiento del deber de prevención del empleador, no califican en nuestra legislación como accidentes de trabajo ni como enfermedades profesionales. Por lo tanto, esta limitación de la norma impide que un trabajador que sufre de algún trastorno mental, como por ejemplo estrés relativo al trabajo, depresión o ansiedad, pueda recurrir a la autoridad inspectiva de trabajo o a sede judicial a hacer valer sus derechos.

Somos de la opinión de que nuestro sistema jurídico debe tener un avance cualitativo en este tema, considerando que en la jurisprudencia laboral la afectación de la salud mental ya es tomada en cuenta como parte del denominado daño moral. Así, por ejemplo, la Casación Laboral n.º 20481-2017 Del Santa, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, estableció que el daño moral comprende todo menoscabo que es resultado del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. En el caso particular, el informe psicológico se sustentó en la historia clínica del demandante, por lo que el daño moral fue debidamente acreditado.

La Sala consideró que el daño moral fue resultado de la falta de trabajo por el despido del trabajador. Tal angustia y aflicción

fueron acreditadas con el informe psicológico, donde se indicó trastornos de estrés postraumático, trastorno mixto ansioso-depresivo, distimia depresiva y problemas relacionados con la pérdida de empleo. Asimismo, se tomó en cuenta que el trabajador presentó trastornos adaptativos severos postraumáticos, a causa del estrés y del despido, que fueron determinantes en la afectación de su salud mental. Se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante.

Algo similar ocurriría en los casos de suicidio del trabajador ante la exposición a riesgos psicosociales. A diferencia de otras legislaciones, en nuestro país el suicidio no es considerado un accidente de trabajo y, por tanto, no genera el derecho a una indemnización en favor de los familiares. Sobre el punto, sería importante asimilar experiencias de otros países, como de la jurisprudencia española. Por ejemplo, mediante la reciente Sentencia 118/2023, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en España consideró el suicidio como accidente de trabajo y estableció la responsabilidad del empleador ante la inexistencia de evaluaciones de riesgos psicosociales. Quedó determinado que si bien el fallecimiento del trabajador no se produjo en tiempo y lugar de trabajo, existió una clara relación de causalidad entre la acción suicida y el trabajo. Se declaró que las pensiones de viudez y orfandad derivan del accidente de trabajo, el suicidio para el caso particular. Asimismo, se consideró que la falta de evaluación de riesgos psicosociales es un factor de responsabilidad jurídica.

Por otra parte, al igual que la LSST, el RLSST desarrolla un tratamiento jurídico del derecho a la salud de los trabajadores en el contexto del trabajo presencial y no del teletrabajo. No obstante, es importante analizar el abordaje que realiza del derecho a la salud con la finalidad de identificar si se está considerando de manera suficiente y pertinente la dimensión de la salud mental.

El RLSST trata de los denominados *agentes psicosociales* y su relación con la salud de los trabajadores. Estos factores psicosociales tienen incidencia en la salud mental. Por otro lado, si bien en las inspecciones de Sunafil se sigue el patrón de fiscalizar los factores de riesgos más asociados a la salud física; hemos identificado importantes resoluciones de la autoridad inspectiva de trabajo donde se destaca la fiscalización de los agentes psicosociales. Veamos dos ejemplos. La Resolución n.º 145-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del Tribunal de Fiscalización Laboral, trata sobre el requerimiento de la inspección de trabajo del registro de agentes físicos, ergonómicos, biológicos, químicos, *psicosociales* y factores de riesgo disergonómico. Se requirió al empleador haber efectuado los monitoreos indicados respecto de los períodos 2012 hasta el 2016, debía exhibir los monitoreos, los informes, las recomendaciones y las conclusiones, así como el plan de monitoreo y los métodos utilizados, también el plan de trabajo, el cronograma y los responsables de las correcciones u observaciones indicadas en los monitoreos solicitados. Si bien el empleador presentó los referidos documentos, lo hizo de manera incompleta.

Asimismo, tenemos la Resolución n.º 287-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del Tribunal de Fiscalización Laboral. El Tribunal sancionó al empleador por no cumplir con el registro de monitoreo de agentes psicosociales en el centro de trabajo. El empleador argumentó que sí cumplió con el registro de monitoreo de agentes psicosociales de otros trabajadores, pero no de una trabajadora en particular, la que denunció a la empresa por actos de hostilidad. Según la postura del empleador, la ley sobre riesgos psicosociales no exige que se presente el registro de todos los trabajadores y la empresa utilizó una metodología de muestreo debido a la gran cantidad de trabajadores con que contaba. Este argumento fue desestimado por el Tribunal de Sunafil.

4.3. La Salud Mental en la Ley del Teletrabajo (LT) y su reglamento (RLSST)

De acuerdo con nuestro objeto de estudio, la Ley del Teletrabajo y su reglamento no ofrecen un tratamiento adecuado y suficiente sobre la protección de la salud mental de los teletrabajadores. Esto se explica, entre otras razones, por la perspectiva *fiscalista* de la salud que ha asumido el legislador.

Entre las limitaciones que hemos identificado, tenemos las siguientes: (a) no se especifican con precisión las obligaciones del empleador con relación a la evaluación y la gestión de los riesgos laborales que podrían afectar la salud mental de los teletrabajadores; (b) no se reconocen las enfermedades mentales como enfermedades ocupacionales derivadas de riesgos psicosociales en el entorno laboral; (c) en relación con la idea anterior, no se establece el procedimiento que debe seguir la autoridad inspectiva de trabajo para determinar la enfermedad mental laboral. Si bien algunas de estas limitaciones pueden ser subsanadas mediante protocolos emitidos por la autoridad inspectiva de trabajo, consideramos que se ha perdido una valiosa oportunidad para regular este tipo de situaciones jurídicas en la Ley del Teletrabajo y su reglamento.

A continuación, exponemos los avances y las limitaciones de las normas en referencia.

a) Derechos del teletrabajador

La LT establece que el teletrabajador tiene los mismos derechos que corresponden a los trabajadores que laboran en la modalidad presencial, según el tipo de régimen laboral al que pertenezca (art. 6, numeral 6.1).

La norma reconoce al teletrabajador los mismos derechos que tiene el trabajador de la modalidad presencial. Consideramos que esto es importante en términos de la protección de la salud

física, la cual tiene un tratamiento adecuado en la norma sobre trabajo presencial y, por tanto, hace bien la ley del teletrabajo en reconocer dicho avance normativo. Sin embargo, en lo concerniente a la salud mental, los derechos del trabajador en la modalidad de trabajo presencial no tienen un tratamiento adecuado y no constituyen un punto de referencia consistente para el caso del teletrabajo.

Asimismo, se reconoce el derecho del trabajador «a ser informado sobre las medidas, condiciones y recomendaciones de protección en materia de seguridad y salud en el teletrabajo» (art. 6, numeral 6.5, LT). Debemos sostener que las condiciones de seguridad y salud en el trabajo no son las mismas en la modalidad de trabajo presencial y en la modalidad de teletrabajo. En tal sentido, este énfasis que la norma señala con la expresión «en el teletrabajo» debió plasmarse en una consideración especial y detallada sobre la protección de la salud mental en el teletrabajo, situación que como veremos en el desarrollo del análisis no se ha producido.

b) Obligaciones del empleador

La LT sostiene que «el empleador tiene las mismas obligaciones que las establecidas para los trabajadores de la modalidad presencial, de acuerdo al tipo de régimen laboral al que pertenezca cada teletrabajador» (art. 8, numeral 8.1).

Se infiere que las obligaciones que tiene el empleador con respecto a la protección del derecho a la salud mental en el teletrabajo son las mismas que en la modalidad presencial. Ahora bien, habiendo identificado que en la norma de trabajo presencial las obligaciones del empleador sobre salud mental son insuficientes y limitadas, este mismo patrón se va a reproducir, lamentablemente, en el teletrabajo.

Por otro lado, se establece la obligación del empleador de respetar la desconexión digital del teletrabajador (art. 8, numeral 8.5, LT). Esta obligación es fundamental puesto que tiene impacto

en la protección de la salud en general y, en particular, en la salud mental del teletrabajador.

Asimismo, la norma fija como obligación del empleador «notificar al teletrabajador sobre los mecanismos de comunicación laboral y las medidas, condiciones y recomendaciones de seguridad y salud en el teletrabajo que deben observarse en su jornada laboral» (art. 8, numeral 8.6, LT). La calidad de la comunicación laboral en el teletrabajo es sumamente positiva para la salud mental de los trabajadores. Ocurre lo mismo con el conocimiento de las medidas sobre seguridad y salud. Por tanto, consideramos importante que la norma deje en claro dichas obligaciones.

Finalmente, se establece la obligación del empleador de «capacitar al teletrabajador en el uso de aplicativos informáticos, en seguridad de la información y en seguridad y salud en el teletrabajo» (art. 8, numeral 8.7, LT). La norma hace referencia a la capacitación en general, sin enfatizar la capacitación en salud mental, que hubiese sido lo más recomendable, considerando que el teletrabajo presenta sus propios factores de riesgos psicosociales que inciden en la salud mental.

c) Seguridad y salud en el teletrabajo

La norma establece que «las condiciones específicas de seguridad y salud en el caso de teletrabajo se sujetan a la [...] Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su reglamento, en lo que corresponda» (art. 23, numeral 23.1, LT).

La LT, como hubiese sido lo recomendable, no desarrolla un conjunto de condiciones específicas de seguridad y salud propias del teletrabajo. A nuestro entender, esta es una clara limitación de la norma, puesto que equipara las condiciones de seguridad y salud del trabajo presencial con las del teletrabajo. El teletrabajo tiene sus propias particularidades, tales como el uso intensivo de las tecnologías; la difusa división entre la vida laboral y la vida familiar;

y las mayores exigencias de control y productividad, entre otras, que ameritan un tratamiento diferenciado con relación a la seguridad y salud de los trabajadores, en especial en la protección de la salud mental.

d) Identificación de peligros y evaluación de riesgos

La LT establece la obligación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de elaborar el formulario de autoevaluación, el cual sirve como un medio alternativo para identificar los peligros y evaluar los riesgos (art. 23, numeral 23.2).

Se infiere que dicho formulario es un mecanismo *alternativo* en razón de que, en primera instancia, la labor de identificación de peligros y evaluación de riesgos debe ser realizada directamente por el empleador y no por el trabajador.

Esta interpretación es concordante con otro artículo de la ley según el cual «el empleador identifica los peligros, evalúa los riesgos e implementa las medidas correctivas a los que se encuentra expuesto el teletrabajador, para ello el teletrabajador brinda las facilidades de acceso al empleador en el lugar habitual del teletrabajo» (art. 23, numeral 23.3, LT).

Sin lugar a dudas, puede resultar polémico que el empleador acuda al domicilio del trabajador y levante información sobre los factores de riesgo en seguridad y salud, puesto que se podrían lesionar derechos como la privacidad y la intimidad del trabajador. Sin embargo, cabe preguntarnos: (a) ¿qué tan objetiva será la información que el empleador obtenga de los formularios de autoevaluación llenados por los trabajadores?; (b) ¿los ítems que componen dicho formulario consideran de modo suficiente los riesgos del teletrabajo asociados a la salud mental de los trabajadores?

Por su parte, el RLT precisa que el empleador tiene la obligación de identificar los peligros, evaluar los riesgos e implementar

las medidas correctivas que correspondan; asimismo, el teletrabajador debe facilitar el acceso al empleador en el lugar del teletrabajo. Dicha evaluación dependerá de las capacidades operativas del empleador (art. 26, numeral 26.1, RLT).

La identificación de los peligros y los riesgos es una labor fundamental en materia de seguridad y salud en el trabajo. Tal es así que el documento denominado Identificación de Peligros, Evaluación de Riesgos y Medidas de Control (IPERC) es considerado «el alma de la seguridad y salud en el trabajo». Esto es así porque permite al empleador contar con un diagnóstico integral y objetivo que servirá de base para los planes de seguridad y salud orientados a controlar y minimizar los riesgos laborales.

En el contexto del trabajo presencial, la elaboración del IPERC se centra en la identificación de peligros y riesgos vinculados a factores que inciden en la salud física de los trabajadores. Así, por ejemplo, se enfatizan los factores de riesgos biológicos, físicos, químicos, ergonómicos, entre otros, dejando en un segundo plano los factores relativos a la salud mental, como son los factores psicosociales. Se trata de un tema no resuelto en la modalidad de trabajo presencial.

En tal sentido, considerando esta limitación, hubiese sido pertinente que el legislador establezca medidas más particulares sobre la obligación del empleador de realizar un trabajo más comprometido respecto de los factores psicosociales en el contexto del teletrabajo. Sin embargo, esto no ha sido así. Por el contrario, el tratamiento que la norma otorga al IPERC es bastante limitado. Hay una suerte de flexibilización de dicha obligación del empleador que queda en evidencia, por ejemplo, cuando el legislador señala que dicha evaluación se sujeta a las capacidades operativas del empleador.

Por otro lado, el RLT señala que opcionalmente y de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, se implementa el

mecanismo de autoevaluación. El empleador forma e instruye al trabajador sobre el correcto llenado del formulario de autoevaluación para la identificación de peligros y evaluación de riesgo, detallado en el anexo 3 (art. 26, numeral 26.2).

Hemos apuntado la trascendencia que tiene el IPERC en términos de una adecuada gestión en seguridad y salud en el teletrabajo. Por ello, en la práctica laboral, este trabajo de identificación de peligros y riesgos es encargado por el empleador a profesionales con conocimiento y experticia en el tema.

Sin embargo, consideramos que el RLT, al igual que la LT, ha «desvalorizado» la elaboración del IPERC. Aun cuando señala que es opcional, el legislador traslada la responsabilidad del empleador al trabajador, que consiste en levantar la información sobre peligros y riesgos, a través de un formulario integrado por un conjunto de ítems sobre peligros y riesgos donde priman criterios de salud física y los criterios sobre la salud mental son relegados. En suma, se trata de una limitación de la norma laboral de teletrabajo que pone en riesgo la eficacia y la eficiencia del sistema de gestión de riesgos en el teletrabajo, en especial con relación a la salud mental de los teletrabajadores.

Seguidamente, el RLT sostiene que el empleador, sobre la base de los datos recogidos en el anexo 3, realiza el seguimiento y propone las medidas correspondientes que se implementarán (art. 26, numeral 26.4).

Aparentemente, esta opción adoptada por el legislador podría permitir un trabajo adecuado, es decir, los trabajadores levantan información de primera mano sobre peligros y riesgos; y en función de dicha información los empleadores realizan el seguimiento y proponen medidas de control.

Sin embargo, somos de la opinión de que esta alternativa elegida por el legislador no es la adecuada, más aún considerando

que el instrumento utilizado para recoger la información de base presenta serias deficiencias y, asimismo, los trabajadores, por más capacitación que reciban, no están en condiciones de realizar una adecuada labor de recojo de datos sobre identificación de peligros y riesgos.

Agrega el RLT que en la evaluación del lugar de trabajo se deben considerar los riesgos característicos del teletrabajo, enfatizando en los riesgos físicos, locativos, eléctricos, factores de riesgos ergonómicos y factores de riesgos psicosociales (art. 27, numeral 27.2).

Asimismo, con relación al denominado formulario de autoevaluación de riesgos para la seguridad y salud en el teletrabajo, debemos señalar que se trata de una suerte de diagnóstico que los propios trabajadores realizan sobre los riesgos laborales que se presentan en su domicilio u otro lugar desde donde desarrollan el teletrabajo. Una vez que los trabajadores hayan completado dicho formulario, sobre la base de dicha información el empleador podrá elaborar un diagnóstico general sobre las condiciones de seguridad de sus trabajadores y, en teoría, establecer los controles respectivos. Del análisis de dicho documento, hemos identificado las siguientes limitaciones:

- a) El formulario de autoevaluación está centrado en el diagnóstico de factores de riesgos asociados a la salud física de los trabajadores. De los 47 ítems que lo conforman, 41 de ellos se refieren a aspectos de la salud física. Entre otros, los temas tratados son espacio suficiente para el trabajo; disponibilidad de escritorio, mesa y silla; condiciones del piso, techo, superficies; condiciones de iluminación; condiciones de la pantalla del ordenador; instalaciones eléctricas; ruido ambiental; temperatura del lugar de trabajo; y capacitaciones en accidentes de trabajo.

- b) El formulario otorga escasa importancia a los factores asociados a la salud mental. De los 47 ítems, solo 6 guardan vínculo con factores de riesgos psicosociales, los que están referidos a los siguientes temas: información y medios necesarios para la realización de las labores del puesto de trabajo, objetivos y metas; posibilidades de contacto con otras personas, compañeros y/o superiores para resolver las cuestiones que se plantean; pausas y cambios de actividad; período de desconexión digital; horario regular para el desarrollo de su trabajo; y capacitación sobre los riesgos en el teletrabajo.

En síntesis, en términos de salud mental, la información que el empleador obtenga a partir de los formularios de autoevaluación será bastante limitada para poder elaborar un diagnóstico integral y objetivo sobre los factores psicosociales que inciden en la salud mental de los trabajadores. Asimismo, el contenido de este tipo de documentos pone de manifiesto la poca importancia que a nivel legislativo se otorga a la salud mental y la mayor relevancia que se brinda a la salud física de los trabajadores.

5. LOS FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL EN EL TELETRABAJO Y LA SALUD MENTAL

El efecto del teletrabajo a nivel psicosocial es una realidad incuestionable y es reconocido por distintos organismos internacionales (Unión Europea, 2014). En el teletrabajo se hace un uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En ese sentido, sus posibles efectos son el tecnoestrés, la fatiga informática, la conectividad digital permanente, el mayor aislamiento social, la pérdida de la identidad corporativa, las deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen de manera

exclusiva a distancia, etc. En este escenario, la gestión psicosocial es prioritaria, a fin de proteger la salud de los teletrabajadores (Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo [INSST], 2022, p. 64).

Por su parte, sobre los efectos del teletrabajo en la salud física y mental de los teletrabajadores, la OIT (2019) sostiene que (a) los riesgos para la salud de los teletrabajadores se asocian con problemas ergonómicos como resultado de laborar fuera de las instalaciones de la empresa, y que (b) el teletrabajo se asocia con factores de riesgos psicosociales referidos a intensidad de trabajo, horas de trabajo suplementarias y más horas de trabajo en general, que pueden generar estrés, ansiedad, etc. (p. 58).

5.1. Factores psicosociales

Se definen como las condiciones de trabajo relacionadas con la organización del trabajo, con el contenido y la ejecución de las tareas y con las relaciones interpersonales y los contextos en los que se ejecuta el trabajo. Están referidos a aspectos como cuánto trabajo se debe realizar, en qué plazos, a qué velocidad, qué nivel de destrezas se requiere para realizarlo, con qué capacidad de autonomía se cuenta, de qué fuentes de apoyo se dispone, qué tipo de relaciones sociales existen entre los trabajadores y los mandos, etc.

Dichos factores pueden ser precursores de desajustes si no se gestionan de manera adecuada, y pueden convertirse en factores de riesgo que pueden dañar la salud de los trabajadores. El teletrabajo ha reconfigurado los factores de riesgo psicosocial respecto a la modalidad presencial de trabajo, debido a sus particularidades, como el uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación, las fronteras entre el mundo laboral y familiar, la supervisión, la comunicación o la retroalimentación de las tareas, entre otros (INSST, 2022, p. 65).

5.2. Factores de riesgo psicosocial

Son definidos como las condiciones de trabajo que, por un tratamiento deficiente o un diseño inadecuado, presentan la probabilidad de afectar de manera negativa la salud y el bienestar del trabajador (Ministerio de Trabajo y Economía Social de España, 2021, p. 6).

En la legislación peruana se utiliza la expresión factores de riesgo biopsicosocial para referirse a aquellas condiciones presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o la salud física, psíquica y social del trabajador, así como el desarrollo del trabajo (Resolución Ministerial n.º 375-TR-2008).

En la actualidad, los riesgos psicosociales y el estrés laboral forman parte de los problemas en aumento y más difíciles de salud y seguridad en el trabajo a nivel mundial. En la Unión Europea, más de la mitad de los trabajadores señalan que el estrés es habitual en su lugar de trabajo, y cuatro de cada diez consideran que no se gestiona bien.

De modo particular, el estrés afecta de manera significativa la productividad: aproximadamente el 50% de los días de trabajo perdidos se deben al estrés, puesto que las inasistencias al centro de trabajo por esta causa son relativamente largas; el estrés genera la reducción del rendimiento y puede dar lugar a cinco veces más accidentes de trabajo; una quinta parte de la rotación del personal, aproximadamente, está asociada con el estrés en el trabajo (Unión Europea, 2017, pp. 8-9).

Por otra parte, dicha exposición a factores de riesgo psicosocial puede contribuir a que se desencadene un trastorno mental en el caso del trabajador vulnerable. Asimismo:

La exposición a situaciones laborales traumáticas, como la violencia en el trabajo, accidentes graves y acoso en el trabajo, puede causar patologías relacionadas con el proceso traumático, tal como el trastorno por estrés postraumático [...]. El trastorno provoca una situación de IT [incapacidad temporal], pero en ocasiones se puede complicar hacia una incapacidad permanente. (Llaneza, 2012, p. 242)

Las secuelas que proceden de los riesgos psicosociales, las llamadas psicopatologías laborales, se han incrementado por las nuevas estrategias de organización del trabajo y por la crisis económica, que producen relaciones intersubjetivas cada vez menos solidarias y más deshumanizadas. En Europa, los tribunales están considerando dichas psicopatologías como accidentes de trabajo (Llaneza, 2012, p. 292).

5.3. Evaluación de riesgos psicosociales

Consiste en la identificación de los riesgos psicosociales con la finalidad de realizar una adecuada gestión de estos. En este proceso, es importante considerar lo siguiente: (a) la dirección de la organización debe participar en su ejecución; (b) debe cubrir la totalidad de los puestos de trabajo; (c) quienes realizan la evaluación deben estar adecuadamente preparados (Ministerio de Trabajo y Economía Social de España, 2021, p. 8).

En la evaluación se deben considerar los datos objetivos (obtenidos por el especialista o la información que tenga la organización) y la información sobre la percepción de los trabajadores afectados sobre los factores psicosociales (Ministerio de Trabajo y Economía Social de España, 2021, p. 10).

Cabe precisar que en la evaluación de riesgos se pueden utilizar diversas herramientas cuantitativas generalistas, en las que

se estima la magnitud de todos los factores de riesgo aplicables a cualquier ámbito organizativo, incluidos aquellos celebrados bajo la modalidad de teletrabajo; herramientas cuantitativas diseñadas específicamente para el teletrabajo; herramientas cuantitativas específicas para algún factor de riesgo psicosocial concreto; y, finalmente, herramientas cualitativas combinadas con las anteriores o independientes (INSST, 2022, p. 64).

La evaluación de los riesgos psicosociales es una parte fundamental de la obligación del empleador, pero no es suficiente. Con posterioridad al diagnóstico, es necesario implementar acciones de intervención correctiva y realizar el seguimiento (Llaneza, 2012, p. 235).

Resulta de suma importancia reiterar que el empleador tiene el deber de diligencia sobre la evaluación y la gestión de los factores de riesgo psicosocial. De no hacerlo, tiene responsabilidad jurídica. A nivel de la jurisprudencia en España, tenemos la sentencia STSJ ICAN 39/2021, del Tribunal Superior de Justicia, Las Palmas de Gran Canaria. El tribunal consideró probada la existencia de un conflicto psicosocial no gestionado diligentemente por el empleador en perjuicio del actor. El empleador no aplicó todas las medidas preventivas y de valoración de riesgos psicosociales que estaban razonablemente a su alcance, ante indicios evidentes de la existencia de factores de riesgo psicosocial respecto del trabajador afectado. Tales indicios tuvieron sustento en los escritos y las denuncias presentadas por el actor ante el servicio de prevención del empleador, ante el Comité de Seguridad y Salud, y ante la junta de personal o la inspección de trabajo. Por tanto, el empleador no cumplió con su deber de diligencia preventiva.

Frente a la situación de riesgo expuesta, el empleador debió actuar de forma rápida y diligente para garantizar la seguridad y salud del trabajador. El tribunal declaró que el empleador incumplió

su obligación de prevención de riesgos psicosociales y se le condenó a abonar al actor una indemnización por daños y perjuicios (daño moral).

5.4. Protocolos sobre patología de salud mental causada por factores de riesgo psicosocial laboral

Los factores de riesgo psicosocial en el entorno laboral pueden generar el desarrollo de enfermedades mentales en los trabajadores, más aún en el caso del teletrabajo. Por ello, es fundamental que la autoridad inspectiva de trabajo cuente con protocolos que sirvan de orientación para determinar el origen, común o laboral, de una patología mental.

En la región existen experiencias valiosas sobre dichos protocolos, por ejemplo, en Colombia y Chile. En Colombia, la Resolución n.º 2404 del Ministerio de Trabajo (2019) aprobó un conjunto de instrumentos generales para la evaluación de factores de riesgo psicosocial en el trabajo, así como una guía técnica para la promoción, la prevención y la intervención de los factores psicosociales, lo que incluye protocolos de actuación en casos de acoso laboral, síndrome de agotamiento laboral, depresión, síndrome de estrés postraumático, entre otros. Por otra parte, en Chile, en el año 2018 la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO) emitió la Resolución Exenta n.º 156, que aprobó el Compendio del Seguro Social de la Ley n.º 16.44. que, entre otras disposiciones, incluye los protocolos sobre patología de salud mental causada por factores de riesgo psicosocial laboral.

En nuestro país, no contamos con un protocolo que sirva de base para determinar, en caso de una controversia, si una enfermedad mental tiene origen laboral. La ausencia de esta disposición impide que la autoridad inspectiva de trabajo pueda obligar a los empleadores a implementar medidas correctivas sobre los factores de riesgos psicosociales que afecten la salud mental de los

trabajadores; asimismo, limita la posibilidad de que se determine la responsabilidad del empleador con relación a este tipo de situaciones.

En tal sentido, es de imperiosa necesidad que se aprueben en nuestro país protocolos sobre patologías de salud mental causadas por factores de riesgo psicosocial laboral. Dichos protocolos deben considerar, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) Definiciones operacionales básicas. Por ejemplo, sobre el concepto de patología de salud mental causada por factores de riesgo psicosocial laboral y el concepto de patología de salud mental producto de un accidente del trabajo.
- b) Lista de enfermedades mentales a las que se aplicará el protocolo. Para ello se deben tomar como base los criterios de la Clasificación Internacional de Enfermedades, versión 11 (CIE -11).
- c) La necesidad de implementar evaluaciones médicas y psicológicas para determinar el origen laboral de la enfermedad mental, así como el establecimiento del perfil de los profesionales a cargo de los referidos exámenes.
- d) Los contenidos mínimos de las evaluaciones médicas y psicológicas.
- e) La evaluación de las condiciones de trabajo, que debe comprender la información general de los factores psicosociales del trabajo y el diagnóstico del puesto de trabajo para patología mental.
- f) La composición y las funciones del Comité de calificación para enfermedad mental laboral.

6. CONCLUSIONES

1. El objetivo del presente artículo es promover la creación de una regulación jurídica especial que permita la protección eficaz del derecho a la salud mental de los teletrabajadores, considerando que se trata de un derecho de protección reforzada.
2. La salud de los teletrabajadores debe ser abordada desde una perspectiva integral, un enfoque de derechos y desde los determinantes sociales. La perspectiva integral significa que la salud está conformada por la salud física y la salud mental. Asimismo, el enfoque de derechos supone que la protección, la prevención y la promoción de la salud, tanto física como mental, traducen la defensa de la dignidad humana y derechos conexos. Finalmente, la salud de los teletrabajadores debe ser enfocada desde los determinantes sociales como la estructura política, social, económica y laboral en que se desenvuelve la persona.
3. El teletrabajo ha generado nuevas problemáticas sobre la relación entre el teletrabajo y la salud mental: la responsabilidad jurídica del empleador sobre problemas de salud mental de los trabajadores; la naturaleza jurídica de los problemas de salud mental con relación a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; las posibilidades y los límites del control sobre los factores de riesgos psicosociales en el entorno de trabajo, entre otras.
4. La Ley del Teletrabajo y su reglamento no contiene un tratamiento expreso ni mucho menos específico y detallado del derecho a la salud mental. En nuestra opinión, esto constituye una marcada limitación de la ley laboral, más aún considerando que los factores de riesgos psicosociales son más acentuados en el teletrabajo y, por ende, tienen un fuerte impacto en la salud mental de los trabajadores.
5. La escasa importancia que la Ley del Teletrabajo y su reglamento otorgan al derecho a la salud mental es una manifestación del

sesgo que presenta la norma laboral sobre el significado de la salud. Este sesgo consiste en reducir el contenido de la salud al plano de la salud física en desmedro de la salud mental, lo que hemos denominado enfoque *fisicalista* de la salud.

6. El tratamiento que la Ley del Teletrabajo y su reglamento brindan al tema de los factores de riesgos psicosociales es bastante limitado, probablemente como una consecuencia del sesgo *fisicalista* con que la norma laboral aborda el derecho a la salud.
7. El tratamiento limitado que se da a los factores psicosociales en la Ley del Teletrabajo y su reglamento se manifiesta en la identificación de los peligros y riesgos laborales. El denominado formulario de identificación de peligros y riesgos que debe utilizar el trabajador tiene claras limitaciones respecto de la protección de la salud mental. Predominan en los ítems del formulario temas asociados a la protección de la salud física y se deja en segundo plano asuntos relativos a la protección de la salud mental.
8. Finalmente, otra limitación de la Ley del Teletrabajo y su reglamento, y en general del sistema jurídico nacional, es la ausencia de protocolos sobre patología de salud mental causada por factores de riesgo psicosocial laboral, sobre todo en el actual contexto del teletrabajo.

7. RECOMENDACIONES

Se requiere implementar cambios legislativos en la LT y su reglamento, o a través de la autoridad de trabajo, a fin de otorgar una protección más adecuada y suficiente del derecho a la salud mental en el teletrabajo. Estos cambios son los siguientes:

1. Incorporar los problemas de salud mental como enfermedades ocupacionales.
2. Establecer un instrumento de evaluación de riesgos psicosociales único y oficial, de uso obligatorio por los empleadores.

3. Incorporar la obligación de los empleadores de implementar el servicio de salud mental en las organizaciones.
4. Establecer la obligatoriedad del seguro privado de salud mental, frente a contingencias de problemas de salud mental que se deriven de la exposición a los factores psicosociales del entorno laboral.
5. Emitir protocolos de fiscalización a cargo de la Sunafil sobre evaluación y gestión de riesgos psicosociales que podrían afectar la salud mental en el teletrabajo.
6. Emitir protocolos sobre patologías de salud mental causadas por factores de riesgo psicosocial laboral en el teletrabajo.

REFERENCIAS

- Acosta, M. (2021, 3 de noviembre). El costo del trabajo remoto en la salud mental: 7 de cada 10 peruanos sufren de estrés laboral. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/tecnologia/ciencias/el-costodel-trabajo-remoto-en-la-salud-mental-7-de-cada-10-peruanos-sufre-de-estres-burnout-nndc-noticia/#google_vignette
- Asociación Americana de Psiquiatría (APA) (2014). *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*. <https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf>
- Barrera, M. Á. y Baeza, A. (2021). La salud mental como derecho humano en Quintana Roo, México. Análisis desde la disciplina de la política pública. *Interdisciplinaria. Revista de Psicología y Ciencias Afines*, 38(3), 257-274. <https://doi.org/10.16888/interd.2021.38.3.15>

- Gestión (2023, 3 de marzo). *Cerca de 12,000 empresas en Perú declararon al menos un teletrabajador en 2022*. https://gestion.pe/economia/management-empleo/teletrabajo-cerca-de-12000-empresas-en-peru-declararon-al-menos-un-teletrabajador-en-2022-trabajo-remoto-ley-de-teletrabajo-noticia/#google_vignette.
- Hernández-Holguín, D. (2020). Perspectivas conceptuales en salud mental y sus implicaciones en el contexto de construcción de paz en Colombia. *Ciência & Saúde Coletiva*, 25(3), 929-942. <https://doi.org/10.1590/1413-81232020253.01322018>
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (2022). *Orientaciones para la gestión de los aspectos ergonómicos y psicosociales en situación de teletrabajo*. <https://www.insst.es/documents/94886/2927460/FINAL%20-%20En%20linea%20-%20Orientaciones%20teletrabajo%20-%202013-10-2022.pdf>
- Llaneza, F. J. (2012). *La ergonomía forense y el papel de los ergónomos como peritos judiciales* [Tesis doctoral]. Universidad de Oviedo.
- Ministerio de Trabajo y Economía Social de España (2021). *Criterio técnico 104/2021, sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en riesgos psicosociales*. https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf
- Odicio, M. (2022). Salud mental como derecho constitucional fundamental y el papel del Estado peruano. *Revista Pacha: Derecho y Visiones*, 3(1), 1-21. <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.62>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2019). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dg-reports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2020a, julio). *Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a*

domicilio y el trabajo basado en el domicilio. https://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/publications/WCMS_758333/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2020b). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2022, 17 de junio). *Salud mental: fortalecer nuestra respuesta* [Nota descriptiva]. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response>

Ossa, C., Jiménez, A. y Gómez, V. (2023). Salud mental y carga mental de trabajo en trabajadores de establecimientos educativos chilenos en contexto de COVID-19. *Revista Portuguesa de Educação*, 36(1), 1-22. <https://doi.org/10.21814/rpe.24855>

Parlamento Europeo (2022, 21 de junio). *Informe sobre la salud mental en el mundo laboral digital*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0184_ES.html

Sanguinetti, W. (2010, 13 de noviembre). *Pero... ¿qué es el teletrabajo?* <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2010/11/13/pero-%E2%80%A6-%C2%BFque-es-el-teletrabajo/>

Superintendencia de Seguridad Social de Chile (2022). *Manual del método cuestionario-CEAL-SM/SUSESO*. https://cealsm.suseso.cl/Manual_Metodo_Cuestionario_CEAL_vigente.pdf

Tomasina, F. y Pisani, A. (2022). Pros y contras del teletrabajo en la salud física y mental de la población general trabajadora: una revisión narrativa exploratoria. *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 25(2), 147-161. <https://dx.doi.org/10.12961/apr.2022.25.02.07>

Unión Europea (2014). *Marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020*. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=151>

Unión Europea (2017). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Trabajo más seguro y saludable para todos. Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0012>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación Laboral n.º 20481-2017 Del Santa (2019). Corte Suprema de Justicia de la República (8 de agosto de 2019).

Circular n.º 3709. Superintendencia de Seguridad Social. Gobierno de Chile (9 de noviembre de 2022). https://www.suseso.cl/612/articles-693826_archivo_01.pdf

Decreto Supremo n.º 005-2012-TR. Reglamento de la Ley n.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. *Diario Oficial El Peruano* (25 de abril de 2012). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/311121/Reglamento_de_la_Ley_N%C2%BA_29783_-_Ley_de_Seguridad_y_Salud_en_el_Trabajo.pdf

Decreto Supremo n.º 002-2023-TR. Reglamento de la Ley n.º 31572. Ley del Teletrabajo. *Diario Oficial El Peruano* (26 de febrero de 2023). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4189372/D.S.%20que%20aprueba%20reglamento%20de%20la%20Ley%20de%20Teletrabajo.pdf?v=1677538046>

Ley 27555. Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo. *Boletín Oficial de la República Argentina* (14 de agosto de 2020). <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>

- Ley n.º 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. *Diario Oficial El Peruano* (20 de agosto de 2011). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/571762/Ley_N__29783.pdf?v=1585259556
- Ley n.º 30947. Ley de Salud Mental. *Diario Oficial El Peruano* (23 de mayo de 2019). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1484216/Ley%20N%C2%BA%2030947.pdf.pdf?v=1608073034>
- Ley n.º 31572. Ley del Teletrabajo. *Diario Oficial El Peruano* (11 de septiembre de 2022). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3618445/Ley%2031572.pdf.pdf?v=1662944800>
- Resolución n.º 2404. Ministerio de Trabajo de Colombia (22 de julio de 2019). <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59995826/Resolucion+2404+de+2019-+Adopcion+bateria+riesgo+psicosocial%2C+guia+y+protocolos.pdf>
- Resolución n.º 145-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. Tribunal de Fiscalización Laboral (27 de julio de 2021).
- Resolución n.º 287-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. Tribunal de Fiscalización Laboral (21 de marzo de 2022).
- Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0279_ES.html
- Resolución Exenta n.º 156. Superintendencia de Seguridad Social. Gobierno de Chile (5 de marzo de 2018). https://www.suseso.cl/613/propertynames-647_resolucion_compendio.pdf
- Resolución Ministerial n.º 375-TR-2008. Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (28 de noviembre de 2008).
- Sentencia 118/2023 (2023). Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social (27 de febrero de 2023).

Sentencia n.º 191- 2023 (2023). Corte Superior de Justicia de Lima, Vigésimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente (17 de mayo de 2023).

STSJ ICAN 39/2021 (2021). Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social. Las Palmas de Gran Canaria (22 de marzo de 2021).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Danny Javier Gonzales Chinchay (autor): investigación, análisis formal, redacción (borrador original, revisión y edición), metodología, recursos y supervisión.

Agradecimientos

A mis estimados profesores de la maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Biografía del autor

Danny Javier Gonzales Chinchay es abogado graduado y titulado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), egresado de la maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la misma casa de estudios. Es colaborador de la *Revista Oficial del Poder Judicial*. Con diplomatura internacional en Derecho Corporativo (Universidad ESAN) y diplomatura en Evaluación y Acompañamiento de la Tesis Universitaria (UNMSM). Campo de interés: derecho del trabajo, derecho corporativo y derecho administrativo.

Correspondencia

danny.gonzalesc@unmsm.edu.pe



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

Vol. 15, n.º 20, julio-diciembre, 2023
Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este vigésimo número de la revista estuvo a cargo de la Unidad de Investigación y Fondo Editorial del Centro de Investigaciones Judiciales; la diagramación la realizó Miguel Condori Mamani; y la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 20 se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2023 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: 10.35292/ropj.v15i20



20

Revista Oficial
del Poder Judicial

Presentación

GIOVANA IRIS HURTADO MAGÁN

Artículos de investigación

JOHN PÉREZ BRIGNANI

Soluciones digitales en el Poder Judicial de Uruguay: retos, soluciones, avances y perspectivas

MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE Y DEYSI EMILIA GARCÍA RODRÍGUEZ

Valoración psicológica pericial del daño o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia: una caracterización de prácticas actuales en Ecuador

LUIS ANDRÉS PELEGRINO TORAÑO

Responsabilidad civil aquiliana de la persona en situación de discapacidad tras la reforma al Código Civil cubano

IGNACIO A. NIETO GUIL

El mal llamado anticausalismo tributario desde el causalismo realista

EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ

Sistema Nacional Anticorrupción: la paradoja entre el combate a la corrupción gubernamental y la violación de los derechos humanos en México

DANNY JAVIER GONZALES CHINCHAY

Necesidad de inclusión de los determinantes sociales y efectivo enfoque de salud mental. Una mirada crítica a la legislación de teletrabajo peruana