



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



ISSN: 2663-9130 (En Línea)

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22
julio-diciembre
2024
Lima, Perú

22





PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTOR

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ

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

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1406-8789>

E-mail: hcuno@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

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

ROBERTO ROLANDO BURNEO BERMEJO

Universidad de Piura, Piura, Perú

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

E-mail: rburneob@pj.gob.pe

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO

Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

E-mail: mjjimenezm2@derecho.unam.mx

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

COORDINADOR EDITORIAL

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>
E-mail: jchavezd@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ALEXEI DANTE SAENZ TORRES
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>
E-mail: asaenzt@unmsm.edu.pe

CORRECCIÓN Y CUIDADO DE EDICIÓN

YULIANA PADILLA ELÍAS
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
E-mail: ypadillae@pj.gob.pe

DIAGRAMACIÓN

MIGUEL CONDORI MAMANI
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
E-mail: acondorim@pj.gob.pe

GESTIÓN ELECTRÓNICA

ERIK ALMONTE RUIZ
E-mail: revistas.pj.gob.pe@gmail.com

METABIBLIOTECA
E-mail: info@metabiblioteca.com

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22

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

© Poder Judicial del Perú

Fondo Editorial

Palacio Nacional de Justicia, 2.º piso, oficina 244

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



DOAJ

Google Scholar

Latindex 2.0

ERIH PLUS

REDIB

Dimensions

Lens.org

SCilit

BASE

MIAR

LatinREV

WorldCat

ROAD

Fatcat

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: detalle del pórtico de ingreso al 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

Jorge Luis Salas Arenas

Elvia Barrios Alvarado

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Carlos Giovani Arias Lazarte

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

Carlos Alberto Calderón Puertas

Ulises Augusto Yaya Zumaeta

Emilia Bustamante Oyague

Manuel Estuardo Luján Túpez

Víctor Antonio Castillo León

Silvia Consuelo Rueda Fernández

Wilber Bustamante del Castillo

Ramiro Antonio Bustamante Zegarra

César Augusto Proaño Cueva

1 El Dr. Roberto Rolando Burneo Bermejo, 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. 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, se realizan 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 investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a todo lector interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* is a biannual publication. Its main objective is to publicize unpublished articles in order to share the result of studies and the research work related with legal issues. The articles of the journal are anonymously arbitrated by external specialists to the institution, which take into consideration the following evaluation criteria: originality, contribution of the work current issues, and contribution of the legal knowledge. The journal reserves itself the rights of publication, and in the case that the article is accepted, style corrections are made, as well as other necessary adjustments in order to comply the requirements of the publication.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives contributions from researchers related to law and justice. This publication is addressed to magistrates, researchers, university professors, teachers, students, and also to readers interested in typical aspects of academic reflection, critical work and legal research.

A *Revista Oficial do Poder Judiciário* é uma publicação semestral, cujo principal objetivo é divulgar artigos inéditos, resultantes de estudos e pesquisas sobre temas jurídicos. Os artigos da revista são avaliados de forma anônima por especialistas externos à instituição, que levam em conta os seguintes critérios de avaliação: originalidade, contribuição do trabalho, atualidade e contribuição para o conhecimento jurídico. A revista se reserva o direito de publicação e, se o artigo enviado for aceito, serão feitas as correções de estilo e outros ajustes necessários para atender aos requisitos da publicação.

O *Jornal Oficial do Poder Judiciário* recebe as contribuições de pesquisadores sobre direito e justiça. Esta publicação é destinada a magistrados, pesquisadores, professores universitários, professores, estudantes e todos os leitores interessados nas questões envolvidas na reflexão acadêmica, no trabalho crítico e na pesquisa jurídica.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i22

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ

17

Artículos de investigación

ENRIQUE Varsi-Rospigliosi y MARCO ANDREI TORRES

23

MALDONADO

Marco teórico del Título preliminar en el Código Civil peruano:
un enfoque de derecho comparado

DANIEL TREJO MEDINA

53

Las redes de citación y su relevancia para la administración del
conocimiento de los precedentes judiciales en México

OMAR SAR SUÁREZ y ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

79

Juicio político: hacia la juridización del «derecho constitucional
sancionador» y la identificación de los «tipos constitucionales»

EDWIN ADOLFO MOROCO COLQUE	153
Aplicación del <i>overruling</i> en el derecho peruano	
ALONSO BEGAZO CÁCERES	173
Los alcances del bien común en la jurisprudencia constitucional peruana: un examen de compatibilidad entre los aportes de John Finnis y el Tribunal Constitucional peruano	
JULIO CÉSAR SANTA CRUZ CAHUATA	225
Racionalidad limitada y sesgos cognitivos judiciales. Sobre el deber de juzgar sin sesgos cognitivos	
LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ	263
La informalidad en el régimen laboral público en el Perú y efectividad de las medidas estatales adoptadas al respecto	
RAÚL BELEALDO PARIONA ARANA	293
El concepto de funcionario público en el derecho penal	
OSCAR SUMAR Y THALÍA ZÚÑIGA	319
30 años de reforma del sistema de justicia y la racionalidad económica	
ALBERT VÁSQUEZ PÉREZ	339
Historia del derecho en Latinoamérica. Transición a la República	
DIEGO ALONSO NORONHA VAL	373
El programa procesal penal en las constituciones del siglo XIX: un breve repaso histórico al juicio por jurados en el Perú	
JOHN FRANCK HUERTA MOLINA	411
La abstención de la víctima-familia para rendir testimonio en el juzgamiento	

MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE

431

Ética profesional. Análisis desde el quehacer psicojurídico
ecuatoriano

**Artículos de investigación sobre inteligencia artificial en la
administración de justicia**

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS

449

Posibilidades de gestión de conflictos mediante la inteligencia
artificial en los sistemas de administración de justicia
latinoamericanos

DENIS ADAN AGUILAR CABRERA

475

La inteligencia artificial en la justicia: protocolos para la
presentación y la valoración de prueba digital obtenida
mediante IA

JHONNY HERNÁN TUPAYACHI SOTOMAYOR

499

La aplicación de la inteligencia artificial en los procesos
constitucionales de tutela de derechos fundamentales



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 17-20

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1090

Presentación

Apreciados académicos, profesionales del derecho y lectores en general, nos complace presentar el número 22 de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, publicación que se orienta a la difusión del conocimiento, pero también, y más importante aún, a promover el análisis crítico sobre diferentes tópicos en torno al derecho y a ese ideal fundamental que perseguimos todos en una sociedad, como es *la justicia*. Incluye por ello reflexiones sobre los grandes temas —teóricos y prácticos— del quehacer jurídico contemporáneo, que además de cumplir con exigencias de originalidad, deben poseer contenido significativo y riguroso, de modo que contribuyamos efectivamente a la consolidación de una comunidad académica sólida y comprometida con los valores y los principios que, como espacio editorial, defendemos.

En un escenario de constante cambio y rápida evolución tecnológica, al derecho se le hace imposible mantenerse al margen, y no hablo ya de los evidentes cambios legislativos o problemas de interpretación y de aplicación de las normas que ese escenario exige, sino de la necesidad de recurrir al auxilio de esos desarrollos tecnológicos para imprimir celeridad y mayores niveles de certeza y acierto a las decisiones judiciales, aunque en este afán se debe avanzar con *prudencia*, pues el excesivo entusiasmo puede llevarnos a supeditar nuestra inteligencia natural a la artificial, esto es, a *sobreponer el algoritmo al pensamiento*. Por estas razones, y siguiendo la línea editorial trazada desde nuestro número anterior, en

este se incluye, además de las investigaciones sobre el derecho en general, una sección especial referida a la inteligencia artificial en el servicio de impartición de justicia.

A propósito de la prudencia, tratamos de que los trabajos que son enviados a nuestra revista pasen por revisores cada vez más calificados, a fin de garantizar un alto nivel académico en las contribuciones que se publican. Esto resulta especialmente importante en un contexto en el que la indización de las revistas electrónicas de acceso abierto (sujetas a las condiciones que establecen las grandes bases de datos e índices globales), no obstante jugar un rol protagónico para la visibilidad, transferencia e impacto del conocimiento, no está exenta de crítica respecto de sus criterios de evaluación e indicadores, que en ocasiones parecen ir en detrimento de una promoción de la investigación seria, al privilegiar la inmediato y lo cuantitativo, cuando no los fines económicos.

Esto, por supuesto, es motivo de constante preocupación para muchos investigadores, pues los *rankings* internacionales pueden influir significativamente en sus carreras profesionales al haberse convertido en el mecanismo más mediático para hacer visible y acreditar su contribución en el ámbito académico o profesional en el que se desenvuelven. De ahí que sientan cada vez mayor *necesidad de publicar* en revistas clasificadas en índices de prestigio, con el grave riesgo de que satisfacer esa necesidad se convierta en un incentivo perverso que más allá de atentar contra la calidad de lo que se publica (que ya es grave), puede conducir incluso a mellar la propia integridad del investigador, como lamentablemente se observa ya que sucede.

Identificadas estas debilidades en los enfoques cuantitativos para gestionar el conocimiento, se hace ineludible que «desde los mismos centros del sistema académico mundial, organismos públicos y consejos científicos nacionales señal[emos] la necesidad de profundizar la evaluación cualitativa» (Salatino y López, 2021, p. 75) en las publicaciones científicas en general y en la investigación jurídica en particular. Esta será, además, una buena forma, tal vez la mejor, de contribuir a que las revistas jurídicas en español gocen de más visibilidad en los índices internacionales, en los que hoy tienen presencia muy reducida en comparación con las revistas anglosajonas, lo que afecta la diversidad cultural

en el ámbito de la difusión del conocimiento. Hace unos pocos años señalaban Meneses y Garza (2021) que «seis editoriales científicas controlan el 50 % de la producción académica (Elsevier, Springer, Taylor&Francis, Wiley-Blackwell, American Chemical Society, Sage publications) e imponen el inglés como lengua neutra y universal» (p. 203). Creemos que ese desequilibrio se viene superando y tenemos el compromiso de contribuir al objetivo de promover la excelencia académica, enriquecida con la diversidad intelectual de los investigadores de habla hispana.

En tal escenario, la *Revista Oficial del Poder Judicial* realiza esfuerzos por permanecer en el ecosistema de las revistas indizadas, cumpliendo con los estándares internacionales y cuidando la calidad de su contenido. Su política de acceso abierto cuenta con el respaldo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), en consonancia con la Declaración de Berlín sobre Acceso Abierto, según la cual «para establecer el acceso abierto como un procedimiento meritorio, se requiere idealmente el compromiso activo de todos y cada uno de quienes producen conocimiento científico y mantienen el patrimonio cultural» (Sociedad Max Planck, 2003, p. 54), permitiendo un intercambio del conocimiento sin restricciones (agregando, modificando o compartiendo una publicación digital), pero con estricto respeto de los derechos de autor.

En suma, es nuestro interés facilitar a los lectores, especializados o no, el acceso libre a conocimientos actualizados y relevantes, y los invitamos a sumarse a este proyecto académico y enriquecer los contenidos de este espacio editorial.

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ
Director de la *Revista Oficial del Poder Judicial*
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

REFERENCIAS

- Meneses, R. y Garza, J. (2021). Dime dónde públicas, ¿y te diré?: tiempo, forma y selección en las revistas jurídicas latinoamericanas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, (163), 196-220. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17492>
- Salatino, M. y López, O. (2021). El fetichismo de la indexación. Una crítica latinoamericana a los regímenes de evaluación de la ciencia mundial. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, 16 (46), 73-100. <https://ojs.revistacts.net/index.php/CTS/article/view/212>
- Sociedad Max Planck (ed.). (2003). Declaración de Berlín sobre acceso abierto. *GeoTrópico, online*, 1(2), 152-154. https://openaccess.mpg.de/67627/Berlin_sp.pdf

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024

ISSN: 2663-9130 (En línea)



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 23-52

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1048

Marco teórico del Título preliminar en el Código Civil peruano: un enfoque de derecho comparado

Theoretical framework of the Preliminary Title in the Peruvian Civil Code: A comparative law approach

Estrutura teórica do Título Preliminar no Código Civil Peruano:
uma abordagem de direito comparado

ENRIQUE Varsi-Rospigliosi

Universidad de Lima

(Lima, Perú)

Contacto: evarsi@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>

MARCO ANDREI TORRES MALDONADO

Universidad de Lima

(Lima, Perú)

Contacto: mantorre@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9943-3890>

RESUMEN

El Título preliminar de los códigos civiles es una pieza clave en el derecho comparado, pues ofrece las directrices esenciales para la interpretación y la aplicación de las normas. Aunque su regulación clásica ha mostrado cierta eficacia frente a las nuevas realidades jurídicas, económicas y tecnológicas, sigue siendo fundamental para mantener la coherencia del sistema legal. Este artículo busca proponer un marco teórico integral para el análisis del Título preliminar del Código Civil peruano, con el cual se cubre una carencia identificada en la doctrina jurídica nacional y

se resalta su función estructural y normativa dentro del sistema jurídico, al establecer los principios rectores que orientan la interpretación y la aplicación del derecho civil. A través de un análisis detallado y un enfoque comparatista, se revaloriza la importancia del Título preliminar en la prevención y la resolución de conflictos sociales, la promoción de la justicia y el respeto al Estado de derecho. En resumen, se subraya su función como pilar para la regulación de las relaciones privadas y públicas, así como su influencia en todo el ordenamiento jurídico, lo que reafirma su vocación constitucional.

Palabras clave: Título preliminar; principios generales; interpretación jurídica; integración jurídica; supletoriedad del Código Civil; derecho civil; derecho civil constitucional.

Términos de indización: legislación; imperio de la ley; teoría legal; aplicación de la ley; derecho civil; derecho constitucional (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The Preliminary Title of Civil Codes is a cornerstone in comparative law, as it provides essential guidelines for the interpretation and application of legal norms. Although its classical regulation has demonstrated a degree of effectiveness in addressing new legal, economic, and technological realities, it remains crucial for maintaining the coherence of the legal system. This article aims to propose a comprehensive theoretical framework for analyzing the Preliminary Title of the Peruvian Civil Code, addressing a gap identified in national legal doctrine and highlighting its structural and normative role within the legal system by establishing the guiding principles for interpreting and applying civil law. Through a detailed analysis and a comparative approach, the article underscores the importance of the Preliminary Title in preventing and resolving social conflicts, promoting justice, and upholding the rule of law. In summary, it emphasizes its role as a pillar for regulating private and public relationships and its influence across the entire legal system, reaffirming its constitutional vocation.

Key words: Preliminary Title; general principles; legal interpretation; legal integration; supplementary role of the Civil Code; civil law; constitutional civil law.

Indexing terms: legislation; rule of law; legal theory; law enforcement; civil law; constitutional law (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O Título Preliminar dos Códigos Civis é uma peça fundamental do direito comparado, pois fornece as diretrizes essenciais para a interpretação e aplicação das regras. Embora sua regulamentação clássica tenha demonstrado alguma eficácia diante das novas realidades jurídicas, econômicas e tecnológicas, ela continua sendo essencial para manter a coerência do sistema jurídico. Este artigo busca propor uma estrutura teórica abrangente para a análise do Título Preliminar do Código Civil peruano, que preenche uma lacuna identificada na doutrina jurídica nacional e destaca sua função estrutural e normativa dentro do sistema jurídico ao estabelecer os princípios orientadores que guiam a interpretação e a aplicação do direito civil. Por meio de uma análise detalhada e de uma abordagem comparativa, é reavaliada a importância do Título Preliminar na prevenção e resolução de conflitos sociais, na promoção da justiça e no respeito ao Estado de direito. Em suma, destaca-se sua função de pilar para a regulação das relações privadas e públicas, bem como sua influência em todo o sistema jurídico, o que reafirma sua vocação constitucional.

Palavras-chave: Título preliminar; princípios gerais; interpretação jurídica; integração jurídica; complementação do Código Civil; direito civil; direito civil constitucional.

Termos de indexação: legislação; estado de direito; teoria jurídica; aplicação da lei; direito civil; direito constitucional (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 11/9/2024

Aceptado: 4/12/2024

Revisado: 12/9/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Delimitación del tema

El derecho civil, en un sistema romano-germánico como el nuestro, regido por el *civil law*, se estructura y se desarrolla a través de un cuerpo normativo conocido como Código Civil. Este código desempeña un papel crucial en las relaciones personales y en el tráfico económico, sus pilares fundamentales son el sujeto y el patrimonio. Dentro del Código, el Título preliminar es especialmente relevante, ya que establece los principios y las normas que guían la aplicación del derecho civil en Perú. Este estudio se centra en el análisis del Título preliminar del Código Civil peruano y se propone una teoría que sustente su operatividad y la regulación de la conducta humana en la sociedad.

1.2. Justificación

El Título preliminar del Código Civil ha quedado desactualizado frente a las modernas instituciones del derecho privado y las nuevas realidades contractuales. Esto limita su eficacia y su aplicabilidad en la resolución de problemas sociales contemporáneos. Dado que el Título preliminar constituye la base sobre la cual se erige gran parte del derecho civil, su actualización y su comprensión son esenciales para garantizar la equidad, la igualdad y la seguridad jurídica en la sociedad peruana. La relevancia de este estudio radica en su capacidad para proporcionar un marco teórico que refuerce la importancia y la vigencia del Título preliminar, asegurando que siga siendo un pilar fundamental en la estructura jurídica del país.

1.3. Objetivos

El presente estudio tiene como objetivo llenar un vacío existente en la doctrina nacional al proponer un marco teórico exhaustivo para el análisis del Título preliminar del Código Civil peruano, subrayando su función cardinal dentro del sistema jurídico. Se examina la evolución histórica y la importancia contemporánea de este título, se proporciona una definición precisa de este y se desglosan sus funciones y su contenido. Además, se lleva a cabo un análisis comparado de su tratamiento en

diversos sistemas jurídicos, tanto dentro del ámbito del Código Civil como en marcos normativos externos, y se pone énfasis en las tendencias emergentes que caracterizan a los códigos civiles modernos. La discusión se enriquece con una evaluación crítica de la problemática actual asociada con la aplicación y la vigencia del Título preliminar, se culmina con una reflexión sobre los desafíos y las proyecciones futuras. El artículo se apoya en un riguroso análisis comparativo y en una revisión crítica de la literatura especializada, lo que permite consolidar una visión integral y actualizada sobre el tema.

1.4. Estructura y metodología

Para alcanzar los objetivos planteados, esta investigación se organiza en varios componentes esenciales. En primer lugar, se realiza una descripción detallada de las normas, los principios y las disposiciones que conforman el Título preliminar, y se aborda cada uno de sus elementos fundamentales. Posteriormente, se adopta una metodología analítico-descriptiva para examinar y descomponer estos elementos, se identifican sus interrelaciones y sus implicancias en la práctica jurídica. Además, el estudio recurre al método crítico-reflexivo para analizar los desafíos contemporáneos que enfrenta y explorar posibles propuestas de actualización y mejora en su aplicabilidad. Finalmente, se presenta un marco teórico que subraya la importancia del Título preliminar, acompañado de recomendaciones específicas para su adaptación efectiva a la realidad jurídica peruana.

Este estudio responde a un vacío en la doctrina nacional al proponer un enfoque teórico exhaustivo sobre el Título preliminar del Código Civil peruano, en el cual resalta su rol esencial dentro del sistema jurídico. Explora tanto la evolución histórica como la relevancia contemporánea de este título, profundizando en sus funciones y su contenido. Además, se analiza su tratamiento en diversos sistemas jurídicos, se considera tanto su integración en el Código Civil como en normativas externas y se destacan las tendencias emergentes en los códigos civiles modernos. La discusión incluye una evaluación crítica de los desafíos actuales y, mediante el uso del enfoque crítico-reflexivo, se reflexiona sobre las perspectivas futuras. El artículo se basa en un análisis comparativo

riguroso y una revisión crítica de la literatura especializada, se ofrece así una perspectiva integral y actualizada sobre el tema.

2. ANTECEDENTES EN EL TRATAMIENTO NORMATIVO DEL TÍTULO PRELIMINAR

La precedencia en la codificación de un preámbulo, que incluye disposiciones no exclusivamente relacionadas con el ámbito civil, se remonta al derecho romano, tomando en cuenta que el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, que incluyó las *Institutas* de Gayo, estableció normas generales sobre el derecho y sirvió como un antecedente remoto del Título preliminar del Código Civil francés (Vidal, 1993, p. 118). En efecto, el *Code* da inicio a este fenómeno, seguido por el Código español y por el Código italiano con sus denominadas Disposiciones sobre la ley en general (*le preleggi*) (Pablo, 1996, p. 534).

Desde una perspectiva histórica, el derecho civil peruano ha tenido una tradición por incorporar en sus códigos un Título preliminar. Los Códigos de Santa Cruz (Estado Sud y Nor peruano, 1836) tenían un Título preliminar (de la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general), con cinco artículos.

El Título preliminar del Código de 1852 tenía trece artículos; el de 1936, veinticinco artículos. En estos dos primeros códigos peruanos tuvimos un tratamiento particular en ciertas instituciones que no han sido consideradas en el del 84, *v. gr.*, en el Código Civil del 52 la territorialidad de la ley (I), la obligatoriedad de la ley (IV) y el ámbito y territorialidad de la ley para los inmuebles (V); en el Código Civil del 36 las normas de derecho internacional privado (V a la XX) y la preferencia de la norma constitucional (XXII).

El Proyecto de Código Civil, publicado en noviembre de 1982, proponía un Título preliminar de ochenta artículos, comenzaba con los principios generales, divididos en cuatro títulos: Normas de derecho internacional privado, Competencia jurisdiccional, Ley aplicable y Eficacia de las sentencias extranjeras.

Por su parte, a diferencia de sus antecesores, el Código de 1984 solo contiene diez artículos. La ponencia del Título preliminar fue encomendada por la Comisión Reformadora a José León Barandiarán y a Jorge

Vega García (1972). Fue revisado por Delia Revoredo Marsano (1981) y la Comisión Revisora estuvo a cargo de Javier Alva Orlandini (1982).

3. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DEL TÍTULO PRELIMINAR EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Con frecuencia, el Código Civil está divido en tres partes: (i) Título preliminar; (ii) cuerpo; y, (iii) Disposiciones finales. En el derecho peruano, se enseñaba, allá por los ochenta, que el contenido del Título preliminar pertenecía al denominado *derecho civil constitucional*, al contener las instituciones y las reglas básicas a tenerse en cuenta en la aplicabilidad y el ejercicio del Código Civil (Varsi, 2022, p. 16).

El Código tiene una puerta de entrada o acceso constituida por el Título preliminar, en él se consignan mandatos específicos sobre normas y principios, muchos de ellos arduamente discutidos desde que entró en vigor (Rubio, 2015, p. 15) y más aún hoy en día. Y es que, como acertadamente se ha señalado, toda ordenación sistemática del derecho civil debe empezar por una «introducción» que, cuando menos, explique aquello que corresponde al derecho civil como disciplina fundamental, tanto en lo referido a una teoría del derecho objetivo, las fuentes del derecho, la interpretación y eficacia de las normas y la doctrina de los derechos subjetivos (Puig, 1980, p. 70).

El Título preliminar regula, de forma general, los principios del derecho a través de un tratamiento técnico que ha sido, en alguna manera, complementado por la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de un conjunto de disposiciones que tienen una vocación de generalidad, orientada a regular la conducta humana social a partir de diversos principios.

Si el Código Civil es la columna vertebral del derecho civil, el Título preliminar es su médula espinal, al consagrar principios generales del derecho que permiten su interpretación y su aplicabilidad. A decir de Herrero Miñón, citado por Pablo Contreras (1996), el Título preliminar «no regula las relaciones sociales, pero proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible» (p. 534), este es el constructo sobre el que se erige.

El ser humano es generador de conflictos. Como actor de la sociedad debe acatar las pautas legales del ordenamiento jurídico a fin de lograr su desarrollo social en paz y equidad, lo que le permite alcanzar su proyecto de vida. En determinadas situaciones, la resolución de los distintos problemas sociales se realiza en función de criterios principistas, por lo que amerita un estudio integral de las bases del derecho civil. El Título preliminar, precisamente, se presenta como un instrumento del Código que permite resolver y prevenir *in limine* los conflictos de intereses en la sociedad. Ello, como es evidente, exige un estudio desde el formante doctrinal, jurisprudencial y normativo, tanto a nivel nacional y del derecho comparado.

Considera el Código Civil de Puerto Rico del 2020¹ (p. 3) en su exposición de motivos:

Los Códigos civiles generalmente comienzan la exposición del Derecho Civil con un título preliminar o con una parte general en la que se establecen principios básicos, preceptos generales y en muchos casos declaraciones de carácter constitucional, para más adelante tratar las instituciones.

Este Código sigue esos mismos lineamientos. El Título Preliminar incorpora los principios generales sobre la aplicación e interpretación de la ley. Se mantienen sustancialmente las reglas generales sobre la eficacia de la ley y su aplicación, y desde esta perspectiva, se busca conservar, como valor fundamental, la unidad y coherencia de nuestro ordenamiento jurídico. Sus preceptos rigen no solo el ordenamiento jurídico privado sino el ordenamiento jurídico total; esto es, aplican a todas las materias del Derecho. Estos preceptos son, entre muchos otros: la fuerza obligatoria de las leyes; las reglas de interpretación; la observancia de la ley; la renuncia de derechos; el rechazo del fraude a la ley; y la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

En este contexto, los criterios de aplicabilidad del Código los tenemos en su Título preliminar, es este el que se encarga de marcar las

1 L. 55-2020 de 1 de junio de 2020.

pautas generales y las líneas de acción que requieren la vida de relación de acuerdo con criterios de equidad, igualdad y seguridad jurídica, y con ello nos alineamos con Pablo Contreras (1996), para quien «no parece que puede haber duda de que las disposiciones del título preliminar del Código Civil son *normas de normas* o, mejor *normas sobre normas*» (p. 535).

4. FUNCIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR

El Título preliminar *es y debe ser* la primera línea de trabajo en el Código Civil, su estudio y su aplicación deben ser exhaustivos y especiales. Tiene una función integradora e interpretativa dentro de un ordenamiento jurídico. No se trata de regular aspectos específicos, sino aquellos que son de interés de todos.

No debe ser tratado como un complemento o un asunto adicional. Debe ser abordado en la dimensión que representa, la parte del Código que consagra los principios esenciales para la interpretación y la aplicación de las instituciones del derecho privado. Lo plasmado y lo tratado en el Título preliminar es la esencia del derecho privado, de él nos servimos y a él recurrimos para encuadrar un problema social y darle solución.

Considera Lorenzetti (2012):

Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. (p. 581)

Las funciones de un Título preliminar son tres (Tribuna Constitucional, 2020):

- Señalar los principios y las directrices de la norma
- Integrador y complementario de las normas jurídicas del ordenamiento
- Determinar la política del Estado o la política jurisdiccional de la norma

A lo largo de la historia los títulos preliminares en la codificación han cumplido la función de integración y complementación de las normas constitucionales (Vega, 1997, p. 60). El Título preliminar desempeña un papel cardinal en el sistema jurídico. No es simplemente una introducción en el Código, es el fundamento sobre el cual se construye todo el cuerpo normativo del derecho privado. Su estudio exhaustivo y su aplicación rigurosa son fundamentales para comprender y aplicar los principios esenciales que rigen las instituciones legales.

El Título preliminar, además, no solo establece los fundamentos del derecho privado, sino que también proporciona un marco de interpretación y comprensión para toda la legislación. Al integrar y complementar otras normas del ordenamiento jurídico, y al determinar la política estatal y jurisdiccional, el Título preliminar actúa como un faro que guía la aplicación coherente y justa de la ley en la sociedad.

En resumen, su funcionalidad trasciende lo meramente introductorio, es un pilar fundamental para la aplicación eficaz del derecho privado en particular y para la integridad del ordenamiento jurídico en general, cuyo cabal conocimiento corresponde a toda persona que se inicia en la formación de leyes, así como de los propios operadores jurídicos.

5. IMPORTANCIA DEL TÍTULO PRELIMINAR

Como hemos indicado, contiene principios generales del derecho. Sus normas son rectoras y principistas. Según Arias Schreiber (1991), el Título preliminar «se ha limitado a establecer preceptos de carácter general relativos al ordenamiento jurídico nacional» (p. 30).

Sirve de inicio, de punto de partida, para interpretar y aplicar las instituciones del derecho en general y del derecho civil en particular, es aplicable a todo el ordenamiento jurídico; Ferrara, citado por Espinola y Espinola (1995, p. 8), denomina al Título preliminar *vestibolo del codice*.

Contiene los principios fundamentales que, cuando se comprenden y se utilizan correctamente, garantizan una adecuada aplicación del derecho civil en las relaciones jurídicas. Es crucial reconocer la importancia de esta parte del Código, ya que su propósito es guiar a quienes

deseen utilizar este instrumento a fin de obtener un resultado favorable, de allí lo básico de comprender y dominar completamente su contenido.

Recuerda Fernández Sessarego (1997, p. 20) que cuando era estudiante de Derecho imaginaba que las disposiciones contenidas en el Título preliminar del Código del 36 tenían un rango constitucional y ello se daba, justamente, para llenar el vacío existente en la Constitución de 1933.

Espinoza (2011) nos dice que el Título preliminar incluye una serie de principios que son esenciales para que cualquier profesional del derecho pueda interpretar «los modelos jurídicos circulantes no solo en el Código civil sino para la generalidad de todo ordenamiento jurídico» (p. 35). Para Vidal Ramírez (1993, p. 119), complementa las normas constitucionales, y en esa línea reafirmamos que su tratamiento es básicamente de contenido constitucional. Lo cierto es que el Título preliminar es una suerte de ley complementaria de la Constitución (Herrero de Miñón, 1974, p. 91).

Plantea Del Carpio Fiestas (2018):

Es tal la importancia para el ordenamiento jurídico del Título Preliminar del Código Civil, cuyo nivel de técnica jurídica es elevadísimo y poco menos que indiscutido, que la doctrina y hasta la jurisprudencia vienen repitiendo el carácter o valor cuasiconstitucional de este Título Preliminar. (p. 1)

El Título preliminar no solo es aplicable al Código Civil, sino que «es un conjunto de normas históricamente preparado para regir todo el sistema jurídico» (Rubio, 2015, p. 13). Su alcance es transversal a todo el ordenamiento jurídico (Canelo, 2023). Sus normas al ser de carácter cruzado, y no encontrarse al servicio solo del derecho civil, se entrecruzan con el derecho constitucional, procesal, societario, administrativo, por mencionar solo algunos, esto es lo que determina su importancia y su trascendencia. Para Pablo Contreras (1996):

La naturaleza de esta clase de disposiciones, su valor y función normativa, ha sido muy discutido en la doctrina. Puede decirse que en lo único en que hay un relativo acuerdo es que las mismas

exceden del ámbito propio del Derecho privado, que no son tan solo reglas aplicables a las normas jurídicas contenidas en el Código Civil, ni siquiera solo a las normas jurídicas del derecho privado, sino que, por el contrario, pretenden ser de aplicación a todos los órdenes del Derecho. (p. 534)

Entendido que lo normado en el Título preliminar no es de exclusividad de las relaciones privadas, su contenido está reflejado en otras leyes que regulan diversos tipos de relaciones.

El contenido del Título preliminar refleja la importancia del Código Civil como cuerpo normativo (Vidal, 2000, p. 112), lo que vemos reflejado en la cercanía normativa con la Constitución. En alguna manera podría decirse, siguiendo a Pablo Contreras (1996), que el Código Civil tiene un valor materialmente constitucional.

Tabla 1

Comparación entre el Título preliminar del Código Civil peruano y la Constitución Política del Perú

	Título preliminar del Código Civil peruano	Constitución Política del Perú
Objetivo	Establece los principios generales que rigen el derecho civil en el Perú y sirve para interpretar y aplicar las instituciones del Código.	Es la norma suprema del ordenamiento jurídico peruano, establece los principios fundamentales que rigen el Estado y la organización del poder público.
Contenido	Rige sobre la vigencia y la aplicación de la ley, abuso del derecho, analogía, orden público, buenas costumbres y validez del acto, interés para obrar, obligación del juez, principios generales del derecho, aplicación supletoria del Código y vacíos o defectos en la legislación y el deber de informar.	Contiene disposiciones sobre los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos, la estructura y las funciones de los poderes del Estado, garantiza la descentralización, regula la economía y las finanzas públicas, establece los principios de la política exterior y la seguridad nacional, entre otros.
Ámbito de aplicación	Regula las relaciones entre particulares en aspectos como la persona, la familia, la propiedad, los contratos, entre otros.	Regula todos los ámbitos de la vida política, social y jurídica del país. Es la base sobre la que se desarrollan y se aplican las leyes.

Comparación

- Establecen principios generales que rigen la vida jurídica en el Perú. Cada uno se enfoca en áreas diferentes: el Título preliminar en el derecho civil y la Constitución Política en el ordenamiento jurídico en su totalidad.
- El Título preliminar se centra en principios específicos vinculados con las relaciones entre particulares, la Constitución Política abarca principios más amplios relacionados con la organización del Estado, los derechos fundamentales y la estructura del poder público.
- Tienen una función similar al establecer los fundamentos y los principios que guían la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas en el Perú, aunque lo hacen en ámbitos y contextos diferentes.

Ambos comparten principios generales del derecho, aunque se aplican en contextos y ámbitos diferentes.

6. CONTENIDO DEL TÍTULO PRELIMINAR

El Título preliminar trata temas de derecho privado en dos artículos (arts. V y VI), pero fundamentalmente regula temas de derecho público en ocho artículos (arts. I-IV y VII-X), contiene un tratamiento en materias de lo más diversas, lo que permite su interrelación con las demás ramas del derecho.

Su temática y el orden de su tratamiento es:

- Derogación de la ley
- Abuso del derecho
- Aplicación de la ley en el tiempo
- Limitaciones a la aplicación analógica de la ley
- Orden público, buenas costumbres y validez del acto jurídico
- Interés para obrar
- *Iura novit curia*
- Principios generales del derecho
- Aplicación supletoria del Código Civil
- Vacíos o defectos en la legislación y el deber de informar

Se aprecia que no hay un criterio de orden lógico, simplemente existe un tratamiento normativo sin considerar agrupar adecuadamente las normas de acuerdo con su contenido y su importancia. En nuestra opinión, la disposición de los artículos, desde un punto de vista técnico,

debió realizarse teniendo en cuenta los siguientes cuatro criterios que van de la mano con el contenido de cada uno de los artículos:

La ley

- Entrada en vigencia y aplicación de la ley en el tiempo
- Derogación de la ley
- Aplicación analógica de la ley

Instituciones jurídicas

- Orden público, buenas costumbres y validez del acto jurídico
- Interés para obrar
- Abuso del derecho

Deber del juez

- *Iura novit curia*
- Principios generales del derecho
- Vacíos o defectos en la legislación y el deber de informar

Importancia del Código Civil

- Aplicación supletoria del Código Civil

El Título preliminar proporciona una comprensión profunda de los principios fundamentales que rigen la aplicación de la ley en el contexto jurídico peruano. Estos principios, que incluyen la derogación de la ley, la no retroactividad, la nulidad de actos contrarios al orden público y las buenas costumbres, así como la obligación de los jueces de aplicar la norma jurídica pertinente y ante los vacíos de la ley considerar los principios generales del derecho, son fundamentales para garantizar la justicia y el respeto al Estado de derecho en la sociedad peruana.

También se resalta la relevancia de la supletoriedad del Código Civil para regular relaciones y situaciones jurídicas no abordadas específicamente por otras leyes, siempre y cuando no sean contradictorias con su naturaleza. Este principio proporciona un marco legal sólido y coherente que permite abordar situaciones no previstas de manera adecuada y justa.

Asimismo, se subraya la responsabilidad de los órganos judiciales y fiscales de informar sobre vacíos o defectos en la legislación, lo que

contribuye a la mejora continua del sistema legal peruano y al resguardo de los derechos y las garantías de los ciudadanos.

Este carácter variado en el tratamiento de las diversas instituciones permite su transversalidad en las diversas áreas del derecho, lo que marca la fortaleza del Título preliminar.

Existen algunas otras instituciones jurídicas que requieren de un tratamiento expreso, tales como:

- Fuentes del derecho
- Buena fe
- Fraude
- Actos propios
- Equidad

Estas últimas marcan una pauta importante en las relaciones jurídicas contemporáneas, por lo que precisan ser tratadas en su real dimensión, llenando el vacío en nuestra normativa. Consideramos que no es propiamente una deficiencia o debilidad de nuestro Título preliminar, es cuestión de que en su momento no se ha identificado la importancia en el desarrollo legislativo de estas instituciones, por lo que puede aprovecharse la oportunidad de ampararlas. Sería una propuesta legislativa interesante plantear la incorporación de estas figuras a fin de actualizar el Título preliminar del Código Civil y hacerlo más eficiente y eficaz.

De los diez artículos del Título preliminar, ocho están reglados en la Constitución de 1993 y siete en la Constitución de 1979.

- Derogación de la ley
- Abuso del derecho
- Aplicación de la ley en el tiempo
- Limitaciones a la aplicación analógica de la ley
- Orden público, buenas costumbres y validez del acto jurídico
- *Iura novit curia*
- Principios generales del derecho
- Vacíos o defectos en la legislación y el deber de informar

Estas instituciones han sido íntegramente tratadas por la Constitución y se les ha considerado como *verdaderas normas materialmente*

*constitucionales*², por lo que su regulación legal resultaría *prescindible* tomando en cuenta que en un Estado constitucional y democrático de derecho «la eficacia y el respeto de las normas constitucionales no se encuentran supeditados a la ley» (Landa, 2008, p. 240).

Veamos:

Tabla 2

Comparación del Código Civil de 1984 y la Constitución de 1993 y la de 1979

Código Civil	Constitución 1993	Constitución 1979
<p>Artículo I. La Ley se deroga solo por otra ley.</p> <p>La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella.</p> <p>Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.</p>	<p>Artículo 102. Son atribuciones del Congreso:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. <p>Artículo 103. [...] La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.</p>	<p>Artículo 186. Son atribuciones del Congreso:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
<p>Artículo II. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.</p>	<p>Artículo 103. [...] La Constitución no ampara el abuso del derecho.</p>	<p>Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...]</p> <ol style="list-style-type: none"> 12. A contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho.
<p>Artículo III. La Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.</p>	<p>Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...]</p> <ol style="list-style-type: none"> 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. <p>Artículo 103. [...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.</p>	<p>Artículo 187. Pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas.</p> <p>Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente.</p>

2 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 2235-2004-AA/TC, caso Grimaldo Chong Vásquez (p. 6).

Artículo IV. La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.	Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional. [...] 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringan derechos.	Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia: [...] 8. La inaplicabilidad por analogía de la ley penal.
Artículo V. Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.	Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.	Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...] 12. A contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho.
Artículo VII. Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.	Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.	Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia: [...] 6. La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.
Artículo VIII. Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.		
Artículo X. La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.	Artículo 159. Corresponde al Ministerio Público: [...] 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.	

Son solo dos de los artículos regulados exclusivamente en el Código Civil, como son el VI (interés para obrar) y el IX (aplicación supletoria del Código Civil), estos no están en la Constitución del 93 ni en la del 79.

Es más, el artículo VI ha sido desarrollado por el CPC (artículo IV del TP), de manera que, si así quisieramos decir, solo quedaría un artículo auténtico en el Título preliminar del Código Civil, el artículo IX, que es el que marca la importancia del Código Civil.

Como dice Herrero de Miñón (1974): «Hay partes sustantivas de la Constitución desparramadas a través de normas hasta ahora coto de los privatistas, entre ellas el recientemente reformado Título Preliminar del Código Civil» (p. 89).

Las normas del Título preliminar «regulan, con pretensión de generalidad, un problema primario del ordenamiento, cuál es la creación de Derecho y el de la aplicación de este a los casos concretos precisados de una solución jurídica» (Pablo, 1996, p. 537). En conjunto, el análisis del Título preliminar ofrece una base sólida para comprender los principios rectores del sistema legal peruano y su aplicación en la resolución de conflictos legales, al promover la seguridad jurídica y el Estado de derecho en el país.

Herrero Miñón (1974) indica que si el derecho español era un verdadero orden jurídico esto se daba

merced al título preliminar del Código Civil que establece apodicticamente su plenitud y se da, de modo imperativo, los criterios que permiten obtener su *univocidad* o *consistencia* [...] el título preliminar procura establecer los mecanismos lógicos para eliminar las antinomias en sentido propio, esto es, las que impiden al sujeto agente cumplir una norma sin violar otra. (p. 99)

7. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO DEL TÍTULO PRELIMINAR

El derecho comparado no es ajeno al estudio y normación del Título preliminar y su tratamiento es diverso.

En cuanto a su topología, *i. e.*, ubicación de su tratamiento, para fines de la presente investigación, hemos verificado que el Título es tratado en el derecho comparado de la siguiente manera:

- Tratamiento en el Código Civil (interno, originario, dependiente)
- Tratamiento fuera del Código Civil (externo, foráneo, autónomo)

7.1. Tratamiento en el Código Civil

Esta, sin duda, es la regla general. Del estudio de algunos códigos civiles hemos podido determinar lo siguiente:

Tabla 3*El Título preliminar en la codificación comparada*

	País	Denominación	Número de artículos
1	Argentina	Título preliminar	18
2	Aragón (España)	Título preliminar	3
3	Bélgica	Disposiciones generales	12
4	Cabo Verde	Livro I. Parte geral. Título I. Das leis, sua interpretação e aplicação	62
5	California	Preliminary provisions	21
6	Cataluña	Libro I. Disposiciones generales	111-1 a 122-5
7	Colombia	Título preliminar	72
8	Cuba	Disposiciones preliminares	21
9	Costa Rica	Título preliminar	43
10	Chile	Título preliminar	53
11	China ³	Book One. General Part. Chapter I. General Provisions	12
12	Ecuador	Título preliminar	39
13	Egipto	Capítulo introductorio. Disposiciones generales	28
14	El Salvador	Título preliminar	51
15	Emiratos Árabes Unidos	Introductory Chapter. General Provisions	70
16	España	Título preliminar	16
17	Filipinas	Título preliminar	34
18	Francia	Título preliminar	6
19	Georgia	Book One. General Provisions of the Civil Code General Provisions	10
20	Grecia	Libro primero. Principios generales	286
21	Hungría	Book One. Introductory Provisions	1.6
22	Italia	Disposizioni sulla legge in generale	31
23	Lousiana	Título preliminar	23
24	Macao	Capítulo I. Disposições gerais	40
25	Mauricio	Título preliminar	6

3 Además, cuenta una norma denominada Principios generales del derecho civil de la República Popular de China, 1987, con ciento cincuenta y seis artículos.

26	México D. F.	Disposiciones preliminares	21
27	Baja California (México)	Disposiciones preliminares	21
28	Quintana Roo (México)	Título preliminar	33
29	Mongolia	General Basis	7
30	Navarra	Título preliminar	16
31	Nicaragua	Título preliminar	VIII
32	Panamá	Título preliminar	37
33	Paraguay	Título preliminar	27
34	Perú	Título preliminar	X
35	Polonia	General provisions	7
36	Portugal	Livro I. Parte Geral	65
37	Puerto Rico	Título preliminar	66
38	Qatar	Introductory Part. General Provisions Chapter I. Application of Law in terms of Time and Place Section I. Application of Law	38
39	Rumanía	Título preliminar	24
40	Rusia	Part One. Section I. The General Provisions Subsection 1. The Basic Provisions Chapter 1. The Civil Legislation	7
41	Santa Lucía	Introductory chapter provisions in respect of the laws in general	13
42	Seychelles	Libro I. Preliminar y Personas	15
43	Suiza	Introduction	10
44	Tailandia	General Provisions	14
45	Timor	Livro I. Parte Geral	62
46	Uruguay	Título preliminar	20
47	Venezuela	Título preliminar	14

Es común denominador que los códigos civiles cuenten con Título preliminar. Como puede verse hay diferentes tratamientos en estos.

- Independiente. El Título preliminar se desarrolla en una sección aparte.

Argentina, Aragón (España), Bélgica, California, Colombia, Cuba, Costa Rica, Chile, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes

Unidos, España, Filipinas, Francia, Lousiana, Macao, Mauricio, México D. F., Baja California (México), Quintana Roo (México), Mongolia, Navarra, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Puerto Rico, Rumanía, Santa Lucía, Rusia, Suiza, Tailandia, Uruguay y Venezuela.

- Dentro del Libro I. El Título preliminar se desarrolla dentro del Libro I.
Cabo Verde, Cataluña, China, Georgia, Grecia, Hungría, Portugal, Qatar, Seychelles y Timo.

7.2. Tratamiento fuera del Código Civil

De manera excepcional, existen países en que el tratamiento del Título preliminar no está en el Código Civil, algunos lo tienen en una ley especial, entre ellos tenemos: Alemania⁴, Bolivia, Brasil⁵, Etiopía, Holanda, Indonesia, Japón, Malta, Quebec.

En la siguiente tabla podemos agrupar, según la tendencia, la normación del Título preliminar y su tratamiento en los códigos civiles.

Tabla 4

El tratamiento en el derecho comparado

Tratamiento dentro del Código Civil	Tratamiento fuera del Código Civil
Tratamiento independiente	Norma especial
Tratamiento dentro del Libro I	

4 Ley de introducción al Código Civil alemán, conocida como EGBGB del 18/08/1896, al igual que el Código Civil (BGB).

5 Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto Ley 4.657, 4/09/1942, con ciento cincuenta y seis artículos. El Código Civil de 1916 sí tenía un Título preliminar con veintiún artículos.

8. ¿CUÁL ES LA TENDENCIA EN LOS CÓDIGOS CIVILES MODERNOS?

La mayoría de los códigos civiles comienzan con un conjunto de disposiciones generales, lo que consideramos no se da solo por una tradición, sino por una necesidad de lograr la correcta interpretación y aplicación de las instituciones jurídicas.

Sin perjuicio de la práctica de descodificación presente en muchos sistemas jurídicos, la tendencia es mantener el Título preliminar en el Código Civil, por diversas razones:

- Necesario, proporciona una introducción al Código, establece los principios y los conceptos esenciales que guiarán la correcta interpretación y aplicación de las instituciones.
- Funcionabilidad, ayuda a que el Código funcione eficientemente proporcionando una estructura organizada y coherente que facilita la comprensión y la aplicación de las instituciones jurídicas.
- Eficiente y eficaz, ayuda a evitar ambigüedades y conflictos en la interpretación y la aplicación del Código, lo que contribuye a una administración de justicia más eficiente y eficaz.
- Establece un orden, plantea un orden lógico y sistemático en la regulación de sus instituciones, lo que facilita su consulta y su comprensión.
- Marca la pauta de aplicación normativa, al establecer los principios generales y fundamentales del sistema jurídico, el Título preliminar marca la pauta para la aplicación de las normas legales específicas contenidas en el Código, y asegura una interpretación coherente y uniforme de las leyes.

Uno de los textos de Título preliminar más complejos y amplios en el derecho comparado es el del Código Civil de Puerto Rico, distribuido en seis capítulos: Capítulo I. Fuentes del Ordenamiento Jurídico; Capítulo II. La Ley; Capítulo III. Eficacia de la Ley; Capítulo IV. Interpretación y Aplicación de la Ley; Capítulo V. Cómputo de los Plazos; Capítulo VI. Normas Sobre Conflictos de Leyes. Cuenta con un total de sesenta y seis artículos. La complejidad y la amplitud de

este Título preliminar sugieren que se trata de un marco legal detallado y completo que establece los principios básicos y fundamentales que guían el sistema jurídico de Puerto Rico.

Asimismo, el Código Civil griego (1946) se destaca como una excepción, ya que su Libro primero se enfoca exclusivamente en la «Parte general», con un total de doscientos ochenta y seis artículos. Esta sección se utiliza, como detalla Schmidt (2012), para describir la técnica legislativa conocida como «factorización», mediante la cual se presentan las reglas generales del Código antes que las reglas específicas. Este enfoque evita la repetición constante de disposiciones al colocarlas al principio del código. El propósito principal de la Parte general en un Código Civil es minimizar el número de disposiciones necesarias, al excluir las reglas generales y evitar así su constante repetición.

9. PROBLEMÁTICA ACTUAL

El Título preliminar, durante mucho tiempo, ha sido mal comprendido (León, 2004, p. 256). Fernando Vidal Ramírez (2016) se pregunta «si el Título Preliminar en la codificación civil es una simple tradición mantenida por los juristas codificadores o, si, realmente, tiene una función relevante y trascendente» (p. 366). Aun cuando estamos convencidos de lo segundo, la actual regulación del Título preliminar del Código Civil resulta incompleta e insuficiente para:

- Interpretar modernamente las instituciones del derecho privado.
- Aplicar de forma contemporánea las instituciones del derecho privado.
- Proponer posibles soluciones a problemas tan complejos como los que enfrentamos en la actualidad, considerando diversas alternativas.

Pese a su innegable funcionalidad, el Título preliminar del Código Civil peruano resulta incompleto, pues, como hemos indicado, no trata las instituciones básicas como son las fuentes del derecho, la buena fe, el fraude, los actos propios, la equidad que, como figuras legales, son medulares en la protección de intereses individuales. Esta insuficiencia no

concuerda con la vocación de aplicabilidad en el ordenamiento jurídico, lo cual puede conllevar a sesgos en torno a su aplicación a determinados casos.

La funcionalidad de cada una de sus reglas resulta necesaria para una sociedad justa, no es posible la normal convivencia sin los mandatos generales en él contenidos. La ausencia de un Título preliminar dificultaría el uso de las instituciones jurídicas, la regulación de la conducta humana social, así como la solución de los distintos conflictos de intereses sobre la base de un Estado de derecho.

Las tendencias doctrinales y jurisprudenciales hasta la fecha han sido muy conservadoras en el estudio del Título preliminar. En el ámbito teórico, básicamente, lo que se ha discutido y escrito responde a estudios principalmente descriptivos, en sentido estricto, manuales o discusiones propias de las aulas universitarias, y se ha descuidado la profundidad dogmática de las diversas instituciones de las que se compone el derecho civil.

Los planteamientos antes descritos evidencian que el Título preliminar necesita de un estudio real y al día que incorpore nuevas figuras, pero que, además, lo coloque en la verdadera dimensión aplicativa teniendo en cuenta su contenido. No es solo una parte introductoria del Código, constituye una estructura esencial que posibilita la resolución de distintos problemas sociales. Los estudios especializados sobre el Título preliminar se dieron en la década de los noventa y principios del 2000, y pese a que ha transcurrido un buen tiempo, no se volvió a incidir en un estudio integral sobre su funcionalidad social.

Actualmente, incluso en un escenario pospandemia de la COVID-19, la realidad difiere considerablemente de la que se vivía en 1984, cuando entró en vigor el Código. Los marcos normativos deben, como es evidente, adaptarse a los contextos actuales. Es por ello que la solución de casos complejos se da con base en el derecho civil constitucional, ello en razón de que el principismo permite dar solución a aquellas situaciones que carecen de normativa, de una regulación expresa que, por diversas razones, no tiene reconocimiento legal. Por ello y frente a ello es que el derecho constitucional (a través, *v. g.*, del principio de igualdad, legalidad, autonomía de la voluntad, buena fe, entre otros) ofrece una respuesta y

da un alcance a la solución de ciertos problemas jurídicos de orden civil que la norma no ha regulado.

Dentro del contexto antes mencionado, en el que se busca armonizar lo constitucional y lo civil, en el que se alían lo público y lo privado —al punto de desaparecer sus fronteras—, es que aparece el Título preliminar como una herramienta indispensable en la interpretación, el análisis y la resolución de los conflictos sociales.

En materia doctrinaria, quienes han desarrollado trabajos académicos que permiten una adhesión o una crítica al Título preliminar han sido esencialmente profesores de Derecho Civil, al ser el campo de acción y comprensión mucho mayor, incluso teniendo un claro y marcado contenido constitucional, lo cual amerita que sea reanalizado. Mientras tanto, la jurisprudencia que ha tenido poca contribución con la consolidación teórica del Título preliminar tampoco ha sido uniforme en los temas abordados en él.

Esta parte del Código Civil merece un estudio integral, que no se limite a lo lineal, que internalice el derecho civil; es necesario, como su esencia lo pide, extrapolarlo con un análisis jurídico macro. Debe profundizarse y actualizarse en conceptos como abuso de derecho, *iura novit curia*, orden público, normas imperativas y buenas costumbres, principios generales del derecho, entre otros. Amerita un tratamiento actual y, sobre todo, que se proyecte a los nuevos esquemas de las relaciones jurídicas. El análisis que se propone va en la línea de un tratamiento amplio, que tenga un enfoque con el novedoso análisis del derecho civil constitucional, bajo la línea de trabajo planteada a fines de los ochenta por Pietro Perlingieri en diversos trabajos:

- «Normas constitucionales y relaciones de derecho civil», en *Scuole, tendenze e metode. Problemi di Diritto civile*, Edizione Scientifiche Italiane, Roma, 1989.
- *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.^a edición, Editorial Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.
- «Por un derecho civil constitucional español», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983.

- *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes. Interpretación sistemática y axiológica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- «Normas constitucionales y relaciones de derecho civil», en *Scuole, tendenze e metode. Problemi di Diritto civile*, Edizione Scientifiche Italiane, Roma, 1989.

En suma, el marco conceptual y la esquematización de las instituciones que consagra el Título preliminar del Código Civil resulta útil, pero no alcanza a comprender el quid de las situaciones que han surgido en los últimos años, dado que se ha omitido analizar las nuevas relaciones jurídicas donde puedan aplicarse exitosamente.

Se precisa de una nueva interpretación y aplicación del Título preliminar del Código Civil, a partir de su necesaria revalorización, tomando en cuenta las bases, los principios, las reglas y las determinaciones generales que permitan su puesta en escena a las diversas y nuevas instituciones del derecho privado ante la variedad de relaciones jurídicas subjetivas y patrimoniales.

10. CONCLUSIÓN

El Título preliminar del Código Civil peruano es una parte esencial que proporciona la base para la operatividad de las instituciones legales consagradas en el Código, extiende su aplicabilidad tanto al ámbito del derecho en general como al derecho civil en particular. Este trabajo ha propuesto un marco teórico para analizar el Título preliminar, al destacar su función crucial en la estructura del sistema jurídico. A través de un análisis comparado y una revisión crítica de la literatura, se ha explorado su evolución, su relevancia y su tratamiento en diversos sistemas jurídicos, se han identificado tendencias emergentes y se han evaluado los desafíos actuales.

El estudio subraya que las reglas contenidas en el Título preliminar son esenciales para garantizar una sociedad justa, ya que la convivencia social depende en gran medida de los mandatos generales establecidos en este segmento normativo. Sin el Título preliminar, se dificultaría tanto el uso de las instituciones jurídicas como la regulación de la conducta

humana en sociedad y la resolución de conflictos de intereses. Además, se ha demostrado que este Título regula, con base en principios del derecho constitucional, las relaciones de orden público y privado, pues proporciona un marco sólido y coherente que sirve como entrada al Código Civil.

El análisis detallado del Título preliminar ofrece una visión integral de los fundamentos que sustentan la aplicación de la ley en el contexto jurídico peruano. Los principios delineados, como la derogación de la ley, la no retroactividad y la supletoriedad, son pilares fundamentales para garantizar la equidad y el cumplimiento del Estado de derecho en el Perú. La identificación de deficiencias en la legislación, promovida por los órganos judiciales y fiscales, fomenta la adaptabilidad y la mejora continua del sistema legal, y fortalece la defensa de los derechos y las garantías de los ciudadanos.

El Título preliminar del Código Civil no es simplemente un conjunto de disposiciones normativas, sino el pilar que sostiene y guía todo el ordenamiento jurídico peruano. Su adecuada comprensión y aplicación son esenciales para asegurar una convivencia social basada en principios de equidad, justicia y respeto mutuo. Este estudio reafirma la necesidad de mantener y fortalecer este marco teórico, para garantizar así la estabilidad y la evolución del sistema legal en consonancia con los valores fundamentales de la sociedad.

REFERENCIAS

- Arias Schreiber, M. (1991). *Luces y sombras del Código civil* (vol. I). Studium.
- Canelo, R. (2023). *Título preliminar y Derecho de las personas. Enfoque contemporáneo*. Grijley.
- Del Carpio, V. (2018, 30 de agosto). Sobre la necesidad de proteger el Título Preliminar del Código Civil. *Rayas en el agua*. <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.com/2018/08/30/sobre-la-necesidad-de-proteger-el-titulo-preliminar-del-codigo-civil>

- Diniz, M. H. (2012). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada* (17.ª ed.). Saraiva.
- Espinola, E. y Espinola, E. F. (1995). *A Lei de introdução ao Código civil brasileiro* (2.ª ed., vol. 1). Renovar.
- Espinoza, J. (2011). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*. Grijley.
- Fernández, C. (1997). El «Título preliminar» y el libro del «Derecho de las personas» en la perspectiva de la reforma del Código Civil de 1984. *Revista Jurídica del Perú*, (10), 19-34.
- Herrero de Miñón, M. (1974). Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil. *Revista de Estudios Políticos*, (198), 89-114.
- Landa, C. (2008). Constitución y derecho civil. En Castillo, M., *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi* (vol. I, pp. 211-240). Palestra.
- León, L. (2004). La codificación civil en el Perú: algunas consideraciones críticas. *Derecho PUCP*, (57), 245-262.
- Lorenzetti, R. L. (2012). Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, (2012-C), 581-592.
- Pablo, P. de (1996). La función normativa del título preliminar del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 49(2), 533-606.
- Puig, J. (1980). *Introducción al derecho civil*. Bosch Casa Editorial.
- Rubio, M. (2015). *El título preliminar del Código Civil* (11.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Schmidt, J. P. (2012). General Part. En *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford University Press. https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/General_Part
- Tenorio, O. (1955). *Lei de introdução ao Código civil brasileiro* (2.ª ed.). Editor Borsoi.

- Tribuna Constitucional. (2020, 8 de diciembre). *¿Cuál es la función del Título Preliminar?* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=1oregIR27uw>
- Varsi, E. (2022). Presentación. *Ius et Praxis*, (55), 15-17.
- Vega, Y. (1997). ¿Debe mantenerse el Título preliminar del Código Civil frente a la absorción de su contenido por la Constitución de 1993? *Apuntes de Derecho*, (2), 59-64.
- Vidal, F. (1993). La importancia y trascendencia del título preliminar del Código Civil. *Advocatus*, 5, 117-120.
- Vidal, F. (2000). *El derecho civil en sus conceptos fundamentales* (2.ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Vidal, F. (2016). El Título Preliminar de la codificación civil. *Lex*, 14(17), 363-370.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Expediente n.º 2235-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (18 de febrero de 2005).

Financiamiento

Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado «Tratado de Derecho Civil. Los principios generales en el Título Preliminar del Código Civil», patrocinado por el Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC) de la Universidad de Lima, con código presupuestario PI.61.001.2024.

Conflictos de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Enrique Varsi Rospigliosi: adquisición y selección de fuentes bibliográficas, análisis, interpretación de datos para el trabajo, concepción y diseño del trabajo, redacción del trabajo y su revisión crítica al contenido intelectual importante. Estudio de códigos civiles en derecho comparado y diseño de tablas de contenido. Responsabilidad en la gestión y liderazgo en la planificación y ejecución de actividades de investigación, lo que incluye la supervisión de tutorías externas.

Marco Andrei Torres Maldonado: redacción del trabajo, análisis o interpretación de datos para el trabajo y verificación de bibliografía.

Aprobación final de la versión que se publicará: la revisión y la aprobación de la versión final se realizó en forma conjunta.

Agradecimientos

Los autores agradecen la contribución de Renata Alejandra Velásquez Arévalo y Nicole Alexandra Vega Ñañez, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en su calidad de practicantes del Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC) de la Universidad de Lima, por el recojo de información, la verificación de citas, la estructuración y la revisión del presente manuscrito.

Biografía de los autores

Enrique Varsi-Rospigliosi es abogado por la Universidad de Lima, magíster en Derecho Civil y Comercial y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador Renacyt del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Concytec), Perú. Autor del *Tratado de derecho civil* en diez tomos (familia, personas, reales, prescripción y caducidad). Es autor del *Código Civil. Edición cronológica con notas de actualización* y de artículos científicos y capítulos de libros en materias de derecho civil.

Marco Andrei Torres Maldonado es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima. Autor de distintos libros y artículos. Es colaborador en diferentes revistas jurídicas de prestigio, entre las cuales se encuentran *Acta Bioethica*, *Revista Boliviana de Derecho*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, etc., en temas de su especialidad.

Correspondencia

evarsi@ulima.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 53-77

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.998

Las redes de citación y su relevancia para la administración del conocimiento de los precedentes judiciales en México

Reference networks and their relevance for managing judicial precedent knowledge in Mexico

Redes de citação e sua relevância para a administração do conhecimento de precedentes judiciais no México

DANIEL TREJO MEDINA

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

(Ciudad de México, México)

Contacto: dantm@comunidad.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0002-2400-0561>

RESUMEN

La administración efectiva del conocimiento en las redes de citación jurídica es indispensable en la práctica moderna del derecho, toda vez que habilita una aplicación más coherente y justa del precedente judicial, facilita la toma de decisiones informadas y respalda la evolución continua del derecho bajo un contexto de rápida evolución tecnológica. Las oportunidades para mejorar y revolucionar la práctica jurídica son vastas, a medida que avanzamos hacia un futuro cada vez más digitalizado, la habilidad para gestionar y utilizar efectivamente el conocimiento jurídico será cada vez más valiosa, no solo para los operadores jurídicos, sino para la integridad y la eficacia del sistema de justicia.

Palabras clave: redes de citación; administración del conocimiento; unidad de conocimiento; precedente judicial; inteligencia artificial.

Términos de indización: gestión del conocimiento; base de datos bibliográfica; procesamiento de la información; teoría legal; inteligencia artificial (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

Effective knowledge management within legal reference networks is essential in modern legal practice, as it enables a more consistent and fair application of judicial precedent, facilitates informed decision-making, and supports the continuous evolution of law within a rapidly advancing technological context. Opportunities to enhance and revolutionize legal practice are vast; as we move toward an increasingly digitalized future, the ability to manage and utilize legal knowledge effectively will become ever more valuable, not only for legal practitioners but also for the integrity and efficacy of the justice system.

Key words: reference networks; knowledge management; knowledge unit; judicial precedent; artificial intelligence.

Indexing terms: knowledge management; bibliographic databases; information processing; legal theory; legal decisions; artificial intelligence (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O gerenciamento eficaz do conhecimento em redes de citação legal é indispensável na prática moderna do direito, pois permite uma aplicação mais consistente e justa do precedente judicial, facilita a tomada de decisões informadas e apoia a evolução contínua do direito em um contexto de tecnologia em rápida evolução. As oportunidades de aprimorar e revolucionar a prática jurídica são vastas. À medida que avançamos em direção a um futuro cada vez mais digitalizado, a capacidade de gerenciar e usar o conhecimento jurídico de forma eficaz se tornará cada vez mais valiosa, não apenas para os profissionais do direito, mas também para a integridade e a eficácia do sistema de justiça.

Palavras-chave: redes de citação; gestão do conhecimento; unidade de conhecimento; precedente judicial; inteligência artificial.

Termos de indexação: gestão do conhecimento; banco de dados bibliográfico; processamento de informações; teoria jurídica; inteligência artificial (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 24/5/2024

Revisado: 16/8/2024

Aceptado: 10/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Al explorar el tema del precedente judicial, hay que reflexionar sobre los alcances de la actividad judicial, aunque de manera precisa acerca de la importancia de la labor jurisdiccional, es decir, lo que dicen los jueces y cómo lo dicen. Los juzgadores deben interpretar y argumentar jurídicamente a partir de los materiales normativos y los casos concretos que llegan a su ponencia.

La administración del conocimiento (AC), cuyo auge se originó en la década de 1990 principalmente de la mano de autores como Nonaka y Takeuchi (1995), está identificada

como la estrategia de optimización de la organización, que extrae, almacena, organiza, empaqueta y comunica información esencial a la organización de una manera que transparenta y mejora el desempeño y competitividad del empleado, ciudadano, usuario y de la organización misma con una adecuada planeación, organización dirección y control. (Trejo, 2009, p. 85)

Para fines de este documento en el que se analizan la redes de citación y su relevancia para el precedente judicial en México, es pertinente señalar que las redes de citación se refieren al sistema interconectado de referencias legales y jurisprudenciales utilizadas principalmente por los operadores jurídicos, abogados y académicos con la finalidad de

fundamentar y enriquecer sus argumentos, sus decisiones y sus análisis (Ashley, 2019); estas redes son trascendentales para entender cómo se construyen, así como también la evolución de las normativas y las decisiones judiciales.

El precedente judicial es un principio fundamental en diversos sistemas legales, especialmente para los basados en el *common law* (derecho común, ley común); además, como menciona Taruffo (1997), los precedentes, independientemente de que se definan como fuentes del derecho, son utilizados a menudo por los tribunales (p. 458) de distintos sistemas de derecho.

El precedente es entonces una decisión judicial previa que establece un ejemplo o una regla que se aplica en casos futuros con circunstancias similares, por lo que «con el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes se persiguen valores que son muy importantes para el adecuado funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, como la *seguridad, igualdad e imparcialidad*» (Bernal *et al.*, 2018, p. 146). Se debe puntualizar que los casos resueltos por el Alto Tribunal o una corte constitucional en turno tienen consecuencia vinculante sobre tribunales o cortes a su alcance (Garner *et al.*, 2016).

El impacto del precedente en la evolución del derecho continental ha motivado en países de Hispanoamérica su sistematización informática para brindar acceso a los operadores jurídicos, en diversas materias, desde la administrativa (Cairampoma, 2014) hasta los altos tribunales; por ejemplo, Brasil tiene un avance significativo regionalmente hablando a partir de su nuevo modelo procesal CPC2015 que impulsa al precedente (Pilati, 2017).

Las externalidades del precedente judicial, además de considerar ser un instrumento para la protección de los derechos, contribuyen a fomentar la coherencia, la seguridad y la previsibilidad en el sistema jurídico, promueven el diálogo entre los diversos tribunales (Pérez y Pessoa, 2015), lo que permite alcanzar argumentos legitimantes y convincentes que los tribunales puedan seguir en sus decisiones futuras, minimizando el riesgo de error.

Las redes de citación son herramientas resultantes de una diligente AC jurídico, ya que permiten organizar y acceder a vastas cantidades de información legal de manera eficiente. Dado el avance de la tecnología, la administración de estas redes se ha tornado más sofisticada, al incorporar herramientas técnicas como la inteligencia artificial (IA) y bases de datos, bajo premisa o en línea para mejorar el acceso y el análisis de dicha información (Studwell, 2019).

Además de su aplicación en lo jurisprudencial, para los diversos operadores jurídicos, las redes de citación son importantes en la educación jurídica, ya que enseñan a los futuros abogados cómo investigar y aplicar precedentes relevantes en sus argumentaciones. Se abona que, en el caso de México, con su tradición romano germánica de un derecho legislado, no es del todo similar al derecho jurisprudencial de la Ley Común.

Entre los puntos sustantivos de la Reforma Constitucional al Poder Judicial de la Federación de México, publicada el 11 de marzo de 2021, está la transición en la resolución de los asuntos, para pasar de un sistema de tesis a uno apuntalado en un sistema de precedentes en el juicio de amparo, en términos del párrafo decimosegundo del capítulo IV, numeral 94, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Entonces, en el caso de entidades federativas, a nivel federal, la doctrina constitucional por precedentes habilitará contar con un sistema de criterios adoptados por las Salas o el Pleno del Alto Tribunal del país, independientemente de lo previsto en la Ley de Amparo en su numeral 217.

Las redes de citación en el ámbito jurídico —consideradas como un sistema que conecta diferentes decisiones judiciales, doctrinas y trabajos académicos mediante referencias cruzadas— muestran cómo se relacionan entre sí los casos, las teorías legales y las publicaciones que coadyuvan a entender el desarrollo del derecho y cómo se establecen y evolucionan los precedentes judiciales.

Para hacer evidente una referencia de AC en derechos humanos, debe considerarse, por ejemplo, la facilidad de acceso y presentación explícita de la extensa obra y participación en la jurisprudencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos del Dr. Sergio García Ramírez (2018), que contribuye significativamente en consecuencia a estas redes de citación; sus fallos, sus opiniones y sus trabajos académicos son frecuentemente citados por otros juristas, tribunales y académicos, lo que refleja la influencia de su pensamiento y sus decisiones en la formación de precedentes judiciales en el ámbito de los derechos humanos.

Este ejemplo de la relevancia del Dr. García Ramírez en el contexto de los precedentes judiciales, así como de las redes de citación, permite visualizar y analizar la interconexión y la influencia en decisiones posteriores dentro del sistema legal tanto en el ámbito nacional como internacional, que como resultado ha repercutido en el desarrollo del derecho y la interpretación de los tratados de derechos humanos que han contribuido al establecimiento de precedentes judiciales en temas de su especialidad.

Las redes de citación entonces pueden coadyuvar a que los operadores del derecho fundamenten sus decisiones en precedentes, asegurando una mayor consistencia y pronóstico en la aplicación del derecho, lo cual facilita su evolución al permitir que nuevas decisiones se puedan construir sobre las bases de casos anteriores, y que se adapten a los cambios sociales y tecnológicos, dado que promueven la interconexión entre diferentes jurisdicciones y niveles judiciales.

2. EL PRECEDENTE JUDICIAL, BREVE APROXIMACIÓN

El precedente en varios sistemas legales sirve de referencia o guía para resolver asuntos con circunstancias similares; este concepto se basa en la idea de la consistencia y el pronóstico en la aplicación de la ley. En este sentido, una apropiada AC permitiría emplear herramientas tecnológicas sobre los datos de las resoluciones, que pudieran vincularse automáticamente y *a priori* con una red de citación.

El sistema de precedente judicial, también conocido como jurisprudencia de precedentes o *stare decisis*, tiene sus raíces en el sistema de derecho anglosajón, conocido como *common law*, originado en Inglaterra. En este sistema, las decisiones judiciales de cortes superiores (como

la Corte Suprema) son vinculantes para cortes inferiores en casos similares, con lo que se asegura un grado de coherencia en la interpretación y la aplicación de la ley. A través del tiempo, el sistema de precedentes en el *common law* ha evolucionado, ello ha permitido adaptaciones a nuevas circunstancias y desafíos sociales, siempre manteniendo un respeto por las decisiones previas.

Comprender el peso de un caso como precedente es una tarea retadora y a su vez productiva, los académicos e investigadores emplean los precedentes para examinar qué factores influyen en la evolución de la ley, identificar qué cuestiones son actualmente más relevantes y pronosticar qué cuestiones podrían volverse activas en el futuro (Cross y Spriggs, 2010).

En el caso de los operadores jurídicos y los litigantes, el precedente puede ocuparse para identificar los casos o la jurisprudencia relevante que puede convencer a un juez. Por este motivo una cita de un criterio es una buena pista de que un caso citado es un precedente para el asunto en cuestión, entonces, con base en esta hipótesis a nivel empírico se han comenzado a utilizar métodos con redes de citas legales para clasificar el valor de los casos (Fowler *et al.*, 2017).

3. LA ADMINISTRACIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LAS REDES DE CITACIÓN

Históricamente el *common law* ha generado un gran volumen de decisiones judiciales y criterios que forman la base de futuras sentencias en sus respectivas jurisdicciones, la administración efectiva del conocimiento implica catalogar y almacenar esta información de manera que sea fácilmente accesible.

De modo funcional se han empleado, aun sin que algunos órganos de justicia cuenten con una AC básica, herramientas tecnológicas como bases de datos y plataformas en línea que facilitan el almacenamiento, la búsqueda y la referencia a casos pasados, lo cual es vital en un sistema de *common law*, donde el conocimiento explícito de precedentes es esencial para la práctica jurídica.

La AC, bajo la perspectiva del *common law*, considera además del análisis y el linaje del conocimiento, el desarrollo de herramientas analíticas informáticas para la proyección e investigación jurisdiccional. Lo anterior facilitaría a los juzgadores analizar, por ejemplo, tendencias jurisprudenciales y hallar precedentes relevantes, determinar líneas jurisprudenciales, ya que esto implica analizar cómo ciertos temas y cuestiones jurídicas han sido tratadas a lo largo del tiempo, lo cual es apreciable para entender la evolución misma del derecho.

No obstante, las aproximaciones funcionales que no integran modelos adecuados de conocimiento jurídico suelen entonces ofrecer como sistemas de consulta simples buscadores de texto abierto, que pese a poder contener elementos básicos de IA alcanzan a presentar dificultades para entender completamente el contexto, los criterios, las sutilezas del lenguaje jurídico, lo que obtiene como resultado generación de contenido que es jurídicamente inexacto o que no captura plenamente las complejidades de un caso o de una normativa jurídica.

Entre las noveles omisiones en modelos de IA aplicada en lo jurídico se encuentra la inadecuada instrumentación de unidades de conocimiento o un incompleto desarrollo de entidades de información que carece de reglas de negocio explícitas y completas, es decir, un modelo de conocimiento incongruente, lo que al emplear herramientas básicas de IA hace que su entrenamiento se base en datos generales y no en particularidades de casos individuales, por lo que si se entrena con datos que contienen sesgos históricos o vigentes, dichos sesgos pueden reflejarse en los resultados.

En materia jurídica, donde la equidad y la imparcialidad son fundamentales, puede ser riesgoso carecer de modelos de conocimiento completos, se pueden interpretar incorrectamente las leyes, la jurisprudencia, en especial si hay ambigüedades o si las leyes han cambiado recientemente; si el criterio evolucionó, es decir, su linaje se modificó, aunado a que una regla de negocio facilita el manejar información confidencial y sensible, toda vez que garantizar la seguridad y la privacidad de estos datos es crucial, y cualquier fallo en este aspecto puede tener consecuencias graves.

A nivel jurisdiccional, especialmente a nivel federal, la AC debería ser una actividad normada y obligatoria, dado que la transición hacia un modelo digital e informático de los procesos, los asuntos, los datos, el marco legal y jurídico, puede generar islas de información y datos, es decir, un operador jurídico tiene una fuente enorme de datos disponibles que son administrados por diversos participantes. Debe considerarse que el juzgador o el projectista en un asunto, al consultar un sistema informático, atiende una ley que ya fue superada, ya sea por procesos legislativos o por contradicción, pero esta no fue actualizada, su resolución sería espuria de manera involuntaria y afecta al justiciable. O, más grave aún, debe considerarse que un inadecuado control de la AC permite que se almacenen jurisprudencias artificiales y creadas sin intervención del tribunal en cuestión, elemento que señala la importancia de una adecuada AC. En consecuencia, la vinculación de criterios para redes de citación puede ser instrumentada mediante una AC.

Como implementación *a priori* de la AC, se puede emplear el modelo ADSA (Trejo, 2009, p. 147), nombrado así por sus fases: análisis, diseño, solución, apreciación, ya que para la integración de redes de citación se debe analizar y recopilar, entre otros, documentos jurídicos, como sentencias, artículos de doctrina, leyes y ordenamientos en general.

La integración de un modelo de AC puede habilitar el procesar e interpretar mediante técnicas de IA el contenido de estos documentos, para identificar conceptos clave, criterios, partes relevantes del texto y términos jurídicos específicos; por consiguiente, extraer referencias a otros documentos legales dentro del texto, como cuando una sentencia cita un caso previo o una ley, para analizar las conexiones entre los documentos a fin de entender cómo se atan entre sí, lo que puede revelar tendencias y patrones en la jurisprudencia. Con datos procesados, es factible construir una red que visualice cómo se citan y se relacionan los documentos, y actualizarse dinámicamente conforme se añaden nuevos documentos y citaciones.

Considerando un contexto de AC, para una implementación de una red de citación, debe incorporar mecanismos que puedan aprender de las interacciones que los usuarios realizan mediante consultas, para

mejorar su precisión y su utilidad, ello puede afinar su algoritmo de manera regular para reflejar elementos como cambios en el lenguaje y las prácticas jurídicas.

3.1. Referencia para el análisis de las redes de citación

Para desarrollar redes de citación jurídica a partir de AC, se puede, entre otros elementos, emplear el procesamiento de lenguaje natural (NLP, del inglés *natural language processing*).

El NLP es una rama de la IA centrada en la interacción entre computadoras y lenguaje humano, es decir, es como enseñar a una computadora a entender y comunicarse en lenguaje humano, similar a como un abogado se comunica con clientes, colegas y jueces en el campo legal.

En el campo del derecho el NLP se puede emplear para tareas como búsqueda de información, revisión de documentos, traducción, resumen y análisis de datos, es una herramienta que puede mejorar la eficiencia y la precisión de las tareas rutinarias (Trejo, 2023); en el ámbito de la ley común, puede incluso aplicarse en el pronóstico de resoluciones y sugerencia de criterios.

El NLP contiene múltiples herramientas con algoritmos efectivos basados, entre otros, en el modelo de transformadores (*transformers*), como BERT (*Bidirectional Encoder Representations from Transformers*) o sus variantes más avanzadas como RoBERTa. Estos modelos han probado ser altamente efectivos para comprender y procesar lenguaje natural, lo que los hace adecuados para la identificación y el análisis de citaciones en documentos legales (Devlin *et al.*, 2018).

BERT fue desarrollado por la empresa Google, que utiliza una técnica denominada «atención», que permite ponderar al modelo la importancia que tiene cada palabra dentro de un contexto en ambas direcciones, izquierda y derecha, con respecto de cada palabra, lo cual mejora la comprensión del significado del texto (Devlin *et al.*, 2018).

BERT puede entrenarse para reconocer entidades jurídicas (como tesis aisladas, tesis de jurisprudencia, criterios, resoluciones, ejecutorias, precedentes, ordenamientos en general, entre varios elementos documentales) y las relaciones entre estas. Ello es primordial para construir

una red de citación y diferenciar los diversos usos de una misma palabra o una frase, algo notable en textos jurídicos donde el mismo término puede tener diferentes significados, razón por la cual contar con un tesauro jurídico es relevante y pertinente (Liu *et al.*, 2019).

El modelo BERT puede presentar mejor desempeño si se basa en unidades de conocimiento, al emplear, como se señaló previamente, tesauros especializados, dado que debe ser entrenado específicamente con un corpus de textos jurídicos para adaptarse al lenguaje y las estructuras propias del ámbito jurídico, de la jurisdicción en cuestión, lo cual inclusive puede funcionar para distinguir materias y a su vez correlacionarlas en criterios (Devlin *et al.*, 2018).

La vinculación entre el uso de modelos de lenguaje como BERT y RoBERTa, con una satisfactoria AC aplicada al precedente judicial, puede facilitar a los operadores jurídicos, a los justiciables e incluso a la sociedad en general vincular las relaciones de documentos y acceder a información relevante, tomar decisiones más informadas, mejorar la eficiencia en su práctica; esta combinación de tecnología y gestión del conocimiento es esencial para mantenerse actualizado en un entorno legal en constante cambio y para brindar un servicio de calidad a los ciudadanos (Trejo, 2023).

3.2. Las redes de citación en la práctica jurídica

En el contexto de México, el sistema legal romano germánico está basado en un conjunto de leyes escritas y en la jurisprudencia (decisiones judiciales) como fuente de derecho; en consecuencia, no se basa en la doctrina de la ley común, donde la aplicación y el empleo de redes de citación tiene mayor relevancia.

Aunque el derecho romano germánico se sustenta en códigos y leyes escritas, las decisiones judiciales aún desempeñan un papel importante; es por lo que se tiene en vista que las redes de citación pueden ayudar a los juristas y los académicos del derecho a rastrear cómo las decisiones judiciales influyen en la interpretación y la aplicación de las leyes. Lo anterior es especialmente relevante en jurisdicciones donde las decisiones judiciales se consideran jurisprudencia vinculante o precedente; por

lo que las redes de citación coadyuvan en el análisis de la jurisprudencia, dado que los operadores jurídicos, los investigadores jurídicos, los proyectistas o los abogados en general pueden comprender de qué modo las decisiones judiciales se relacionan entre sí.

Pueden mostrar qué casos se citaron con frecuencia, cuáles se consideran precedentes importantes y cómo se desarrollaron ciertas áreas del derecho en el tiempo, además puede encontrarse jurisprudencia relevante para argumentar en casos basados en precedentes legales sólidos.

En materia de investigación jurídica tradicional, los abogados y los académicos pueden utilizar estas redes para identificar las fuentes más influyentes en un área legal específica y para encontrar precedentes relevantes para sus casos o sus investigaciones.

Desde la perspectiva del estudio de doctrinas legales, las redes de citación pueden ayudar a rastrear cómo las obras escritas por académicos y juristas notables influyen en la evolución del pensamiento legal y en la interpretación de las leyes, en el desarrollo del pensamiento jurídico y en la interpretación de las leyes codificadas.

De manera práctica pueden emplearse incluso como un medio de visualización de relaciones entre los criterios, es decir, estas redes pueden proporcionar una representación gráfica de las conexiones entre leyes, resoluciones y otros documentos legales, lo que facilita la comprensión de interacciones legales complejas.

Considerando la labor jurisdiccional, las redes de citación consiguen mostrar cómo los tribunales han interpretado y aplicado ciertas disposiciones legales en el pasado, esto puede facilitar a los juzgadores y a los diversos operadores jurídicos comparar diferentes enfoques y argumentos utilizados en casos similares.

Si bien la jurisprudencia no desempeña un papel tan destacado en el sistema romano germánico comparado con el de la ley común, aún puede haber cambios en la interpretación de la ley a lo largo del tiempo, por lo que las redes de citación pueden facilitar el rastreo y el entendimiento de la evolución de la jurisprudencia en relación con ciertas leyes o disposiciones.

En el caso de México, con la reciente Reforma Constitucional en Materia de Justicia Federal, el avance en el sistema de precedentes con

base en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene un tránsito hacia un sistema de precedentes, lo cual requiere un fundamento de administración de conocimiento, gobierno de datos que apunte a su correcta instrumentación en lo que diversos órganos en distintas partes del mundo denominan justicia digital.

Los abogados emplean precedentes citados en sus argumentos legales para respaldar su interpretación de la ley o su posición en un caso; las redes de citación pueden ayudar a encontrar precedentes sólidos que refuercen los argumentos legales, principalmente por sus criterios.

En materia de líneas jurisprudenciales, las redes de citación pueden utilizarse como herramienta de investigación para buscar, identificar y analizar decisiones judiciales relacionadas con un tema específico del derecho. Esto con el resultado de facilitar la recopilación de información relevante para casos y argumentos legales, al habilitar la identificación de patrones, evolución y tendencias en la jurisprudencia; así como brindar la coherencia y la validez de criterios y argumentos, asimismo, al mostrar cómo los tribunales han aplicado la ley en casos anteriores, las redes de citación pueden promover la transparencia en la aplicación de la ley y permitir que las partes interesadas comprendan mejor la interpretación de la ley.

3.3. Referencias de empleo de redes de citación a nivel mundial

Las redes de citación en los procesos jurisdiccionales son utilizadas en varios países, especialmente aquellos con sistemas jurídicos basados en el *common law*; no obstante, también están ganando terreno en sistemas de derecho civil.

Las redes de citación son fundamentales en el sistema jurídico de los Estados Unidos, donde las decisiones de cortes superiores establecen precedentes vinculantes para las cortes inferiores. Por su historia y referencia en el Reino Unido también son una parte esencial del sistema jurídico, en particular para las decisiones de la Corte Suprema y las Cortes de Apelación. Derivado de la historia de colonización, en Canadá y Australia siguen un modelo similar al del Reino Unido, donde las decisiones judiciales previas juegan un papel crucial en la formación de la jurisprudencia.

Un caso interesante es el de la India, dado que tiene una mezcla de *common law* y derecho civil, pero las redes de citación de casos anteriores son una práctica estándar en su sistema judicial.

México, como se señaló previamente, a partir de la Reforma Constitucional de 2021 ha comenzado a integrar elementos para transitar al uso de precedentes y, por ende, de redes de citación, que son y serán un elemento sustantivo.

Francia y Alemania, que se basan en códigos escritos y no necesariamente en precedentes, han mostrado un creciente interés en las bases de datos de jurisprudencia, que funcionan como redes de citación.

En España, cuyo sistema es predominantemente de derecho civil, hay un creciente uso de bases de datos jurídicas que permiten la consulta de precedentes y jurisprudencia.

En Colombia, por su avance con el precedente como fuente formal de derecho, se planteó un problema al sistema legal dispuesto por la Constitución colombiana de 1991. Pero además en Ecuador a partir del 2009 y en Bolivia del 2012 consideran al precedente constitucional, para lo que las redes de citación pueden ser elementos que coadyuven como referencia para labores sustantivas, aunque algunos sistemas de precedentes están basados en lexicones (Marín, 2020).

Con el progreso tecnológico y la globalización del derecho, las redes de citación se tornan más comunes a nivel mundial, incluso en países con sistemas de derecho civil; las bases de datos en línea y las herramientas de búsqueda de jurisprudencia han facilitado el acceso a las decisiones judiciales anteriores, hecho que ha permitido a los profesionales del derecho en muchos países utilizar estos modelos incipientes de redes en su práctica legal (López, 2000).

Como un proceso endógeno de creación de derecho, si bien puede considerarse que el modelo tradicional de México de acercarse a los criterios a través de tesis, y ahora migrar a las sentencias como fuentes de derecho, convierte en relevante y urgente contar con una adecuada AC, que coadyuve a las redes de citación, lo cual habilitaría que la jurisprudencia misma, las líneas jurisprudenciales, los precedentes aceleren la resolución judicial, en México e incluso a nivel interamericano (García e Islas, 2021, pp. 154, 308, 396-397).

3.4. El valor de considerar las redes de citación y la administración del conocimiento como apoyo en la labor de los juzgadores

La permanente evolución del derecho, aunada con la toma de decisiones judiciales son componentes primarios de un sistema legal; en su rol de interpretación y aplicación de la ley, la precisión de las decisiones de los juzgadores es cardinal para mantener la confianza en el sistema.

Ante la incorporación de la IA como instrumento de apoyo para el juzgador, herramientas como las redes de citación y la AC están demostrando ser acervos valiosos para que los jueces en su búsqueda de resolver decisiones fundamentadas hallen rápidamente los ordenamientos o elementos necesarios para resolver y argumentar lo correspondiente.

Dentro de la labor de un operador jurisdiccional está la identificación de precedentes y jurisprudencia relevante; la consistencia en la aplicación de la ley es esencial para la justicia y la confiabilidad del sistema legal; es por esto que las redes de citación y la AC pueden facilitar a los juzgadores acceder de manera rápida y precisa a casos y decisiones judiciales anteriores que son pertinentes para el asunto en cuestión; además, la capacidad de identificar precedentes sólidos y aplicarlos adecuadamente en casos similares contribuye a la coherencia, la pertinencia y la equidad en las decisiones judiciales (Janeček *et al.*, 2021).

La toma de decisiones judiciales se basa en una comprensión completa de la ley y los hechos relevantes, las redes de citación y la AC pueden proporcionar a los juzgadores acceso eficiente a documentos legales, resoluciones y doctrina relevante, lo que ahorra tiempo en la investigación y la proyección, en el acceso a la información más actualizada y pertinente en sus áreas de práctica, de manera oportuna y precisa, coadyuvando en la calidad de las decisiones judiciales.

La eficiencia es otro aspecto importante de la toma de decisiones judiciales, los tribunales se enfrentan a cargas de trabajo abrumadoras, los operadores jurisdiccionales deben ser capaces de analizar rápidamente la información y llegar a decisiones justas. Las redes de citación y la AC pueden abreviar el proceso de investigación jurídica al proporcionar a los jueces acceso a un vasto conjunto de recursos legales organizados de manera eficiente y coherente. Ello permitiría que los jueces dediquen

más tiempo a la deliberación y el análisis de los argumentos presentados en un caso, lo que conduciría a una toma de decisiones más cuidadosa y fundamentada.

A medida que la IA se vuelve más avanzada en el ámbito legal, los jueces deben estar preparados para evaluar y comprender los resultados generados por sistemas de IA, como los posibles sistemas informáticos de pronóstico de resoluciones judiciales. Las redes de citación y la AC pueden ayudar a los jueces a adquirir una comprensión sólida de las fuentes de datos y las metodologías utilizadas por la IA en la toma de decisiones legales; esto les permite abordar con confianza los desafíos planteados por la IA y garantizar que las decisiones judiciales sean justas y fundamentadas (Janeček *et al.*, 2021).

La carencia transversal latente de AC del conocimiento jurídico, vinculante con los criterios de las resoluciones, puede contener y generar demoras en la actualización de las citaciones, y aparenta que dichas redes de citación pueden no reflejar oportunamente cambios importantes en la jurisprudencia, si bien operativamente pueden contar con un rubro, una narración de hechos, la justificación, el criterio jurídico de respuesta al problema planteado al órgano jurisdiccional, así como los datos de identificación del asunto, facilita la publicidad, la digitalización y el acceso al recurso. Asimismo, si no se proporciona el contexto sobre cómo se relacionan los casos o las decisiones judiciales entre sí, puede dificultar la comprensión completa de su importancia y su relevancia; además de que no todos los órganos generan jurisprudencia, por lo que las citaciones pueden circular entre un grupo pequeño de autores o tribunales, lo cual puede reforzar puntos de vista específicos y reducir la diversidad de perspectivas en la jurisprudencia (Janeček *et al.*, 2021).

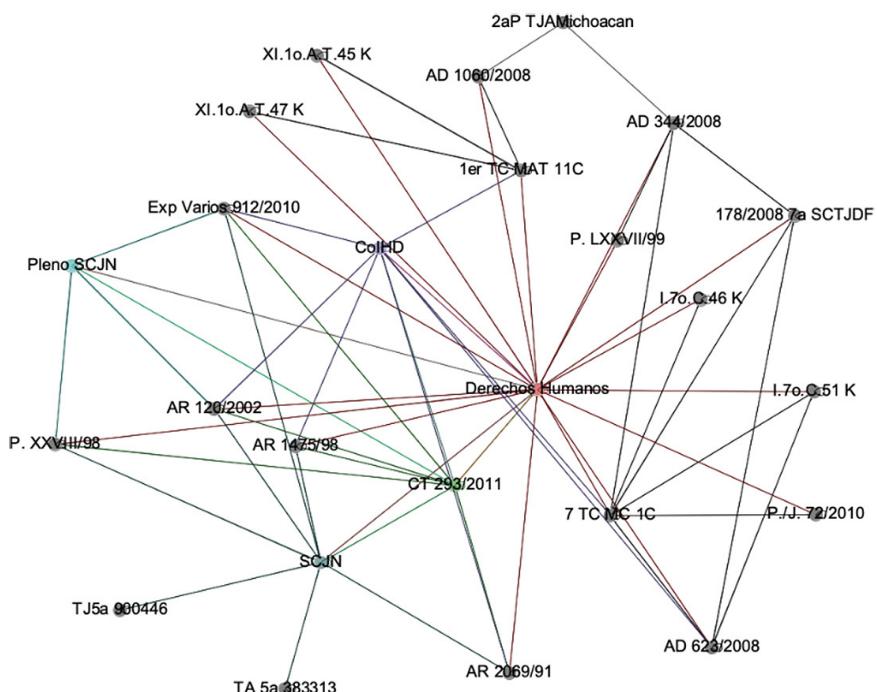
Otro argumento relevante que puede incidir en las redes de citación es la falta de un gobierno de datos que dé uniformidad en los estándares de citación, incluso de integración de precedentes, dado que en diferentes jurisdicciones y sistemas legales pueden existir estándares de citación distintos, lo que dificulta la comparación y el análisis automatizado de la jurisprudencia a nivel internacional. Lo anterior genera, de manera involuntaria, una vulnerabilidad para las redes de citación, ya que pueden

manipularse o usarse de manera aparente para respaldar argumentos o interpretaciones erróneas de la jurisprudencia.

A continuación se muestra un ejemplo del resultado de una consulta de los términos «derechos humanos», «precedente seminal» y «control difuso» al modelo del sistema ADSA para generar una red de citación. El sistema contiene jurisprudencia en versión pública de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la décima y undécima época, donde se trazan las citaciones relevantes a partir de las entidades terminológicas que se consultaron, que brindó como resultado la Contradicción de Tesis 293/2011.

Figura 1

Ejemplo de red de citación, Contradicción de Tesis 293/2011



Nota. Elaborada a partir del modelo ADSA.

4. LA ADMINISTRACIÓN DEL CONOCIMIENTO COMO HERRAMIENTA TRANSFORMADORA MEJORANDO LAS REDES DE CITACIÓN

La evolución tecnológica y la creciente complejidad de los sistemas legales han hecho que la AC sea esencial para la eficiencia y la fundamentación en la toma de decisiones (Osborne, 2004). Las redes de citación son una herramienta valiosa en la búsqueda y el análisis de la jurisprudencia y los precedentes legales.

Como disciplina la AC tiene origen reconocido a partir de lo publicado en el libro *World brain*, de Herbert G. Wells (1938, p. 71), quien desarrolló el concepto de un sistema de información global que serviría como fuente unificada de conocimiento para todo el mundo. Nonaka y Takeuchi (1995) son los autores más reconocidos en materia de AC, sustentados en su propuesta y concepto de conocimiento organizacional; no obstante, la interacción que corresponde con este artículo se alinea más al trabajo de Nonaka (1994), con su modelo de socialización, exteriorización, combinación e interiorización del conocimiento, conocido como modelo SECI, el cual busca hacer que el conocimiento tácito se transforme en algo explícito, documentado, que pueda ser replicado y empleado por más personas; así como con su propuesta para la administración y la gestión en la creación del conocimiento a partir del saber cómo o experiencia de las personas, i. e., su aproximación tácita, en aras de documentarlo para innovar (Nonaka, 1990).

La AC permite a los especialistas del derecho identificar y gestionar eficazmente las citas relevantes en la jurisprudencia; lo que significa que los abogados y los juzgadores pueden concentrarse en los precedentes más importantes y pertinentes en lugar de verse abrumados por cantidad de decisiones judiciales. Entonces, identificar las citas más influyentes y aplicables al caso concreto es esencial para la construcción de redes de citación sólidas.

La AC mediante el empleo de unidades de conocimiento facilita la categorización y la organización de las citas legales por criterios y temas específicos dentro de las tesis, las sentencias, los precedentes mismos, considerando los votos; debido a lo cual los jurisconsultos y los operadores pueden acceder de manera eficiente a precedentes relacionados con

un área particular del derecho, con el beneficio de ahorrar tiempo en la investigación legal, ello también coadyuva a que los argumentos y las estrategias estén respaldados por decisiones judiciales relevantes.

Los sistemas de resguardo informático de información suelen tener una aproximación a la AC al implementarse normalmente mediante bases de datos relacionales, las cuales identifican con llaves las relaciones que un documento tiene para recuperar las consultas de manera rápida; un ejemplo es el número de registro digital de una jurisprudencia del *Semanario Judicial de la Federación*.

El abogado comprende que la jurisprudencia es dinámica y que está en constante evolución como fuente formal del derecho, de modo que la AC puede establecer o fundar un adecuado sistema de seguimiento y actualización constante de las citas legales; esto garantiza que las redes de citación reflejen la jurisprudencia más reciente y que las decisiones judiciales antiguas, superadas o irrelevantes se eliminen o se señalen como obsoletas.

La actualización continua es esencial para mantener la relevancia y la precisión de las redes de citación, por lo que la administración de conocimiento se puede ver sumamente beneficiada y fortalecida si se cuenta con un gobierno de datos, el cual se refiere a la gestión, la regulación y la supervisión de los datos en una organización o sistema (Ladley, 2020). En el ámbito jurídico, el gobierno de datos es esencial para garantizar la integridad, la seguridad y el cumplimiento normativo de la información legal; sin embargo, no está instrumentado en todos los órganos de justicia, algunas organizaciones tienen adopciones seminales enfocadas en la clasificación y el etiquetado adecuado de datos legales y jurídicos, en establecer políticas de retención de datos para evitar el repudio del dato, particularmente el generado de manera digital.

La AC permite la organización sistemática de decisiones judiciales en una base de datos informática, lo que puede simplificar la búsqueda y la recuperación de jurisprudencia relevante principalmente para los juzgadores, los operadores jurídicos, los justiciables y los académicos; la capacidad de acceder a decisiones judiciales de manera eficiente es mandatoria para la toma de decisiones informadas, la fundamentación, la construcción y la motivación de argumentos sólidos.

Además se pueden incorporar herramientas de análisis de datos para identificar patrones y tendencias en la jurisprudencia, que pueden facilitar y transparentar la detección de cambios en la interpretación de la ley, criterios, consecuentemente, en la aplicación de los precedentes. Esto es valioso, en especial, para adaptarse a las evoluciones sociales, legales y garantizar que las estrategias legales estén actualizadas con respecto de las decisiones judiciales, leyes, regulaciones, doctrina y demás documentos académicos, en un sistema coherente y accesible (Fowler *et al.*, 2017).

La AC se ha convertido en una herramienta transformadora en el ámbito legal, que en algunos órganos ha permitido mejorar las redes de citación y su aplicación en el estudio del precedente jurídico; asimismo, ha fortalecido el gobierno de datos y facilitado la sistematización de jurisprudencia. Por ello la capacidad de identificar y gestionar citas relevantes, clasificar y etiquetar datos, establecer políticas de retención y garantizar el cumplimiento normativo son elementos esenciales de un sistema legal eficaz y confiable.

5. DISCUSIÓN

La AC aplicada en las redes de citación permite consolidar y sintetizar la vasta cantidad de información jurídica, que puede colaborar en determinar la evolución del criterio, lo que resulta esencial para mantener la coherencia y la continuidad del derecho, en sistemas basados en el precedente judicial, como lo es el *common law*. Esta coherencia es fundamental para abonar que las decisiones judiciales sean pronosticables, transparentes y justas.

La disponibilidad y la accesibilidad de las redes de citación gestionadas empoderan a los juzgadores y los operadores jurídicos al proporcionarles los recursos necesarios para tomar decisiones informadas, bajo el contexto explícito de las cortes, especialmente en las constitucionales, lo que facilita la interpretación informada y contextual de la ley.

Las redes de citación no son estáticas, reflejan la evolución del pensamiento y la práctica jurídica, la administración efectiva del conocimiento permite no solo entender el estado actual del derecho, sino

también rastrear su desarrollo y sus tendencias, facilitan así una evolución más informada y adaptativa del sistema legal, de su línea jurisprudencial como ejemplo.

La etapa actual de procesamiento digital ha traído consigo desafíos y oportunidades en la AC jurídico, las tecnologías como la IA y los datos masivos ofrecen medios innovadores para manejar grandes volúmenes de datos jurídicos; sin embargo, esto también plantea cuestiones de precisión, sesgo y seguridad de los datos que deben abordarse cuidadosamente, los cuales se basan en modelos de conocimiento completos o al menos en unidades de conocimiento y entidades de información con reglas de negocio que deben ser accionables; elementos fundamentales para el empleo de IA y otras herramientas tecnológicas para el adecuado desarrollo del *legaltech*.

La AC en las redes de citación también desempeña un papel crucial en la formación jurídica, toda vez que educar a los futuros profesionales del derecho en la navegación y la utilización efectiva de estas redes es esencial para garantizar que continúen siendo herramientas relevantes y efectivas, es indispensable en la práctica moderna del derecho.

Las redes de citación conforman una aplicación más coherente y justa del precedente judicial, facilitan la toma de decisiones informadas y respaldan la evolución continua del derecho.

Los desafíos, especialmente en el contexto de la rápida evolución tecnológica, son significativos, las oportunidades para mejorar y revolucionar la práctica legal son igualmente amplias. A medida que avanzamos hacia un futuro cada vez más digitalizado, la habilidad para gestionar y utilizar efectivamente el conocimiento jurídico será cada vez más valiosa, no solo para los profesionales del derecho, sino para la integridad y la eficacia del sistema de justicia en su conjunto.

Una aplicación sustancial de la AC en el ámbito jurídico es la integración orgánica de las redes de citación, de la evolución de líneas jurisprudenciales para integrar el precedente judicial de manera sencilla y visual para el juzgador u operador jurídico, a partir de consultas en lenguaje natural tipo caja de buscador de internet. Ello resulta en abonar sobre las decisiones judiciales, para que estas además de justas, consistentes y fundamentadas sean expeditas; y coadyuvar para mantener

la confianza en el sistema judicial, la protección de los derechos y la justicia de los ciudadanos. La combinación de la experiencia humana y las herramientas técnicas y tecnológicas puede conducir a un sistema judicial digital contemporáneo eficiente y equitativo.

REFERENCIAS

- Ashley, K. D. (2019). Automatically extracting meaning from legal text: opportunities and challenges. *Georgia State University Law Review*, 35(4), 1117-1151.
- Bernal, C., Camarena, R. y Martínez, A. (2018). *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Centro de Estudios Constitucionales Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Cairampoma, A. (2014). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (73), 483-504. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201402.014>
- Cross, F. B. y Spriggs II, J. F. (2010). The most important (and best) Supreme Court opinions and justices. *Emory Law Journal*, 60(2), 407-502.
- Devlin, J., Chang, M.-W., Lee, K. y Toutanova, K. (2018). *BERT: Pre-training of deep bidirectional transformers for language understanding*. <https://arxiv.org/pdf/1810.04805.pdf>
- Fowler, J. H., Johnson, T. R., Spriggs II, J. F., Jeon, S. y Wahlbeck, P. J. (2017). Network analysis and the law: Measuring the legal importance of precedents at the U.S. Supreme Court. *Political Analysis*, 15(3), 324-346. <https://doi.org/10.1093/pan/mpm011>
- García Ramírez, S. (2018). *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

- García Ramírez, S. e Islas de González Mariscal, O. (2021). *La justicia penal en México. Balance de dos décadas (2000-2020)*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Garner, B. A., Bea, C., White Berch, R., Gorsuch, N. M., Hartz, H. L., Hecht, N. L., Kavanaugh, B., Kozinski, A., Lynch, S. L., Pryor, W. H., Reavley, T. M., Sutton, J. S., Wood, D. P. y Breyer, S. G. (2016). *The law of judicial precedent*. Thomson Reuters.
- Janeček, V., Williams, R. A. y Keep, E. (2021). Education for the provision of technologically enhanced legal services. *Computer Law & Security Review*, 40(4), 1-20. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3736101>
- Ladley, J. (2020). *Data governance. How to design, deploy, and sustain an effective data governance program* (2.^a ed.). Academic Press.
- Liu, Y., Ott, M., Goyal, N., Du, J., Joshi, M., Chen, D., Levy, O., Lewis, M., Zettlemoyer, L. y Stoyanov, V. (2019). *RoBERTa: A robustly optimized BERT pretraining approach*. <https://openreview.net/forum?id=SyxS0T4tvS>
- López, D. E. (2000). *El derecho de los jueces* (2.^a ed.). Legis.
- Marín, M. E. (2020). El precedente en el derecho colombiano: la estructuración del concepto y su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Derecho Público Iberoamericano*, (15), 87-112.
- Nonaka, I. (1990). *Management of knowledge creation*. Nihon Keizai Shimbun Press.
- Nonaka, I. (1994). A dynamic theory of organizational knowledge creation. *Organization Science*, 5(1), 14-37.
- Nonaka, I. y Takeuchi, H. (1995). *The knowledge-creating company: how Japanese companies create the dynamics of innovation*. Oxford University Press.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) (s. f.). *Tesaurus de la UNESCO*. Recuperado el 10 de marzo de 2024 de <https://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/>

- Osborne, M. (2004). Making the most of the best: Formulating a knowledge management strategy for a government advisory body. *Australian Journal of Public Administration*, 63(3), 43-52.
- Pérez, A. y Pessoa, P. (2015). Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado. *Revista de Derecho Valparaíso*, 44(1), 173-214.
- Pilati, A. F. (2017). Precedentes e jurisprudência no sistema jurídico brasileiro: uma distinção necessária. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, 3(2), 75-94.
- Studwell, B. (2019, 4 de enero). Speeding up legal research by mapping citation networks. *Medium*. <https://perma.cc/Z7YD-JWXW>
- Taruffo, M. (1997). Institutional factors influencing precedents. En D. N. MacCormick, R. S. Summers y A. L. Goodhart (eds.), *Interpreting precedents: A comparative study* (pp. 437-460). Ashgate Publishing.
- Trejo, D. (2009). *Identificación, análisis y aprovechamiento de la administración del conocimiento para la empresa y organización mexicana del siglo XXI*. DIDAC.
- Trejo, D. (2023). *Inteligencia organizacional. Perspectiva desde la administración del conocimiento*. Pacholabra Ediciones.
- Wells, H. G. (1938). *World brain*. Doubleday, Doran and Co.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictivo de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Concepción, diseño, análisis e interpretación de datos; redacción y revisión crítica del artículo; aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

El autor agradece los comentarios y la orientación brindados por la Mtra. Guadalupe Juárez Quezada, la Dra. Alejandra Martínez Verástegui, la Mtra. Martha Malanche Gómez y el Dr. Jorge Angel Chávez Descalzi.

Biografía del autor

Daniel Trejo Medina es catedrático de la UNAM, el ITAM y UNLA de México, así como profesor invitado en Francia, Colombia, Canadá y El Salvador. Ingeniero en computación y doctor en Ciencias con mención honorífica por la UNAM, MBA por la EBC, con estudios de Derecho por la UVM, doctorado en Administración por la Universidad Anáhuac, diplomado en Derechos Humanos por la SCJN. Ha colaborado como director en empresas de Latinoamérica, Estados Unidos y Europa; asimismo, ha sido funcionario de la SCJN. Investigador visitante del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN. Autor de diversos artículos y libros en materias vinculadas con tecnologías, gobierno de datos, *legaltech* y analíticos aplicados.

Correspondencia

dantm@comunidad.unam.mx



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 79-151

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1033

Juicio político: hacia la juridización del «derecho constitucional sancionador» y la identificación de los «tipos constitucionales»

Impeachment: towards the juridization of “constitutional offense law” and the identification of “constitutional types”

Julgamento político: rumo à juridização do “direito sancionador constitucional” e à identificação dos “tipos constitucionais”

OMAR SAR SUÁREZ

Universidad de San Martín de Porres
(Lima, Perú)

Contacto: osars@usmp.pe

<https://orcid.org/0000-0003-3651-628X>

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Universidad de San Martín de Porres
(Lima, Perú)

Contacto: ealuarezm@usmp.pe

<https://orcid.org/0000-0002-4793-4471>

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito analizar la figura del juicio político regulada en la Constitución del Perú de 1993 y desarrollada por la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sostenemos que la Constitución ha previsto las conductas infractoras y, en ese sentido, identificamos específicamente las infracciones a la Constitución que pueden dar lugar a una sanción, a las cuales denominamos como «tipos

constitucionales». Se afirma que el juicio es político por la naturaleza del órgano que lo lleva a cabo. Sin embargo, ello no implica que se pueda resolver con criterios meramente políticos; más bien, se debe a que las exigencias propias del Estado democrático exigen el respeto por principios como la legalidad o el debido proceso. La infracción de la Constitución solo puede ser sancionada cuando un alto funcionario del Estado incurre en aquello que se encuentra constitucionalmente prohibido u omite realizar lo que se encuentra constitucionalmente ordenado, ya que las disposiciones constitucionales no pueden interpretarse como normas meramente programáticas o simples recomendaciones. En conclusión, resulta indispensable juridizar el derecho constitucional sancionador, cuyo núcleo se construye en torno a los «tipos constitucionales» identificados y a la responsabilidad de los altos funcionarios del Estado, lo que la Defensoría del Pueblo denominará «dolo inconstitucional».

Palabras clave: acusación constitucional; equilibrio de poderes; debido proceso; Constitución; infracción de la Constitución; Parlamento.

Términos de indización: procedimiento legal; equilibrio de poderes; Constitución; Parlamento (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the figure of impeachment regulated in the Constitution of Peru of 1993 and developed by the subsequent jurisprudence of the Constitutional Court. We maintain that the Constitution has provided for offending conducts and in that order we identify, specifically, the types of constitutional offense that can give rise to a sanction, which we call the “constitutional types”. For this reason, we state that the trial is political due to the nature of the organ that carries it out, but not because it can be resolved with merely political criteria, rather than on the contrary, the demands of the democratic State impose respect for principles such as legality or due process. The violation of the constitution can only be sanctioned when a senior State official acts against what is constitutionally prohibited or fails to act in alignment with what is constitutionally ordered since constitutional provisions cannot be

interpreted as merely programmatic norms or simple recommendations. We conclude that it is essential to juridize constitutional offense law, the core of which is built around the identified “constitutional types” along with the responsibility of senior State officials for what the Ombudsman’s Office calls “unconstitutional misconduct”.

Keywords: impeachment; checks and balances; due process; Constitution; infringement of the Constitution; Parliament.

Indexing terms: legal procedure; balance of power; Constitution; Parliament (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a figura do julgamento político ou impeachment regulamentada na Constituição do Peru de 1993 e desenvolvida pela posterior jurisprudência do Tribunal Constitucional. Sustentamos que a Constituição dispõe sobre condutas violadoras e, nesse sentido, identificamos especificamente as infrações da Constituição que podem dar origem a uma sanção, que denominamos de “tipos constitucionais”. Afirma-se que o julgamento é político pela natureza do órgão que o realiza. Contudo, isto não significa que possa ser resolvido com critérios puramente políticos; isto é, porque as exigências do Estado democrático exigem o respeito por princípios como a legalidade e o devido processo legal. A violação da Constituição só pode ser sancionada quando um alto funcionário do Estado comete algo constitucionalmente proibido ou deixa de cumprir o que está constitucionalmente ordenado, uma vez que as disposições constitucionais não podem ser interpretadas como meras normas programáticas ou simples recomendações. Em conclusão, é fundamental jurisdicionar o direito sancionatório constitucional, cujo núcleo se constrói em torno dos “tipos constitucionais” identificados e da responsabilidade dos altos funcionários do Estado, o que a Defensoria do Povo designará por “dolo inconstitucional”.

Palavras-chave: acusação constitucional; equilíbrio de poderes; devido processo; Constituição; infração da Constituição; Parlamento.

Termos de indexação: procedimento legal; equilíbrio de poder; Constituição; Parlamento (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 29/8/2024

Aceptado: 4/12/2024

Revisado: 10/9/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. EL JUICIO POLÍTICO Y EL ANTEJUICIO

El texto vigente del artículo 99 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso a un conjunto de altos funcionarios del Estado¹ «por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas». Entre los funcionarios que pueden ser objeto de la referida acusación están incluidos el presidente de la República, los congresistas, los ministros de Estado, los magistrados del Tribunal Constitucional, los miembros de la Junta Nacional de Justicia, los jueces de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el defensor del pueblo y el contralor general de la República².

-
- 1 Este texto ha sido modificado por la Ley n.º 31988, que reformó la Constitución en lo referente a la bicameralidad, entre otros aspectos. A partir de las elecciones generales que se lleven a cabo con posterioridad al 20 de marzo de 2024, este artículo pasará a establecer que «corresponde a la Cámara de Diputados, de acuerdo con su reglamento, acusar ante el Senado» a un conjunto de altos funcionarios que no ha variado salvo en lo que se refiere a la eliminación de la referencia a los congresistas y la incorporación de los diputados y los senadores.
 - 2 El Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República en dos ocasiones para que reforme el artículo 99 de la Constitución e incorpore en la lista de los altos funcionarios enumerados a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, al jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y al jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. La primera exhortación se produjo en el Expediente n.º 0006-2003-PI/TC y la reiteró en el Expediente n.º 0003-2022-CC. Corresponde advertir que, mediante el Proyecto de Ley n.º 4333/2022-CR, el Congreso de la República se encuentra debatiendo una iniciativa de reforma del artículo 99 de la Constitución para incorporar a esas autoridades en el ámbito del antejuicio y el juicio político.

Se deriva de la disposición glosada que dichos funcionarios pueden ser responsabilizados por dos órdenes diferentes de cuestiones:

- i. Por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones
- ii. Por infracción de la Constitución

Corresponde anotar que dichas imputaciones pueden formularse mientras ejercen el cargo y hasta cinco años después de que hayan cesado. Adicionalmente, hay que considerar que, de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución, el presidente de la República

solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Se ha puesto en debate si, cuando la citada disposición señala que el presidente «solo puede ser acusado» por los delitos indicados, establece o no un límite a la posibilidad de acusarlo por infracción de la Constitución. Una primera posibilidad consiste en realizar una interpretación literal y ello supondría que no puede ser acusado. Una segunda opción consistiría en asumir que la acusación aludida solo se refiere a los delitos y no a las infracciones de la Constitución por cuanto ambos tipos de acusaciones tienen una naturaleza jurídica distinta.

En el caso de la imputación de delitos, el procedimiento parlamentario que se debe seguir es uno de antequicio, es decir, de levantamiento de la inmunidad por cuanto el juicio, propiamente dicho, se llevará a cabo ante la Corte Suprema. Al respecto, el artículo 100 de la Constitución establece que «en caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación evalúa, conforme a sus atribuciones, el ejercicio de la acción penal correspondiente ante la Corte Suprema»³.

³ El texto original establecía que «en caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente [...]»

Sin embargo, de otra parte, la Comisión Permanente podrá formular una denuncia contra los altos funcionarios indicados por «infracción de la Constitución» y, en este caso, la evaluación de dicha conducta y la imposición de la sanción corresponderá al Congreso. Por eso, a este procedimiento se le ha denominado como «juicio político».

Al respecto, García y Tupayachi (2022) señalan que esta diferenciación entre antequicio y juicio político es «una creación heroica del Tribunal Constitucional que resulta caprichosa e insustancial» (p. 64). Además, sostienen que lo que existe es una acusación «y de ahí pueden derivarse sanciones que da el Congreso de naturaleza política y eventualmente y en forma adicional la remisión a un proceso judicial, con lo cual se salió del ámbito congresal y nada más» (p. 64).

Independientemente de si estamos ante un único juicio político con distintas formas de conclusión o si existe una diferencia ontológica entre juicio político y antequicio, lo cierto es que el Congreso tiene competencia para imponer, por sí mismo, las sanciones cuando se imputen infracciones de la Constitución o autorizar que se someta a proceso judicial a los altos funcionarios del Estado a quienes se les formule cargos por la comisión de un delito.

En todo caso, nos parece muy importante subrayar que el componente político de este juicio se limita al órgano que conoce de su trámite y a la naturaleza del bien jurídico protegido que se relaciona con la rectitud o integridad⁴ de quienes ejercen las más altas responsabilidades en el servicio público, pero no al criterio que se debe emplear para evaluar la infracción.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso». Corresponde anotar que el nuevo texto entrará en vigor a partir de las elecciones generales que se lleven a cabo con posterioridad al 20 de marzo de 2024.

4 Para efectos del presente trabajo entendemos la integridad de los funcionarios como referida al acatamiento de los mandatos impuestos por la Constitución y a que se abstengan de incurrir en lo que la norma suprema prohíbe. Utilizaremos el concepto de rectitud como sinónimo.

Alexis de Tocqueville (1984) sostuvo:

Al introducir el juicio político en sus leyes, los europeos han querido enjuiciar a los grandes delincuentes, cualquiera que sea su cuna, rango o su poder en el Estado. Para lograrlo, han reunido momentáneamente, en el seno de un gran cuerpo político, todas las prerrogativas de los tribunales. El legislador se transformó entonces en magistrado; pudo establecer el delito, clasificarlo y castigarlo. *Al darle los derechos de juez, la ley le ha impuesto todas sus obligaciones y lo ha ligado a la observancia de todas las formas de justicia.* (p. 122)

Compartimos plenamente ese criterio, todo órgano con competencia para evaluar conductas y, eventualmente, imponer sanciones tiene un marco de referencia que delimita su actuación y que es de carácter jurídico. Esto incluye, naturalmente, el caso del juicio político que se sigue en el ámbito del Congreso de la República. Su actuación viene limitada por las disposiciones de la Constitución y del Reglamento de las cámaras, aunque naturalmente en este tipo de procedimiento existen particularidades como la inexistencia de un juez predeterminado, la intervención de no especialistas en derecho (de hecho, no todos los congresistas son abogados)⁵ o la inexistencia de recursos impugnatorios. No obstante, en todo caso, esto no implica que las acusaciones constitucionales por infracción de la Constitución se puedan resolver con base en un criterio político.

Alexander Hamilton *et al.* (2015) en *El Federalista*, al analizar la función judicial del Senado, sustentaron que cuando dicho órgano juzga la conducta de los funcionarios públicos, desarrolla una actividad que posee «una naturaleza que puede correctamente denominarse “política”, ya que se relacionan sobre todo con daños causados de manera inmediata a la sociedad» (p. 449).

5 Todos los congresistas tienen el deber de proceder de conformidad con el Reglamento y ajustar su marco de actuación y decisiones a la Constitución y la ley, de modo que no observamos que este sea un obstáculo para asumir que el juicio político debe resolverse con criterio jurídico y no de mera oportunidad.

Sostenemos que no se trata de un juzgamiento o de una imputación que se lleve a cabo con criterio político, es un juicio político porque lo lleva a cabo el Congreso para garantizar la supremacía normativa de la Constitución. Sin embargo, ello no implica que este pueda proceder a aplicar sanciones con criterio político, y la diferencia no es menor.

Por lo expuesto, discrepamos de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en los expedientes n.^{os} 0006-2003-AI/TC, 3593-2006-AA/TC y 2364-2008-HC/TC, donde aludió a la posibilidad de sancionar «faltas políticas» como fundamento de la infracción de la Constitución. Sin perjuicio de lo que se desarrollará más adelante, en el primero de dichos casos sostuvo:

en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99º, en razón de las «faltas políticas» cometidas en el ejercicio de sus funciones. (f. 19)

Somos de la opinión de que la competencia del Congreso para evaluar infracciones constitucionales no supone la posibilidad de enjuiciar «faltas políticas», sino que debe existir una conducta previa, cierta y claramente prevista como contraria a la Constitución. Pero ¿dónde pueden preverse las conductas que infrinjan la Constitución? Sostenemos que en la propia Constitución ya se encuentran claramente identificadas.

La atribución de responsabilidades susceptibles de ser sancionadas es una actividad de carácter eminentemente jurídico, aunque, por supuesto, no está exenta de valoración política respecto del alcance de las disposiciones constitucionales y de los deberes que la norma fundamental impone a los altos funcionarios del Estado. Por otra parte, también es evidente que pueden existir responsabilidades políticas susceptibles de ser evaluadas con un criterio de oportunidad y conveniencia, pero estas no pueden ser sancionadas como infracción de la Constitución.

El juicio político es completamente distinto de otras figuras, como la de la censura de los ministros, donde el Congreso puede retirarlos del cargo, individual o colectivamente, a partir de su evaluación sobre

el modo como se ha ejercido la función. En este caso, es perfectamente posible que el legislador fundamente su decisión en razones de carácter político.

Justamente, uno de los objetivos principales de este trabajo consiste en identificar los concretos «tipos constitucionales» que se han previsto en la propia norma fundamental y que pueden dar lugar a la formulación de cargos por infracción de la Constitución, ya que no cabe la posibilidad de imputar delitos como fundamento de la acusación en el juicio político. En esta investigación, construimos el concepto de «tipo constitucional» en el sentido de conducta cierta y claramente descrita en la Constitución como mandato de hacer o no hacer, y que puede ser imputada a uno de los altos funcionarios incluidos en el artículo 99 de la misma norma fundamental.

Naturalmente que no concebimos a las constituciones como meros catálogos de reglas, reconocemos la singular significación e importancia de los principios y de las directrices contenidas en la Constitución y, por ello, precisamente, sostenemos que no toda disposición constitucional puede dar lugar a que se imponga una sanción por infringir su contenido.

Eguiguren (2002) ha sostenido que

se producirá una infracción de la Constitución cuando una determinada conducta transgrede un precepto constitucional específico, siendo el texto de la carta política el «catálogo» que delimita qué actos u omisiones configuran tal infracción, al implicar su realización una colisión o vulneración de los principios y mandatos contenidos en la Constitución. (p. 155)

Estamos de acuerdo en que la Constitución contiene el catálogo de las infracciones, pero creemos indispensable advertir que no todos los mandatos contenidos en dicha norma describen una conducta con la claridad que exige el principio de tipicidad. Esta interpretación, que juzgamos errónea, es justamente la que hace que las infracciones aparezcan como difusas y poco claras. Creemos que no toda la Constitución conforma el «catálogo», pero también estamos convencidos de que contiene mandatos y prohibiciones cuya infracción puede dar lugar a la imposición de sanciones.

Asimismo, sostenemos que en el ámbito del juicio político resulta claramente exigible el principio de razonabilidad que impone el deber de excluir la posibilidad de que la infracción de la Constitución pueda ser decidida con un criterio meramente político. Esto exige valorar los «hechos, conductas y circunstancias»⁶ del caso, lo que presupone, además, considerar los principios generales aplicables al derecho sancionador, ya sea en el ámbito penal o en el administrativo.

Cuando la Constitución habilita al Congreso para que imponga sanciones en el marco del juicio político, le está encomendando la potestad de resolver en definitiva la acusación. Ello tiene una lógica histórica por cuanto la máxima instancia del sistema inglés (en el que comenzó a desarrollarse la figura del *impeachment*) era la cámara alta del Parlamento⁷.

Eguiguren (2007) ha sostenido que «la aceptación de que la Cámara de los Lores conozca sobre este tipo de proceso responde a que dicha Cámara desde siempre tuvo también funciones judiciales» (p. 53)⁸. Nos parece evidente que, al establecer la competencia para llevar a cabo un enjuiciamiento en el ámbito del Parlamento, se impone, correlativamente, la necesaria observancia de unos estándares de respeto del debido proceso inherente a todo órgano que desarrolle tal tipo de actividad, ya sea que se trate del ámbito judicial, del administrativo, del militar, el del Tribunal Constitucional, el arbitral o el del Congreso de la República.

6 El Tribunal sostuvo que

el principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos. (Expediente n.º 0006-2003-AI/TC, f. 9)

7 La Corte Suprema del Reino Unido recién comenzaría a funcionar a partir del 1.º de octubre de 2009, luego de ser creada a partir de la reforma constitucional del año 2005.

8 Anotaremos por nuestra parte que, desde el año 2009, se encuentra en funciones el Tribunal Supremo del Reino Unido como máxima instancia del Poder Judicial y que este órgano ha asumido las competencias judiciales que mantuvo hasta entonces la Cámara de los Lores.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que el respeto por los derechos fundamentales es especialmente importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio:

pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención. (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, considerando 68)

Naturalmente que las exigencias aplicables en cada ámbito para que el procedimiento pueda ser considerado debido son variables y particulares. Estas pueden incluir, por ejemplo, quiénes tienen la potestad de resolver⁹ o quiénes pueden ser sometidos al fuero¹⁰, entre otros aspectos.

El presente trabajo pretende constituir un aporte al proceso de juridización del derecho constitucional sancionador que puede acarrear sanciones leves, como la de suspensión, o sumamente gravosas, como la de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por un extenso período de hasta diez años.

2. LOS MANDATOS DE ACCIÓN U OMISIÓN CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN

En el constitucionalismo contemporáneo, se asume que las disposiciones de la Constitución tienen carácter normativo y ello presupone su

9 Las partes en el proceso judicial no pueden elegir al juez; en cambio, en el arbitraje pueden pactar la designación de los árbitros. En el ámbito parlamentario, son los órganos del Congreso los que determinan la conformación de las comisiones y las subcomisiones que intervienen en el procedimiento.

10 Cualquier persona puede someter su caso a arbitraje (solo en el caso de que lo haya pactado y siempre que se trate de derechos disponibles), únicamente los militares en actividad pueden ser sometidos al fuero militar y solo los altos funcionarios enumerados en el artículo 99 de la Constitución pueden ser sometidos a juicio político.

eficacia directa e inmediata, por lo que impone su contenido en todos los ámbitos. La Constitución es no solo una fuente autónoma del derecho, sino que, además, se erige como fuente de las fuentes, ya que regula también el modo de producción del resto de las normas que componen el sistema. Castillo Córdova (2006) sostiene que la Constitución es una norma «llamada a regir de modo efectivo en cuanto está destinada a vincular a sus mandatos, toda la actuación de cualquier persona, en particular de las que en cada momento determinado tengan atribuido el ejercicio del poder político» (p. 886).

Dicho autor recuerda, además, que el artículo 38 de la Constitución establece que «todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación». De esta disposición deriva que el deber de acatar los mandatos o abstenerse de incurrir en las prohibiciones contenidas en la norma fundamental constituye una exigencia impuesta a toda persona, funcionario público o no, aunque las consecuencias de la infracción para el caso de aquellos se encuentra claramente diferenciada, como advierte Santistevan de Noriega (2012, p. 310).

En ese sentido, las disposiciones constitucionales no pueden ser concebidas como normas programáticas o simples recomendaciones. Sus mandatos y sus prohibiciones no constituyen una mera expresión de deseos, sino que configuran más bien lo que Ferrajoli (2014) denomina la «esfera de lo indecidible». Así, el profesor italiano ha sostenido:

lo «indecidible (que o que no)» estipulado en las constituciones rígidas es claramente un indecidible de carácter deóntico o normativo [...] pueden producirse violaciones de la constitución por acción, o sea, antinomias consistentes en la indebida producción de normas inválidas, y violaciones por omisión, es decir, lagunas consistentes en la asimismo indebida no-producción de leyes de actuación. (p. 83)

Queda claro, entonces, que pueden presentarse acciones u omisiones que infrinjan la Constitución. Su ocurrencia fáctica no puede ser impedida por la norma fundamental, pero, en todo caso, se ha

habilitado expresamente la posibilidad de declarar la responsabilidad de los infractores y ello estará a cargo del Congreso de la República cuando se trate de determinados altos funcionarios del Estado.

El Tribunal Constitucional tiene resuelto que

el carácter normativo que la Constitución ostenta no solo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (es decir que no se ingrese en el ámbito de lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (es decir que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*). Solo de esta manera se puede garantizar la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental. (Expediente n.º 0019-2012-PI/TC, f. 6)

La Constitución contiene ciertos mandatos que ordenan explícitamente que algo sea realizado; a esto lo podríamos llamar «constitucionalmente ordenado». En el extremo opuesto, encontramos aquello que la Constitución ha desaprobado expresamente, lo cual compone lo «constitucionalmente prohibido». Entre ambos extremos se encuentra todo aquello que, por no estar ordenado en la Constitución ni prohibido por ella, resulta entonces constitucionalmente posible y, por ende, puede ser realizado u omitido sin incurrir en infracción alguna.

En este trabajo, pretendemos concretar expresamente qué es lo ordenado o lo prohibido por la Constitución a la luz de su propio texto. Además, se busca analizar la consecuencia de que se omita lo que el constituyente impuso como deber o de que se incurra en lo que prohibió expresamente.

Como paso previo al desarrollo del presente trabajo realizamos un análisis integral de la Constitución vigente, de modo que se clasificaron los diferentes tipos de mandatos y prohibiciones plasmados por el constituyente. Por razones de espacio, no es posible incorporar en este trabajo



todos y cada uno de ellos, de modo que compartimos el código QR de acceso a la base de datos que respalda las conclusiones que extraemos en la investigación¹¹.

Consideramos indispensable destacar que no todos los artículos de la Constitución contienen mandatos de actuación o de prohibición. Efectivamente, hay disposiciones que se limitan a establecer competencias (véanse los artículos 102, 118 o 139, entre otros), a crear vías procesales (véanse los artículos 70, 148, 200) o a abrir posibilidades (véanse los artículos 32, 205, Primera Disposición Final y Transitoria, numeral 2) y, por ende, no pueden dar lugar a la determinación de responsabilidades.

Por otra parte, hay que considerar también que un mismo artículo de la Constitución puede albergar varios mandatos o, incluso, puede contener mandatos y prohibiciones. En consecuencia, no van a coincidir la cantidad de disposiciones analizadas en el presente trabajo con el número de artículos de la Constitución.

De hecho, en esta investigación hemos identificado 243 mandatos de actuación concretos y 87 prohibiciones específicas. Además, determinamos cuáles de ellos constituyen conductas que, respetando el principio de legalidad, pueden dar lugar a una sanción por infracción de la Constitución, y las enunciaremos más adelante.

2.1. Lo constitucionalmente ordenado

Existen actuaciones, estados de cosas o regulaciones que vienen expresamente impuestas por la propia Constitución y cuya realización práctica puede suponer el deber de desarrollar actos concretos por parte de funcionarios, de órganos públicos o de particulares, como pondremos de manifiesto a continuación. Por ejemplo, el deber estatal de promover «el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en todo el país», que se incorporó en el artículo 2.4 de la Constitución, impone la obligación de desarrollar políticas públicas en ese sector. Por otra parte, el artículo 15 ordena que la ley establezca «los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo».

11 También se puede consultar la base de datos completa a través del siguiente enlace: <http://bit.ly/MandatosProhibicionesInfracciones>

Luego de analizar el texto íntegro de la Constitución, identificamos, como ya se mencionó, un total de 243 disposiciones que contienen mandatos de actuación de diversa naturaleza, dirigidas a distintos sujetos (públicos o privados). Para el desarrollo del presente trabajo, hemos diferenciado entre mandatos constitucionales que

1. Imponen deberes ciudadanos (11)
2. Exigen la implementación de políticas públicas (37)
3. Requieren la aprobación de normas (91)
4. Requieren actuación de un funcionario u órgano (45)
5. Constituyen mandatos procedimentales (44)
6. Requieren la aprobación de una norma y el desarrollo de una política pública, conjuntamente (15)

Analizaremos, en primer término, aquello que se encuentra constitucionalmente ordenado para determinar luego cuáles son las consecuencias que pueden derivarse de la omisión de satisfacer esos mandatos contenidos en la norma fundamental.

2.1.1. Las disposiciones que imponen deberes ciudadanos

La Constitución no solo regula la organización y el funcionamiento de los órganos del Estado, sino que también enuncia los derechos fundamentales de la persona y adiciona una serie de deberes que deben cumplir los particulares. Por ejemplo, algunos de ellos son alimentar a los hijos (artículo 6), pagar los beneficios sociales del trabajador con prioridad respecto de cualquier otra obligación del empleador (artículo 24) o no obedecer a gobiernos usurpadores (artículo 46).

Algunas de las obligaciones impuestas a los ciudadanos no pueden ser extendidas a los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución, a pesar de que estos ostentan, por supuesto, tal condición. Veamos algunos ejemplos:

Tabla 1

Conductas ordenadas a ciudadanos que no pueden ser realizadas por los funcionarios del artículo 99 de la Constitución

Artículo	Conductas ordenadas a ciudadanos que no pueden ser realizadas por los funcionarios del artículo 99 de la Constitución
14	Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.
15	La sociedad procura [la] evaluación, [la] capacitación, [la] profesionalización y [la] promoción permanente del profesorado.
24	El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

Como podrá apreciarse, estos deberes están encomendados a los medios de comunicación, la sociedad o los empleadores¹². Por lo tanto, no puede existir una omisión imputable a los altos funcionarios susceptibles de ser acusados por infracción de la Constitución.

Existen otros mandatos dirigidos a los ciudadanos que no describen la omisión sancionable con suficiente precisión como ocurre en los siguientes casos:

Tabla 2

Conductas ordenadas a ciudadanos que no describen la omisión con suficiente claridad

Artículo	Conductas ordenadas a ciudadanos que no describen la omisión con suficiente claridad
31	Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción.
38	Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.
Primera DFT	Los trabajadores que no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión [...] deberán optar entre el SNP o el sistema privado.

12 Los congresistas, en principio, no podrían ser empleadores por cuanto de acuerdo con el artículo 92 de la Constitución «su función es de tiempo completo».

Por último, entendemos que existen artículos de la Constitución que imponen deberes ciertos que pesan sobre las personas, que incluyen a los altos funcionarios del artículo 99 y que pueden configurar infracciones de la Constitución como los siguientes:

Tabla 3

Conductas ordenadas a ciudadanos que pueden dar lugar a infracciones de la Constitución

Artículo	Conductas ordenadas a ciudadanos que pueden dar lugar a infracciones de la Constitución
6	Los padres deben alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.
46	Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.
97	Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de [las] investigaciones [del Congreso], bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Nos parece claro que si un funcionario comprendido en el artículo 99 de la Constitución obedece a un gobierno usurpador, puede ser responsabilizado por infracción de la carta, independientemente de que su conducta pueda constituir delito de rebelión o sedición y pueda ser procesado conjuntamente con los golpistas. La responsabilidad penal tiene como fundamento la afectación del bien jurídico protegido por el tipo (en este caso el orden constitucional), mientras que en el juicio político se sanciona una cosa distinta que es la de haber desarrollado una conducta que resulta contraria a un mandato cierto y claro de la Constitución.

También se podrá sancionar la renuencia del alto funcionario que no comparezca ante las comisiones investigadoras del Congreso, aunque en este caso no se configura una correlativa responsabilidad penal como sucede en el ejemplo anterior.

Por último, habría que anotar que existen casos en los que los tipos constitucionales tienen requisitos especiales, como sucede con los artículos 6 o 13 de la norma fundamental, donde para poder desarrollar la conducta prevista se requiere tener la condición de padre o hijo.

2.1.2. Las disposiciones que requieren el desarrollo de políticas públicas

Existen artículos constitucionales que imponen el deber de desarrollar una política pública, pero que no describen, propiamente y con la claridad que impone el derecho sancionador, una conducta susceptible de dar lugar a un juicio político.

La Constitución establece, por ejemplo:

Tabla 4

Mandatos de desarrollar políticas públicas que no permiten identificar con claridad la conducta infractora

Artículo	Mandatos de desarrollar políticas públicas que no permiten identificar con claridad la conducta infractora
119	La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.
166	[La Policía Nacional] Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad.
Undécima DFT	Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

Como se puede apreciar en esos casos, existe el deber de atender los derechos progresivamente o de brindar protección a la población, pero, tales mandatos, que imponen el desarrollo de políticas públicas concretas en el ámbito de los derechos sociales o de la seguridad, no constituyen tipos constitucionales que resulten en una responsabilidad individual.

Sin embargo, se debe advertir que, como se verá más adelante, el incumplimiento de este tipo de mandatos no es irrelevante, ya que puede dar lugar a la censura de ministros y hacer efectiva su responsabilidad política.

De otra parte, existen mandatos que imponen el deber de desarrollar políticas públicas, pero no permiten identificar al funcionario responsable de desarrollarlas, como:

Tabla 5

Mandatos de desarrollar políticas públicas que no indican responsabilidades individuales

Artículo	Mandatos de desarrollar políticas públicas que no indican responsabilidades individuales
2.19	El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.
9	El Estado determina la política nacional de salud.
23	El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado.

En estos casos, el constituyente ha impuesto el desarrollo de políticas en materia de cultura, salud o trabajo, y las coloca como un deber del Estado, pero tal responsabilidad no tiene un destinatario cierto y claro. Es evidente que estos deberes no corresponden al ámbito de competencia del contralor ni de los miembros de los órganos jurisdiccionales, sino que recaen principalmente en quienes desarrollan su actividad dentro del Poder Ejecutivo. Sin embargo, ello no implica una responsabilidad directamente atribuible a los ministros o al presidente de la República, quienes son los únicos miembros del Poder Ejecutivo sujetos a juicio político.

En este caso, como en el anterior, el incumplimiento por parte de los ministros puede dar lugar a responsabilidades políticas, pero no cabría imponerles una sanción por infracción de la Constitución.

2.1.3. Mandatos constitucionales que requieren la aprobación de normas

Algunos de los mandatos incluidos en la Constitución requieren la aprobación de normas legales que regulen determinada materia como:

Tabla 6

Mandatos que imponen la aprobación de normas, pero no identifican responsables concretos

Artículo	Mandatos que imponen la aprobación de normas, pero no identifican responsables concretos
8	El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Regula el uso de tóxicos sociales.
10	La ley debe precisar las contingencias frente a las que debe actuar la seguridad social.
20	La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria.

En estos casos, resulta claro que existe un mandato dirigido a quienes participan en el proceso legislativo, pues el constituyente ordena la represión del tráfico ilícito de drogas (presumiblemente al incorporar esta conducta en el Código Penal) o la regulación del uso de tóxicos sociales, la seguridad social o la colegiación de los profesionales. No obstante, esta disposición no señala una responsabilidad personal, sino colectiva. Más adelante se analizarán las consecuencias del desacato de este deber.

En otros casos, el mandato de regulación desarrollado por el constituyente no permite identificar una conducta concreta, como sucede en los siguientes casos:

Tabla 7

Mandatos que imponen la aprobación de normas, pero no identifican conductas sancionables con claridad

Artículo	Mandatos que imponen la aprobación de normas, pero no identifican conductas sancionables con claridad
18	Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.
31	La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.
163	Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.

En las disposiciones, existe un mandato cierto, como el de establecer mecanismos o fijar condiciones, pero no se deriva de ellas una omisión sancionable descrita con suficiente claridad como para justificar la procedencia del juicio político.

Por último, hemos identificado algunos mandatos relacionados con el deber de regular determinadas materias que, a diferencia de los casos anteriores, sí permiten identificar responsabilidades personales y que, en consecuencia, pueden dar lugar a imponer sanciones por infracción de la Constitución.

Tabla 8

Mandatos relacionados con la aprobación de normas que permiten identificar conductas sancionables

Artículo	Mandatos relacionados con la aprobación de normas que permiten identificar conductas sancionables
134	El decreto de disolución [del Congreso] contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso.
135	En ese interregno [por disolución del Congreso], el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale.
172	Los ascensos se confieren de conformidad con la ley.

Solo el presidente y los ministros son responsables de emitir el decreto de disolución del Congreso. Si este decreto no incluye la convocatoria a nuevas elecciones, se configura una infracción clara y cierta de la Constitución, independientemente de que la conducta pueda también tener relevancia penal. Lo mismo aplica para las obligaciones de informar al Congreso sobre los decretos de urgencia o de otorgar ascensos militares de conformidad con la ley.

2.1.4. Las disposiciones que requieren actuación de un funcionario u órgano específico

Existen casos en los que lo constitucionalmente ordenado debe ser satisfecho por la actuación de un órgano público específico, pero sin que se deriven responsabilidades personales claras.

Tabla 9

Mandatos que imponen deberes de actuación, pero no identifican responsables concretos

Artículo	Mandatos que imponen deberes de actuación, pero no identifican responsables concretos
84	El Banco [Central de Reserva] informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su Directorio.
105	Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.
169	[Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional] Están subordinadas al poder constitucional.

Otras disposiciones constitucionales, en cambio, identifican al funcionario concernido, pero no tipifican la conducta con el exigente estándar que impone el derecho sancionador:

Tabla 10

Mandatos que imponen deberes de actuación, pero no identifican conductas sancionables con claridad

Artículo	Mandatos que imponen deberes de actuación, pero no identifican conductas sancionables con claridad
128	Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan.
138	La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
204	La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

Como ya se sostuviera, la imposición de sanciones en el juicio político requiere que la Constitución identifique con claridad la conducta infractora. Así sucede en los siguientes casos, donde se impone un deber de actuación a un funcionario concreto y se identifica con claridad el deber a desarrollar:

Tabla 11

Mandatos que imponen deberes de actuación y que permiten identificar conductas sancionables

Artículo	Mandatos que imponen deberes de actuación y que permiten identificar conductas sancionables
129	[El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado] Concurren [al Congreso] cuando son invitados para informar.
131	Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos.
162	El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que este lo solicita.

En estos casos, queda claro qué funcionario está involucrado y cuál es la acción específica que el constituyente le ha impuesto. Por ende, su transgresión, es decir, la omisión de satisfacer ese mandato, puede dar lugar a una sanción por infracción de la Constitución.

2.1.5. Las disposiciones que constituyen mandatos procedimentales

En el texto constitucional, se han incorporado también mandatos específicos de carácter procedural, es decir, estamos ante disposiciones que establecen el modo de realizar una determinada actuación.

En estos casos, es usual que se identifique con claridad el mandato, pero no la conducta infractora o un funcionario responsable, como sucede en las siguientes disposiciones:

Tabla 12

Mandatos procedimentales en los que no se identifican responsables concretos o conductas claras

Artículo	Mandatos procedimentales en los que no se identifican responsables concretos o conductas claras
30	Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral.
93	En caso de comisión de delitos antes de asumir el mandato, es competente el juez penal ordinario.
141	La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Si bien es poco común, existen dos casos en los que el constituyente ha impuesto mandatos procedimentales de los que se puede derivar, con claridad, una conducta infractora:

Tabla 13

Mandatos procedimentales que permiten identificar conductas sancionables

Artículo	Mandatos procedimentales que permiten identificar conductas sancionables
160	El proyecto de presupuesto del Ministerio Público se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos. Se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso.
162	El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

En estos casos, es claro que determinados altos funcionarios tienen el deber de aprobar y sustentar ante el Congreso. El incumplimiento de dicho mandato puede dar lugar a que se imponga una sanción en el correspondiente juicio político.

2.1.6. Las disposiciones que requieren conjuntamente la aprobación de una norma y el desarrollo de una política pública

Por último, entendemos que existen casos especiales en los que la Constitución impone el deber de aprobar normas. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza de lo ordenado, simultáneamente impone deberes a los órganos del Estado.

En casos como los siguientes, se identifican tales deberes, pero no se derivan conductas claramente sancionables ni se identifican altos funcionarios responsables:

Tabla 14

Mandatos que requieren normas y políticas públicas, pero que no identifican responsables concretos o conductas claras

Artículo	Mandatos que requieren normas y políticas públicas, pero que no identifican responsables concretos o conductas claras
23	[El Estado] protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.
61	El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
64	El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

En estos casos se impone el deber de regular la protección de determinados sectores, la libre competencia o la tenencia de moneda extranjera. En tales campos, se requiere simultáneamente el desarrollo de políticas públicas, pero en ninguno de los casos se evidencia una conducta cierta y claramente sancionable ni un alto funcionario que pueda ser responsabilizado por la omisión.

En cambio, el artículo 73 de la Constitución establece que «los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles». Por lo tanto, entendemos que si un alto funcionario comercializa o enajena bienes

de dominio público e incumple el mandato de conservación, entonces puede ser responsabilizado por la infracción de la Constitución.

2.2. Las consecuencias de la no satisfacción de aquello que la Constitución ordena

Si el constituyente ordenó que algo sea hecho, que se alcance un determinado resultado o que se apruebe determinada norma, entonces la omisión configurará, sin lugar a duda, un resultado contrario a la Constitución.

Como se indicó *ut supra*, los mandatos impuestos en la Constitución pueden referirse al cumplimiento de deberes ciudadanos, al desarrollo de políticas públicas, a la aprobación de normas legales o a la actuación de un funcionario u órgano específico, entre otros. Habrá que determinar, en cada uno de esos casos, cuál será la consecuencia que se derive del incumplimiento de aquello que se encuentra constitucionalmente ordenado.

En primer lugar, se entiende que el incumplimiento de deberes ciudadanos puede dar origen a responsabilidad civil o eventualmente criminal, si la conducta se encuentra específicamente tipificada en el Código Penal o en la normativa de la materia. Sin perjuicio de ello, cuando sea un alto funcionario del Estado quien incurra en la omisión inconstitucional podría llegar a configurarse una infracción de la Constitución. Naturalmente, la responsabilidad por el incumplimiento de estos deberes ciudadanos es de carácter individual y la gravedad de las consecuencias dependerá del mandato incumplido y de las consecuencias que se deriven de la omisión.

No es lo mismo incumplir el deber de educar a los hijos que impone el artículo 13 de la Constitución, que la omisión de brindar alimentos a la que se refiere el artículo 6 de la misma norma fundamental. La primera es muy grave por comprometer el futuro de los niños, pero no pone en riesgo la vida misma de un modo inminente como ocurre con la segunda. Corresponde advertir que el incumplimiento de prestar alimentos, adicionalmente, se encuentra previsto como delito en el capítulo relacionado con la «Omisión de asistencia familiar» (artículos 149 y 150 del Código Penal).

Por otra parte, la falta de aprobación de normas legales, tal como lo exige la Constitución, puede dar lugar a que se configure una inconstitucionalidad por omisión, dado que el constituyente estableció la necesidad de regular una determinada materia.

Para que se configure la inconstitucionalidad por omisión deben concurrir:

1. Un mandato constitucional cierto y claro
2. La pasividad del órgano responsable que puede ser el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo
3. Un resultado contrario al estado de cosas ordenado por la Constitución

La inconstitucionalidad por omisión resalta la importancia de la actuación positiva de los órganos públicos con competencia legislativa para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y del modelo de Estado democrático previsto por la Constitución. Al respecto, Bidart Campos ha sostenido:

si el Congreso se abstiene de pronunciar la norma reglamentaria de la cláusula constitucional programática, su abstinencia implica una actitud inconstitucional. Y si ese silencio se prolonga durante cierto lapso considerable, cabe reconocer al Poder Judicial la facultad de librar un mandato de ejecución al Parlamento, para que en cierto término cubra su inacción. (Sagüés, 1992, p. 43)

Se comprende que se produce una inconstitucionalidad por omisión cuando no se establecen «las entidades del gobierno que administran los regímenes de pensiones a cargo del Estado» (artículo 11 de la Constitución), cuando no se fijan «los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo» (artículo 15 de la Constitución) o cuando no se «establece las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera que no tiene grado o jerarquía de oficial» (artículo 174 de la Constitución), por citar solo algunos casos.

Para remediar esta situación de vacío producido por lo que Borea ha denominado «ocio legislativo» (Sagüés, 1992, p. 40), se puede recurrir al Tribunal Constitucional por la vía del proceso de inconstitucionalidad. Efectivamente, el órgano de control de la Constitución sostuvo que

mediante el proceso de control de constitucionalidad de la ley, no solo es posible el control de las actuaciones positivas del legislador a través de la emisión de leyes, sino que también, en muchos casos, se vuelve imperativo [sic] la vigilancia de su desidia o inacción, cuando dicha inactividad viene ordenada por imperio de la Constitución. (Expediente n.º 0006-2008-AI, f. 36)

Hay que considerar en todo caso que si no se aprueba la ley ordenada por el constituyente, surge una responsabilidad política de carácter colectivo, ya que ningún congresista o grupo parlamentario resulta individualmente responsable de la omisión inconstitucional.

Por otra parte, la falta de ejecución de políticas públicas en las materias específicamente ordenadas puede dar lugar a que se declare la existencia de un «estado de cosas inconstitucionales», que se configura cuando se ha producido una «violación masiva, generalizada y estructural de los derechos fundamentales»¹³.

La aplicación de esta técnica presupone que se requerirá a la autoridad infractora para que dentro de un plazo razonable supla la omisión en la que ha incurrido y que generó la afectación de derechos de un conjunto de personas que excede el de aquellas que hubieran presentado la demanda. El Tribunal Constitucional ha sostenido que se trata de un mecanismo que permite «extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas» (Expediente n.º 2579-2003-HD/TC, f. 19).

13 Sentencia T-025 de 2004 en la que la Corte Constitucional de Colombia declaró el estado de cosas inconstitucionales respecto de la población desplazada.

En nuestro país, se ha declarado el estado de cosas inconstitucionales respecto de la falta de acceso al agua potable (véase el Expediente n.º 3383-2021-AA/TC), de la omisión de comunicarse en lenguas originales allí donde prevalecen (véase el Expediente n.º 0889-2017-AA/TC) o respecto de la política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental (véase el Expediente n.º 3426-2008-HC/TC), entre muchos otros supuestos.

Hemos sistematizado todos aquellos casos en los que, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucionales en un cuadro dinámico que se mantendrá permanentemente actualizado y al que se podrá acceder mediante el código QR.



De otra parte, la omisión en el desarrollo de una política pública impuesta por el constituyente también puede ocasionar la apertura de procesos en los que se haga efectiva la responsabilidad política de los titulares de cada sector. Además, podría resultar en la determinación de responsabilidades de carácter administrativo.

En cuanto a la consecuencia del incumplimiento de deberes funcionales u orgánicos, hay que tener presente que solo podría dar lugar a responsabilidad por infracción de la Constitución cuando la descripción del deber omitido se encuentre previamente tipificada¹⁴ con claridad, como se expondrá más adelante.

Por último, se añade que la omisión de actuación impuesta a un funcionario u órgano puede dar lugar a la responsabilidad administrativa y funcional del obligado.

Es importante destacar que, como surge de lo expuesto, no realizar lo constitucionalmente ordenado no es sinónimo, necesariamente, de que exista una infracción de la Constitución que acarree una responsabilidad imputable a un alto funcionario en particular. Efectivamente, si

14 A diferencia de lo que sucede en nuestro caso, mediante el *bill of attainder* del sistema inglés, que comenzó a aplicarse en el siglo XV, se podía acusar por faltas no tipificadas. Como señala Gallo (1897): «El *bill of attainder* es una ley-juicio, relativa a un caso especial, infligiendo a la persona a quien se aplica todas las consecuencias de una sentencia criminal» (p. 5).

no se aprueba la ley ordenada por la Constitución, no se configura una responsabilidad por infracción imputable a algún o algunos congresistas en particular, por citar solo un ejemplo.

2.3. Lo constitucionalmente prohibido

La Constitución proscribe expresamente determinadas situaciones de hecho o la regulación normativa en determinados sentidos, lo que da lugar así a la identificación de lo «constitucionalmente prohibido».

Cabría diferenciar entre aquellas conductas prohibidas que por su generalidad no resultan susceptibles de persecución por cuanto se limitan a establecer resultados o estados de cosas que no pueden resultar aprobados, de aquellas otras que efectivamente pueden dar lugar a las sanciones previstas por el artículo 100 de la Constitución en el marco de un juicio político. De esta situación se ofrecen los siguientes ejemplos:

Tabla 15

Prohibiciones que no describen la conducta sancionable con suficiente claridad

Artículo	Prohibiciones que no describen la conducta sancionable con suficiente claridad
103	[No pueden expedirse leyes especiales] por razón de las diferencias de las personas.
118.8	Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.
142	No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

Por otra parte, el constituyente también ha proscrito determinadas actuaciones que alcanzan a sujetos que no se encuentran en la enumeración del artículo 99 de la Constitución, como sucede en los siguientes casos:

Tabla 16

Prohibiciones no aplicables a los funcionarios incluidos en el artículo 99 de la Constitución

Artículo	Prohibiciones no aplicables a los funcionarios incluidos en el artículo 99 de la Constitución
6	Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad ¹⁵ .
71	[En cuanto a la propiedad, los extranjeros, no pueden] invocar excepción ni protección diplomática.
78	Los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal.

Queda claro, entonces, que la Constitución plantea un catálogo de conductas que no pueden ser válidamente desplegadas, pero de ello no se deriva que respecto de todas ellas pueda llevarse a cabo un juicio político a los altos funcionarios del Estado incluidos en el artículo 99 de la Constitución.

Más adelante se identificará, concretamente, cuáles son los 77 «tipos constitucionales» incluidos en la norma fundamental. Es decir, se enumerarán todas las conductas que pueden ser materia de juicio político y dar lugar, en consecuencia, a las sanciones previstas en la norma fundamental.

2.4. Las consecuencias de incurrir en lo que la Constitución prohíbe

Como ya se ha sostenido, las disposiciones constitucionales no pueden ser consideradas como meras recomendaciones. Por lo tanto, cuando se presenta el resultado contrario a la Constitución, resulta completamente legítimo preguntarse si es que existe una responsabilidad individual susceptible de ser sancionada y, en caso afirmativo, de qué naturaleza debe ser esa responsabilidad.

15 Naturalmente que la situación cambiaría si, finalmente, llega a aprobarse la iniciativa de reforma constitucional que propone incorporar al jefe de Reniec entre los altos funcionarios del artículo 99.

Cuando la conducta prohibida se refiera a la actuación de un funcionario no incluido en el artículo 99, existirá responsabilidad administrativa y funcional susceptible de ser analizada en un procedimiento sancionador, cuyas conclusiones podrán ser cuestionadas en sede judicial.

Por otra parte, puede suceder que la conducta prohibida por la Constitución pudiera tener relevancia penal, como sucede en el caso de la prohibición de incurrir en trata de personas (artículo 2.24.b de la Constitución) o de la prohibición de ingresar en el domicilio a la que se refiere el artículo 2.9 de la Constitución y que puede dar lugar a la imposición de una pena por el delito de allanamiento ilegal de domicilio previsto en el artículo 160 del Código Penal.

Ciertamente el Congreso también podrá evaluar la responsabilidad política de los funcionarios que incurran en conductas desaprobadas por la Constitución. No obstante, esta no se determinará a través de un juicio político, sino por medio de la censura o la denegatoria de la cuestión de confianza, entre otras figuras previstas en la norma fundamental.

Por último, puede presentarse el supuesto de que la conducta prohibida por el constituyente se encuentre claramente prevista y se refiera de modo manifiesto a un alto funcionario incluido en el artículo 99 de la Constitución. En este caso, se configura lo que denominamos como un «tipo constitucional», que puede dar lugar a que se imponga una sanción.

3. LA INFRACCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO CONDUCTA PUNIBLE EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ

Como ya se ha advertido, la acusación por infracción de la Constitución es una institución que presenta una extensa trayectoria y que se encontró expresamente prevista en la Constitución de Cádiz de 1812¹⁶.

16 La Constitución gaditana, bautizada como «la Pepa» por haber sido aprobada el 19 de marzo, que es el día de la fiesta de San José, estuvo vigente hasta 1814 y se restableció su vigencia en la península de 1820 a 1823 y entre 1836 y 1837. La Constitución de Cádiz fue juramentada en diversos puntos del Perú, como Zaña, Yauyos, Trujillo, Tarma, Puno, Pataz, Moyobamba, Maynas, Lamas y también en Lima. Puede consultarse cada una de las actas en el siguiente enlace: <https://bit.ly/JuramentaciónConstitucióndeCádiz>

3.1. Las infracciones constitucionales en la Constitución de Cádiz

La Constitución española de 1812, dentro de cuyo ámbito territorial de vigencia se encontraba el Perú¹⁷, incorporó el Título X relacionado con la observancia de la Constitución y con la forma de modificarla. Respecto de lo primero, el artículo 372 establecía: «Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella».

El artículo siguiente establecía que todo español tiene derecho de presentarse ante las Cortes o ante el rey para reclamar la observancia de la Constitución por parte de aquellos que ejerzan un cargo público, civil, militar o eclesiástico. Al respecto, Marta Lorente (1988) ha sostenido:

La ley sobre responsabilidad de los infractores de la Constitución [del 17 de abril de 1821] está dedicada, fundamentalmente, a la fijación de las penas correspondientes a unos tipos delictivos de nueva creación porque nuevos son los delincuentes enemigos de la legalidad recién estrenada. (p. 81)

Como es evidente, la tipificación de las infracciones se llevó a cabo por medio de la ley donde además se fijó el procedimiento, tanto de la fase de acusación ante las Cortes como la de determinación de la pena, que se mantuvo como una competencia del Poder Judicial.

3.2. Las infracciones de la Constitución en las constituciones republicanas del Perú

Todas y cada una de las constituciones del Perú, desde la de 1823 hasta la vigente de 1993, incorporaron como conducta punible por el Congreso a las infracciones de la Constitución.

17 El artículo 10 establecía que «El territorio español comprende [...] En la América meridional, la Nueva-Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico».

Efectivamente, comenzó estableciéndose que el Congreso, después de la apertura de sus sesiones, deberá «examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieren remediado» y añadía que debía «decretar lo necesario para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores» (artículos 186-1823, 173-1828 y 183-1839).

Se estableció, además, que todo peruano podía formular denuncias por infracción de la Constitución ante el Congreso o ante el Poder Ejecutivo (187-1823, 174-1828, 177-1839, 14-1856, 13-1860, 16-1920). La Constitución de 1828 añadió que también podían denunciar infracciones ante el Congreso las Juntas Departamentales y el Consejo de Estado (artículos 75, inciso 12; y 94, inciso 1).

Cabe resaltar que la efímera Constitución vitalicia de 1826 estableció que correspondía al Senado «la iniciativa de las leyes que repriman las infracciones de la Constitución y de las leyes, [en que incurran] los magistrados, jueces y eclesiásticos» y que la Cámara de Censores sería responsable de «acusar ante el Senado, las infracciones que el Ejército haga de la Constitución, las leyes, y los Tratados Públicos».

A partir de la Constitución de 1828 se introdujo un procedimiento para la acusación por infracción de la Constitución. El artículo 22 establecía que la Cámara de Diputados «tiene igualmente el deber de acusar ante el Senado al Presidente y Vicepresidente, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, y a los Vocales de la Corte Suprema de Justicia por [...] infracciones de la Constitución»¹⁸. Al entrar en vigencia la Constitución de 1834 se introdujo la posibilidad de acusar ante el Senado

al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los del Consejo de Estado y a los Vocales de la Corte Suprema, por delitos de traición, atentados contra la seguridad pública, concusión, infracciones de Constitución, y en general, por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, a que esté impuesta pena infamante. (art. 23)

18 Todas las constituciones que diseñaron congresos bicamerales mantuvieron el modelo de acusación por la Cámara de Diputados y resolución del caso por la Cámara de Senadores (véanse 61-1856, 64-1860, 95-1920, 121-1933 y 183-1979).

La Convención Nacional, mediante la ley del 20 de junio de 1834, estableció el procedimiento que se debe seguir para «acusar ante la Cámara de Diputados al Presidente de la República, al Presidente del Consejo de Estado encargado del mando, y a los Ministros de Estado, por infracciones de Constitución y demás actos ilegales de su administración» (art. 1)¹⁹.

Se trata de la primera norma que viene a regular la materia sin precisar en qué consiste la infracción de la Constitución, aunque establece algunos supuestos de responsabilidad, como el previsto en el artículo 24:

El Presidente ó Ministros qué atentaren directamente contra la Independencia de la República, ó que atacaren á la representación nacional para disolverla, ó que con hechos positivos trataren de variar la forma de Gobierno establecida por la Constitución, sufrirán la pena de muerte.

Incluso, si el presidente o sus ministros «atacaren la seguridad personal de algún peruano, serán destituidos de sus empleos, perderán los derechos de ciudadanía, sin poder ser rehabilitados, y resarcirán los daños y perjuicios que hayan causado» (art. 26)²⁰.

La Constitución de 1856, por su parte, mantuvo el procedimiento previsto en las cartas anteriores y los funcionarios que podían ser acusados, pero establecía que las denuncias debían referirse a «infracciones directas de la Constitución» (art. 61). Las constituciones de 1860 (art. 64) y de 1920 (art. 95) mantienen el mismo diseño respecto de los altos funcionarios que pueden ser responsabilizados, mientras que la Constitución de 1933, en cambio, no incluye expresamente a los vicepresidentes en la lista del artículo 121.

19 El texto completo de la ley puede consultarse en <https://bit.ly/ley20deJunio1834>

20 Como podrá apreciarse, las responsabilidades previstas en la ley eran extremadamente graves, ya que incluían la pena de muerte, el destierro perpetuo o la privación de derechos sin posibilidad de ser rehabilitados.

La Constitución de 1979 introdujo importantes cambios en lo que a los funcionarios susceptibles de ser responsabilizados por infracción de la Constitución se refiere. El artículo 183 establecía:

Corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Garantías Constitucionales y a los altos funcionarios de la República que señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en estas.

Como podrá apreciarse, no solo se incorporó a los magistrados del recién creado Tribunal de Garantías Constitucionales, sino que además se habilitó, por primera y única vez, la posibilidad de que el legislador amplíe la lista de funcionarios que podrían ser responsabilizados por infringir la Constitución. Otra particularidad de esta disposición consiste en que amplía la posibilidad de establecer las responsabilidades por infracción de la Constitución a los funcionarios que cesaron en su cargo, sin fijar un límite temporal.

Este repaso histórico concluye al destacar que ninguna de las constituciones que estuvieron vigentes en el Perú tipificó positivamente la infracción de la Constitución ni identificó conductas concretas que pudieran dar lugar a un juicio político.

4. EL DEBATE SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES A LAS QUE SE REFIERE LA CARTA DE 1993

Como ya se ha señalado, el primer juicio político que se llevó a cabo en el seno del Parlamento peruano a la luz de la Constitución de 1993 fue el seguido contra tres magistrados del Tribunal Constitucional que, en 1997, votaron por inaplicar la ley de Interpretación Auténtica que le permitiría a Alberto Fujimori postular por tercera vez a la presidencia.

El Congreso de la República les imputó dos infracciones de la Constitución. La primera fue por presentar una ponencia como «si fuera una sentencia ya discutida y aprobada por el Pleno del Tribunal

Constitucional»²¹ y una segunda por «emitir una resolución a nombre del Tribunal Constitucional sobre un recurso de aclaración interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima»²².

Como es evidente, esas imputaciones no logran sostenerse, ya que no es posible identificar una conducta que pueda ser considerada como una infracción de la Constitución. Además, debe considerarse que si la sanción se debe a las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los magistrados, resultaría claramente contraria a la Constitución, pues «los magistrados del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo gozan de las mismas prerrogativas que los congresistas», en cuanto a que «no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones» (art. 93 de la Constitución).

Valentín Paniagua Corazao (1997), que estuvo a cargo de la defensa jurídica de los magistrados, sostuvo que no existía una conducta tipificada que permita aplicar la sanción en el juicio político que les siguió el Congreso. En concreto, señaló ante la comisión permanente y más tarde en el Pleno del Congreso:

no es posible que el Congreso sancione, políticamente, a los altos funcionarios so pretexto de sus eventuales responsabilidades jurídicas. No cabe, sencillamente, porque la Constitución lo impide. Lo hace el artículo 2.º inciso 24) d) que dice «Nadie —y desde luego tampoco los altos funcionarios del Estado— será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». ¿Cómo podría sancionarse entonces a los altos funcionarios

21 En la sesión del 28 de mayo de 1997, el Pleno del Congreso de la República debatió la acusación constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional. El acta completa se encuentra disponible en <https://bit.ly/SesiónPleno del Congreso28-may-97>

22 Se puede acceder a la solicitud de aclaración presentada por el Colegio de Abogados de Lima, la resolución firmada por los magistrados y las notificaciones a las partes en el siguiente enlace <https://bit.ly/00002-1996-AI-Aclaración>

por infracciones a la Constitución no tipificadas como infracciones punibles? Cuando el Artículo 2.º citado se refiere a las infracciones, ¿no alude, acaso, entre otras, a las infracciones constitucionales previstas en el Artículo 99 de la Constitución? Desde luego que sí. Lo dice la más elemental razonabilidad. Por eso mismo, no puede procesarse, ahora, por infracciones de la Constitución y por eso también el Reglamento del Congreso no ha previsto ninguna norma para regular el procedimiento respectivo como lo ha hecho, en cambio, tratándose de delitos de función. (pp. 455-456)

Según Paniagua (1997), el artículo 99 permite la acusación constitucional por los delitos cometidos por los funcionarios señalados en el ejercicio de sus funciones o por infracción constitucional. Sin embargo, las conductas involucradas deben estar tipificadas antes de que se acuse al funcionario, y esta causal no debe interpretarse como responsabilidades políticas derivadas de infracciones a la Constitución. En ese sentido, la Constitución solo contempla la responsabilidad política de los ministros, por lo que el procedimiento adecuado es el proceso de censura al ministro o al Consejo de Ministros.

El pretendido juicio político, por causa jurídica, no persigue sino eludir la inevitable tipificación previa de las infracciones constitucionales punibles, la regulación del procedimiento parlamentario de acusación por esa causa y la del procedimiento parlamentario de acusación por esa causal y la del procedimiento de revisión judicial de las penas de destitución, suspensión o inhabilitación. Tal conclusión fluye claramente de la Constitución. [...] Y es que el Congreso, no puede acusar por causales distintas de las previstas en el Artículo 99 como serían las pretendidas «responsabilidades políticas». (p. 456)

Posteriormente, Paniagua (1999) desarrollaría lo señalado durante el proceso seguido contra los magistrados, donde afirmaba:

La Constitución no permite acusar y sancionar infracciones constitucionales no tipificadas legalmente [...]. No bastaría, en consecuencia, una simple resolución acusatoria del Congreso para tipificar y sancionar, como infracción punible, una infracción constitucional cualquiera. Implicaría la violación del principio de legalidad a que el Congreso también está sujeto en todos sus actos. (p. 190)

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, señala que se violaron las garantías judiciales de los tres magistrados inhabilitados y resolvió que el Estado debía repararlos; no se analizó expresamente la presunta falta de tipificación de las infracciones constitucionales imputadas. Sin perjuicio de ello, dejó sentado que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza «deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete» (considerando 77).

Corresponde concluir que, si se sigue la tesis planteada por Paniagua, no podría desarrollarse ningún juicio político hasta que se haya realizado una tipificación positiva en la ley.

Con posterioridad al caso de los magistrados del Tribunal Constitucional, se impuso inhabilitación por infracción de la Constitución a un presidente de la República. El Congreso sostuvo que Alberto Fujimori había incurrido en «evidentes infracciones constitucionales» sin que se las identifique expresamente en el texto de la resolución legislativa.

Contra la Resolución Legislativa n.º 018-2000-CR, que sancionó a Fujimori con la inhabilitación para el ejercicio de toda función pública por diez años, se interpusieron tres demandas de amparo que llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional²³. En el Expediente n.º 3760-2004-AA/TC, se sostuvo:

23 Se trata de los expedientes n.ºs 3760-2004-AA/TC, 2791-2005-AA/TC y 1474-2006-AA/TC.

12. Una de las funciones esenciales de los Parlamentos contemporáneos es la función de control político. Para ello, el Congreso de la República cuenta con diversos mecanismos que le permiten realizar dicho control. Precisamente, uno de esos instrumentos es el juicio político, el cual está previsto en el artículo 100º de la Constitución Política de 1993.

[...]

17. En principio cabe señalar que la *inhabilitación política* es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo [sic] hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la *inhabilitación penal* (prevista en el artículo 36º del Código Penal) y a la *inhabilitación administrativa* (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159º de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos [sic].

Queda claro, entonces, que el Tribunal asume que las sanciones políticas de inhabilitación no tienen naturaleza jurídica y que pueden imponerse con un criterio puramente político. Ya hemos planteado de forma expresa nuestra discrepancia respecto de este criterio por cuanto las decisiones de ejercer el poder punitivo por parte de un órgano del Estado no pueden obedecer a criterios metajurídicos que vendrían a resultar equivalentes a la arbitrariedad.

Eguiguren (2001) ha sostenido que para que se verifique la infracción de la Constitución, «no se requiere pues de normas o leyes expresas que desarrollem o regulen sus alcances, aunque forzoso es reconocer lo recomendable que sería mayores precisiones conceptuales y técnicas en el tratamiento integral de este tema» (p. 155). Se sostiene que las infracciones están tipificadas en la Constitución, que efectivamente podrían tipificarse, pero que no resulta indispensable y que en el juicio político solo se puede sancionar la transgresión de mandatos de acción u omisión que esté expresada con claridad.

En el Expediente n.º 0006-2003-AI, el Tribunal Constitucional sostiene que la acusación por infracción a la Constitución debe ser entendida como juicio político y hace la diferencia con el antejucio por delitos cometidos durante la función pública. En dicho caso sostuvo efectivamente que

20. Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por «infracción de la Constitución». Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

De acuerdo con esta perspectiva, la infracción de la Constitución es calificada como una «falta política» que compromete el adecuado funcionamiento de los órganos del Estado. Si esto es la infracción, no se advierte de qué manera podría reprocharse al alto funcionario la transgresión de unos deberes políticos que no resultan para nada evidentes e indiscutibles, que es el estándar que impone el derecho sancionador.

En el Expediente n.º 03593-2006-AA/TC, frente al alegato de que las infracciones no se encuentran tipificadas sostuvo:

nuestra Constitución reconoce la existencia de un juicio político destinado a sancionar las infracciones a la Constitución. Es decir, todas aquellas violaciones a los bienes jurídicos-constitucionales establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción —en caso de su incumplimiento— por norma legal alguna. Con esto, se busca proteger la Constitución evitando la impunidad de quienes la violen por medios no previstos ni sancionados en la ley. Ello es así en la medida que el carácter normativo de la Constitución determina que las infracciones a su texto sean proscritas en todos los ámbitos, y en especial en el público. Para

ello, la propia Constitución ha diseñado un mecanismo de sanción política para los más altos funcionarios de la República por infracción de la Constitución. (f. 8)

Sin perjuicio de que mantiene el criterio de la infracción de la Constitución como «sanción política», añade un elemento que consideramos relevante al señalar:

En el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, la propia Constitución es el parámetro normativo para evaluar si alguno de los altos funcionarios, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución, ha cometido o no una infracción contra ella. (Expediente n.º 3593-2006-AA/TC, f. 9)

Si las cosas son de este modo, si la Constitución es el parámetro normativo que se debe observar, entonces las infracciones de la norma fundamental no son metajurídicas y no tienen un carácter meramente político. No obstante, el Tribunal no extrajo tales consecuencias en su resolución, a pesar de que brindó ejemplos de supuestos constitucionales que podrían dar lugar a una infracción constitucional, e incluyó la obediencia a un gobierno usurpador o la gestión de intereses propios por parte de un ministro, entre otras.

El Tribunal Constitucional añade que «el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, órgano político por excelencia, muchas veces, se fundamenta en razones de oportunidad política». Además, curiosamente agrega que deben observarse, «con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los hechos que configuran la infracción constitucional, la calificación de la infracción y la sanción a imponer, lo cual debe estar debidamente fundamentado y motivado». Concluye que, en caso de que esto no suceda, «corresponderá el control jurisdiccional sobre tales actos» (Expediente n.º 3593-2006-AA/TC, f. 20).

Con posterioridad, el órgano de control de la Constitución va a variar de un modo significativo su jurisprudencia al sostener en el Expediente n.º 0156-2012-HC/TC «que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador» (f. 7).

Luego de recordar que, de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo General, «solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía» (art. 248, numeral 4), el Tribunal Constitucional sostuvo que la exigencia de taxatividad no solo rige para los delitos, sino que «también le alcanza a las infracciones constitucionales previstas por el artículo 99º de la Constitución» (f. 13). Finalmente, concluyó en que resulta indispensable

que exista una clara tipificación de la conducta (acción u omisión) que genere responsabilidad política por infracción constitucional (juicio político), porque si bien es verdad que la infracción constitucional se sanciona por motivos estrictamente políticos, también lo es, en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, que *dichas infracciones tienen que estar previamente tipificadas* [énfasis añadido]. (f. 13)

Enrique Bernales (1999) sostuvo en esta tesis que cuando no hay precisión legal sobre los alcances de la figura de la infracción constitucional existe una contradicción con el principio constitucional que establece que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley», ya que «principios como este buscan evitar la arbitrariedad en materia de sanciones» (p. 465).

En la parte resolutiva de la sentencia recaída en el Expediente n.º 0156-2012-HC/TC, se dispuso notificar a la Presidencia del Congreso de la República «para que en las investigaciones y/o procedimientos administrativos sancionadores que realicen, respeten el contenido de los derechos señalados en los fundamentos 2 a 74 supra» (punto resolutivo 4).

Frente a dicho pronunciamiento expedido por el Tribunal Constitucional, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República emitió la Opinión Consultiva n.º 002-2014-2015/CCR-CR, en la que sostuvo que tal pronunciamiento carecía de efectos vinculantes y

que el punto resolutivo 4 de la sentencia «se configura como una sugerencia» (conclusión 5.2, p. 42)²⁴.

Corresponde advertir que esta posición desarrollada por la Comisión de Constitución y Reglamento no fue aprobada por el Pleno y, por lo tanto, no tiene más valor institucional que el de un dictamen aprobado en comisiones y archivado al fin de la legislatura correspondiente.

Sin perjuicio de ello, es evidente que el Congreso ha mantenido ese criterio, por cuanto, a pesar de la sentencia del Tribunal Constitucional, se emitieron quince resoluciones legislativas que imponían sanciones por infracción de la Constitución sin que se haya realizado tipificación alguna.

Corresponde advertir que ninguna de las sanciones impuestas por infracción de la Constitución con posterioridad al año 2012, es decir, luego de expresado el criterio en el caso Tineo, ha sido objeto de un proceso de tutela de derechos que llegue a conocimiento del Tribunal Constitucional y, por lo tanto, no se ha presentado, hasta la fecha, la oportunidad para que emita un pronunciamiento sobre la materia.

En su Informe de Adjuntía n.º 03-2022-DP/AAC, la Defensoría del Pueblo sostuvo que «la taxatividad de las infracciones constitucionales no presenta las mismas características que en materia penal. Ello se deriva de que las normas constitucionales, a diferencia de las leyes penales, tienen un elevado nivel de indeterminación» (p. 9) y añade que «los mandatos constitucionales que recaen sobre los altos funcionarios pueden identificarse a partir de los derechos y principios previstos en la Constitución» (p. 12) y que estos mandatos pueden ser expresos como en el caso de los artículos 118.1 y 122 de la Constitución o implícitos como la obligación de combatir la corrupción que según el Tribunal Constitucional deriva de los artículos 39 y 41 de la Constitución.

De acuerdo con esta tesis, la exigencia de tipicidad en materia constitucional, atendiendo a la indeterminación propia de las disposiciones contenidas en la norma fundamental, resulta diferenciable y menos exigente que la impuesta en el ámbito del derecho penal.

24 Puede consultarse la opinión consultiva completa en el siguiente enlace: <https://bit.ly/OCCongresoSobreCasoTineo>.

Se considera que puede existir un cierto margen de elasticidad en la interpretación de los «tipos constitucionales», que atienda a la textura naturalmente abierta de las disposiciones contenidas en la norma fundamental. Ello no implica que la conducta no deba encontrarse ordenada o prohibida con claridad suficiente como para que el destinatario comprenda el contenido de aquella acción que pueda ser reputada como infractora de la Constitución. Más adelante identificaremos las conductas tipificadas y descartaremos aquellas que no describan con claridad suficiente la conducta prohibida o el destinatario concreto.

En cambio, se discrepa claramente del punto de vista expuesto por la Defensoría del Pueblo, en cuanto sostuvo que existe la posibilidad de imponer sanciones en virtud de «mandatos implícitos», en el sentido de no expresamente enunciados en la Constitución. Se sostiene que aplicar una sanción en virtud de una conducta infractora que no esté prevista por la Constitución supone interpretar el juicio político con el ya cuestionado criterio de juicio llevado a cabo con criterio político.

Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2017) planteó a la Corte una solicitud de opinión consultiva para que se pronuncie expresamente respecto de «las implicaciones de las garantías del debido proceso y del principio de legalidad en el contexto de juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos» (considerando 55). Además, se advirtió que la arbitrariedad en este ámbito podría encubrir un «golpe parlamentario» (considerando 10).

Si bien la Corte Interamericana rechazó dicha solicitud por cuanto los interrogantes planteados por la CIDH «no se refieren exclusivamente a cuestiones de derecho o interpretación de tratados y dependen para su respuesta, de que se determinen hechos en casos específicos» (considerando 13)²⁵, quedó planteada en el ámbito de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos la preocupación respecto de la tipicidad de las infracciones de la Constitución y, en concreto, la interpretación de que en este ámbito resulta claramente exigible la aplicación del principio de legalidad.

25 Disponible en <https://bit.ly/CorteIDHRechazoOC>

5. LAS SANCIONES POR INFRACCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN QUE HA IMPUESTO EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La figura del juicio político, en el sentido de proceso sancionador de infracciones de la Constitución, se incluyó en la Constitución de 1993, pero no se aplicaría una sanción por tal concepto sino hasta 1997, cuando se destituyó a tres magistrados del Tribunal Constitucional.

Hasta la fecha, se han llevado a cabo veintidós juicios políticos en los que se impusieron sanciones de destitución o inhabilitación a treinta y ocho altos funcionarios del Estado de acuerdo con el siguiente detalle:

Tabla 17

Sanciones de destitución o inhabilitación impuestas en juicios políticos

Funcionario	Cantidad	Prom. inhab. (años)	Observaciones
Presidentes de la República	2	10	Se inhabilitó por diez años a los expresidentes Alberto Fujimori y Martín Vizcarra.
Congresistas	19	5.64	Las sanciones de inhabilitación fueron desde un mínimo de dos años hasta un máximo de diez años.
Ministros	5	4.80	Las sanciones de inhabilitación fueron desde uno hasta ocho años.
Magistrados del TC	3	-	Solo se impuso la destitución. En este caso, recayó en sentencia de la Corte IDH.
Miembros CNM/ JNJ	6	10	Gutiérrez y Aguila del CNM fueron inhabilitados al igual que Vásquez y Tello de la JNJ ²⁶ . Noguera y Velásquez del CNM solo fueron destituidos.
Jueces supremos	2	7.50	Se trata de los casos de los exjueces supremos Víctor Beltrán y César Hinostroza.
Fiscal suprema	1	5	Se inhabilitó a la exfiscal de la nación Zoraida Ávalos.

26 La resolución legislativa se encuentra cautelarmente suspendida en su efecto por decisión de la Primera Sala Constitucional de Lima en el proceso de amparo iniciado por Aldo Vásquez e Inés Tello. Contra esa resolución cautelar se interpuso una demanda competencial ante el Tribunal Constitucional que tramita en el Expediente n.º 0004-2024-CC/TC.

Corresponde advertir que no han existido hasta la fecha juicios políticos en los que se impusieran sanciones por infracción de la Constitución a un defensor del pueblo ni a un contralor general de la República.

Por razones de espacio no podemos incluir en este trabajo el cuadro completo de los funcionarios sancionados, las resoluciones expedidas y las sanciones impuestas, pero esta información se encuentra disponible en el código QR²⁷ adjunto.



5.1. Análisis de las resoluciones legislativas en las que el Congreso impuso sanciones por infracción de la Constitución

Como ya se advirtiera *ut supra*, la primera oportunidad en la que el Congreso de la República impuso una sanción por infracción de la Constitución fue en el caso de tres magistrados del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, con fecha 29 de mayo de 1997, el Poder Legislativo destituyó a los entonces magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano mediante las resoluciones legislativas n.^{os} 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, aunque es importante destacar que tales resoluciones carecían por completo de motivación.

Dichas resoluciones se limitaban a establecer que

El Congreso de la República, en sesión plenaria convocada para el día 28 de mayo de 1997, ha destituido en el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional al señor don Manuel Aguirre Roca²⁸, *por infracción de la Constitución* [énfasis añadido], en aplicación de lo establecido en el primer párrafo del Artículo 100^o de la Constitución Política del Perú. (Resolución Legislativa del Congreso de la República n.^o 002-97-CR)

27 También se puede consultar la base de datos completa a través del siguiente enlace: <https://bit.ly/JuiciosPoliticos>.

28 El mismo formato y contenido tuvieron las resoluciones en las que se destituyó al magistrado Guillermo Rey Terry y a la magistrada Delia Revoredo Marsano.

Una situación similar se presenta en el caso de la Resolución Legislativa n.º 018-2000-CR, mediante la cual se resolvió inhabilitar por diez años al expresidente Alberto Fujimori. El texto de esta es el siguiente:

De conformidad con el artículo 100º de la Constitución Política, y considerando la gravedad de los hechos denunciados contra el ex Presidente de la República, don Alberto Fujimori Fujimori y las evidentes infracciones constitucionales en que ha incurrido, se hace imperativo ejercer las atribuciones del Congreso de la República establecidas en el artículo 100º de la Carta Magna del Estado.

Queda claro que, en estos cuatro casos, el Congreso alude a la infracción constitucional y da cuenta de la norma que habilita su competencia para imponer la sanción, pero no identifica la conducta infractora de la Constitución.

El caso de la Resolución Legislativa n.º 003-2001-CR es particular, en primer lugar, porque se indica expresamente cuáles serían los artículos de la Constitución infringidos y, en segundo término, porque se inhabilita, conjuntamente, a quince congresistas y a dos ministros.

En este caso, el Congreso de la República tomó en cuenta:

la gravedad de los hechos denunciados que constituyen evidentes infracciones a la Constitución en sus Artículos 43º, 150º y 158º y 177º, se hace imperativo ejercer las atribuciones del Congreso de la República establecidas en el Artículo 100 de la Carta Política del Estado, para imponer sanción.

La conducta reputada como infractora de la Constitución fue la de haber participado en una reunión llevada a cabo en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional. De este modo, se interpretó que los imputados habían vulnerado el principio de separación de poderes.

Creemos que resulta discutible si de los artículos invocados por el Congreso en este caso se desprende la infracción de mandatos o prohibiciones que puedan ser consideradas infractoras de la Constitución.

Debería determinarse si cuando la Constitución establece que el Gobierno del Perú «es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes» se está prohibiendo u ordenando de forma clara y cierta alguna conducta que pueda ser imputada a uno de los altos funcionarios incluidos en el artículo 99 de la Constitución. El mismo camino debería seguirse respecto de las disposiciones que establecen que la Junta Nacional de Justicia es independiente o que el Ministerio Público y el Jurado Nacional de Elecciones son autónomos.

La causal a la que más veces se ha recurrido ha sido la relacionada con la infracción del artículo 39 de la Constitución, que fija el deber de que todos los funcionarios del Estado, y por lo tanto también los incluidos en el artículo 99 de la norma fundamental, se encuentren al servicio de la nación.

Por infracción de dicho artículo se impuso sanción de destitución a dos exmiembros del Consejo Nacional de la Magistratura e inhabilitación por diez años a otros dos. Por la misma causal se inhabilitó a un ex juez supremo (Hinostroza), a dos exministras (Astete y Mazzetti), al expresidente Martín Vizcarra y a un excongresista (Díaz), es decir, nueve sanciones en total.

En otros casos, se aplicaron sanciones por infringir derechos fundamentales como el de igualdad (Vizcarra) y el derecho al trabajo (Urtecho). También se impusieron sanciones por infracción de principios relacionados con la función jurisdiccional como la cosa juzgada (Hinostroza) o el debido proceso (Vásquez e Hinostroza), e incluso se impusieron sanciones de inhabilitación por infracción de deberes del Estado (exmiembros del CNM, Hinostroza y el excongresista Espinoza).

Hasta la fecha, el Congreso ha impuesto sanciones por infracción de veinticinco artículos de la Constitución (1, 2.1, 2.2, 2.15, 2.24.h, 7:9, 23, 24, 38, 39, 43, 44, 118.1, 126, 138, 139.2, 139.3, 146, 150, 154, 156.3, 158, 159.4 y 177).

Por razones de espacio no podemos incluir en este trabajo el cuadro completo con las causales que dieron lugar a la imposición de sanciones

por infracción de la Constitución, pero esta información se encuentra disponible en el enlace cuyo código QR se comparte²⁹.



5.2. Las demandas de amparo interpuestas por los ex altos funcionarios del Estado sancionados por infracción de la Constitución

El juicio político concluye con la emisión de una resolución legislativa que se publica en el *Diario Oficial El Peruano*. Dicha resolución no es impugnable ni existe ningún procedimiento previsto para su revisión.

Queda claro, entonces, que la evaluación de la tipicidad constitucional de la conducta es una atribución que corresponde al Congreso de la República. El Tribunal Constitucional ha resuelto que la decisión del juicio político supone una actuación discrecional y que los jueces carecen de competencia para revisar el contenido sustantivo de la decisión (Expediente n.º 0003-2022-CC/TC, f. 40).

Lo expuesto no implica, por supuesto, que no pueda interponerse una demanda de amparo cuando el funcionario sancionado alegue que durante el trámite del juicio político se hubiese vulnerado un derecho fundamental.

Este criterio ha sido acogido explícitamente por el Tribunal Constitucional, en cuanto ha dejado resuelto:

si el acto parlamentario incide directamente en la afectación de un derecho fundamental, entonces el control judicial del acto político es plenamente válido; pero si se trata de un acto político puro, entonces el debido proceso no tiene los mismos alcances, matices e intensidad judiciales, siendo solo admisibles como control de forma, pero no de fondo. (Expediente n.º 0003-2022-CC/TC, f. 42)

Es evidente, entonces, que el debate judicial no girará en torno a si se cometió o no la infracción de la Constitución, sino que estará

29 También se puede consultar la base de datos completa a través del siguiente enlace: <https://bit.ly/CuadroSanciones>

referido a la concreta vulneración de un derecho subjetivo titularizado por el funcionario sancionado en el contexto del trámite del juicio político.

De los treinta y ocho funcionarios sancionados solo nueve recurrieron a la vía del amparo para cuestionar la resolución legislativa en la que se le impuso una sanción por infracción de la Constitución³⁰. Corresponde señalar que los casos que llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional fueron ocho en total, toda vez que a favor del expresidente Alberto Fujimori se presentaron tres demandas y que las excongresistas Luz Salgado y Carmen Lozada formularon una demanda en común. Por otra parte, la demanda de amparo presentada conjuntamente por los miembros de la Junta Nacional de Justicia Aldo Vásquez Ríos y Luz Tello de Necco se encuentra en trámite ante el Poder Judicial.

Los primeros en recurrir a la vía de los procesos de tutela de derechos para cuestionar las sanciones de destitución que se les habían impuesto fueron los exmagistrados del Tribunal Constitucional. En el año 1997, Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry interpusieron demandas de amparo, mientras que la exmagistrada Delia Revoredo recurrió a la vía del *habeas corpus*. Todos estos casos llegaron a conocimiento del mismo órgano del que formaban parte, pero fueron desestimados (los amparos fueron declarados infundados y el *habeas corpus* improcedente).

En el Expediente n.º 340-1998-AA/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el juicio político

supone la potestad de procesamiento y sanción de la que privativamente está investido el Congreso, en los casos específicos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango y en la que, en principio, no interviene en lo absoluto el Poder Judicial. (f. 6)

30 Todos los casos y las sentencias recaídas en cada uno pueden encontrarse en el cuadro que obra en el siguiente enlace: <https://bit.ly/JuiciosPoliticos>

A pesar de que las sanciones aplicadas obedecieron a diversos tipos de infracciones de la Constitución, no se registraron sentencias estimatorias en ninguno de los procesos constitucionales que se intentaron.

De los ocho casos que llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional, cinco concluyeron con una sentencia en la que se declaró infundada la demanda y los tres restantes con autos de improcedencia.

Es evidente que en la vía constitucional no hubo receptividad a pesar de que no faltaron los casos en los que el Tribunal Constitucional sostuvo que las infracciones requerían una tipificación específica como hiciera en el muy conocido caso Tineo Cabrera al que ya se hiciera referencia.

Corresponde anotar que los miembros de la Junta Nacional de Justicia, Aldo Vásquez Ríos y Luz Tello de Ñecco, presentaron una demanda de amparo mediante la que persiguen que se dejen sin efecto las resoluciones legislativas n.º 008-2023-2024-CR y 009-2023-2024-CR con las que se les impuso la sanción de inhabilitación. Contra las resoluciones emitidas en dicho caso, el Congreso de la República planteó una demanda competencial, que tramita como Expediente n.º 0004-2024-CC/TC, donde se afirma que estas menoscaban sus atribuciones constitucionales.

6. IDENTIFICACIÓN DE LOS TIPOS CONSTITUCIONALES QUE PUEDEN DAR LUGAR A UN JUICIO POLÍTICO

Entendemos que una infracción de la Constitución puede estar constituida por el incumplimiento del mandato impuesto expresamente en el texto de la Constitución o por la realización de aquello que allí se encuentra prohibido expresamente.

Sin embargo, esta afirmación inicial requiere precisiones, en primer término, porque la acusación constitucional por infracción de la Constitución solo puede formularse contra los altos funcionarios del Estado que identificamos al principio. En consecuencia, no resulta aplicable al supuesto de incumplimiento de deberes ciudadanos, a los mandatos dirigidos a órganos o a funcionarios no incluidos en el artículo 99 de la Constitución.

De otra parte, la falta de aprobación de las normas exigidas por la Constitución puede dar lugar a una inconstitucionalidad por omisión, como ya se sostuviera, pero no puede ser materia de un juicio político por cuanto no se tipifica con claridad la conducta prohibida.

A continuación, presentamos todas las conductas que, de acuerdo con nuestro criterio, constituyen conductas sancionables como infracción de la Constitución en el contexto de un juicio político.

Naturalmente, no tenemos la pretensión de que constituya un catálogo indiscutible y cerrado, pero en todo caso la enumeración sirve para evidenciar el criterio con el cual consideramos que se deben evaluar las conductas y descartar la posibilidad de que se realice una mera valoración política de estas.

En efecto, entendemos que el Parlamento debe comenzar tomando en cuenta cuáles son los concretos mandatos o las prohibiciones incluidos en la Constitución para luego determinar cuál ha sido la concreta conducta que se enjuicia, de modo que se pueda concluir, razonablemente, si existió infracción o no y, en su caso, cuál es su gravedad para determinar el tipo y la magnitud de la sanción.

Concluimos que la infracción de la Constitución solo puede consistir en realizar lo constitucionalmente prohibido o en omitir lo constitucionalmente ordenado, sin que quepa recurrir a meras valoraciones subjetivas sobre la reprochabilidad de la actuación del alto funcionario.

6.1. Acciones infractoras de la Constitución

Consideramos que las siguientes prohibiciones contienen tipos constitucionales que pueden dar lugar a la tramitación de un juicio político y a la imposición de las sanciones previstas cuando un alto funcionario de los incluidos en el artículo 99 de la Constitución realice la acción enunciada.

Tabla 18

Tipos constitucionales comisivos

	Tipos constitucionales	Art.	Funcionario imputable	Requisitos adicionales
1	Nadie puede ingresar en el [domicilio] ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.	2.9	Todos	No posee
2	Abrir, incautar, interceptar o intervenir comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sin mandamiento motivado del juez.	2.1	Todos	No posee
3	Conferir efecto legal a los documentos privados obtenidos con violación [del secreto de las comunicaciones].	2.1	Jueces supremos	No posee
4	Disolver asociaciones o fundaciones por resolución administrativa.	2.13	Todos	No posee
5	Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.	2.24.b	Todos	No posee
6	Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.	23	Todos	No posee
7	Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.	23	Todos	No posee
8	No se concede extradición si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza.	37	Presidente, ministros	No posee
9	Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.	40	Todos	No posee
10	No están comprendidos [en el derecho de sindicación y huelga] los funcionarios del Estado con poder de decisión.	42	Todos	No posee
11	Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio [del] poder [del Estado].	45	Todos	No posee
12	A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.	70	Todos	No posee
13	No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente.	78	Presidente, ministros, congresistas	No posee

14	[A los congresistas les] está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.	92	Congresistas	No posee
15	El mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional.	92	Congresistas	No posee
16	La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.	92	Congresistas	No posee
17	La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.	92	Congresistas	No posee
18	El mandato legislativo es irrenunciable.	95	Congresistas	No posee
19	Los ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa.	126	Ministros	No posee
20	Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas.	126	Ministros	No posee
21	No hay ministros interinos.	127	Presidente	No posee
22	[El] encargo [de una cartera ministerial no puede] prolongarse por más de treinta días ni trasmítirse a otros ministros.	127	Presidente	No posee
23	No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato.	134	Presidente, ministros	No posee
24	[La Comisión Permanente] no puede ser disuelta.	134	Presidente, ministros	No posee
25	Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.	134	Presidente, ministros	No posee
26	Ninguno de los miembros [del Consejo de Ministros destituido] puede ser nombrado nuevamente ministro durante el resto del período presidencial.	136	Presidente	No posee
27	El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días.	137	Presidente, ministros	No posee
28	Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.	139.2	Todos	No posee

29	La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.	140	Jueces supremos	No posee
30	Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.	153	Jueces supremos, fiscales supremos	No posee
31	Los [jueces y fiscales] no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público.	154.2	JNJ	No posee
32	Está prohibida la reelección [de los miembros de la JNJ].	155	Defensor del pueblo, juez supremo, fiscal supremo, magistrado del TC, contralor	El juez supremo debe presidir el PJ, el fiscal supremo debe ser fiscal de la nación, el magistrado que presida el TC.
33	[La] función [de los miembros de la JNJ] no debe incurrir en conflicto de intereses y es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada fuera del horario de trabajo. Salvo la docencia universitaria.	156	JNJ	No posee
34	Los ascensos se confieren de conformidad con la ley.	172	Presidente, ministro de Defensa	No posee
35	Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.	173	Todos	No posee
36	Solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra.	175	Todos	No posee
37	El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.	200	Presidente, ministros	No posee
38	No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.	200	Jueces supremos	No posee
39	En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario.	Tercera DFT	Todos	No posee

6.2. Omisiones infractoras de la Constitución

Somos de la opinión de que los siguientes mandatos de hacer contienen tipos constitucionales que pueden dar lugar a la tramitación de un juicio político y a la imposición de las sanciones previstas cuando un alto

funcionario de los incluidos en el artículo 99 de la Constitución omita realizar la acción enunciada.

Tabla 19*Tipos constitucionales omisivos*

	Tipos constitucionales	Art.	Funcionario imputable	Requisitos adicionales
1	No dar respuesta por escrito dentro del plazo legal a las peticiones.	2.20	Todos	No posee
2	Los padres deben alimentar [...] a sus hijos.	6	Todos	Ser padre
3	Los padres deben [...] educar [...] a sus hijos.	6 y 13	Todos	Ser padre
4	Los padres deben [...] dar seguridad a sus hijos.	6	Todos	Ser padre
5	Los hijos deben respetar [...] a los padres.	6	Todos	Ser hijo
6	Los hijos deben [...] asistir a los padres.	6	Todos	Ser hijo
7	La educación religiosa [en las instituciones privadas] se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.	14	Todos	Ser profesor e impartir educación religiosa
8	Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.	39	Todos	No posee
9	Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.	40	Todos	No posee
10	Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.	41	Todos	No posee
11	Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.	41	Fiscales supremos	Debe estar a cargo de la Fiscalía de la Nación
12	Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador.	46	Todos	No posee
13	Nadie debe obediencia [...] a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.	46	Todos	No posee
14	Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.	46	Jueces supremos	No posee

15	[El presidente de la República] debe dar cuenta al Congreso [respecto de los tratados que celebre, ratifique o a los que adhiera siempre que no se refieran a las materias enumeradas en el artículo 56].	57	Presidente	No posee
16	El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.	78	Presidente, ministros	No posee
17	El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso de la República, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector; previamente sustentan los resultados y metas de la ejecución del presupuesto del año anterior y los avances en la ejecución del presupuesto del año fiscal correspondiente.	80	Ministros	No posee
18	El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.	80	Juez supremo, fiscal supremo	Presidir el Poder Judicial o ser fiscal de la nación
19	La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el Presidente de la República al Congreso de la República en un plazo que vence el quince de agosto del año siguiente a la ejecución del presupuesto.	81	Presidente	No posee
20	[La Contraloría General de la República] supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.	82	Contralor general de la República	No posee
21	La función de congresista es de tiempo completo.	92	Congresistas	No posee
22	Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones [del Congreso], bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.	97	Todos	No posee
23	El Presidente de la República está obligado a poner a disposición del Congreso los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que demande el Presidente del Congreso.	98	Presidente	No posee
24	El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.	104	Presidente	No posee
25	[El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado] concurren [al Congreso] cuando son invitados para informar.	129	Ministros	No posee
26	Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza.	130	Ministros	No posee

27	Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos.	131	Ministros	No posee
28	El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar.	132	Ministros	No posee
29	El Presidente de la República acepta la dimisión [del ministro censurado] dentro de las setenta y dos horas siguientes.	132	Presidente	No posee
30	El decreto de disolución [del Congreso] contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso.	134	Presidente, ministros	No posee
31	En ese interregno [por disolución del Congreso], el Poder Ejecutivo [legisla mediante decretos de urgencia, de los que] da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale.	135	Presidente, ministros	No posee
32	Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.	139.4	Jueces supremos	No posee
33	La función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo.	146	Jueces supremos	No posee
34	Los jueces solo perciben las remuneraciones que les asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.	146	Jueces supremos	No posee
35	El proyecto de presupuesto del Ministerio Público se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos. Se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso.	160	Fiscales supremos	No posee
36	El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que este lo solicita.	162	Defensor del pueblo	No posee
37	El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.	162	Defensor del pueblo	No posee
38	El Presidente de la República dirige el Sistema de Defensa Nacional.	164	Presidente	No posee

6.3. Criterio de selección de las conductas infractoras de la Constitución

Como podrá apreciarse, los tipos constitucionales que hemos identificado parten de la constatación de que existe un deber ordenado de forma expresa por la Constitución o una conducta específicamente prohibida en la misma norma fundamental. No se trata de una selección realizada con un criterio político, sino estrictamente jurídico, porque ese es el estándar

que debe observar cualquier tipo de procedimiento sancionador, y esto incluye al parlamentario, claro está.

Además, hay que tomar en cuenta que las figuras listadas son exclusivamente aquellas en las que entendemos que de la disposición misma se deriva la posibilidad de que todos o alguno de los altos funcionarios aludidos en el artículo 99 de la Constitución resulte responsable.

Corresponde señalar que algunas de las conductas infractoras de la Constitución identificadas requieren de la configuración de elementos especiales del tipo, por ejemplo, tener la condición de padre, de profesor o ejercer determinado cargo, como el de fiscal de la nación o presidente del Tribunal Constitucional, entre otras.

En cuanto a la consecuencia de la infracción, la Constitución ha previsto diversos tipos de sanciones que serán analizados con detalle en el punto siguiente, pero que, en todo caso, poseen diferente nivel de gravedad, que permite graduar la magnitud de la sanción de acuerdo con la importancia de la infracción en que se hubiese incurrido.

7. LAS SANCIONES PREVISTAS PARA LAS INFRACCIONES DE LA CONSTITUCIÓN

El constituyente no solo ha previsto el juicio político y los tipos constitucionales que acabamos de identificar, sino que también ha establecido las sanciones que se pueden imponer a los altos funcionarios del Estado. El ya citado artículo 100 de la Constitución establece que en el contexto del juicio político se podrá «suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad».

La disposición glosada prevé claramente tres tipos de sanciones diferentes que poseen distinta envergadura y permiten graduar la magnitud de la sanción en atención a la gravedad de la infracción, a la naturaleza del injusto y a la actuación del funcionario concernido. La determinación del tipo y magnitud de la sanción que corresponda aplicar no depende de un criterio estrictamente político por cuanto deberían tomarse en cuenta las consecuencias de la infracción u omisión y la concurrencia de atenuantes o agravantes.

7.1. La suspensión en el ejercicio del cargo

El constituyente incorpora en primer lugar a la sanción de suspensión, que constituye un impedimento temporal para el ejercicio de la función. Corresponde subrayar que en este caso el funcionario se mantiene en el cargo, pero no puede ejercerlo por el lapso que se haya establecido en la resolución legislativa. Naturalmente, la suspensión supone una interrupción en el deber de satisfacer las prestaciones recíprocas propias de la relación de trabajo.

Es la sanción menos grave de las previstas y correspondería su aplicación en aquellos casos en los que se verifique una infracción de carácter leve o cuando el funcionario sancionado hubiese intentado minimizar las consecuencias dañosas que se derivaron de su actuación.

La Constitución ha previsto la posibilidad de que se imponga una suspensión en diversos tipos de casos:

1. El de los miembros de las cámaras que pueden ser suspendidos en virtud de razones disciplinarias hasta por 120 días (artículo 95 de la Constitución)
2. El de los altos funcionarios del Estado que pueden ser suspendidos en virtud del juicio político (artículo 100 de la Constitución)
3. El del presidente de la República que puede ser suspendido por el Congreso en caso de incapacidad temporal
4. El presidente de la República también puede ser suspendido cuando se encuentre sometido a proceso judicial en los términos del artículo 117 de la misma norma fundamental (artículo 114 de la Constitución)
5. El de los jueces y los fiscales supremos que pueden ser suspendidos en el ejercicio de sus funciones hasta por 120 días por la Junta Nacional de Justicia (artículo 154.3 de la Constitución³¹)

Como ya se ha destacado no se ha impuesto esta sanción en ninguno de los juicios políticos que llevó a cabo el Congreso hasta la fecha.

31 De acuerdo con este mismo artículo, la Junta Nacional de Justicia también puede imponer a los jueces y fiscales supremos la sanción de amonestación.

7.2. La destitución del cargo

La segunda sanción prevista en el artículo 100 de la Constitución para el caso de juicio político es la destitución que, a diferencia de la anterior, presupone que el funcionario debe dejar el cargo, pero puede ejercer cualquier otra función pública, puesto que no se lo ha inhabilitado.

Podríamos convenir en que esta sanción tiene una gravedad intermedia, ya que es más severa que la simple suspensión, que por su naturaleza es meramente temporal, pero es más leve que la inhabilitación para el ejercicio de la función pública.

De acuerdo con el inciso 5 del artículo 113 de la Constitución, el presidente de la República puede ser destituido «tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución».

De otra parte, los miembros del Consejo de Ministros pueden ser destituidos si después de disolver la Cámara de Diputados no se efectúan las elecciones «dentro del plazo señalado» (art. 136 de la Constitución).

Por último, cabe mencionar que la Junta Nacional de Justicia puede destituir a jueces y fiscales supremos (art. 154.3 de la Constitución).

7.3. La inhabilitación política

La sanción más grave que se puede imponer en el contexto del juicio político es la de inhabilitación, que puede ser de hasta diez años. Como es evidente, el constituyente ha establecido solo el límite máximo que puede alcanzar, de modo que resulta perfectamente posible adecuarla a la gravedad de la conducta u omisión infractora.

Queda claro también que, en virtud de ella, el funcionario sancionado no puede ejercer ninguna otra función pública por el plazo que se haya establecido en la resolución legislativa.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que

la inhabilitación política es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo [*sic*] hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la inhabilitación penal (prevista en el artículo

36º del Código Penal) y a la inhabilitación administrativa (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159º de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos [sic]. (Expediente n.º 3760-2004-AA/TC, f. 17)

Por su parte, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), en el Informe Técnico n.º 001298-2022-SERVIR-GPGSC, ha concluido:

La inhabilitación política tiene como efecto la restricción al derecho de acceso a los cargos públicos derivados de elección, acceso mediante concurso público o de designación; por lo que, el sujeto infractor queda inhabilitado para postular, concursar, ejercer y/o acceder a cualquier cargo o realizar función pública durante el período en que se encuentra vigente la mencionada inhabilitación. (p. 4)

Adicionalmente, se debe considerar que el Jurado Nacional de Elecciones, mediante la Resolución n.º 00094-2023-JNE, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha interpretado que el efecto de la inhabilitación política impide inscribirse como fundador o presidente de un partido político.

El órgano de control de la Constitución en el ya aludido Expediente n.º 3760-2004-AA había dejado resuelto que:

la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza. (f. 20)

Cabe preguntarse si la sanción de inhabilitación puede ser impuesta a funcionarios en ejercicio y si, en tal caso, la aplicación de esa sanción lleva implícita la destitución para el ejercicio del cargo. Se ha sostenido

que los funcionarios en ejercicio que son inhabilitados, pero no destituidos, no pierden el cargo, sino solo la posibilidad de ejercerlo.

En apoyo de esta tesis, se ha citado el criterio adoptado por la Secretaría General del Ministerio Público en cuanto se sostuvo que en el caso de la ex fiscal suprema Zoraida Ávalos «la decisión del Congreso de la República ha sido la inhabilitación, mas no la destitución, de ahí que, conforme a la documentación institucional, la decisión parlamentaria no tiene como consecuencia la habilitación de una plaza de Fiscal Suprema Titular» (Oficio n.º 003025-2023-MP-FN-SEGFIN).

Sin embargo, la práctica parlamentaria uniforme ha sido la de interpretar que la inhabilitación de un funcionario presupone no solo que no puede ejercer el cargo, sino que cuando se impone a un alto funcionario en ejercicio tal medida presupone su destitución.

De hecho, cada vez que se sancionó con inhabilitación a un parlamentario se cubrió la plaza con el accesitario del grupo político al que pertenecía el sancionado.

8. HACIA LA JURISDICCIÓN DE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES

En el presente trabajo hemos tratado de dejar establecido que en el ámbito del juicio político resulta indispensable tomar en cuenta el principio de legalidad y asumir que la conducta sancionable debe encuadrar en una infracción descrita de modo claro y cierto en la Constitución. Se considera indispensable reiterar que solo la ejecución de lo que se encuentre constitucionalmente prohibido o la omisión de lo constitucionalmente ordenado puede dar lugar a que se imponga una sanción por infracción de la Constitución y ello solo será posible cuando la conducta haya sido descrita con suficiente nivel de precisión.

En todo caso, nos encontramos ante lo que consideramos un ámbito especial del derecho constitucional que es el «derecho constitucional sancionador», cuyo núcleo está formado por lo que hemos denominado «tipos constitucionales», que vienen a constituir las conductas específicamente ordenadas a las que se refiere la omisión del alto funcionario o la prohibición en la que ha incurrido.

En este trabajo, resolvemos uno de los asuntos más complejos del derecho constitucional contemporáneo como es el de determinar con exactitud qué es la infracción de la Constitución.

La infracción de la Constitución es una conducta cierta y clara que por acción u omisión contradice una figura expresamente plasmada por el constituyente en la norma fundamental. La infracción de la Constitución consiste en hacer lo que el constituyente prohibió o en omitir realizar lo que este ordenó que sea hecho. En otros términos, la infracción de la Constitución implica incurrir, por acción o por omisión, en un «tipo constitucional». En todo caso, se requiere la actuación voluntaria del alto funcionario, que es equivalente a lo que la Defensoría del Pueblo en su informe denominó «dolo constitucional».

En el ya citado Informe de Adjuntía n.º 03-2022-DP/AAC, se sostuvo que «no toda conducta de un alto funcionario que sea contraria a la Constitución y sus mandatos configurará una infracción constitucional. Ello solo quedará reservado para aquellas actuaciones que representen una manifiesta voluntad de transgredir la Norma Fundamental» (p. 14).

Hemos intentado dejar establecido también que no cualquier omisión de lo ordenado o infracción de lo prohibido constituye una conducta susceptible de ser sancionada como infracción de la Constitución.

El tipo constitucional que desarrollamos en este trabajo es autónomo y suficiente, ya que no se requiere recurrir a la ley o a norma alguna para determinar con claridad el injusto plasmado en la disposición constitucional, pero somos conscientes de que, como señalan García Belaunde y Tupayachi (2022), en el ámbito del juicio político «existe o puede existir un grado de subjetividad, lo cual reclama una alta conciencia política y un claro sentido de responsabilidad por parte de los legisladores» (p. 65).

De otra parte, se sostiene que la exigencia de resolver las acusaciones constitucionales por infracción de la Constitución con criterio jurídico garantista resulta un imperativo en cualquier juzgamiento que se lleve a cabo en el estado democrático contemporáneo. Ello hace referencia al «juzgamiento», en el sentido de la decisión emitida en el contexto de un juicio, uno que es seguido por un órgano político, pero que, al fin y al cabo, sigue siendo un juicio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, clasificando los tipos de juicio político, identificó el que denomina como procedimiento de orden cuasijudicial y sostuvo que es aquel «en donde comisiones legislativas y congresistas asumen roles de fiscal, juez de garantías, y deducen responsabilidades individuales de la persona enjuiciada» (Resolución que dispone no continuar el trámite de la solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando 16).

Como surge de las disposiciones glosadas previamente, ese es justo el diseño previsto por los artículos 99 y 100 de la Constitución y el artículo 89 del Reglamento del Congreso por cuanto prevé acusación, defensa y decisión por un órgano distinto de aquel que presenta la acusación³².

También hemos dejado establecido en nuestro trabajo que la Constitución no solo ha previsto las conductas, sino también los diferentes tipos de sanción que pueden ser aplicados. El constituyente ha incorporado en el texto de la norma fundamental tres tipos de sanciones: la simple suspensión, la inhabilitación de hasta por diez años y la posibilidad intermedia de disponer la destitución expulsando al funcionario del cargo, pero sin impedirle ejercer otras funciones públicas.

En el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se sostuvo que las garantías no solo aplican al derecho penal, sino a todo el derecho sancionador, en sentido amplio. Dicho órgano del sistema interamericano resolvió expresamente:

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. [...]

32 Diputados y senadores tras la reforma que introdujo la bicameralidad, Comisión Permanente y Pleno del Congreso sin participación de los anteriores en el texto original de la Constitución de 1993.

Si se sigue la posición que sostenemos en el presente trabajo, podría concluirse en que la valoración de la configuración de la infracción no depende de un criterio meramente político, sino de uno eminentemente jurídico.

Esta investigación, además de aportar datos y documentos hasta la fecha no sistematizados, brinda una perspectiva nueva sobre el juicio político, define las infracciones constitucionales y brinda un listado inicial de las conductas tipificadas en la Constitución. Por ese motivo, creemos que constituye un aporte de importancia para el desarrollo del Estado democrático contemporáneo.

REFERENCIAS

- Aguirre Roca, M. (1997). Exposición del doctor Manuel Aguirre Roca en el pleno del Congreso del día miércoles 28 de mayo de 1997. <https://n9.cl/aguirrero>
- Armagnague, J. F. (1995). *Juicio político y jurado de enjuiciamiento en la nueva constitución nacional*. Depalma. <https://bit.ly/Armagnague>
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. ICS-RAO. <https://tinyurl.com/bernalesballesteros>
- Castillo Córdova, L. (2006). El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2, 879-901. <https://tinyurl.com/castillocordovaluis>
- Chirinos Soto, E. (1991). *Cuestiones constitucionales 1933-1990*. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente. <https://n9.cl/chirinossotoenrique>
- Chirinos Soto, E. (1997). *Acusación del representante Enrique Chirinos Soto en el juicio político contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional*. <https://n9.cl/enriquechirinos>
- Chirinos Soto, E. (2010). *La Constitución, lectura y comentario*. Rodhas. <https://n9.cl/chirinossoto>
- Congreso de la República. (1997). Acta de la Sesión del Pleno del Congreso de fecha 28 de mayo de 1997 en la que se debatió la acusación

constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional.
<https://tinyurl.com/acusacionconstitucional1997>

Delgado Aparicio, L. (1997). Acusación del señor congresista Luis Delgado Aparicio. Miembro de la Subcomisión Acusadora, contra cuatro señores magistrados del Tribunal Constitucional. <https://tinyurl.com/delgadoaparicioluis>

Eguiguren, F. (2001). La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios. *Taller de Derecho*, 1(1), 151-159. <https://n9.cl/eguigurenpraeli>

Eguiguren, F. (2007). *La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://n9.cl/fondoeditorialpucp>

Eguiguren, F. (2008). Antejuicio y juicio político en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, (13), 111-162. <https://n9.cl/eguigurenfrancisco>

Eguiguren, F. (2017). La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más? *Pensamiento Constitucional*, (22), 61-82. <https://n9.cl/elconsti>

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta. <https://bit.ly/Ferrajolidemocraciayderechos>

Ferrero Costa, R. (1997). Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997. <https://n9.cl/ferrerocosta>

Gallo, V. (1897). *Juicio político*. Imprenta de Pablo Coni. <https://bit.ly/GalloVicente>

García Belaunde, D. (2005). ¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político? En *Ponencias desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (pp. 171-181). Colegio de Abogados de Arequipa. <https://n9.cl/garcialaundedomingo>

- García Belaunde, D. y Tupayachi, J. (coords.). (2022). *El juicio político en el Perú: una mirada a la experiencia peruana y comparada*. Instituto Pacífico. <https://n9.cl/garciabelaunde2>
- García Chávarri, A. (2008a). *Acusación constitucional, juicio político y antejuicio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial*. Cuaderno Trabajo n.º 9. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://n9.cl/garciachavarri>
- García Chávarri, A. (2008b). *Acusación constitucional y debido proceso: estudio del modelo peruano de determinación de responsabilidad de los altos funcionarios por parte del Congreso de la República*. Jurista Editores. <https://n9.cl/responsabilidadfuncionarios>
- García Chávarri, A. (2008c). La infracción Constitucional en el Estado constitucional. Algunos comentarios en pro de su eliminación. *Revista Jurídica del Perú*, (87), 15-26. <https://n9.cl/garciachavarri2>
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2015). *El Federalista*. Akal. <https://bit.ly/hamiltonalexandermadisonjamesjayjohn>
- Lorente, M. (1988). *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. <https://bit.ly/LorenteSariñena>
- Luna Cervantes, E. (2003). Responsabilidad ministerial y Constitución: evitando la impunidad. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (56), 39-50. <https://n9.cl/lunacervantes>
- Montoya Chávez, V. (2005). La denuncia constitucional. *Pensamiento Constitucional*, (11), 379-432. <https://bit.ly/montoyachavezvictorhugo>
- Monroy Gálvez, J. (1997). Alegato del doctor Juan Monroy Gálvez en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997. <https://n9.cl/monroygalvez>
- Ortecho, V. J. (1997). *Juicio político y procesos a funcionarios. Responsabilidad: política, penal, civil y administrativa*. Libertad. <https://n9.cl/ortechovillena>

- Paniagua, V. (1997). Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997. <https://n9.cl/valentinpaniaguacorazao>
- Paniagua, V. (1999). La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3), 181-204. <https://n9.cl/paniaguacorazao>
- Sagüés, N. P. (1992). Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial. *Ius et Veritas*, (5), 39-48. <https://n9.cl/saguesnestorpedro>
- Santistevan de Noriega, J. (2004). La infracción constitucional: una institución polémica en el Perú. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (64), 17-26. <https://n9.cl/santistevandenoriega>
- Santistevan de Noriega, J. (2012). Acusación constitucional y juicio constitucional político. *Gaceta Constitucional*, (52), 309-323. <https://n9.cl/santistevandenoriegajorge>
- Sar Suárez, O. (2005). El antequicio, el juicio político y la vacancia presidencial analizados a partir de la sentencia de inconstitucionalidad del inciso j del artículo 89 del Reglamento del Congreso. *Ius et Veritas*, (31), 296-306. <https://bit.ly/sarsuarezomar1>
- Sar Suárez, O. (2023). Procesos constitucionales en la Constitución de 1993. En *Procesos constitucionales* (t. 1, pp. 13-21). Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. <https://bit.ly/sarsuarezomar2>
- Soria, D. (2003). La necesidad de tipificar las infracciones a la Constitución de los altos funcionarios públicos. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (63), 17-23. <https://n9.cl/soriadaniel>
- Tocqueville, A. de (1984). *La democracia en América*. Sarpe. <https://bit.ly/DeTocqueville>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de febrero de 2001).

Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de enero de 2001).

Expediente n.º 340-1998-AA/TC (1998). Tribunal Constitucional (10 de julio de 1998).

Expediente n.º 0006-2003-AI/TC Lima (2003). Tribunal Constitucional (1 de diciembre de 2003).

Expediente n.º 2579-2003-HD/TC Lambayeque (2004). Tribunal Constitucional (6 de abril de 2004).

Expediente n.º 3760-2004-AA/TC Lima (2005). Tribunal Constitucional (18 de febrero de 2005).

Expediente n.º 3593-2006-AA/TC Lima (2006). Tribunal Constitucional (4 de diciembre de 2006).

Expediente n.º 0006-2008-PI/TC (2008). Tribunal Constitucional (11 de junio de 2008).

Expediente n.º 0156-2012-PHC/TC Lima (2012). Tribunal Constitucional (8 de agosto de 2012).

Expediente n.º 0019-2012-PI/TC (2013). Tribunal Constitucional (11 de octubre de 2013).

Expediente n.º 0003-2022-CC/TC (2023). Tribunal Constitucional (23 de febrero de 2023).

Informe de Adjuntía n.º 03-2022-AAC. La responsabilidad constitucional del Presidente de la República. Defensoría del Pueblo (2022). <https://n9.cl/defensoriadelpuebloinforme>

Informe de Opinión Consultiva n.º 2 relativa a la sentencia recaída en el Expediente n.º 00156-2012-PHC/TC (Caso Tineo Cabrera referida al debido proceso en sede parlamentaria). Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2 de diciembre de 2014).

Informe sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que precisa omisión en la previsión del requisito de la mitad más uno del número legal de los miembros del Congreso en el inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2004). <https://n9.cl/informesentenciatiac>

Informe Técnico n.º 001298-2022-SERVIR-GPGSC. Autoridad Nacional del Servicio Civil (19 de julio de 2022). <https://bit.ly/InformeServir1298>

Ley del 20 de junio de 1834. Para hacer efectiva la responsabilidad prevenida en los art. 78 y 95 de la Constitución política, y teniendo presente el art 23. <https://n9.cl/congresodelarepublica>

Medida cautelar concedida a favor de los miembros de la Junta Nacional de Justicia Aldo Vásquez e Inés Tello. Poder Judicial (2024). <https://bit.ly/MedidaCautelarPJcasoAldoVásquez e Inés Tello>

Oficio n.º 003025-2023-MP-FN-SEGFIN. Ministerio Público. Fiscalía de la Nación (23 de junio de 2023). <https://n9.cl/ministeriopublico>

Recurso de aclaración presentado por el Colegio de Abogados de Lima en el expediente 0002-1996-AI/TC y resolución firmada por los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. Tribunal Constitucional (1997). <https://n9.cl/tribunalconstitucional>

Resolución n.º 0094-2023-JNE, «Establecen que ciudadano se encuentra impedido de inscribirse como fundador y presidente ejecutivo de la organización política en vías de inscripción Partido Político Perú Primero y confirman extremo de la Resolución n.º 000207-2023-DN ROP/JNE». Jurado Nacional de Elecciones (2023). <https://bit.ly/ResJNEInhabilitación>

Resolución Legislativa del Congreso de la República n.º 002-97-CR. *Diario Oficial El Peruano* (29 de mayo de 1997).

Resolución Legislativa del Congreso n.º 003-2001-CR. *Diario Oficial El Peruano* (17 de agosto de 2001).

Resolución Legislativa n.º 018-2000-CR (23 de febrero de 2001).

Resolución que dispone no continuar el trámite de la solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de mayo de 2018). <https://n9.cl/corteinteramericanadederech>

Sentencia T-025/04 (2004). Corte Constitucional de la República de Colombia (22 de enero de 2004). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

Solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y derechos humanos en contextos de juicios políticos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). <https://n9.cl/cidhsolicituddeopinion>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Omar Sar Suárez: sistematización y análisis de datos, redacción y revisión del trabajo.

Ernesto Álvarez Miranda: sistematización y análisis de datos, redacción y revisión del trabajo.

Agradecimientos

Al equipo del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional.

Biografía de los autores

Omar Sar Suárez es doctor y magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro hábil de los Colegios de Abogados de Lima y Buenos Aires, así como de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Coordinador académico del doctorado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, donde cuenta con más de veintidós años de trayectoria como profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Además, preside el Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional. Se desempeña actualmente como asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Ernesto Álvarez Miranda es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Doctor en Derecho y maestro en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres. Exbecario del Instituto de Cooperación Iberoamericana (ICI) con especialización en Derecho Político por la Universidad de Navarra. Dicta las asignaturas de Teoría Constitucional en pregrado y Seminario de Derecho y Política en el Programa de Doctorado en Derecho. Ha sido presidente del Tribunal Constitucional del Perú y magistrado de este. Condecorado por el Colegio de Abogados de Lima con la Orden Vicente Morales y Duárez. Fue miembro de la Directiva CAL en el período del decano Felipe Osterling.

Correspondencia

osars@usmp.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 153-171

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1027

Aplicación del *overruling* en el derecho peruano

Application of *overruling* in Peruvian law

Aplicação do *overruling* na legislação peruana

EDWIN ADOLFO MOROCO COLQUE

Universidad Privada del Norte

(Trujillo, Perú)

Contacto: edwin.morocco@upn.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4110-7878>

RESUMEN

La técnica del *overruling*, por medio de la cual los tribunales pueden apartarse de los precedentes vinculantes y dictaminar nuevos, es una práctica muy importante en el derecho, puesto que permite la adaptabilidad de un ordenamiento jurídico a las exigencias sociales, aunado a la reivindicación frente a errores que pueden cometer las cortes. Es sobre la base de ello que el presente artículo establece como objetivo describir la problemática que afronta la aplicación del *overruling* en el Perú, para lo cual se realizó un arduo análisis bibliográfico, así como un análisis de aquellos casos en los que se aplicó dicho mecanismo. Se concluye que dicha problemática gira en torno a las razones que sustentan el *overruling*, los efectos temporales que su aplicación pueda tener y los supuestos para su empleo. Asimismo, se infiere que la aplicación del mencionado mecanismo no atenta contra la independencia judicial y por el contrario favorece a la no petrificación de criterios jurisdiccionales, pues dota a los sistemas judiciales de una constante actualización y seguridad jurídica.

Palabras clave: precedente vinculante; *overruling*; Tribunal Constitucional; derecho constitucional; decisión judicial.

Términos de indización: teoría legal; Tribunal; derecho constitucional; sentencia judicial (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The *overruling* technique, through which courts can deviate from binding precedents and establish new ones, is a highly significant practice in law, as it enables a legal system to adapt to social demands while also addressing errors that courts may have made. Based on this premise, the objective of this article is to describe the challenges faced by the application of *overruling* in Peru. To achieve this, an extensive bibliographic review was conducted, as well as an analysis of cases in which this mechanism was applied. It is concluded that these challenges revolve around the reasons supporting *overruling*, the temporal effects its application may have, and the conditions for its use. Furthermore, it is inferred that the application of this mechanism does not undermine judicial independence; on the contrary, it prevents the rigidification of jurisdictional criteria, as it provides judicial systems with constant updates and legal certainty.

Key words: binding precedent; *overruling*; Constitutional Court; constitutional law; judicial decision.

Indexing terms: legal theory; Courts; constitutional law; legal decisions (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A técnica de *overruling*, por meio da qual os tribunais podem se afastar de precedentes vinculantes e emitir novos precedentes, é uma prática muito importante no direito, pois permite a adaptabilidade de um sistema jurídico às demandas sociais, bem como a defesa contra erros que possam ser cometidos pelos Tribunais. É com base nisso que este artigo se propõe a descrever os problemas enfrentados pela aplicação

do *overruling* no Peru, para o qual foi realizada uma árdua análise bibliográfica, bem como uma análise dos casos em que esse mecanismo foi aplicado. Conclui-se que essa questão gira em torno das razões por trás do *overruling*, dos efeitos temporários que sua aplicação pode ter e das premissas para seu uso. Da mesma forma, infere-se que a aplicação do referido mecanismo não ameaça a independência judicial e, ao contrário, favorece a não petrificação dos critérios jurisdicionais, pois proporciona aos sistemas judiciais atualização constante e segurança jurídica.

Palavras-chave: precedente vinculante; *overruling*; Tribunal Constitucional; direito constitucional; decisão judicial.

Termos de indexação: teoria jurídica; Tribunal; direito constitucional; sentença judicial (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 27/7/2024

Revisado: 10/9/2024

Aceptado: 11/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

La revisión y la modificación de decisiones judiciales, también conocida como *overruling*, tiene el potencial de cambiar significativamente el panorama jurídico. En razón de que el Tribunal Constitucional (TC) enfrenta nuevas realidades y desafíos, esta técnica ha ganado relevancia en el Perú a través de los últimos años. Si bien es cierto que es importante y necesario adaptar el derecho, pues vivimos en una sociedad en constante transformación, la adaptación y con ello la modificación de los precedentes vinculantes también genera incertidumbre y preocupación sobre la previsibilidad y la estabilidad de las normas jurídicas, se advierte así un conflicto entre la seguridad jurídica y la necesidad de justicia.

El *overruling* se ha empleado en varias jurisdicciones, como los Estados Unidos y el Reino Unido, con el propósito de ajustar el derecho a los cambios sociales y políticos; así se han podido corregir errores

previos. Los tribunales pueden adaptarse y responder a nuevas demandas sin olvidar la justicia y la equidad, como lo demuestran estos casos internacionales. No obstante, en el Perú tanto la doctrina como la jurisprudencia aún están en desarrollo. Por ello, debido al poco tratamiento sobre esta figura y su impacto en la jurisprudencia peruana, existe un abordaje de este tema relacionado con la justicia social y los derechos fundamentales.

En razón del contexto descrito, el objetivo del presente artículo es describir la problemática que afronta la aplicación del *overruling* en el Perú, por medio del análisis de su aplicación en el derecho peruano, los casos de mayor importancia, así como de los efectos que generan en la confianza pública el sistema judicial y la seguridad jurídica. Resulta fundamental entender cómo estas decisiones influyen en la previsibilidad del derecho y cómo pueden ayudar a un sistema legal que se adapte mejor a las demandas de la sociedad, o en contrapartida pueden generar inestabilidad jurídica. Es necesario analizar y proponer recomendaciones para que el *overruling* se pueda aplicar de tal manera que combine tanto la estabilidad jurídica como la confianza en el sistema judicial, en virtud de su proceso de adaptación necesario para una mejor evolución y desarrollo del derecho.

Es así que para brindar una comprensión completa del tema, la estructura de este artículo se divide en las siguientes secciones: se desarrollará el marco teórico, que abarca lo concerniente al concepto del precedente; asimismo, los alcances respecto al *overruling*, se examinará el concepto, el desarrollo histórico, los supuestos de aplicación y los casos de aplicación en el derecho peruano, lo cual permite apreciar las particularidades de su aplicación y sus consecuencias.

2. EL PRECEDENTE VINCULANTE

2.1. Concepto

En relación con el presente acápite, es menester referir que cuando hablamos de precedente, se hace alusión a aquellas razones parte de una sentencia, expuestas por un juez para sustentar la decisión judicial, esto quiere decir, aquello comprendido como «la ratio decidendi», que son

acogidas por otro juez u otro operador del derecho para poder aplicarlas a un nuevo caso que guarde un alto grado de similitud con el caso de origen (Sierra, 2016, p. 253). En virtud de ello, cabe indicar que la aplicación de la *ratio decidendi*, en otros casos similares, implica un alto nivel interpretativo, por lo cual, a pesar de que esta figura favorece la coherencia en el derecho, también genera desafíos respecto a la aplicación y la interpretación de las decisiones judiciales.

Ahora pues, pasando ya de manera puntual al concepto de precedente vinculante, sobre este se puede indicar que un precedente tiene calidad de vinculante cuando los jueces siguen un mismo razonamiento normativo, inclusive en aquellas situaciones donde consideren que no es la solución correcta (Delgado y Díaz, 2021, p. 108). Este concepto, aunque un poco cuestionable, pues la fuerza vinculante de este precedente se da en virtud de que quien lo emite es un órgano superior, y no por mero consentimiento de los juzgadores, nos ayuda a graficar y contextualizar el tema al cual se avoca el presente artículo, en razón de que sí existe la posibilidad del apartamiento de un precedente vinculante, pues de no ser así estaríamos frente a un derecho rígido y poco flexible.

2.2. Derogación

Al igual que las normas de origen legislativo, los precedentes pueden ser eliminados de varias maneras. El primer método es la derogación formal, también conocida como *overruling* en el ámbito angloamericano en relación con los precedentes. El establecimiento de un precedente posterior incompatible es el segundo método para derogar precedentes. La derogación por falta de aplicación es la tercera opción. La cuarta forma de eliminación exclusiva de los precedentes es cuando se elimina el texto normativo que sirvió como base textual para este (Núñez y Fernández, 2021, p. 306). Por lo cual, respecto de ello, corresponde indicar que la eliminación de precedentes judiciales es un proceso complejo que requiere una armonía delicada entre la adaptabilidad y la estabilidad del derecho.

3. EL *OVERRULING*

3.1. Concepto

Como regla general los tribunales deben respetar lo dictaminado en sus propios precedentes, lo cual hace alusión a la denominada *regla del precedente* (Delgado y Díaz, 2021, p. 120). Sobre ello, se debe resaltar que la adherencia estricta a la regla del precedente por una parte garantiza la previsibilidad del derecho, situación que permite a la ciudadanía poder anticipar de forma precisa la manera en que se resolverán futuros casos similares. Sin embargo, un exceso en la rigidez de los precedentes puede repercutir en la perpetuación de errores judiciales y con ello la mala práctica del derecho, puesto que este debe estar en la capacidad de evolucionar y adaptarse a nuevas realidades.

De manera puntual, podemos indicar que el *overruling* es el cambio del precedente vinculante cuya modificación es necesaria en virtud de haber sido establecido en una situación determinada, a fin de adaptarlo a los nuevos criterios dictaminados por el Tribunal Constitucional (Raa e Isern, 2021, p. 150). Sobre la base de lo expuesto por los autores podemos afirmar que por medio del *overruling* el sistema judicial responde de manera dinámica a cambios sociales, políticos y legales; se logra de ese modo que las normas jurídicas se mantengan vigentes. Por ello, este mecanismo se convierte en esencial, en razón de que evita la rigidez del derecho y facilita la corrección de errores o inconsistencias en las sentencias anteriores, ya que de no cambiarse se estarían perpetuando injusticias o interpretaciones desactualizadas.

Del mismo modo, respecto a la conceptualización del *overruling*, también se indica que por esta figura jurídica se comprende la posibilidad de cambiar el precedente vinculante, en virtud de la adaptación de los criterios jurisdiccionales en un tiempo determinado (Olano, 2011, p. 410). Ello hace hincapié en la ausencia de inmutabilidad de los precedentes vinculantes. Si bien es cierto en un principio estos generan la obligación a todos los operadores de justicia de respetar su contenido, con el paso del tiempo —y con ello la distinta comprensión de los fenómenos sociales— es necesario que la regulación que el derecho da a estos por medio de los precedentes también cambie.

Tal como se viene desarrollando, una de las características propias del *overruling* expuestas en las citas respecto a su contextualización es que dicha técnica no se limita de manera única a solucionar una controversia en relación con la aplicación o no del precedente, dado que va más allá, en razón de que por medio de su aplicación se analizan los motivos por los cuales en el caso de origen lo comprendido en el precedente vinculante se consideró como tal, y cómo ello ya no puede ser tomado en cuenta así, debido a la variación de los criterios de las cortes o el juzgador.

3.2. Desarrollo histórico

Corresponde repasar el desarrollo histórico del *overruling*, esto quiere decir cómo a lo largo de la historia este mecanismo tan importante ha venido aplicándose, la problemática generada en un principio y los desafíos que las diferentes cortes han tenido que sobrelevar con el propósito de respetar la aplicación de esta figura.

Dicho ello, es menester hacer alusión al año 1896, y de manera puntual y específica al caso *Plessy vs. Ferguson*. En esta controversia, la Corte Suprema determinó que la ley estatal por la cual se exigía la separación de pasajeros (distinción entre blancos y negros) en los vagones de tren por razones de segregación racial no afectaba la Decimocuarta Enmienda, siempre que los asientos y el ambiente fueran iguales; se estableció de ese modo el precedente «iguales pero separados». Sin embargo, en 1954, en el caso *Brown v. Board of Education*, los demandantes afroamericanos referían que la segregación racial en las escuelas públicas denegaba su derecho a la igualdad. Situación que dio mérito a que la Corte cuestione su precedente de «iguales pero separados», bajo lo cual de forma unánime la revocó (Risso *et al.*, 2022, p. 210).

El análisis desarrollado por la Corte se basa en que la doctrina de «iguales pero separados» no era válida en el ámbito de la educación pública, ya que las instalaciones educativas segregadas eran inherentemente desiguales. Por lo tanto, se afirmó que la segregación mencionada privaba a los demandantes y a otros afectados de igualdad ante la ley, tal como lo garantiza la Decimocuarta Enmienda. Este apartamiento del precedente permite distinguir cómo la valoración de las decisiones o los

fallos de un tribunal realmente se ven afectados por el contexto en el cual surgen, puesto que, en el caso descrito, la lucha contra la discriminación racial con el transcurso de los años iba cobrando mayor fuerza, situación que aunada al análisis de su precedente en un contexto distinto terminó influenciando a que la Corte lleve a cabo una correcta aplicación del *overruling*.

De igual forma, la aplicación del *overruling* no solo ha estado presente en el derecho americano, también existen antecedentes históricos en el derecho europeo, de manera puntual, en Alemania, donde, en el año 1991 el *Bundesverfassungsgericht*, en mérito a una controversia respecto a la aplicación del *overruling*, precisa que la pretensión de validez de un precedente más allá del caso concreto se fundamenta en el alto nivel de convicción propia de sus argumentos (Sodero, 2024, p. 228). Ello enfatiza en la importancia de una justificación sólida y persuasiva para cualquier alteración en los antecedentes, se garantiza de ese modo que los cambios no se realicen de manera arbitraria, sino que se fundamenten en una consideración exhaustiva y en la calidad de los argumentos presentados, mitigando los efectos negativos de la variabilidad de los criterios considerados como precedentes vinculantes, en virtud de su impacto en un ordenamiento jurídico.

3.3. El *overruling* y el *distinguishing*

Asimismo, cabe indicar que entre las instituciones que permiten al sistema inglés alejarse del precedente se encuentran el *distinguishing* y el *overruling*. En el primer caso, el juez señala la incongruencia con el precedente y justifica su no uso; en el segundo, el juez comunica el cambio del precedente, pero solo será efectivo en los casos posteriores a la variación, se anula así el precedente vinculante observado (Botero y Guevara, 2022, p. 138).

Por lo tanto, a diferencia del *distinguishing*, el *overruling* se constituye como una herramienta mucho más transformadora, pues por medio de este no solo se establece un cambio en la interpretación de la ley referente a un caso en particular, sino que también genera un cambio en la interpretación que repercute en casos futuros. De modo que a través

de esta herramienta se permite que el sistema legal se adapte, debido a que frente a los diversos cambios sociales, y con ello el entendimiento de distintos fenómenos, el derecho puede ir acoplándose a estos. No obstante, la otra cara de la moneda es que el *overruling* también genera grandes desafíos, tales como la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales sean predecibles, y existe la posibilidad de afectar la estabilidad jurídica en un ordenamiento jurídico.

3.4. Supuestos para la aplicación del *overruling*

En menester al presente acápite, es oportuno mencionar una máxima kantiana, la cual manifiesta que se deben adoptar tales decisiones que en virtud de ser consideradas correctas, en futuros casos similares, puedan ser aplicables (Carbonell, 2022, p. 21). Ello, sin embargo, no limita la posibilidad de abandonar el precedente, en otras palabras, no perpetúa la decisión consignada como precedente vinculante, sino que, de manera simple, ubica la carga argumentativa sobre aquel que desee apartarse del precedente vinculante, pues con la finalidad de que las partes involucradas y la sociedad en general comprendan y acepten la lógica detrás de la decisión, los jueces deben ofrecer razones convincentes y claras para apartarse de un precedente.

Tal como se viene desarrollando, es importante que el derecho y de manera específica los precedentes vinculantes estén en constante adaptabilidad, para lo cual la doctrina ha determinado diversos supuestos de aplicación del *overruling* y ha consignado de manera principal entre estos cuando exista un cambio en la concepción de un precepto normativo, frente a la necesidad de unificar precedentes, errores jurisprudenciales y efectos no esperados (Lancheros-Gámez, 2012, pp. 182-183). Como se puede advertir, los supuestos en los cuales puede realizarse el *overruling* cuentan con alto grado de lógica para la protección de los derechos fundamentales de las personas, pues ello permite decisiones más cercanas a las nuevas concepciones de los derechos y sus ámbitos de protección.

Por ejemplo, el supuesto de corrección de los errores judiciales, desde el punto de vista doctrinal, puede ser atribuido a dos tipos: a las

equivocaciones de las personas; y el sistema jurídico, ya sea por lagunas en el sistema judicial o por procedimientos judiciales excepcionales (Islas y Cornelio, 2017, p. 28). Esto amerita hacer hincapié, aunque suene redundante, en que los jueces son humanos y, por ende, no están exentos de cometer errores. Por lo que el mecanismo del *overruling*, con el fin de rectificar estos errores, es fundamental para la tutela de una correcta administración de la justicia. Sin embargo, la identificación de estos errores y la decisión de cuándo es idóneo corregirlos requiere un análisis minucioso y cuidadoso.

3.5. El *overruling* en la jurisprudencia peruana

Sobre el particular, corresponde desarrollar el análisis que la jurisprudencia nacional ha realizado respecto del *overruling*, ello permitirá identificar cómo el derecho peruano viene asumiendo la mencionada figura; asimismo, hará posible distinguir aquellas particularidades en cuanto a su aplicación. Así, la conceptualización emitida por la jurisprudencia recae en la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente n.º 3361-2004-AA/TC, Lima, donde en el tercer párrafo del fundamento jurídico quinto se indica que la técnica del *overruling* permite al juzgador cambiar un precedente en su «núcleo normativo» aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso bajo análisis o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro.

Tal como lo describe la jurisprudencia citada, y de igual forma con la doctrina que se ha venido analizando, en el Perú se ha acogido la figura del *overruling*, situación que impacta positivamente en el derecho peruano, en razón de que por medio de esta el juzgador expone a la población el cambio necesario y urgente respecto del criterio a seguir en sus fallos. Por dicho motivo, aplicar esta figura, enfatizando en que no la pueda aplicar indiscriminadamente, evita una modificación repentina de las reglas comprendidas como precedentes.

3.6. Casos de *overruling* en el derecho peruano

Para el desarrollo del presente acápite se expondrán dos casos emblemáticos en los cuales se aplicó el *overruling* por parte de nuestro Tribunal

Constitucional peruano. En primer lugar, se hace referencia al caso Loreto-Consorcio Requena, recaído en el Expediente n.º 04293-2012-PA/TC, en el cual el TC dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en el Expediente n.º 03741-2004-PA/TC (caso Salazar Yarlenque), donde se daba autorización a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública a inaplicar una disposición infraconstitucional, cuando a criterio de este exista una evidente vulneración de nuestra Constitución, ya sea por la forma o por el fondo.

Los derechos que fueron objeto de la evaluación constitucional bajo análisis comprenden tanto el derecho de defensa como el derecho a la igualdad en aplicación de la ley, para lo cual se determinó una estructura de análisis dividida por ítems para cada derecho en cuestión. De este modo se comprenden los argumentos respectivos de cada parte procesal, así como las apreciaciones del Tribunal Constitucional; posteriormente se realiza un análisis de los impactos de la sentencia, es en este apartado donde se efectúa la argumentación en cuanto a la aplicación del *overruling*. Se puede determinar que de acuerdo con el fundamento 32 de la sentencia, sin importar que con anterioridad se habían establecido las reglas para configurar un precedente vinculante en el Expediente n.º 00024-2003-AI/TC, estas no fueron aplicadas cuando se emitió el precedente comprendido en el Expediente n.º 3741-2004-PA/TC, todo ello en materia de control difuso administrativo, comprendiendo así, para efectos del nuevo precedente, de manera única la revocatoria de lo estipulado anteriormente en el caso Salazar Yarlenque.

Del mismo modo, otro escenario de aplicación de *overruling* en el Perú podemos observarlo en el caso Juan de Dios Lara Contreras (Expediente n.º 01412-2007-PA/TC), por medio del cual se dejó sin efecto el precedente vinculante n.º 3361-2007-AA/TC (caso Jaime Amado Álvarez Guillén), en el cual se establecía como criterio vinculante: (i) la aplicabilidad de la técnica del *prospective overruling*, para la resolución del caso *sub iudice* (fundamentos 7 y 8); (ii) nuevos parámetros para la evaluación y la ratificación de magistrados (fundamentos 17-20); y, (iii) derechos-reglas que deben observados en los procesos de ratificación de magistrados (fundamentos 26-43).

En dicho caso, el derecho bajo análisis fue el derecho al debido proceso en lo referente a la motivación de las resoluciones administrativas; tal como se describe en el precedente anterior, se realizó un análisis por ítems de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional, para posteriormente pasar a un subpunto de las repercusiones de la sentencia, que comprende la argumentación respecto al *overruling*, y se determinó como nuevo precedente que todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura respecto a destitución y ratificación de jueces y fiscales tienen que contar con una debida motivación, sin importar el tiempo en que estas hayan sido emitidas; y ello queda como precedente vinculante para futuros casos similares.

3.7. Aspectos problemáticos de la aplicación del *overruling* en el Perú

Uno de los aspectos problemáticos expresados a nivel doctrinario en el Perú gira en torno a la aplicación temporal del precedente en cuestión, en concreto sobre la irretroactividad o no de los efectos del *overruling*, ya que puede darse la posibilidad de que existan casos aún no resueltos, pero que la fórmula para su resolución sea inevitablemente el precedente cambiado. Frente a ello, el Tribunal tiene dos opciones: permitir la aplicación retroactiva o simplemente no permitirla. La problemática principalmente recae en el segundo supuesto, si lo determinado por el precedente original no estaba acorde a derecho, sin importar la temporalidad, sus efectos no deberían tener impacto alguno, por lo que la regla general debería ser la retroactividad (Castillo, 2009, p. 12).

El cuestionamiento planteado es sencillo de entender, si existe como tal un precedente no acorde a derecho, de manera consecuente, las relaciones jurídicas o decisiones judiciales emanadas de este tienen como fundamento algo contrario al derecho y por lo tanto deberían ser nulas. Frente a este cuestionamiento, es menester resaltar diversos puntos en cuanto a la aplicación del *overruling*, en primer lugar, que no en todos los casos el cambio del precedente se da por una aplicación errónea del derecho, sino que en función de un contexto social determinado, la concepción de algunos principios o los ámbitos de protección de un determinado derecho, tenían una connotación directamente influenciada

por lo social; por lo tanto, la variación de un precedente también surge producto de la percepción social.

Entendiendo lo descrito en el párrafo anterior, y bajo un análisis del principio de seguridad jurídica, es relevante indicar que la solución más idónea no es marcar una regla general en cuanto a la aplicación temporal de los efectos del *overruling*, sino que corresponde realizar un análisis de cada caso en concreto, y determinar, en primer lugar, los fundamentos que mueven la variación del precedente vinculante, y de manera conjunta a ello, si es que la aplicación retroactiva genera o no beneficio a las partes. Es necesario seguir el mismo principio que rige en el derecho penal, donde está prohibida la aplicación retroactiva, salvo excepción que beneficie al reo o procesado (Baldomino, 2009, p. 137).

Asimismo, otro de los aspectos problemáticos en cuanto al *overruling* está directamente relacionado con su comprensión, puesto que, a nivel doctrinario, existe una postura en la cual se refiere que la técnica del *overruling* únicamente debe ser aplicada por razones de política constitucional. Esto significa que tanto la adopción del precedente constitucional originario como el nuevo no deben estar dirigidos o tener como fundamento complacer una situación social, sino solo y únicamente deben tener como base expresar una necesidad de subsanar lagunas constitucionales (Águila, 2017, p. 519).

Sobre el particular, es menester hacer énfasis en el mismo desarrollo argumentativo invocado en la problemática descrita en párrafos anteriores, aunado a la necesidad de una aclaración de suma importancia para el debate en cuestión. Por ello, cuando se hace referencia a la adaptabilidad del derecho a los contextos sociales, no es igual a una variación indiscriminada del derecho a lo que la sociedad requiera, sino que hace énfasis en el reconocimiento de nuevos ámbitos de protección de determinados derechos, como, por ejemplo, lo concerniente al caso norteamericano, con el «precedente iguales pero separados», donde la lucha contra la discriminación racial terminó generando una comprensión más amplia del derecho a la igualdad (Arévalo y García, 2018, p. 399). Así como este ejemplo se pueden enumerar diversos, relacionados con la maternidad subrogada, la unión de personas del mismo género, la eutanasia, etc.

Por lo tanto, es importante realizar un análisis racional en cuanto a la adaptabilidad del derecho a los cambios sociales, aunado también a que la costumbre como tal también es fuente del derecho (Álvarez, 2014, p. 59); existe de ese modo ardua argumentación que sustente estas afirmaciones. Por ello, hay motivos bajo los cuales se ampara que el *overruling* pueda tener como fundamento la adaptabilidad a los fenómenos sociales, haciendo énfasis en que debe estar acompañado de un exhaustivo análisis. Tal como se viene indicando, el hecho de que la variación del precedente responda a una realidad social no significa en ninguno de los casos que el proceso mediante el cual se realice sea menos exigente o más sencillo, pensar ello es algo expresamente erróneo, pues sin duda alguna debe haber un respeto de las reglas ya establecidas para su aplicación, procurando de ese modo mitigar los posibles impactos en la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico.

3.8. Posturas contrarias a la aplicación del *overruling*

Del mismo modo, la aplicación del *overruling* en el Perú también se ve cuestionada por las teorías que rechazan la instauración del precedente vinculante, que giran sobre la base de dos aspectos puntuales, en primer lugar, la vulneración a la independencia judicial en los sistemas del *civil law*; en segundo lugar, la petrificación de la jurisprudencia (Delgado y Díaz, 2021, p. 117).

Sobre la supuesta vulneración a la independencia judicial, cabe indicar que se señala que el derecho es creado por el legislador, mas no por los jueces, y que una situación contraria a ello somete a los juzgadores a una estructura jerárquica transgresora de su independencia judicial (Fernández, 2016, p. 29). En contraste, es importante hacer hincapié en que, si bien es cierto, la facultad legislativa por excelencia recae en el legislador, son los distintos operadores de justicia quienes tienen un contacto con la aplicación de dichas normas y de manera idónea pueden advertir las complicaciones o los retos presentes en la práctica. Este escenario legitima de manera puntual a los jueces a crear derecho a través de sus sentencias; no aceptar ello conllevaría a instaurar un sistema dictatorial, donde no se admita cuestionamiento alguno a lo dictado

por el legislador. Además de lo mencionado, la única situación en la cual podría señalarse la posible vulneración a la independencia judicial es si esta se entiende como una potestad no revisable (Nuñez, 2020, p. 332); sin embargo, ello no es así.

Asimismo, la aplicación del *overruling* mitiga aquellos impactos negativos de la concepción contraria al precedente vinculante, pues por medio de este mecanismo se logra un sistema de precedentes más flexible, que pueda responder a las distintas realidades en la sociedad peruana.

En relación con la petrificación de la jurisprudencia, se hace referencia a la falta de flexibilidad que puede adoptar producto de la instauración de precedente, situación que es inexistente con la aplicación del *overruling*, ya que, tal como se viene indicando, este mecanismo permite desarrollar sistemas judiciales mucho más adaptables a los grandes cambios, en razón de que, por medio de estos, se varía lo comprendido como precedente vinculante y se logra una mejor respuesta a una realidad distinta.

Es así que el debate que se plantea en torno a la «seguridad jurídica» y la «actualización», tal como se ha venido desarrollando, se decanta por adoptar la postura de la actualización. Esto debido a que no se puede concebir un sistema que bajo el pensamiento de seguridad jurídica rechace la actualización de los precedentes, que están intrínsecamente relacionados con las diferentes realidades. A lo anterior se añade que con la aplicación del *overruling* no existe una vulneración de la seguridad jurídica, ya que dicha figura no se va a desarrollar de manera indiscriminada, sino que sigue los parámetros legales y jurisprudenciales ya establecidos; de ese modo se logra un escenario armonioso entre la seguridad jurídica y la actualización.

4. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, es necesario destacar que la problemática que afronta la aplicación del *overruling* en el Perú es diversa y se enfoca directamente en su fundamentación. No obstante, la utilidad y el impacto positivo que ha tenido para el derecho peruano no deja duda alguna de su importancia, puesto que permite que el derecho peruano pueda

reivindicarse en relación con enfoques muchas veces no actualizados de la comprensión del derecho. Del mismo modo, otros aspectos fundamentales giran en torno a la temporalidad de sus efectos, pues, a nuestro criterio, no es correcto trazar una regla general para ello, sino que debe llevarse a cabo un análisis de cada caso en concreto, determinando los fundamentos que permiten el cambio del precedente. Asimismo, respecto a los supuestos en los cuales debe aplicarse, no debe dejarse de lado la importancia que el derecho debe darle a los contextos sociales, ya que la apreciación de la esfera de protección de ciertos derechos está en constante evolución y variación, y es importante que el derecho como ciencia jurídica sea flexible al respecto. Por último, se puede apreciar que la aplicación del *overruling* no atenta contra la independencia judicial, y por el contrario favorece a la no petrificación de criterios jurisdiccionales, dota así a los sistemas judiciales de una constante actualización y seguridad jurídica.

REFERENCIAS

- Águila, G. (2017). El precedente constitucional. Hacia una teoría del precedente en el Perú. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 21(1), 511-522.
- Álvarez, R. M. (2014). Las fuentes de conocimiento de lo jurídico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47(139), 39-63. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100002&lng=es&tlang=es
- Arévalo, W. y García, L. F. (2018). La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*, 24(2), 393-430. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200393>
- Baldomino, R. A. (2009). (Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco. *Política Criminal*, 4(7), 125-150. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000100004>

- Botero, L. A. y Guevara, L. J. (2022, octubre-diciembre). El precedente judicial en Colombia enfrentando a la teoría expuesta por Michele Taruffo. *Novum Jus*, 16(3), 133-160. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.3.6>
- Carbonell, F. (2022). Variaciones sobre el precedente judicial. Una mirada desde el sistema jurídico chileno. Problema. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (16), 9-38. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17028>
- Castillo, L. (2009). Las posibles injusticias que genera la aplicación de la técnica del «prospective overruling». *Diálogo con la Jurisprudencia*, 14(129), 57-69.
- Delgado, J. y Díaz, L. I. (2021). El civil law frente al precedente judicial vinculante: diálogos con académicos de América Latina y Europa. *Derecho PUCP*, (87), 105-138. <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202102.004>
- Fernández, V. (2016). La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador? *Revista de Derecho*, 29(2), 9-33. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200001>
- Islas, A. y Cornelio, E. (2017). Error judicial. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, (24), 18-37. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572017000200002&lng=es&tlng=es
- Lancheros-Gámez, J. C. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Díkaion*, 21(1), 159-186. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422012000100006&lng=en&tlng=es
- Núñez, Á. (2020). ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión. *Derecho PUCP*, (84), 303-336. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.010>

- Núñez, Á. y Fernández, J. Á. (2021). Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el *nasciturus*. *Derecho PUCP*, (86), 291-321. <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202101.009>
- Olano, H. A. (2011). Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 395-428. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci_abstract
- Raa, D. e Isern, M. (2021). La independencia del juez frente a la inconstitucionalidad de precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional peruano. *Estudios Constitucionales*, 19(1), 146-182. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000100146>
- Risso, M., Garat, M. P., Asencio, D., Brun, M., Carrique, A., Furtado, B., Hernández, B., Martínez, E., Menéndez, S., Moglia, B., Panceira, S. y Pereyra, F. (2022, enero-junio). El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Resultado de investigación. *Revista de Derecho*, (25), 203-223.
- Sierra, D. (2016, enero-junio). El precedente: un concepto. *Revista Derecho del Estado*, (36), 249-269. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932016000100009&lng=en&lng=es
- Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía*, (21), 217-251. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008&lng=es&tlang=es

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Expediente n.º 3361-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (12 de agosto de 2005).
- Expediente n.º 3741-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (14 de noviembre de 2005).
- Expediente n.º 01412-2007-PA/TC (2009). Tribunal Constitucional (11 de febrero de 2009).

Expediente n.º 04293-2012-PA/TC (2014). Tribunal Constitucional (18 de marzo de 2014).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

Agradecimientos

A Gabriela y Amada, luces de mi sendero y pináculo de todo aquello que hace relevante mi existencia, a quienes debo mi constante crecimiento y ganas de vivir.

Biografía del autor

Edwin Adolfo Morocco Colque es abogado especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo Disciplinario y Argumentación Jurídica, doctorando en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es, asimismo, máster oficial universitario en Derecho Constitucional, especialista en Justicia Constitucional, Interpretación, Aplicación de la Constitución y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla-La Mancha y docente ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte de Perú.

Correspondencia

edwin.morocco@upn.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 173-224

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1016

Los alcances del bien común en la jurisprudencia constitucional peruana: un examen de compatibilidad entre los aportes de John Finnis y el Tribunal Constitucional peruano

The scope of the common good in Peruvian constitutional jurisprudence: An examination of compatibility between John Finnis's contributions and the Peruvian Constitutional Court

O escopo do bem comum na jurisprudência constitucional peruana: um exame da compatibilidade entre as contribuições de John Finnis e o Tribunal Constitucional do Peru

ALONSO BEGAZO CÁCERES
Universidad Católica San Pablo
(Arequipa, Perú)
Contacto: arbegazo@ucsp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0166-1041>

RESUMEN

La presente investigación busca examinar si la idea de bien común desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano es compatible con la noción de «bien común» de John Finnis. Como punto de partida, a través de una revisión axiológica, estableceremos cuál es el concepto de bien común de Finnis, quien, a partir de una relectura de los postulados aristotélico-tomistas, ofrece una visión amplia del asunto con claras concreciones en el comportamiento práctico político y jurídico. Luego, nos centraremos en una revisión dogmática del concepto de bien

común político y sus relaciones más relevantes a partir de los alcances de la jurisprudencia constitucional peruana; y terminaremos evaluando si es posible establecer la compatibilidad de estas dos nociones, con la finalidad de esclarecer y ampliar los postulados jurisprudenciales desde los criterios elaborados por el autor a tratar.

Palabras clave: bien común; John Finnis; interés general; bienestar general; orden público; autoridad pública; autonomía; jurisprudencia; Tribunal Constitucional peruano.

Términos de indización: bien público mundial; bienestar social; régimen jurídico; Administración pública; autonomización; teoría legal; Tribunal (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

This research aims to examine whether the concept of the common good developed in the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court is compatible with John Finnis's notion of the "common good." As a starting point, through an axiological review, we will establish Finnis's concept of the common good, which, based on a reinterpretation of Aristotelian-Thomistic principles, offers a broad perspective on the matter with clear applications in political and legal practical behavior. We will then focus on a dogmatic review of the concept of the political common good and its most relevant relationships based on the scope of Peruvian constitutional jurisprudence. Finally, we will evaluate whether it is possible to establish compatibility between these two notions, with the aim of clarifying and expanding jurisprudential principles using the criteria developed by the author under analysis.

Key words: common good; John Finnis; general interest; general welfare; public order; public authority; autonomy; jurisprudence; Peruvian Constitutional Court.

Indexing terms: global public goods; social welfare; legal systems; public administration; empowerment; legal theory; Courts (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Esta pesquisa busca examinar se a ideia de bem comum desenvolvida na jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru é compatível com a noção de “bem comum” de John Finnis. Como ponto de partida, por meio de uma revisão axiológica, estabeleceremos o conceito de bem comum de Finnis, que, com base em uma releitura dos postulados aristotélico-tomistas, oferece uma visão ampla da questão com claras concretizações no comportamento prático político e jurídico. Em seguida, nos concentraremos em uma revisão dogmática do conceito de bem comum político e suas relações mais relevantes com base no escopo da jurisprudência constitucional peruana; e terminaremos avaliando se é possível estabelecer a compatibilidade dessas duas noções, com o objetivo de esclarecer e ampliar os postulados jurisprudenciais com base nos critérios desenvolvidos pelo autor em questão.

Palavras-chave: bem comum; John Finnis; interesse geral; bem-estar geral; ordem pública; autoridade pública; autonomia; jurisprudência; Tribunal Constitucional do Peru.

Termos de indexação: bem público global; bem-estar social; regime jurídico; administração pública; autonomização; teoria jurídica; Tribunal (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 1/7/2024

Revisado: 16/9/2024

Aceptado: 5/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Para Duke (2017), en las democracias de Occidente todavía prevalece un indiscutible pero languideciente sentido del bien común (p. 369). Este concepto será indiscutible porque su presencia es reconocible en la revisión de los diversos preámbulos y textos constitucionales; pero languideciente, debido al difuso sentido que ha ido adquiriendo a causa de la incursión de diferentes reinterpretaciones ideológicas y reformulaciones terminológicas que han ido socavando su contenido.

En muchas ocasiones, estas reformulaciones y reinterpretaciones, que «aluden a condiciones materiales básicamente, desconociendo lo espiritual e inmaterial de la vida personal» (Garzón, 2013, p. 141) terminan formulándose como manifestaciones distorsionadas de la relación entre las libres elecciones, la constitución propia de una persona y el bienestar humano real, afectando así la consolidación de una auténtica razonabilidad pública con respecto de las acciones políticas vinculadas al florecimiento humano (Bradley, 2017, p. 397).

Está situación parece no ser ajena a la realidad constitucional peruana, en donde la idea de bien común, que es reconocida por la Constitución peruana de 1993 como un principio asociado al ejercicio del derecho a la propiedad, se manifiesta en el orden constitucional a través de referencias y categorías como bienestar general e interés social, que aluden a un cierto sentido teleológico de la acción ciudadana y gubernamental similar a la noción de bien común.

Sobre este punto, Marcial Rubio (2011) indica que, con respecto del bien común, como principio del orden constitucional peruano, estamos delante de un concepto indeterminado (p. 14), es decir, es un concepto flexible que puede recibir contenido diverso (Rubio, 1999, p. 306) que requiere ser precisado a partir de características comunes a toda la humanidad que puedan ser consideradas como universales y al mismo tiempo atendiendo circunstancias de cada sociedad que puedan ser valorables (Rubio, 2011, p. 15).

De hecho, Rubio identifica, a partir del análisis que realiza el Tribunal Constitucional peruano sobre el bien común, que este último recurre a fórmulas de reemplazo, como la de bienestar general, interés general, orden público o bienestar de la mayoría. Pero ¿es posible, dentro de esta pluralidad categórica, identificar por lo menos una noción mínima de bien común en los alcances jurisprudenciales del Tribunal Constitucional?

En ese sentido, nos hemos propuesto explorar la actual noción de bien común que existe en el orden constitucional peruano, restringiendo nuestro análisis a la exploración del concepto de bien común que desarrolla el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia. Esto

a razón de que esta institución se constituye como el máximo órgano supremo de interpretación constitucional (Rubio, 2011, p. 9). Por ello, un primer objetivo perseguido en esta investigación es delimitar qué ideas subyacen en la jurisprudencia constitucional sobre el bien común, con la finalidad de identificar, garantizando cierta unidad, un concepto, que independiente del recurso a la pluralidad de categorías diversas, nos permita proponer una preliminar noción de bien común que sea medianamente identificable, a través de una revisión sistemática¹.

Como ya hemos adelantado, la delimitación de un concepto de bien común probablemente arrastra las deficiencias y las insuficiencias de contenido que se han explicitado párrafos arriba. Por ello, el segundo objetivo de esta investigación será ampliar y dotar de contenido la noción de bien común esbozada por el Tribunal Constitucional, con la finalidad de devolver una auténtica noción de bien común, debido a su importante rol en la reflexión filosófica jurídica y política. Para Bradley (2017), proponer una noción mutilada de este concepto podría generar un horizonte constitucional que impide o bloquea el florecimiento personal (p. 403). En ese sentido, resulta imprescindible volver a la tradición que probablemente se haya ocupado más ampliamente de este concepto.

El concepto de bien común, como criterio rector de la prudencia jurídica y política, de gobernantes y ciudadanos, es una categoría que surge en el seno de la aproximación de la filosofía aristotélico-tomista íntimamente vinculada a la gran tradición jurídica de Occidente (MacIntyre, 2017, p. 232). Herrera (2013) señala que podemos entender esta tradición como aquel encuentro que surge entre la «filosofía griega, el derecho romano y la fe cristiana» (p. 16), que van a terminar conformándose como los cimientos de la cultura de Occidente.

1 La revisión del concepto de bien común se ha realizado a través del buscador de jurisprudencia sistematizada del Tribunal Constitucional peruano, se ha hecho una revisión sistemática de la jurisprudencia desde el año 1996 hasta agosto de 2023, y se ha utilizado para la búsqueda las categorías de «bien común», «interés general», «bienestar general» y «orden público». Se ha seleccionado la jurisprudencia que nos permite tener un análisis del contenido material de las referidas categorías.

Para Chávez-Fernández (2023), uno de los elementos más característicos de esta tradición es la existencia de una conexión necesaria entre el derecho establecido por la autoridad y la moral que la razón práctica humana puede reconocer y formular en prescripciones objetivas de justicia (p. 41) que se traducen como expresiones de este bien que es común a todos.

La comprensión del bien común desde la perspectiva de la tradición va a requerir una breve referencia a ciertos conceptos y relaciones que permitan una mejor comprensión del asunto. Por supuesto, emprender una exploración conceptual completa de una tradición de tal extensión resultaría excesiva para nuestro propósito, pero quizá sea conveniente definir algunas cuestiones con el propósito de elaborar un preliminar marco conceptual.

La idea de bien común aparece en las primeras líneas de la *Política* de Aristóteles (1988), donde se señala que toda *koinonia* o comunidad humana tiende siempre a conseguir algún bien (I, 1252a 1.). En ese sentido, el filósofo propone que el fin de las *polis* es hacer mejores a los ciudadanos, porque la ciudad está hecha para la vida buena (III, 1280b-1281a); por ende, un gobierno que no persigue el bien común deja de ser bueno (III, 1279a-1279b).

Este norte perfectivo que permite el bien común se justifica para el Estagirita en la idea de que el ser humano es por naturaleza un «viviente político» (1988, I, 1252b 9.), por lo que la sociabilidad es un rasgo fundamental del hombre y un ámbito de su perfeccionamiento. Por ende, el perfeccionamiento humano no es posible sin la procura del bien común.

Tomás de Aquino se hará heredero de esta filosofía, la custodiará y la desarrollará. Para el Aquinate el bien común es ese fin hacia el cual se dirige el gobernante; por ello, el fin de la comunidad y el fin del individuo es el mismo, la participación en el bien humano (Aquino y Alvernia, 2001, Lib. III, V, 247). En esa secuencia de ideas, la comunidad política deberá sentar los medios necesarios para la vida buena (2001, Lib. IV, III, 421).

Tomás de Aquino siguiendo a Aristóteles propondrá que el bien común ostenta cierta primacía con respecto del bien individual (2001,

Lib. I, I, 173), pero al ser cuestiones del mismo género (Aquino, 1990, II-II, q. 58, a. 7, ad 2), no se debe entender como superioridad jerárquica sino dentro del marco de la prudencia, debido a que la búsqueda del bien común trae como consecuencia la procura del bien propio (Aquino, 1990, II-II, q. 47, a. 10, ad 2), donde solo hay una distinción formal entre un bien y el otro, se presenta así una relación analógica (Aquino, 1990, II-II, q. 58, a. 7, ad 2) en la que el bien común será imposible sin la virtud de los ciudadanos, y con mayor razón, la de los gobernantes (1989, I-II, q. 92, a. 1, ad 3).

Dentro de esta línea de ideas, el bien común como fin se hace realizable a través de la plasmación de una vida racional, que no es otra cosa que garantizar el imperio de la inteligencia y la voluntad, rectamente entendidas, como las directrices de la vida del hombre dentro de la comunidad política. Esta vida racional involucra a la autoridad y sus leyes, que no se eximen de esa ordenación que considera a todos y cada uno de sus miembros.

La aproximación hasta aquí desarrollada va a ser reformulada con el devenir de la modernidad. Para Herrera (2013), el realismo y la racionalidad característica de la perspectiva aristotélico-tomista va a ser reemplazada por una aproximación voluntarista moderna, donde la ley y la vida política van a tener como finalidad ya no el bien común, sino el poder, sea desde la óptica de la autoridad o del individuo (p. 20).

Esta transformación de la modernidad va ir acompañada de serias afectaciones, causadas por los representantes del racionalismo y el empirismo de la época, que, desde sus fundamentaciones contractualistas de la sociedad, van a ir relegando el concepto de bien común a un segundo plano, al promover nuevos horizontes teleológicos como el de interés general, orden público y bienestar general, que implican al mismo tiempo una reformulación de los puntos de partida metafísicos de los postulados clásicos.

No será hasta el siglo pasado, con la restauración de la filosofía tomista impulsada por la encíclica *Aeterni Patris* y el dramático escenario de la posguerra, que la referencia al concepto de bien común, en sentido clásico, reaparecerá en la discusión contemporánea a través de varios representantes del iusnaturalismo contemporáneo. Para Orrego (2015),

la denominación de iusnaturalismo contemporáneo será aplicable a aquellos autores que defienden una ética racional no formulada desde la convencionalidad, que encuentra su justificación en la naturaleza racional humana, la cual es capaz de fundamentos no convencionales de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto (p. 42).

Una de las aproximaciones más importantes que han sobrevenido en el panorama contemporáneo es la nueva escuela del derecho natural. Germain Grisez, representante original de esta escuela, devolverá al contexto contemporáneo algunos tópicos de la tradición con una justificación novedosa de la ley natural. Para el autor, la ley natural es un conjunto de premisas que no se deducen de premisas descriptivas sobre la naturaleza, sino que está constituida por primeros principios normativos de suyo evidentes por sí mismos, que ordenan a las personas a bienes humanos básicos (Orrego, 2015, p. 54). Esta idea será la base para la fundamentación de las aproximaciones de sus otros representantes como Josep Boyle y John Finnis.

Tanto para Massini (1998, p. 69) como para Pereira Sáez (2008, p. 9), la aparición de esta escuela ha implicado una vuelta a los postulados «clásicos» de la filosofía práctica, sobre todo en la filosofía política y del derecho, se han devuelto así al debate académico contemporáneo las discusiones, las ideas y las formulaciones sobre el derecho natural desarrolladas por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Esta vuelta a los fundamentos persigue un claro propósito de aportar, con una visión muy amplia de la conducta humana, que, en términos de Crowe (2017), supone una comprensión unitaria del hombre moral y de los diversos ámbitos de despliegue de sus facultades prudenciales en la ética, la política y el derecho (p. 103).

Para los objetivos de nuestro trabajo, resulta pertinente centrarnos en la figura de John Finnis, debido a que su concepto de bien común servirá como base para la elaboración de nuestro análisis y propuesta. Finnis es uno de los filósofos del derecho contemporáneo más importantes en el mundo anglosajón y defensor de la perspectiva iusnaturalista actual, que ofrece elucidaciones originales sobre la mayoría de los temas iusfilosóficos como la justicia, el derecho, el orden político y el bien común.

Finnis (2017a) reconoce que el punto de partida aristotélico-tomista puede ser aplicado al escenario constitucional contemporáneo para establecer límites y finalidades en el ejercicio de la autoridad política desde el reconocimiento de ciertos elementos del bienestar humano que son objetivos y pueden ser comunes a todos los miembros de una comunidad política (p. 85).

De hecho, podemos afirmar, al igual que Garzón (2013), que muy probablemente Finnis sea uno de los autores contemporáneos que han incorporado con mayor audacia y claridad la cuestión del bien común en la discusión hodierna (p. 143), lo que en buena medida nos anima a considerarlo como un buen punto de partida para intentar recuperar ciertos aspectos de la aproximación clásica en el debate contemporáneo.

La idea de bien común en Finnis, la cual suscribimos, presenta ciertas ventajas para la realización de nuestro trabajo. Un primer punto interesante es que la noción de Finnis se enmarca dentro del diálogo y cultivo de la tradición anglosajona, que ha venido desarrollando una profusa discusión sobre el bien común y otras formulaciones de similar índole por autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Nozick, Martha Nussbaum o Michael Sandel; lo que ha permitido una discusión profundamente enriquecida que puede contribuir sobremanera. El hecho de que muchas de estas discusiones se enmarquen dentro de sistemas anglosajones no es una circunstancia insuperable, debido a que tanto los sistemas anglosajones como los romano-germánicos comparten una similar cosmovisión filosófica de fondo, influenciada por los pilares de la cultura occidental, y generan una diferenciación más de tipo formal que material.

Otro punto rescatable en la defensa de impulsar un análisis desde la perspectiva de Finnis son las diversas interlocuciones a las que ha sometido su concepto con aspectos álgidos del derecho y la política contemporánea. En su propuesta, Finnis tratará de iluminar desde la perspectiva del bien común cuestiones como la tensión entre la autonomía y la autoridad, la reflexión sobre el rol del Estado, la necesidad de propiciar una reformulación de un pluralismo razonable, la vinculación entre la igualdad y el trato justo como elementos del bien social y la profundización en la necesidad de recuperar el bien común como una categoría

que esclarece la medida del derecho. No pretendemos extendernos más en este punto, que será mejor desarrollado en la última parte del trabajo.

Habiendo establecido un breve marco teórico como punto de partida y justificado las razones de nuestro punto de vista finnisiano, conviene señalar, como ya es evidente, que el segundo gran objetivo de nuestro estudio es la delimitación del concepto de bien común político en Finnis; con la finalidad de propiciar un diálogo entre la postura del autor y la aproximación jurisprudencial del tribunal peruano, se persigue, de ser positiva la compatibilidad, presentar algunos puntos que pueden ser fortalecidos por los desarrollos del autor, y se sientan mejores condiciones para abordar las complejas e importantes implicaciones de este concepto para la vida política; se trata de reducir lecturas individualistas y utilitaristas de esta categoría, que suelen ser predominantes en el contexto hodierno (Keys, 2006, p. 4).

No pretendemos con este análisis restringir la noción del bien común de forma cerrada a la tradición referida, sino que se busca con esta exploración la identificación de ciertos aspectos esenciales que puedan devolver a la noción de bien común elementos constitutivos y originarios con la finalidad de tender puentes a una exploración de otras aproximaciones que esclarezcan más y mejor los «fundamentos filosófico-antropológicos y éticos de la vida social y cívica, y así nos permite visualizar mejor los fines de la política» (Keys, 2006, p. 4).

La metodología para la realización de esta investigación será dogmática-axiológica. Será dogmática en la medida que se analizará un concepto y delimitará su contenido en la jurisprudencia constitucional que se establece como fuente del derecho peruano, no nos limitaremos a una mera descripción sino a un trabajo de reconstrucción de una noción disgregada (Núñez, 2014, p. 251). Y al mismo tiempo será una investigación de naturaleza axiológica en la medida en que se explorará un concepto de bien común desde su fundamentación filosófica a través de la obra de Finnis, con la finalidad de valorar la compatibilidad y ofrecer una cosmovisión que incorpore aspectos éticos que amplíen la justificación de la aproximación constitucional (Witker, 2021, p. 99).

Una reflexión sostenida en torno a la idea de bien común político y sus consecuencias justifica en sí misma su valor, y puede permitir la

configuración de una sociedad más justa que reconoce la relevancia de la necesidad de madurar un norte cooperativo común para la acción de la ciudadanía. Si es posible sostener la razonabilidad de un horizonte común hacia el cual se puedan dirigir los cursos de la acción pública, consideramos que es viable que cuestiones como la democracia, la autonomía, la autoridad y otros tópicos neurálgicos de la vida de las polis pueden verse fortalecidos y esclarecidos; y que permitan formular ciertas «razones para la acción» que justifiquen nuestros planteamientos en torno a la vida pública y cívica. Procederemos a iniciar con el desarrollo y nos remitiremos a profundizar en la idea de bien común en el pensamiento de Finnis.

2. LA NOCIÓN DE BIEN COMÚN EN EL PENSAMIENTO DE JOHN M. FINNIS

En esta primera parte buscaremos esbozar los rasgos más característicos de la idea de bien común de Finnis. Para poder comprender adecuadamente la perspectiva de bien común finnisiana será indispensable partir de la noción de bien que tiene el autor y el modo en como establece su consecución.

El pensamiento finnisano quedará estructurado por un fuerte fundamento en bienes *autoevidentes* e *inderivados*, que se constituirán como principios sustantivos del obrar humano y que se establecerán como «razones para la acción», de modo muy similar a la aproximación de Joseph Raz (1991, p. 25), aunque con justificaciones de fondo distintas.

Estos bienes deberán ser perseguidos considerando ciertas exigencias prudenciales, que fungen como «principios metodológicos», se dispondrá un modo de buscar el bien que contemple requisitos necesarios para que el razonamiento práctico sea plenamente razonable o prudente (Pereira, 2008, p. 10).

De la interacción de estas dos dimensiones, se consolidará para Finnis el contenido de la normatividad moral general para los hombres, la cual sienta las directrices generales del comportamiento moral que, en sus dimensiones sociales básicas, gracias a las determinaciones que la autoridad política realice en su orientación al bien común político,

pasarán a ser el fundamento de lo que el autor entiende por derecho en *sentido focal* (Finnis, 1992a, pp. 298-302).

Si bien es cierto, para Finnis el concepto de «bien común» implica varios sentidos dependiendo de la comunidad humana en la que se predique (familia, universidad, empresa, etc.) (Moore, 1992, p. 216), estos terminan desembocando y configurándose en el sentido propio de la comunidad política (George, 2009, p. 82). Para nuestro autor la comunidad completa o política se entiende como aquella donde la autoridad a través de la ley, le da forma y procura dirigirla hasta donde le es posible (Finnis, 1998, p. 183), e intenta a través de esto la promoción y la protección del bien común, es decir, el bien de esta comunidad y, por tanto, el bien de todos sus miembros (Finnis, 1992a, pp. 221-222).

Por ello, trataremos de brindar una visión articulada de la noción de bien común político, con su concepción de bien común en general, partiremos de la comprensión de los bienes humanos básicos y las exigencias de la razonabilidad práctica, como el contenido de la primera y la segunda acepción de bien común en el autor, para formular los rasgos más importantes de su idea de bien común político, como su tercer sentido.

2.1. Los bienes humanos básicos como «bien común»

La teoría política y jurídica de Finnis tiene como elemento fundante la noción de bien y su posibilidad cognoscitiva. Finnis considera que Tomás de Aquino nunca se formuló que los contenidos morales debían ser analizados como derivación de su captación teórica². Por ello considera que el conocimiento del bien depende de la captación de principios del mundo práctico (Finnis, 2011a, pp. 66-68), que son una dimensión distinta e independiente de la dimensión especulativa, aunque complementaria.

2 En ese sentido, si bien es cierto que la perspectiva de Tomás de Aquino ejerce una importante influencia en el autor, muchas de sus aproximaciones filosóficas no son un calco de las doctrinas tomistas clásicas, sino que muchas veces son relecturas y reformulaciones de las tesis tomistas.

Por ello, para Finnis, la función práctica de la razón permite comprender el bien como finalidad y principio del comportamiento y, por lo tanto, es extensible de constituirse como fundamento racional de la norma y la obligación. De modo que para Finnis las normas morales se constituyen como guía racional para la elección y la acción (Finnis, 1992a, p. 364), donde los bienes que son su contenido abarcan diversos aspectos³ (2011a, p. 1) que permiten su plenitud individual y comunitaria (Finnis, 1992b, p. 46).

Para nuestro autor, estos bienes que se constituyen como criterios de corrección del obrar humano estarán conformados, en su dimensión más esencial, por lo que el autor llama los bienes humanos básicos (BHB) o principios de la razonabilidad práctica, los cuales, al constituirse como fines humanos, se configurarán como los primeros principios del obrar humano, y se establecerán como premisas intencionales del razonamiento práctico (Fisher, 2013, p. 279) con carácter de autoevidentes, autónomos e iguales (Finnis, 1992a, p. 123).

Finnis establecerá que los bienes humanos básicos son los siguientes: la vida, el conocimiento, el juego, el trabajo, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad y la razonabilidad práctica (1992a, pp. 117-121; 1996, p. 4). Si bien es cierto Finnis no considera el matrimonio en la lista original desarrollada en «Ley natural y derechos naturales», posteriormente, nuestro autor afirma en algunos trabajos que el matrimonio es un bien humano básico debido a que se establece como un modo particular de sociabilidad dirigido a la procreación (Finnis, 2001a, p. 66; 2011a, pp. 353-354).

Hay que hacer hincapié en que si bien es cierto Finnis se centra en la identificación de bienes básicos, y que en estos sienta los elementos estructurales de su noción de bien común, su perspectiva también considera otros bienes instrumentales dentro del contenido de bien común, como elementos de bienestar material, infraestructura, recursos

3 Al respecto, conviene señalar que cuando Finnis afirma que la realización humana es producto de las muchas formas irreductibles de bienestar, esto no significa negar que la naturaleza humana sea determinada, sino que supone señalar que es particularmente compleja.

de utilidad pública; aunque en estricto estos no esbocen las delimitaciones más fundamentales del bien común (Bradley, 2017, p. 399).

Finnis (1998) añade a estos BHB un primer principio práctico, que, en estricto, es distinto a las diversas dimensiones del bien, ya que posee una naturaleza propedéutica a estos, y les brinda «un contenido proposicional sumario de la directividad de la razón hacia el bien» (p. 127). Gracias al principio de «el bien debe hacerse y perseguirse», cada uno de los otros primeros principios prácticos adquiere su condición directiva con respecto del obrar humano.

Para el profesor oxoniense, los BHB constituyen el fundamento de la existencia de la noción de bien común. Finnis indica que los BHB, que conforman las razones básicas para la acción, son bienes para cualquier ser humano; por lo tanto, son un «bien común», y permiten, en un primer momento, justificar la cooperación en la acción colectiva y sientan las condiciones de limitación del poder estatal y la legislación (Finnis, 2017b, p. 4).

2.2. Las exigencias de la razonabilidad práctica y sus plasmaciones como «bien común»

Para Finnis, en la dirección de los comportamientos morales de la persona, va a ser necesario no solo atender a las razones ofrecidas por los BHB, sino que se deberá contemplar las exigencias que establece la razonabilidad práctica (1992a, pp. 134-155; 1983, pp. 75-76). Estas exigencias «procedimentales» deberán ser consideradas como una explicación de la derivación realizada desde los BHB hacia los principios morales directivos (Finnis, 1983, pp. 69-70; 1992a, p. 68 y p. 134).

Finnis considera que el bien común no solo se limita al conjunto de bienes básicos, sino que además es una exigencia prudencial para el actuar humano. George estima que Finnis propone que la procura de las dimensiones básicas del bienestar debe atender al logro de plenitud propia y del otro; por lo que no solo debe verse como un medio para la satisfacción irrestricta de los propios intereses (George, 2009, p. 35), se integra de esa forma en la elaboración razonable de los planes de vida de las personas (Angier, 2019, pp. 308-309).

Por ello, estas exigencias prudenciales trascienden la búsqueda individual, para ampliarse a formas coordinadas dentro del ámbito social o comunitario (Finnis, 1998, p. 111), donde el conjunto de personas y comunidades cooperan en la búsqueda de bienes (Tollefsen, 2013, pp. 204-218). Desde esta perspectiva, para Finnis, las diversas formas posibles de relaciones comunitarias inagotables en las que sus miembros participan para promover y beneficiarse a través de ellas son también un bien común. Con ello, podemos identificar lo que Finnis contempla como el segundo sentido de «bien común» (1992a, p. 184; 2011a, p. 1).

Por lo tanto, para Finnis, no solo son comunes los bienes que componen el contenido del horizonte de plenitud y florecimiento de las personas humanas y sus comunidades, sino también lo son las diversas exigencias prudenciales que son distintas formas inagotables de participación que buscan promover y beneficiar el logro de su realización. Estos dos primeros sentidos van a ser indispensables para delimitar el tercer sentido de bien común.

2.3. El bien común político como «bien común»

Si bien es cierto, para Finnis, todo grupo o asociación humana puede tener una cierta «política», y cierto «derecho», y por ende cierto «bien común», en sentido propio, estos conceptos le corresponden a la comunidad política (George, 2009, p. 82).

Cuando nos referimos al concepto de bien común político en Finnis (1992a), tenemos que partir del hecho de que este presenta una serie de características diferenciales respecto a sus otros conceptos analogados de bien común, debido a que se dará en un contexto particular, en una comunidad de acción conjunta o de compromiso mutuo, dirigida por la autoridad y el derecho; por lo tanto, no se agota en los bienes y los medios de las personas y las organizaciones intermedias que la conforman (p. 169).

Esta tercera acepción de bien común se considera «instrumental» (Finnis, 1998, p. 247; Green, 2013, p. 194) y estará vinculada a la idea de bien público, que compone una especie de bien diferente al bien privado de los individuos o de la sociedad intermedia, debido a que su contenido

no se caracteriza por buscar principalmente la virtud de sus miembros, aunque no la excluye (Poole, 2008, p. 128), sino la cautela de condiciones que son intrínsecamente interpersonales (Finnis, 1998, p. 226) y que están relacionadas con la interacción armónica entre personas.

Para Finnis, apoyado en Tomás de Aquino, los principales ámbitos donde se plasma este concepto son aquellas dimensiones que afecten directa o indirectamente el orden que permite armonía política, que versa sobre las acciones vinculadas a las disputas desordenadas, las guerras, las discordias públicas y todo aquello que afecte la convivencia. Es por eso que, a través de esta noción, será factible determinar qué asuntos deben ocupar el interés político en orden a mantener la armonía necesaria, para posteriormente expresarlos en actos de coordinación y cooperación que permitan obtener los beneficios de la vida social, y puede admitirse la atribución de un contenido mínimo de cargas, a fin de promover la paz (Finnis, 1998, p. 227).

Así, para Finnis (1998) será indispensable para el logro del bien común político la realización de diversos juicios de prudencia política⁴ (p. 236), que promuevan el bien por parte del Estado (p. 235), en la labor de dirigir y ordenar todas las elecciones que se necesitan hacer para que este bien sea incluyente y limitado (2011a, p. 83); se permite con ello que las sociedades intermedias y los individuos asuman una serie de responsabilidades cuyo cumplimiento no puede ser sostenido por la autoridad y el derecho, debido a que su obtención excede su esfera de atención (Finnis, 1998, pp. 235-236).

Finnis (1992a) entiende este tercer sentido de bien común como un conjunto de condiciones que permiten a los miembros de una comunidad alcanzar por sí mismos objetivos razonables de cooperación mutua (p. 184). Esto no implica que su propuesta considere que los miembros de una comunidad deban procurar exactamente los mismos objetivos en

4 Aunque los gobernantes están en muchos aspectos a cargo de los sujetos, su jurisdicción como gobernantes es solo, como hemos visto, sobre la promoción del bien público. El bien público es una parte o un aspecto del bien común que todo lo incluye.

todos sus extremos, sino solo sería necesaria la participación de una gama común y esencial de ciertos bienes y condiciones para la vida social.

La posibilidad de que existan condiciones afines para la persecución de la propia plenitud radicará en el pensamiento finnisano, en el hecho de que los seres humanos tienen un «bien común» en el primer y el segundo sentido mencionado, es decir, bienes que son comunes por ser humanos, y respecto de los cuales se plasman diversas acciones e iniciativas que permiten participar de ellos, como se señala en el segundo sentido (Finnis, 1992a, p. 184). Por lo que comprender un bien común en este tercer sentido requiere imperiosamente la manifestación subyacente y permanente de los dos sentidos anteriores.

Por eso podemos concluir que para Finnis (1998) el bien común específicamente político resultará siendo un estrato complejo de capas que suponen el bien individual, el de las asociaciones intermedias (pp. 132-133) y los múltiples medios que se requieren para su participación; encuentra su sentido final en el «asegurar todo un conjunto de condiciones materiales y de otro tipo que tendieran a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal» (Finnis, 1992a, p. 183).

Después de haber sentado las bases necesarias para la comprensión de la noción de bien común en Finnis, procederemos a desarrollar la aproximación del Tribunal Constitucional peruano con respecto a la misma categoría en esta parte analizada.

2.4. Algunas críticas a la noción de bien común de John Finnis

La propuesta de Finnis ha constituido un esfuerzo encomiable de poder volver a presentar la razonabilidad de la propuesta de un fundamento moral objetivo, que tenga implicancias en la vida política y jurídica de las personas. Como toda importante propuesta ha generado múltiples debates, no solo desde los entornos externos a su propuesta, sino que también ha suscitado una gran cantidad de críticas desde el seno de la misma tradición iusnaturalista⁵.

5 Dado que la óptica del trabajo está construida con el propósito de retomar algunos tópicos clave de la tradición, consideramos pertinente centrarnos en las

Que emerjan desde el seno de una tradición una serie de discrepancias y críticas no debe ser tomado como una inconsistencia extensible a todos los postulados de la corriente; sino por el contrario es un signo de salud que evidencia la profundidad de la verdad, que sigue enriqueciendo y modelando las aproximaciones sobre asuntos tan clásicos como el bien común.

Las principales críticas que surgen en contra de la posición de Finnis se han cultivado principalmente en el contexto de discusión tomista del mundo anglosajón, aunque podemos encontrar algunos autores en nuestro contexto latinoamericano. Nos centraremos en algunos de los argumentos contra la idea de bien común finnisiana desarrollados por Russell Hittinger y Mark C. Murphy.

Asimismo, dado que la interacción crítica con el trabajo de Finnis se ha extendido de las esferas del mundo anglosajón y ha impactado en la discusión hispana, consideramos conveniente incluir el trabajo del profesor Sergio Castaño, quien ha dedicado con exclusividad un amplio espacio para discutirlas, y se ha convertido en uno de los autores que ha realizado uno de los trabajos críticos más desarrollados en habla hispana.

Las críticas a la postura de Finnis estriban principalmente en tres puntos:

1. Primero, la crítica vinculada a la separación entre el ser y el debe ser a partir de la propuesta gnoseológica del bien.
2. Un segundo punto está vinculado a la dificultad asociada a la incommensurabilidad de los bienes humanos que vuelve imposible una delimitación adecuada del bien común.
3. Por último, la instrumentalidad del bien común político de Finnis ocasiona que sea una razón insuficiente para la dirección práctica de la conducta.

discrepancias que son formuladas por representantes de esta misma tradición, sin desconocer, por supuesto, que existen críticas que provienen de otras corrientes de pensamiento, pero dadas las limitaciones propias de este espacio no será posible atenderlas.

Hittinger, al igual que otros autores como Anthony Lisska (1997), propone como uno de los principales problemas de la propuesta de Finnis la cuestión del ser y el deber ser. Plantea que el intento de cautelar la *independencia* de la moral de la metafísica ha causado esbozar una teoría de la ley natural sin ninguna referencia a la naturaleza.

Hittinger (1987) concluye que todo el sistema propuesto por la «nueva teoría del derecho natural» falla en su conjunto, debido a que es incapaz de vincular adecuadamente la razón práctica con una filosofía de la naturaleza, a razón de que a lo largo de la propuesta de Finnis no logra proponer una idea de naturaleza de la que se desprenda ningún criterio normativo (pp. 75-79). Por lo tanto, los bienes que son el fundamento del bien común verdaderamente no son comunes si no son capaces de encontrar su fundamento en una naturaleza común.

Sobre este punto consideramos que el hecho de afirmar que el ser humano es capaz de conocer los bienes que le son propios de una forma no derivativa, no niega que estos bienes sean adecuados por naturaleza y que sean comunes a todos los seres humanos. Finnis propone que la naturaleza puede ser conocida por el razonamiento práctico de forma independiente, debido a que el principio práctico no se infiere del especulativo, por lo que nuestra inteligencia es capaz de identificar, de forma inmediata, los bienes propios de la naturaleza humana y sus exigencias, a partir de la interacción con hechos moralmente relevantes, para posteriormente presentarlas como prescripciones prácticas. En ese sentido creo que es superable afirmar que, aunque no se decline por una explicación *derivacionista*, su formulación reconoce la correspondencia a una naturaleza común en los seres humanos.

Adicionalmente a ello, Hittinger considera que puede ser una grave complicación en el razonamiento moral el hecho de que no exista referencia alguna a una jerarquía de bienes en el ámbito básico del bienestar humano. Hittinger (1987) cree que la vaga referencia a la apertura o no contravención a otras dimensiones del bienestar humano, como exigencia de razonabilidad, puede ocasionar que una persona que, por ejemplo, deba asistir a su iglesia, decline a hacerlo con el fin de descubrir otra elección «igualmente» valiosa, como, por ejemplo, jugar a las cartas (p. 75).

Para Hittinger la ausencia de jerarquía en los bienes impacta el diseño de un plan de vida coherente, no solo en su manifestación individual sino respecto a la dimensión social vinculada a la noción de «bien común». Según este autor, la sola obligación hacia todos los bienes de forma genérica impide la realización adecuada, tanto individualmente como en términos de su realización colateral, porque sin principio de orden para poder actuar en aras de la realización humana integral en la adopción de un ordenamiento personal de los bienes básicos, la coordinación y la cooperación serían inviables (Hittinger, 1987, p. 83).

Sobre este punto, es cierto que esta crítica encarna mucho sentido común, pero a su vez nos conduce al escenario de la jerarquización de bienes que podría no ser, necesariamente, una respuesta fácil. Gómez-Lobo (2006) propone, con respecto de la crítica a la «incommensurabilidad» de los bienes, que ninguno de los intentos de establecer una jerarquía fija entre los bienes humanos ha sido exitosa y que siempre terminamos en escenarios en donde hay que optar por bienes alternativos, por lo que quizá pensar en jerarquías tampoco resuelva del todo el asunto. El autor valora que la forma más razonable sería optar por una valoración prudencial en las circunstancias particulares (p. 60).

Desde esta perspectiva, siguiendo a Pereira Saéz (2013), podemos indicar que las diversas circunstancias de mi decisión van restringiendo el catálogo de opciones correctas; es decir, que la necesidad del juicio subjetivo, marcado por los criterios de «conveniencia» y «posibilidad», característicos de los procesos deliberativos prácticos, podrían permitirme una elección razonable que permita tener una decisión preferente (p. 53). En ese sentido, creo que puede ser eludible la crítica propuesta.

De otro lado, Murphy (2009) considera que la postura de Finnis falla debido a que se propone como instrumental (p. 255), lo que causa un problema al momento de situarse como un punto directivo de la conducta, debido a que ofrecería una razón precaria de cara a su cautela, pues ningún razonamiento moral debe estar dirigido por un bien que solamente es instrumental. Por ello, Murphy (2009) concluye que lo que mueve la acción directiva de los miembros de una comunidad es la procura efectiva del logro de sus bienes particulares, formula así su noción «agregativa» (p. 256). A causa de ello Murphy (2009) cree que la

postura de Finnis tiene un ineludible final que hace inevitable recaer en una noción agregativa, en razón de que el interés en un bien instrumental solo surge por la existencia de un interés ulterior, que es la procura del interés de cada uno (p. 256).

Por último, las ideas de críticas de Castaño estriban en una línea muy similar a las de Murphy. Las críticas propuestas oscilan en dos aspectos: la idea de bien común en Finnis no es verdaderamente «común». Para Castaño (2020), Finnis propone una idea de bien común político que alberga valores, objetivos operativos o condiciones requeridas, que en cualquier caso es la justificación de una mera colaboración recíproca entre varios individuos (p. 624).

Por ello, Castaño (2020) afirma que para Finnis no existe un fin distintivamente político, que tenga un sentido superior al de los particulares, «con lo cual se pone en tela de juicio la necesidad de la vida política como promotora de un bien participable cualitativamente superior al de los individuos» (p. 627). En este sentido, el bien común político finniano quedaría restringido a una especie de bien útil en la procura de los bienes individuales. Afirmar esto es dotar a este bien de un rango menor al de los particulares, por hallarse subordinado a estos como un mero medio.

Por lo tanto, para Castaño (2020), la propuesta de John Finnis es una manifestación individualista de lo común, en el sentido de que este «bien» solo termina siendo bueno en la medida en que promueve las aspiraciones y los planes de vida de cada persona con respecto de los bienes humanos básicos, con lo cual concluye que en Finnis la idea de «bien verdaderamente común» es inexistente (p. 628).

Sobre estas dos aproximaciones, consideramos importante valorar algunas cuestiones. Lo primero concierne a la cuestión de la inminente postura agregativa de Finnis. La noción de bien agregativo surge como una perspectiva distintiva dentro del ámbito de las doctrinas liberales, que propone que el bien común puede entenderse como el agregado de los diversos bienes individuales de los actores sociales individuales. En ese sentido, se alcanzará el bien común en la medida en que la gran mayoría de ciudadanos experimente verse satisfecho en sus pretensiones individuales, en donde el bien común viene a ser un neto, una meta.

Un primer argumento en torno a la crítica de Murphy es la aportación de George. Para este autor, la sola tesis de la incommensurabilidad de los bienes descarta el pretendido sentido agregativo, debido a que los bienes no pueden, en sentido propio, cuantificarse; por lo que es imposible que desde bienes incommensurables podamos llegar a una idea agregativa de bien común, pues para hacerlo necesitaríamos ponderar de forma utilitarista (George, 2002, p. 90).

Otra consideración aplicable a las últimas críticas esbozadas implica que la búsqueda de bien a través del bien común no solo se reduce a bienes intrínsecamente individuales, sino también a dimensiones sociales del bienestar. Finnis revalora el ámbito social al señalar que los intereses de cada persona contemplan el vivir en armonía y amistad con los otros (George, 2002, p. 90). Por ello, es un error considerar la posibilidad de que existan condiciones afines para la persecución de la propia plenitud, sin tener en cuenta un «bien común» en el primer y segundo sentido mencionado.

Afirmar que el bien común tiene primacía sobre el bien individual no supone que el bien que se persiga en un ámbito sea realmente distinto al que se persigue en el otro; pues el bien humano es uno, y se manifiesta de forma individual y a veces social, mientras que el bien común político es ese conjunto de condiciones, que no son meras formalidades, sino que implican circunstancias necesarias para participar en el horizonte de plenitud humana y que están cargadas de contenido moral por la finalidad que persiguen, que supone dimensiones individuales y morales. Por ello consideramos que estas críticas pueden ser superables.

3. LA NOCIÓN DE BIEN COMÚN POLÍTICO DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

En esta segunda parte determinaremos el concepto de bien común que subyace en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (TC)⁶.

6 Por la naturaleza de esta investigación, resulta imposible hacer una referencia ampliamente detallada de los casos y las sentencias revisados, por lo que procuraremos centrarnos en los conceptos que el TC señala sin profundizar en los antecedentes y los contextos detallados de cada caso.

Para la identificación de este concepto, un primer desafío a superar es el hecho de que en las sentencias del TC existe una pluralidad de categorías para aludir a la noción de bien común.

A partir de la revisión de la jurisprudencia constitucional, podemos apreciar que el TC se refiere al bien común algunas veces como interés general, algunas otras como interés público, muchas veces como bienestar general u orden público. Por ello conviene abordar inicialmente la interrelación de los diversos conceptos vinculados a la idea de bien común para poder acreditar que en todas las referencias descritas desembocamos verdaderamente a una noción de bien común, en algunos casos las equiparamos y en otros subsumimos su contenido a la noción aquí trabajada.

3.1. La pluralidad categorial del bien común

Hemos advertido que en las sentencias del TC se maneja una pluralidad categorial al momento de referirse a la idea de bien común. Pareciese que esto no es un fenómeno aislado al caso peruano, como ya lo hemos señalado en nuestra introducción. Vermeule (2022), sobre el orden constitucional americano, considera que en la Constitución Federal y en diversos pasajes de textos de las constituciones estatales se alude, de forma sinónímica, a los conceptos bienestar general, bien común y otros similares (p. 15).

Vermeule (2022) explica este fenómeno señalando que si bien es cierto que el bien común es un concepto clave en la tradición jurídica de Occidente, este ha ido permeando los ordenamientos jurídicos a través de diferentes categorías como *bonum commune*, *utilitas rei publicae*, «bien público», «interés público», «orden público» o en la forma de «bienestar general»; aunque compartiendo entre sí la condición de fungir como finalidad del derecho (p. 8).

En los numerales siguientes, procederemos a desarrollar cómo se plasma esta cuestión en la jurisprudencia del TC, identificaremos las fórmulas de reemplazo y su equiparación o subsunción por parte del TC con respecto a la idea de bien común.

3.1.1. Bien común e interés general o público

Una primera vinculación conceptual que el TC realiza versa sobre los conceptos de bien común e interés general o público. Trataremos estos dos últimos conceptos de manera indistinta, debido a que el mismo TC señala en una de sus sentencias que cuando hablamos de interés público nos referimos a «aquel que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad» (Expediente n.º 05608-2013-PA/TC, f. 30; Expediente n.º 0090-2004-AA/TC, f. 11).

El TC indica que el interés público puede considerarse como un principio de la organización política y jurídica del país, debido a que es la proposición ética fundamental que motiva e influye en las decisiones gubernamentales; y, al mismo tiempo, actúa para establecer los marcos de acción del Estado y la comunidad política, e indica en qué escenarios conviene «prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo» (Expediente n.º 05608-2013-PA/TC, f. 30).

En una acción de inconstitucionalidad interpuesta a un decreto que permitía la fijación de tarifas para prestación del servicio de transporte terrestre, el Tribunal equiparaba la noción de interés público a la de bien común. El TC señala que el principio de Estado social y democrático de derecho que configura el Estado peruano encontraba su ratio fundamental «en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad)» (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 12).

Si bien es cierto, la terminología utilizada no es exacta, en la referencia posterior que asume refiriéndose a la encíclica «*Mater et Magistra*» se indica que este interés de la sociedad o bien común termina siendo ese principio que permite articular la actividad de las personas. A su vez, en algunos párrafos posteriores, el tribunal recurre a un extracto de la obra *El Estado constitucional*, de Peter Häberle, donde reconfirma que, desde su perspectiva, el bien común es idéntico al interés público (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 26).

Por otro lado, en una acción de inconstitucionalidad con respecto de ciertos artículos de la Ley de Regalía Minera, el TC señala que la defensa del bien común y del interés público son aspectos esenciales del papel central del Estado, y establece que para su logro es necesario un

equilibrio de las condiciones materiales y espirituales de los miembros de la comunidad política (Expediente n.º 0048-2004-PI/TC, f. 13). Esto nos evidencia que la vinculación conceptual, en estricto, no los equipara, pero los circunscribe como aspectos esenciales del Estado e interrelaciona su obtención a la participación de condiciones constituidas por bienes.

Por último, en una sentencia sobre el contenido intangible de los fondos previsionales, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el TC vuelve a vincular estas dos nociones, pues señala que se puede limitar y reducir los alcances de un derecho siempre que medie una razón justificada en el interés público con la finalidad de preservar el bien común de una sociedad democrática (Expediente n.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC, f. 14).

De hecho, podemos apreciar que este criterio es usual en la aproximación de la Corte IDH, debido a que afirma que el bien común y el interés general son conceptos vinculados que se utilizan como un fundamento para limitar los derechos humanos, al presentarse justas exigencias que lo acrediten (2004, párr. 75; 1985, párrs. 66-67; 1986, párr. 31). En ese sentido podemos concluir que el TC equipara los conceptos de bien común e interés general o interés público.

3.1.2. Bien común y bienestar general

Otra vinculación que presenta el TC es la del concepto de bien común con la noción de bienestar general. Esta relación es relevante en el contexto constitucional peruano, debido a que la categoría de bienestar general se encuentra recogida expresamente en el artículo 44 del texto constitucional como un elemento que constituye uno de los fines del Estado⁷.

Al respecto, el TC considera que fomentar el bienestar general, desde la promoción de la justicia y el desarrollo integral es una finalidad

7 El artículo 44 de la Constitución Política del Perú señala que

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

esencial e ineludible de la nación con respecto de los ciudadanos. Este servicio supone ordenarse a lo dispuesto en el plano constitucional, buscando garantizar los derechos fundamentales, los principios democráticos y todos los valores derivados de la Constitución para el ejercicio de la función pública (Expediente n.º 008-2005-PI/TC, f. 14).

En la ya referenciada acción de inconstitucionalidad sobre la Ley de Regalía Minera, el TC señala que para que el Estado pueda cumplir adecuadamente con este deber, requiere de la participación y la cooperación de todos sus miembros, sin las que este propósito no podría ser alcanzado. En ese punto de la argumentación, el TC desarrolla una nueva vinculación entre conceptos, debido a que señala que el bienestar general, que debe ser procurado por el Estado, se expresa como exigencia de las personas naturales y jurídicas, las cuales «se encuentran obligadas a contribuir en la realización del bien común» (Expediente n.º 0048-2004-PI/TC, f. 22; Expediente n.º 00012-2019-PI/TC, f. 71; Expediente n.º 0004-2017-PI/TC, f. 23).

Este elemento es significativo, debido a que, para la óptica del TC, cautelar el bienestar general y comprometerse con su realización no es otra cosa que procurar el bien común. De hecho, en una sentencia sobre un proceso de amparo contra un pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, el TC señala que el Estado debe «estar dirigido hacia el bien común de las personas»; lo establece como su deber y lo equipara con la noción de bienestar general (Expediente n.º 3361-2004-AA/TC, f. 49).

Por último, en la sentencia sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la ley de oposición al procedimiento de inscripción registral por suplantación o falsificación documentaria que afectaba a terceros de buena fe, el TC señala que el contenido protegido del derecho de propiedad, en el plano constitucional, no debe solo considerar los intereses particulares, sino que «debe tomarse en cuenta, necesariamente su función social, esto es, su relación con el bienestar general» (Expediente n.º 0018-2015-PI/TC, f. 21).

Esta referencia es valiosa debido a la idea de función social de la propiedad, en el orden constitucional se vincula al bien común; y en el caso particular también se le refiere como vinculada al bienestar general. Ello evidencia que, para el TC, estos dos conceptos son equiparables.

3.1.3. Bien común y orden público

Una tercera interacción de conceptos que el TC realiza es la vinculada a la noción de orden público con la de bien común. Podemos apreciar que una primera interacción entre los conceptos no vincula directamente la idea de bien común con la de orden público, sino que lo hace a través del concepto de interés general o público.

En una acción de amparo en contra del procurador público de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Cargas y Mercancías, por los contenidos desarrollados en una resolución subdirectorial, el TC especifica que ante actos que sean manifiestamente lesivos contra el interés público, la Administración pública no puede ser indiferente, debido a que tiene el deber de velar por el orden público (Expediente n.º 03747-2013-PA/TC, f. 3). Si el interés público es equiparable a la idea de orden público, este último es equiparable también a la noción de bien común.

Otra sentencia que permite vislumbrar una posible equiparación entre los conceptos es la que surge de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley n.º 28925, que modifica la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional; y la Ley n.º 28875, que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación (Expediente n.º 0009-2007-PI/TC, Expediente n.º 0010-2007-PI/TC [acumulados], ff. 110-113).

En este caso, el TC indica que el orden público no debe entenderse como un concepto, carente de contenido, sino que está conformado por un «conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial» (Expediente n.º 0009-2007-PI/TC, Expediente n.º 0010-2007-PI/TC [acumulados], f. 111).

Esta idea va a terminar de evidenciar algunos fundamentos más adelante en la referida sentencia, cuando el TC, al indicar que todo ejercicio de derechos fundamentales que sea contrario a estos bienes constitucionales no puede ser procurado ni promovido; debido a que, en buena cuenta, «el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido de todo derecho fundamental» (Expediente

n.º 0009-2007-PI/TC, Expediente n.º 0010-2007-PI/TC [acumulados], f. 112), lo que causa que el ejercicio de estos deba siempre cautelar el componente del bien común.

El TC concluye señalando que el orden público y el bienestar general, es decir, el bien común por lo ya señalado, son bienes constitucionales que se fundamentan en la justicia y en el desarrollo de la nación, se constituyen así como un deber fundamental del Estado establecido en la Constitución (Expediente n.º 0009-2007-PI/TC, Expediente n.º 0010-2007-PI/TC [acumulados], f. 113).

El TC recurre a la misma definición de orden público antes presentada en la acción de amparo interpuesta por la discoteca Taj Mahal, que fue sancionada por la municipalidad aduciendo aparentes motivos de índole religiosa (Expediente n.º 3283-2003-AA/TC, f. 28). En el desarrollo de esta sentencia, el TC complementa indicando que la noción de orden público se orienta a la realización social de los miembros de un Estado, y alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad (Expediente n.º 3283-2003-AA/TC, f. 28), justifica así la capacidad del Estado para establecer medidas limitativas a la libertad de los ciudadanos en pro de la defensa de bienes comunes como la paz y la seguridad (Expediente n.º 3283-2003-AA/TC, f. 29).

Una vez esclarecida la pluralidad categórica del bien común en el caso peruano, procederemos a formular el posible concepto de bien común que subyace en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

3.2. ¿Qué se entiende por bien común en la perspectiva del TC?

En esta parte intentaremos integrar, desde la justificación que precede, las referencias a las categorías desarrolladas en el punto anterior más aquellas que refieren directamente a la categoría bien común para tratar de reconstruir un concepto latente pero existente en la jurisprudencia constitucional peruana.

Podemos empezar señalando que para el TC el bien común es un deber fundamental del Estado. El TC indica que este deber se hace tangible a través de la protección de los intereses esenciales de las personas y de la sociedad, y requiere la participación de todos sus miembros, de

forma individual o asociativa, para el logro de ese propósito (Expediente n.º 0048-2004-PI/TC, f. 22; Expediente n.º 00012-2019-PI/TC, f. 71; Expediente n.º 0004-2017-PI/TC, f. 23). El primer ámbito en donde se hace tangible es en la procura de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Estas dimensiones componen el norte y el sentido hacia el cual el poder público debe dirigir sus acciones y tareas desde la actividad de sus órganos estatales (Expediente n.º 2939-2004-AA/TC, f. 4; Expediente n.º 0091-2005-PA/TC, f. 9; Expediente n.º 00294-2005-PA/TC, f. 4).

La dignidad humana se constituye como la expresión genérica del bien esencial procurado por el orden constitucional, por ello, para el TC, la dignidad humana es atributo indispensable del bien común, debido a que proporciona el presupuesto ontológico del abanico de valores y bienes que deben ser perseguidos por la comunidad política. Este «bien común» o listado de bienes comunes suelen estar expresados como aquellos derechos fundamentales que nutren el ordenamiento jurídico nacional (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 7) y que permiten expresar los alcances de la igualdad de las personas en la comunidad política, los límites de la soberanía popular y proporcionan puntos de encuentro de los valores de la comunidad política (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 7). Afirmar que la dignidad de la persona es el primer elemento procurado en orden al bien común es admitir que es el primer bien común a todos.

La dignidad resulta siendo expresada en el ordenamiento jurídico a través de un abanico de bienes humanos (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 7) que son la raíz ética de los derechos fundamentales. Por eso, para el TC, el contenido del bien común no solo se reduce a la dignidad, sino que es extensible al conjunto de bienes humanos⁸ que son su expresión

8 Sobre este punto conviene señalar que el TC reconoce la necesidad de que el Estado pueda adoptar medidas paternalistas en pro de la plenitud de los ciudadanos. En la STC n.º 00032-2010-PI, el TC intenta apartarse de la necesidad de justificar un orden moral objetivo que rige la actividad gubernamental y ciudadana, pero al final sí acepta un orden moral público, que se expresa en el orden constitucional, no tiene sentido ni renegar del paternalismo, ni tampoco, consideramos, del perfeccionismo.

y constituyen el acervo común de la comunidad política, «garantizando las condiciones mínimas para la actuación, desarrollo y convivencia armónica del individuo en la sociedad» (Expediente n.º 0004-2017-PI/TC, f. 25); ello permite justificar sus decisiones y se consolida como esa base común desde la cual es posible entablar un diálogo y el consenso político (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 5).

Cuando nos referimos a este conjunto de bienes desde la óptica del TC, no solamente consideramos las dimensiones axiológicas inmateriales más trascendentales, como la libertad o la conciencia; sino que también incluimos los aspectos materiales tangibles que permiten la procura de la dignidad y el bien común. Como señala el TC, el logro de mejores condiciones materiales supone uno de los elementos necesarios para promover el derecho genérico a la plenitud de la vida humana, que no es otra cosa que el resguardo de la dignidad por parte del Estado y la sociedad (Expediente n.º 0048-2004-PI/TC, f. 15).

Un ejemplo relevante es la protección del derecho real de propiedad como elemento indispensable para el logro del bien común, considerando por supuesto las implicancias de su función social. El TC define a la propiedad como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 9), siempre desde la perspectiva que permita responder a su función social (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 5), es decir, al bien común (Expediente n.º 04765-2015-PA/TC, f. 4). Esto no significa que los contornos individuales deben ser suprimidos; sino que deben ordenarse a un bien mayor (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 26; Expediente n.º 00958-2015-PA/TC, f. 27; Expediente n.º 0022-2015-PI/TC, f. 67) que los asume axiológicamente y los integra (Expediente n.º 0090-2004-AA/TC, f. 11).

Este caso es significativo, debido a que el TC desarrolla la idea de que los derechos, sean naturales o positivos, están limitados por el bien común (Expediente n.º 01803-2011-PA/TC, f. 9; Expediente n.º 00684-2010-PA/TC, f. 14; Expediente n.º 00256-2013-PA/TC, f. 2). En la jurisprudencia se reconoce que la propiedad es un derecho «cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana» (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 26); pero a

pesar de esto, no es derecho absoluto, debido a que coexiste con otros derechos fundamentales, principios y valores constitucionalmente protegidos (Expediente n.º 00605-2008-PA/TC, f. 7; Expediente n.º 04105-2014-PA/TC, f. 3; Expediente n.º 0014-2015-PI/TC, f. 47).

De hecho, en la aproximación del TC, esta idea trasciende el derecho a la propiedad y puede ser extensible a toda la gama de derechos fundamentales. El TC señala que «el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido de todo derecho fundamental» (Expediente n.º 0009-2007-PI/TC, Expediente n.º 0010-2007-PI/TC [acumulados], f. 112). Esta afirmación causa una doble dinámica, prohibitiva y promotora. La primera implica que ningún derecho puede oponerse al contenido protegido de otro derecho; y la segunda supone que el Estado pueda establecer límites y deberes, «siempre que no se afecte el contenido esencial de otros derechos fundamentales» (Expediente n.º 0009-2007-PI/TC, Expediente n.º 0010-2007-PI/TC [acumulados], f. 112).

Una adecuada comprensión de las exigencias del bien común permite alejarse de entender los derechos fundamentales desde una valoración exclusivamente subjetiva (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 26). Por ello el TC vincula el contenido del bien común y la actividad prudencial directiva de la autoridad política. El TC señala que la autoridad está llamada a «evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social» (Expediente n.º 0008-2003-AI/TC, f. 26). Este deber también es extensible a toda autoridad con cargo público (Expediente n.º 00006-2018-PI/TC, f. 54).

Desde esta perspectiva, todos los actores estatales deben estar orientados hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política (Expediente n.º 0006-2019-CC/TC, f. 31). Por ello, en el ámbito de la política deben evitarse conductas obstrucionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes políticos (Expediente n.º 00006-2018-PI/TC, f. 56).

En este sentido, la responsabilidad estatal no solo recae en una dimensión promotora, lo que permite que las personas configuren diversas acciones libres y no determinadas, de forma graduable (Expediente

n.º 00021-2010-AI/TC, f. 70), para el logro del bien común (Expediente n.º 00021-2010-AI/TC, f. 69); sino también reguladora (Expediente n.º 00012-2019-PI/TC, ff. 22 y 24). Para la realización de ese objetivo el Estado deberá «emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares» (Expediente n.º 10087-2005-PA/TC, f. 33).

Es a partir de las notas distintivas de la idea de bien común recogidas en la jurisprudencia del TC que podemos esbozar un examen de compatibilidad con respecto a la aproximación desarrollada por Finnis, con el objetivo de nutrir la aproximación doctrinaria en el caso peruano y en otros a los que, por su naturaleza similar, les pueda ser extensible.

4. LOS ASPECTOS ESENCIALES DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA POSTURA DE JOHN FINNIS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

A partir de lo desarrollado, podemos apreciar que las nociones de bien común desarrolladas por Finnis y el TC tienen puntos coincidentes. Con esto no queremos caer en el error de plantear que la propuesta del TC es exactamente igual a la de Finnis; de hecho, el TC no toma como referencia al autor en cuestión en ninguno de sus desarrollos jurisprudenciales, sin embargo, al ser un concepto originado en el seno de la tradición que Finnis representa, podemos ir vislumbrando que ambas perspectivas admiten una compatibilidad en lo esencial, que sumándole el hecho de que no haya mediado influencia alguna por parte del autor en la formulación jurisprudencial, poder identificar su compatibilidad es uno de los aspectos más loables de esta investigación, como hemos justificado en la introducción de este trabajo.

El propósito de esta última parte será identificar y justificar las dimensiones compatibles. Para ello señalaremos cuáles son los puntos clave que John Finnis desarrolla sobre estos ámbitos para plantear el diálogo con los elementos que la jurisprudencia del TC presenta.

4.1. El bien común y el alcance de los derechos

Finnis entiende como derecho, en sentido focal (1992a, pp. 272-273), al conjunto de reglas producidas (2020, pp. 47-48) de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva, aplicables a una comunidad «completa». Estas deberán verse apoyadas por sanciones acordes con las disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, las cuales están dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de la comunidad para la obtención del bien común (Crowe, 2017, p. 115).

El sentido es poder servir a este fin a través de la especificidad normativa, la reducción de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad entre las personas que son parte de la comunidad, entre ellos y con respecto a las autoridades legítimas (Finnis, 1992a, p. 304). Por ello en Finnis el objeto del derecho es el bien común, debido a que este se orienta, a través de sus especificaciones, a su consecución (Girgis y George, 2020, p. 299).

Recordemos que esta idea se encuentra presente en los desarrollos del TC. En la segunda parte pudimos determinar que para el TC el bien común se establece como finalidad de la acción política, donde adoptará formas concretas, a través de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que se traducirán en el abanico de derechos y obligaciones que conforman nuestro ordenamiento. Por lo tanto, el TC considera que el bien común posee un rol rector en la delimitación y el alcance de los derechos, al ser esa justa exigencia, o al final de cuentas, ese fin hacia el cual los derechos tienden.

La vinculación entre el derecho y el bien común ocasiona que, desde la perspectiva de Finnis, las reglas que componen el derecho admitan como contenido los diversos aspectos del bienestar humano (primer sentido de bien común), que se traducen como derechos en sus dimensiones más fundamentales para la vida social. Asimismo, estas reglas determinan las múltiples formas de participación de estos bienes (segundo sentido de bien común), que suelen estar reguladas por la autoridad y terminan permitiendo al mismo tiempo las condiciones (tercer sentido de bien común) que facilitan su razonable consecución (Finnis, 1992a,

p. 239). Considerando esto, para Finnis, el derecho se establece como aquello que permite la coordinación de la comunidad política.

Por lo tanto, se puede sostener que los derechos en Finnis (1992a) están delimitados por los aspectos del bien común, a través de expresiones tales como «moral pública», «salud pública», «orden público» (p. 246).

Del mismo modo, el TC entiende que el bien humano, como contenido del bien común, busca garantizar las condiciones mínimas para la actuación, el desarrollo y la convivencia armónica del individuo en la sociedad. Aquí podemos apreciar dos elementos que se aprecian como compatibles: la idea de condiciones para el perfeccionamiento y la expectativa del logro de la armonía a través del trabajo de coordinación.

Continuando con nuestro examen, Finnis señala que el derecho suele estar expresado a través de dos formas canónicas principales inmediatamente perceptibles: «Todos tienen derecho a...» y «Nadie será...». Estas dos formas permiten la conversión de términos y las conjugaciones adecuadas, para de una forma u de otra, determinar que el complejo mundo de los derechos estará conformado por facultades, pero a su vez por limitaciones.

Finnis (1992a) señala que esta característica en la composición de los derechos y las obligaciones sugiere, a su vez, una especie de diferenciación en la fuerza directiva de los diversos artículos, en donde las normas expresadas de la segunda forma pretenden tener fuerza concluyente, y las normas redactadas de la primera forma solo contemplan una fuerza directiva para el proceso racional en la toma de las propias decisiones (pp. 240-241).

Por ello, no solo lo facultativo se orienta al bien común, sino también el plano de las obligaciones debido a que permiten corregir «los razonamientos prácticos del ciudadano recalcitrante» (Finnis, 1992a, p. 344), quien actúa muchas veces de forma poco razonable (Finnis, 1992a, pp. 289-290). Pero al mismo tiempo las obligaciones permiten un aliciente que brinda una especial fuerza concluyente a los razonamientos prácticos de quienes, en orden al bien común, valoran la autoridad como un bien que los impulsa a estar dispuestos a actuar razonablemente de acuerdo con ella (Finnis, 1992a, p. 344).

De modo muy similar el TC indica que los derechos están limitados por el bien común, por lo que no existen derechos absolutos. En ese sentido, el TC justificaba que se pueden limitar y reducir los alcances de un derecho siempre que medie una razón vinculada a la preservación del bien común. Este criterio es relevante porque evidencia que, para ambas posturas, las restricciones y las obligaciones razonables no se oponen al bien común, sino que lo propician.

Regresando a Finnis (1992a), la actividad de regulación deberá estar supeditada siempre al ejercicio de la razonabilidad, debido a que algunos ámbitos estarán más necesitados de una regulación jurídica que otros, y algunas contravenciones serán más dañosas para el bien común que otras (p. 345). Por ello, para Finnis (2011c), la persona no debe actuar tratando de estimar de forma genérica las necesidades con respecto del bien común, sino que deberá inclinarse a realizar sus compromisos consigo misma y con los demás; ya que el bien común es simplemente el bien de las personas que conviven y dependen unas de otras de maneras que tienden a favorecer el bienestar de cada una y a su vez el bienestar de todas (p. 73).

En este sentido, la sanción, como manifestación de la coactividad del Estado, es un elemento que puede ser razonable, siempre y cuando permita la acción estatal en la búsqueda de protección de los derechos y, por ende, en la promoción del bien común. Es decir, se puede recurrir a ella frente a la indiferencia egoísta o gravemente individualista que entorpezca de forma considerable la procura del florecimiento humano (Finnis, 1992a, p. 290). Es por ello que para Finnis (1992a) las sanciones son una parte importantísima del gran proyecto de ordenar jurídicamente la sociedad (p. 293).

Para Finnis, las normas jurídicas terminan esbozando los contornos del bien común, es decir, los distintos aspectos del bienestar humano; y todas sus exigencias, en el contexto de una comunidad política. Así, los derechos resultarán siendo expresión enfática que promueve una idea que subyace de fondo: «el bienestar de todos y de cada uno, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo momento por los responsables de coordinar la vida común» (Finnis, 1992a, pp. 242-243).

Finnis (2020) se pregunta «¿qué pasa con las leyes que, en la forma de postular o en el contenido, se hacen sin preocupación, o [...] sin respeto, por el bien común [...]?» (p. 52). Para el autor, este tipo de normas, al adolecer de contenido moral, pierden el elemento de su obligatoriedad. Si bien es cierto, mantiene la formalidad puramente legal, al no versar sobre un bien propiamente no puede obligar razonablemente, dejando así de ser una razón para la acción (pp. 52-54).

Del mismo modo, una ley que no ordena al bien común no es verdaderamente jurídica; por lo que el proceso legislativo no debe entenderse «como un mero juego o técnica, sino un acto moralmente significativo que, como todas las demás opciones de actuar, será totalmente razonable solo si está en línea con la realización humana integral» (Finnis, 2011d, pp. 251-252). Si no se atiende a este elemento, se podría ocasionar que los ordenamientos jurídicos se vuelvan instancias que suministren una vía fácil para cambios sociales destructivos (Finnis, 2017b, p. 14), y se terminaría por generar un conjunto de condiciones contrarias al bienestar común.

De forma parecida, aunque bastante más sucinta, el TC exhorta a las autoridades políticas a la responsabilidad permanente de evaluar qué contextos requieren su intervención o abstención de cara al bien común; e indica que deben evitarse conductas obstrucionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes políticos.

4.2. El bien común, los alcances del gobierno y el sentido del Estado

Ana Martha González (2006) señala que tanto el derecho como la política, al ser dos ámbitos del saber preocupados por la justicia, tienen su vista en el bien común, ya que son diversas las relaciones de justicia que surgen de la vida en común, por lo que son indispensables para garantizar su adecuado ordenamiento de forma razonable como tarea protagónica del legislador y del político (pp. 273-274), que requiere un trabajo discursivo y deliberativo permanente.

En una línea muy similar, podemos iniciar afirmando que para Finnis el derecho se constituye como un marco de referencia en la consecución

del bien común. Pero sus dimensiones facultativas y obligatorias implican no solo a los ciudadanos, sino, sobre todo, a la autoridad política. Esto causa que pueda exigir obediencia; pero al mismo tiempo obliga a dirigir persiguiendo el bien común de la comunidad (Finnis, 1992a, p. 345). Los gobernantes son los responsables de velar por la plenitud de la comunidad política.

Este mismo criterio se halla presente en la perspectiva del TC en dos momentos. Primero, cuando establece que el bien común es un deber del Estado; y segundo, cuando establece que el bien común se extiende como criterio en la toma de decisiones de todo funcionario público. Esto evidencia que en ambas posturas los actores estatales deben estar orientados hacia la consecución del bien común, como *telos* de la política.

Para Finnis (1992a), será necesario que su autoridad sea ejercida de una manera legítima, que esté conforme con el imperio del derecho, que encarne las exigencias de la justicia y el propósito firme de promover un bien común, del cual el respeto del derecho es un componente fundamental (p. 58). Por esta razón Finnis (1992a) afirma que en la noción de autoridad reside subyacentemente el término bien común, debido a que el ejercicio de la autoridad debe favorecerlo en todo momento (p. 243). El ejercicio de la autoridad puede plasmarse como derecho o como obligación; pero, en todo caso, para ambas dimensiones este concepto lleva anclada así la referencia teleológica al bien común. Esta idea también estará presente en el desarrollo jurisprudencial del TC.

Para Finnis (1992a), la autoridad no solo se establece como una necesidad en las comunidades de altas carencias cooperativas, sino que principalmente debe darse en aquellas que son más perfectas y más complejas (p. 261). Finnis (1992a) explica que mientras haya un mayor compromiso sostenido y consciente de los miembros con el logro de la finalidad cooperativa, estarán permanentemente

buscando formas nuevas y mejores de lograr el bien común, de coordinar la acción de los miembros, de cumplir su propio rol —y *con ello*— encontrará tales formas nuevas y mejores, y quizás no solo una, sino muchas formas posibles y razonables. (p. 262)

Por lo tanto, la noción de autoridad política finnisiana posee un alto grado de relevancia en los procesos deliberativos políticos y sus dificultades. Para el autor, en materia de decisiones comunitarias «hay, en último término, solamente dos maneras de hacer una elección [...] hacia [...] el bien común de cualquier grupo. Debe haber o bien unanimidad o bien autoridad. No hay otras posibilidades» (Finnis, 1992a, p. 262).

Es por ello que el derecho y sus concretas direcciones expresadas a través de la autoridad competente buscan establecer, mediante estipulaciones dotadas de obligatoriedad, criterios razonables que sean al mismo tiempo vinculantes (George, 2009, pp. 54-55); de esta forma generan razones excluyentes⁹ para el proceso deliberativo de los miembros de la comunidad, permiten trascender las dificultades de la unanimidad y unifican las decisiones en su rol protagónico delegado (Finnis, 1992a, pp. 177 y 263) de conducir a la comunidad política (Finnis, 1992a, p. 278).

Como último punto, cabe señalar que en Finnis la responsabilidad en la búsqueda del bien común por parte de la autoridad no comprende todos los elementos del bien común de esa omnicomprensiva comunidad, sino solo aquellos que él denomina como bien público, que incluyen aquellos bienes altamente relevantes para hacer posible la vida común (Finnis, 2011b, p. 108). Pero ¿por qué no debería usar el Estado sus poderes públicos y la pedagogía coercitiva de la ley para exigir de todos los ciudadanos los actos y las abstenciones que les permitan avanzar en el itinerario de la virtud completa?

Finnis (1998) explicará que procurar este tipo de intervenciones puede causar efectos más perjudiciales que beneficiosos. El profesor australiano rechaza la idea de que el gobierno pueda tener alguna obligación de imponer su autoridad sobre asuntos que conciernen a la vida estrictamente privada de la persona, se deben dejar esos asuntos a la conciencia propia; o, en su caso, a Dios (p. 222). En este contexto,

9 Cuando mencionamos «razones excluyentes», nos referimos a criterios que delimitan la multiplicidad de formas que tenemos de procurar el bien, que se constituyen como maneras de alcanzar el bien, que permiten descartar una serie de formas de alcanzar el bien, con el propósito de mejorar la coordinación política y alcanzar el bien común.

no todas las conductas que sean contrarias al bienestar humano general deben ser prohibidas o sancionadas, debido a que la consecución del bien común público solo debe intervenir en aquellas conductas que resulten realmente perniciosas para la vida social (Finnis, 2011a, p. 93).

Por esa razón, los gobernantes solo tienen la función de representar a las personas en el ejercicio de las labores coordinativas propias de la política, donde la obligación de los sujetos a obedecer no se dirige en estricto a subordinarse a los propios gobernantes, sino al propósito que tiene la autoridad como bien, para sí misma y para los demás; que no es otra cosa que permitir el bien común (Finnis, 1998, p. 264), donde el rol del gobierno es principalmente *instrumental* para el logro de la justicia, el orden y la paz (Finnis, 2011a, p. 113).

Si retomamos lo señalado por el TC, podemos advertir una nueva semejanza. Para el TC, el interés público es otra forma de referirse al bien común, que, siendo un principio de la organización política y jurídica del país, actúa para establecer los marcos de acción del Estado y la comunidad política, e indica en qué escenarios conviene prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir, anular o incluso abstenerse de intervenir, la autoridad está así en una permanente dinámica de reflexión prudencial.

4.3. El bien común y la armonización de intereses individuales y colectivos

George Duke (2017) señala que abordar una noción de autoridad y bien común como la presentada en Finnis exhibe una cualitativa ventaja para la reconciliación de dos aspectos aparentemente opuestos: el bien de los individuos y el de la autoridad (p. 385). En una línea argumentativa similar Joseph Raz (1994) considera que la promoción del respeto al bien común es el suelo que sostiene las libertades individuales (p. 52).

Y es que «cuando hablamos del hombre y de la sociedad, de bien personal y de bien común, no hablamos de dos sujetos ni de dos bienes separables, externos y ajenos uno del otro» (Rivas, 2023, p. 9). Por ello, para Alfredo Cruz (2015), «lo privado puede hacerse común en el marco de diversas comunidades, asociaciones y formas sociales en general»

(p. 249); por lo tanto, resultaría erróneo enfocar las libertades y los derechos del ciudadano como ámbitos que el bien común constriñe, sino, por el contrario, deberán enfocarse como aspectos constitutivos de este (George, 2002, p. 92).

Siguiendo ese mismo itinerario argumentativo, podemos identificar una marcada preocupación en Finnis por señalar que el ejercicio de la autoridad estará limitado por la búsqueda de un bien estrictamente público, en cuanto a su contenido y sus condiciones. La otra cara de esta exigencia está vinculada a permitir, y en algunos casos promover, el ejercicio de la autonomía en cuestiones que no ameriten la intervención autoritativa del gobierno.

Como ya hemos señalado en la primera parte, para Finnis (1992a) el bien común no puede comprenderse fuera del bien de los individuos, por lo que la autonomía resultaría un bien que ha de protegerse y respetarse como una exigencia de justicia (p. 199). En ese sentido, su defensa supone una forma de contribución al bien común (Finnis, 1992a, p. 282). De hecho, es imposible la participación de lo público sin partir desde la propia dimensión individual; aunque lo privado y lo público sean diferentes, no son dos conceptos absolutamente separados, y menos en el ámbito de los bienes humanos (Wolfe, 2006, p. 192).

Aquí podemos identificar un primer aspecto de coincidencia con el criterio del TC, debido a que este último indica que el bien común, como deber fundamental del Estado, exige la protección de intereses esenciales de las personas y de la sociedad. Es evidente que no será factible responder de manera adecuada a los intereses personales, si es que no se considera como un elemento importante del bien común las dimensiones individuales del ciudadano. En las dos perspectivas, la protección de la esfera individual es clave.

Vamos a ver que esto puede reforzarse con la idea de que, para el TC, la autoridad debe reflexionar permanentemente sobre qué escenarios conviene prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir, anular o incluso abstenerse de intervenir. Esto evidencia que es necesaria para el bien común, la existencia de una esfera de autonomía individual, que no sea responsabilidad de la autoridad.

Finnis entiende que la protección de la autonomía, en el fondo, es una protección de la razonabilidad práctica. La propia búsqueda de los bienes y el valor de alcanzarla mediante procesos deliberativos racionales; además de su posibilidad de compartirla por medio de la libre discusión son también componentes de un auténtico bien humano (Finnis, 2011d, p. 310). Pero afirmar que estamos facultados para ejercer autonómicamente la búsqueda del bien no supone que lo hagamos de cualquier modo, y menos de manera irracional; o que con esto necesariamente se admita la idea de que la no regulación faculta de forma automática la presencia de un derecho en sentido estricto (George, 2002, p. 119).

Finnis (2011a) admite que en la comunidad política pueden darse manifestaciones de la autonomía que pueden perjudicar al bien común de la sociedad (p. 184); por ello será necesario que el ejercicio de la autonomía se proteja, pero, al mismo tiempo, que exista un itinerario prudencial en la comunidad política que permita la selección de algunas concepciones de bien y el rechazo de otras, a través de una serie de restricciones razonables a las actividades de todos, que permitan el bien común (Finnis, 1992a, p. 249).

En este punto, podemos identificar una nueva coincidencia con la perspectiva del TC. Como hemos visto, el bien común o el bienestar general, que es un deber del Estado, también se hace extensible como deber de sus ciudadanos; por lo que se puede expresar como exigencia de las personas naturales y jurídicas que las obliga a contribuir en la realización del bien común. Por lo tanto, para ambas aproximaciones, el ejercicio de autonomía no puede ser irracional sino razonablemente orientado al bien común.

Esto no puede entenderse como un menoscabo a nuestra autonomía, sino por el contrario deberá comprenderse como la determinación necesaria para poder desplegarnos integralmente, es decir, desde nuestra dimensión personal y comunitaria. Por ello, en Finnis (1998), la relación entre autonomía y bien común estrecha sus dimensiones en el derecho de todas las personas a vivir en armonía, en donde la cautela tanto de lo público como de lo privado resultan relevantes (pp. 251-252).

Desde esta idea, la posibilidad de la intervención coercitiva y correctora del Estado y la autoridad no es un constreñimiento externo,

sino se justifica como razonable en orden a la cautela del bien común, que supone al mismo tiempo la persecución del propio bien (Finnis, 2011c, p. 93).

Estas restricciones no podrán realizarse de manera insensata, sino que debe cautelarse una responsabilidad general de mostrar tanto cuidado y preocupación por el bienestar de otra gente como el que mostramos por el propio (Finnis, 1992a, p. 311). Esta idea de imparcialidad, contenida en el pensamiento de Finnis (1992a), busca que se aliente con el mismo esmero la búsqueda de bienes en todos los miembros de la comunidad, debido a que dependemos unos de otros para la consecución de nuestro bienestar (pp. 322-323).

Por lo tanto, en Finnis podemos identificar que el bien común se encuentra en función del individuo humano, pero no promoviendo una estructura individualista, sino que asume la óptica de un verdadero bienestar humano, que tiene manifestaciones individuales y colectivas que lo componen; y que, en ambos escenarios, este se ordena a la plenitud humana y su florecimiento. Esta aproximación nos permite abordar la cuestión considerando que el bien común es también un bien propio, cuestión que va a fortalecer la participación de los ciudadanos en contribuir activamente a la promoción del bien público; donde a final de cuentas el bien común no es un bien de «otros» sino el bien de todos, incluido el propio.

5. CONCLUSIONES

1. Una de las principales complicaciones de una identificación clara del bien común es la diversidad categorial que ha emergido en el último tiempo, que causa que su identificación se haga compleja. Esta situación afecta a las democracias y a los ordenamientos constitucionales, donde la realidad del TC también se ve impactada. En la jurisprudencia del TC se maneja una pluralidad de categorías, que si bien no equipara de manera absoluta el concepto de bien común a las categorías de interés público, bienestar general y orden público, establece conexiones y relaciones entre ellas que les permite tratarlas de manera análoga.

2. A partir de nuestro análisis se ha logrado identificar que el concepto de bien común finnisiano estaría conformado por un estrato complejo que contiene los bienes humanos básicos; las exigencias de la razonabilidad práctica y las condiciones que favorezcan la realización del desarrollo personal o el florecimiento de cada individuo en la comunidad. A su vez, se ha identificado que, a pesar de la pluralidad terminológica, el TC entiende el bien común como un imperativo fundamental del Estado que persigue la protección de los intereses esenciales de las personas y la sociedad. Este deber, fundado en la dignidad, se expresa a través de un conjunto de bienes humanos, tanto materiales como inmateriales, que constituyen la base común para la convivencia armoniosa, que se manifiesta en el ordenamiento jurídico a través de derechos fundamentales que nutren la igualdad, los límites de la soberanía popular y los valores de la comunidad política.
3. A partir de nuestro examen de compatibilidad, hemos descubierto que la propuesta del bien común de la jurisprudencia constitucional es compatible con la aproximación de Finnis, y hemos podido identificar por lo menos tres tópicos esenciales que pueden justificar su mutua vinculación:
 - a) Ambas perspectivas y visiones sostienen que el bien común desempeña un papel central en la delimitación y la regulación de los derechos en el ordenamiento jurídico. Ambas reconocen que el bien común proporciona un marco rector para comprender la extensión y las responsabilidades de los derechos, y evidencian que los derechos no se deben entender como absolutos, si no están ordenados por la promoción y la protección del bien común.
 - b) De igual modo, las dos aproximaciones concuerdan en valorar que la autoridad política y el Estado tienen la responsabilidad de buscar y promover el bien común. Aunque este deber es protagónico de la autoridad, esta exigencia no solo se restringe al ámbito de la autoridad popular, sino que también se extiende a todos los funcionarios públicos. Para responder a ese deber, la autoridad debe ejercerse de manera legítima, conforme al imperio del derecho y, sobre todo, cautelando las exigencias de la justicia y promoviendo activamente el bien común de la comunidad política.

c) Por último, ambas nociones suscriben una visión armónica entre los intereses individuales y colectivos en la búsqueda del bien común. Finnis y el TC reconocen la necesidad de proteger la autonomía individual, entendida como uno de los tantos atributos y contribuciones al bien común. Pero, a su vez, se deberá enfatizar la existencia de límites razonables para garantizar que las acciones individuales no perjudiquen el bien común. En ese sentido, todo bien debe protegerse y respetarse, siempre y cuando su procura esté orientada de manera razonable hacia la consecución del bien común.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ESPECÍFICAS DE JOHN FINNIS

- Finnis, J. (1983). *Fundamental of ethics*. Georgetown University Press.
- Finnis, J. (1992a). *Ley natural y derechos naturales* (C. Orrego, trad.). Abeledo-Perrot.
- Finnis, J. (1992b). *Absolutos morales: tradición, revisión y verdad* (J. García, trad.). EUNSA.
- Finnis, J. (1996). Is natural law theory compatible with limited government? En R. P. George (ed.), *Natural law, liberalism, and morality* (pp. 1-26). Clarendon Press.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas: Moral, political and legal theory*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2001). Reason, faith and homosexual acts. *The Catholic Social Science Review*, 6, 61-69. <https://doi.org/10.5840/cssr200166>
- Finnis, J. (2011a). *Human rights & common good* (vol. III). Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011b). *Intention & identity* (vol. II). Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011c). *Philosophy of law* (vol. IV). Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011d). *Reason in action* (vol. I). Oxford University Press.

- Finnis, J. (2017a). Aquinas and natural law jurisprudence. En G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge companion to natural law jurisprudence* (pp. 17-56). Cambridge University Press.
- Finnis, J. (2017b). *Estudios de teoría del derecho natural* (C. Massini y J. Saldaña, eds.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Finnis, J. (2020). The nature of law. En J. Tasioulas (ed.), *The Cambridge companion to the philosophy of law* (pp. 38-58). Cambridge University Press.

REFERENCIAS

- Angier, T. (2019). Prospects for natural law ethics in the twenty-first century. En T. Angier (ed.), *The Cambridge companion to natural law ethics* (pp. 297-317). Cambridge University Press.
- Aquino, T. (1989). *Suma de Teología II. Parte I-II* (A. Martínez *et al.*, trads.). Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aquino, T. (1990). *Suma de Teología III. Parte II-II (a)* (O. Calle y L. Jiménez, trads.). Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aquino, T. y Alvernia, P. (2001). *Comentario a la «Política» de Aristóteles* (A. Mallea, trad.). Ediciones Universidad de Navarra.
- Aristóteles (1988). *Política* (M. García, trad.). Gredos.
- Bradley, G. V. (2017). Natural law theory and constitutionalism. En G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge companion to natural law jurisprudence* (pp. 397-427). Cambridge University Press.
- Castaña, S. R. (2020). El bien común político en «Natural Law and Natural Rights» en cotejo doctrinal con el tomismo. *Persona y Derecho*, 83, 611-635. <https://doi.org/10.15581/011.83.011>
- Chávez-Fernández, J. C. (2023). Dignidad humana e injusticia extrema. Un ejercicio de diálogo de tradiciones en la Filosofía del derecho. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (48), 36-59. <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25530>

- Crowe, J. (2017). Metaphysical foundations of natural law theories. En G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge companion to natural law jurisprudence* (pp. 103-130). Cambridge University Press.
- Cruz, A. (2015). *Ethos y polis: base para la reconstrucción de la filosofía política*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Duke, G. (2017). Common good. En G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge companion to natural law jurisprudence* (pp. 369-396). Cambridge University Press.
- Fisher, A. (2013). Bioethics after Finnis. En R. P. George y J. Keown (eds.), *Reason, morality and law: The philosophy of John Finnis* (pp. 269-289). Oxford University Press.
- Garzón, I. (2013). Bien común, pluralismo y derechos. En J. B. Etcheverry (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales* (pp. 141-160). Universidad Nacional Autónoma de México.
- George, R. P. (2002). *Para hacer mejores a los hombres: libertades civiles y moralidad pública*. Ediciones Internacionales Universitarias.
- George, R. P. (2009). *Entre el derecho y la moral* (J. Izquierdo, trad.). Pontificia Universidad Javeriana.
- Girgis, S. y George, R. P. (2020). Civil rights and liberties. En J. Tasioulas (ed.), *The Cambridge companion to the philosophy of law* (pp. 291-312). Cambridge University Press.
- Gómez-Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos. Ética de la ley natural* (A. Carrasco, trad.). Mediterráneo.
- González, A. M. (2006). *Moral, razón y naturaleza: una investigación sobre Tomás de Aquino*. Eunsa.
- Green, L. (2013). The nature of limited government. En R. P. George y J. Keown (eds.), *Reason, morality and law: The Philosophy of John Finnis* (pp. 186-203). Oxford University Press.

- Herrera, D. A. (2013). El derecho en la tradición central de occidente y el proceso de su desnaturalización. *Prudentia Iuris*, (76), 15-32. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3161>
- Hittinger, R. (1987). *A critique of the new natural law theory*. University of Notre Dame Press.
- Keys, M. (2006). *Aquinas, Aristotle, and the promise of the common good*. Cambridge University Press.
- Lisska, Anthony J. (1997). *Aquinas's theory of natural law: An analitic reconstruction*. Clarendon Press.
- MacIntyre, A. (2017). *Ética en los conflictos de la modernidad* (D. Cerdá, trad.). Ediciones Rialp.
- Massini, C. I. (1998). *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Moore, M. (1992). Law as a functional kind. En R. P. George (ed.), *Natural law theory: contemporary essays* (pp. 188-242). Oxford University Press.
- Murphy, M. (2009). *Natural law in jurisprudence and politics*. Cambridge University Press.
- Núñez, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (6), 245-260. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2213>
- Orrego, C. (2015). Iusnaturalismo contemporáneo. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 1). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Pereira, C. (2008). *La autoridad del derecho. Un diálogo con John M. Finnis*. Comares.
- Pereira, C. (2013). Sobre la incommensurabilidad de los bienes básicos en J. Finnis. En J. Etcheverry (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales* (pp. 43-56). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3280/6.pdf>

- Poole, D. (2008). Bien común y derechos humanos. *Persona y Derecho*, (59), 97-133.
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas* (J. Ruiz Manero, trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the public domain*. Clarendon Press.
- Rivas, P. (2023). Bien común clásico y Estado. *Díkaion*, 32(1), e3217. <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.7>
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (t. III). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Rubio, M. (2011). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (2.^a ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Tollefson, C. (2013). Pure perfectionism and limits of paternalism. En R. P. George y J. Keown (eds.), *Reason, morality and law: The Philosophy of John Finnis* (pp. 204-218). Oxford University Press.
- Vermeule, A. (2022). *Common good constitutionalism: Recovering the classical legal tradition*. Polity Press.
- Witker, J. A. (2022). *Metodología de la investigación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6818-metodologia-de-la-investigacion-juridica>
- Wolfe, C. (2006). *Natural law liberalism*. Cambridge University Press.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (Excepciones preliminares y fondo) (2004). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Corte Interamericana de Derechos Humanos (13 de noviembre de 1985).

La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86. Corte Interamericana de Derechos Humanos (9 de mayo de 1986).

Expediente n.º 0008-2003-AI/TC (2003). Tribunal Constitucional (11 de noviembre de 2003). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Expediente n.º 3283-2003-AA/TC (2004). Tribunal Constitucional (15 de junio de 2004). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>

Expediente n.º 0090-2004-AA/TC (2004). Tribunal Constitucional (5 de julio de 2004). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

Expediente n.º 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados) (2004). Tribunal Constitucional (27 de septiembre de 2004). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.pdf>

Expediente n.º 2939-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (13 de enero de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02939-2004-AA.html>

Expediente n.º 0091-2005-PA/TC (2005). Tribunal Constitucional (18 de febrero de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.html>

Expediente n.º 0048-2004-PI/TC (2005). Tribunal Constitucional (1 de abril de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Expediente n.º 3361-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (12 de agosto de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03361-2004-AA.pdf>

Expediente n.º 008-2005-PI/TC (2005). Tribunal Constitucional (12 de agosto de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

Expediente n.º 00294-2005-PA/TC (2006). Tribunal Constitucional (25 de mayo de 2006). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00294-2005-AA.pdf>

Expediente n.º 0009-2007-PI/TC, Expediente n.º 0010-2007-PI/TC (acumulados) (2007). Tribunal Constitucional (29 de agosto de 2007). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00009-2007-AI%200010-2007-AI.html>

Expediente n.º 10087-2005-PA/TC (2007). Tribunal Constitucional (18 de diciembre de 2007). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>

Expediente n.º 00605-2008-PA/TC (2009). Tribunal Constitucional (28 de enero de 2009). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00605-2008-AA.pdf>

Expediente n.º 00032-2010-PI (2011). Tribunal Constitucional (19 de julio de 2011). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html>

Expediente n.º 01803-2011-PA/TC (2011). Tribunal Constitucional (3 de octubre de 2011). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01803-2011-AA.pdf>

Expediente n.º 00684-2010-PA/TC (2012). Tribunal Constitucional (9 de marzo de 2012). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00684-2010-AA.html>

Expediente n.º 00021-2010-AI/TC (2012). Tribunal Constitucional (20 de marzo de 2012). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00021-2010-AI.html>

Expediente n.º 05608-2013-PA/TC (2014). Tribunal Constitucional (16 de abril de 2014). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/05608-2013-AA.html>

Expediente n.º 00256-2013-PA/TC (2016). Tribunal Constitucional (19 de abril de 2016). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00256-2013-AA.pdf>

Expediente n.º 03747-2013-PA/TC (2016). Tribunal Constitucional (1 de julio de 2016). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/03747-2013-AA.pdf>

Expediente n.º 04105-2014-PA/TC (2017). Tribunal Constitucional (21 de noviembre de 2017). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04105-2014-AA.pdf>

Expediente n.º 04765-2015-PA/TC (2018). Tribunal Constitucional (24 de enero de 2018).

Expediente n.º 00006-2018-PI/TC (2018). Tribunal Constitucional (6 de noviembre de 2018). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00006-2018-AI.pdf>

Expediente n.º 0022-2015-PI/TC (2019). Tribunal Constitucional (11 de junio de 2019). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00022-2015-AI.pdf>

Expediente n.º 0014-2015-PI/TC (2019). Tribunal Constitucional (10 de septiembre de 2019). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00014-2015-AI.pdf>

Expediente n.º 0006-2019-CC/TC (2020). Tribunal Constitucional (14 de enero de 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00006-2019-CC.pdf>

Expediente n.º 0018-2015-PI/TC (2020). Tribunal Constitucional (5 de marzo de 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00018-2015-AI.pdf>

Expediente n.º 0004-2017-PI/TC (2020). Tribunal Constitucional (12 de mayo de 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00004-2017-AI.pdf>

Expediente n.º 00012-2019-PI/TC (2020). Tribunal Constitucional (16 de junio de 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2019-AI.pdf>

Expediente n.º 00958-2015-PA/TC (2021). Tribunal Constitucional (9 de febrero de 2021). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00958-2015-AA%20Resolucion.pdf>

Financiamiento

El artículo ha sido financiado como parte del trabajo del grupo de investigación «Filosofía del Derecho y Razonamiento Jurídico» de la Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú).

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

Agradezco al Dr. José Carlos Chávez-Fernández Postigo, profesor principal de la Universidad Católica San Pablo, por su acompañamiento y dirección en la elaboración de esta investigación orientada a la obtención del grado profesional en la referida universidad. Asimismo, agradezco los comentarios y los aportes de mis compañeros del grupo de investigación de «Filosofía del Derecho y Razonamiento Jurídico» de esta misma casa de estudios.

Biografía del autor

Alonso Ramiro Begazo Cáceres es máster en Filosofía por la Universidad Católica San Antonio de Murcia, España; orientado a la investigación en Filosofía del Derecho y en Filosofía Política. Máster en Dirección Estratégica de Recursos Humanos en la Universidad CEU San Pablo, España. Bachiller en Derecho por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Profesor de los cursos de Derecho Natural y Teoría del Derecho en la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Correspondencia

arbegazo@ucsp.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 225-261

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1052

Racionalidad limitada y sesgos cognitivos judiciales. Sobre el deber de juzgar sin sesgos cognitivos

Limited rationality and judicial cognitive biases: On the duty to
judge without cognitive biases

Racionalidade limitada e vieses cognitivos judiciais. Sobre o
dever de julgar sem vieses cognitivos

JULIO CÉSAR SANTA CRUZ CAHUATA
Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa
(Arequipa, Perú)
Contacto: csanta@unsa.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7810-0197>

RESUMEN

Este trabajo presenta una aproximación general al problema de la racionalidad de la decisión judicial en un contexto de racionalidad limitada por sesgos; en concreto, pretendemos dar respuesta a la pregunta de si los jueces tienen el deber de juzgar sin sesgos cognitivos. A pesar de la trascendencia práctica de la cuestión, no existen disposiciones jurídicas, o estudios, que expresamente la resuelvan. Sostengo que existe un deber *jurídico* institucional de diseñar el sistema de justicia que mitigue el riesgo de sesgos cognitivos en las decisiones judiciales; pero los jueces tienen un deber *deontológico* de implementar medidas para manejar el riesgo de que sus decisiones sean afectadas por estos. Argumento, en primer lugar, que los límites a la racionalidad humana no eliminan la posibilidad de que los jueces adopten decisiones jurídicas racionales, pues la racionalidad es contextual y en el ámbito jurídico es posible delimitar

el objeto de la decisión y la información relevante, para demarcar sus variables; las limitaciones al juicio racional provienen, principalmente, del contexto interno, de rasgos del pensamiento humano, entre los que destacan los sesgos cognitivos. En segundo lugar, el derecho a ser juzgado racionalmente fundamenta el deber de los jueces de juzgar racionalmente; sin embargo, de ello no se sigue de forma obligatoria que los jueces tengan el deber de juzgar sin sesgos cognitivos, pues la existencia del deber y su alcance depende de condiciones adicionales. En tercer lugar, que el estado actual del contexto científico y cultural hispanoamericano no permite sostener el deber *jurídico* de los jueces, individualmente considerados, de implementar medidas de control de sesgos cognitivos; pero sí su deber deontológico. Sí existen las condiciones para afirmar el deber estatal de diseño institucional tendiente al control de sesgos judiciales.

Palabras clave: derecho a un juicio racional; imparcialidad judicial; racionalidad limitada; sesgos cognitivos; responsabilidad; deber deontológico.

Términos de indización: derecho a la justicia; procedimiento legal; racionalismo; cognición; responsabilidad; deontología (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

This article provides a general approach to the problem of judicial decision-making rationality in a context of limited rationality due to biases; specifically, it seeks to answer the question of whether judges have a duty to adjudicate without cognitive biases. Despite the practical importance of this issue, there are no legal provisions or studies that explicitly address it. I argue that there is an institutional *legal* duty to design a justice system that mitigates the risk of cognitive biases in judicial decisions; however, judges have a *deontological* duty to implement measures to manage the risk of their decisions being affected by such biases. I argue, first, that the limitations of human rationality do not preclude the possibility of judges making rational legal decisions, as rationality is contextual, and in the legal domain, it is possible to delimit the subject matter of the decision and the relevant information to define its variables. The limitations to rational judgment primarily stem from internal contexts, particularly from characteristics of human thought, such as cognitive biases. Second,

the right to a rationally reasoned judgment underpins the duty of judges to adjudicate rationally; however, this does not necessarily imply that judges are obligated to adjudicate without cognitive biases, as the existence and scope of this duty depend on additional conditions. Third, the current state of the scientific and cultural context in Hispanic America does not support the notion of an individual *legal* duty for judges to implement measures to control cognitive biases; however, it does support their deontological duty. Furthermore, there are sufficient grounds to assert the state's duty to engage in institutional design aimed at controlling judicial biases.

Key words: right to a rational trial; judicial impartiality; limited rationality; cognitive biases; responsibility; deontological duty.

Indexing terms: right to justice; legal procedure; rationalism; legal procedure; cognition; responsibility; deontology (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo apresenta uma abordagem geral para o problema da racionalidade da tomada de decisões judiciais em um contexto de racionalidade limitada por vieses; em particular, procuramos responder à questão de saber se os juízes têm o dever de julgar sem vieses cognitivos. Apesar da importância prática da questão, não há disposições jurídicas ou estudos que a abordem expressamente. Defendo que há um dever *jurídico* institucional de projetar o sistema de justiça para mitigar o risco de vieses cognitivos nas decisões judiciais; mas os juízes têm um dever *deontológico* de implementar medidas para gerenciar o risco de suas decisões serem afetadas por vieses cognitivos. Argumento, em primeiro lugar, que os limites à racionalidade humana não eliminam a possibilidade de os juízes adotarem decisões jurídicas racionais, uma vez que a racionalidade é contextual e, na esfera jurídica, é possível delimitar o objeto da decisão e as informações relevantes, de modo a demarcar suas variáveis; as limitações ao julgamento racional decorrem principalmente do contexto interno, de características do pensamento humano, dentre as quais se destacam os vieses cognitivos. Em segundo lugar, o direito de ser julgado racionalmente sustenta o dever dos juízes de julgar racionalmente;

no entanto, não se segue necessariamente que os juízes tenham o dever de julgar sem vieses cognitivos, pois a existência do dever e seu escopo dependem de condições adicionais. Em terceiro lugar, que o estado atual do contexto científico e cultural hispano-americano não nos permite sustentar o dever *jurídico* dos juízes, individualmente considerados, de implementar medidas para controlar os vieses cognitivos; mas nos permite sustentar seu dever deontológico. Existem condições para afirmar o dever do Estado de projetar instituições para controlar a parcialidade judicial.

Palavras-chave: direito a um julgamento racional; imparcialidade judicial; racionalidade limitada; vieses cognitivos; responsabilidade; dever deontológico.

Termos de indexação: direito à justiça; procedimento legal; racionalismo; cognição; responsabilidade; deontologia (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 20/9/2024

Revisado: 24/9/2024

Aceptado: 29/11/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

La incidencia de los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales tiene una importancia especial. Los sesgos influyen en la (in)justicia de la decisión. En este contexto se plantea la pregunta: ¿tienen los jueces el deber de juzgar sin sesgos cognitivos?

La respuesta es trascendental porque de ella dependen cuestiones prácticas relevantes. Así, por ejemplo, si se considera que se trata de un deber jurídico y el juez lo infringe, podría plantearse la posibilidad de aplicación de sanciones, de impugnación de la decisión por esta causa, etc. Sin embargo, no existen, por lo menos en el ámbito hispanoamericano, disposiciones jurídicas que establezcan específicamente este deber, tampoco existen trabajos académicos referidos concretamente a este tema¹.

1 Solo recientemente y aún de forma aislada, en la jurisprudencia nacional se ha afirmado que los sesgos cognitivos apartan al juez de la racionalidad en sus decisiones

En el presente trabajo doy respuesta a esta interrogante. Para ello, he planteado los siguientes objetivos: en primer lugar, precisar los límites humanos para juzgar razonablemente y si ello incide en la posibilidad de la decisión judicial racional (2). En segundo lugar, determinar si, desde la perspectiva del Estado constitucional, el derecho a ser juzgado razonablemente tiene como su correlato el deber de los jueces de juzgar razonablemente, y si ellos fundamentan el deber jurídico de juzgar sin sesgos cognitivos (3). En tercer lugar, delimitar el deber judicial (individual e institucional) frente a los sesgos cognitivos, precisando su contenido y su estatuto normativo (4). En conjunto, estos objetivos apuntan a uno de mayor alcance: la construcción y esclarecimiento de instrumentos normativos que coadyuven eficazmente a la solidez de la administración de justicia por el Poder Judicial, como institución fundamental para la paz y la justicia social.

Sigo una metodología reconstructiva. Tomando en cuenta las limitaciones a la racionalidad de las decisiones, planteadas por H. A. Simon, que se complementan con los sesgos cognitivos, según el enfoque de heurísticas y sesgos de Kahneman y colegas, pretendo definir cuál es el alcance de la normatividad sobre los deberes judiciales, individuales e institucionales, frente a los sesgos cognitivos. Adopto el método argumentativo. El enfoque corresponde a la teoría general del derecho, no es un estudio dogmático; solo referencialmente nos aproximamos a alguna normatividad española y peruana.

2. RACIONALIDAD LIMITADA, SESGOS COGNITIVOS Y DECISIÓN JUDICIAL RACIONAL

El derecho de las personas a ser juzgadas razonablemente y el correlativo deber de los jueces de juzgar con racionalidad resultan afectados cuando

y sus argumentaciones, por lo que tiene el deber jurídico de evitarlos. En efecto, en el Recurso de Nulidad n.º 760-2020-Lima, del 5 de abril de 2021, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú sostiene que «**los jueces [...] deben sustentar sus decisiones en razones normativas y fácticas relevantes para cada caso [...] Ello también significa que, en el razonamiento de sus decisiones, no deben incurrir en sesgos o heurísticas** [énfasis añadido]» (f. 3).

el juicio está influenciado por sesgos cognitivos: el sesgo genera un conocimiento erróneo y conduce a decisiones irracionales.

La psicología cognitiva afirma que, debido al diseño de nuestra maquinaria cognitiva, las personas normalmente incurrimos en sesgos y errores que limitan la racionalidad de nuestras decisiones. Las limitaciones humanas en la toma de decisiones racionales han sido asumidas tanto por la teoría de heurísticas y sesgos de Kahneman (2003) y Tversky como por la teoría de las heurísticas rápidas y frugales de Gigerenzer (2006). Ambas perspectivas teóricas toman la idea de racionalidad limitada (*bounded rationality*) de H. A. Simon.

Herbert A. Simon, en «A behavioral model of rational choice» (1955), se propuso revisar drásticamente el modelo de racionalidad óptima del «hombre económico» y reemplazarlo con otro modelo que considere las limitadas capacidades computacionales y de acceso a la información que se tienen en el mundo real. Las limitaciones humanas implican límites a la racionalidad en el razonamiento: «cuando la racionalidad está asociada con procesos de razonamiento, y no solo con sus resultados, los límites de las habilidades del homo sapiens para razonar no pueden ser pasados por alto» (Simon, 2000; 2003, p. 98)². La racionalidad objetiva de nuestras decisiones exigiría un conocimiento completo

2 Señala Simon (2003, p. 98) que la idea de que la racionalidad humana es limitada no es reciente; está presente en el razonamiento formal aristotélico, en la dialéctica socrática, en la pragmática de la retórica clásica, se mantuvo en el período clásico llegando a Voltaire y Adam Smith. Al entrar al siglo XX la novedad en ciencias sociales no fue la racionalidad limitada, sino la teoría de la utilidad esperada, que pretendía describir adecuadamente la racionalidad económica. Esta teoría sustituyó el principio de persona razonable por la maximización de la utilidad; puso su atención en la racionalidad sustantiva, en los resultados útiles, y dejó de lado el proceso de decisión. El giro hacia la racionalidad limitada que se produce posteriormente representa una «contrarrevolución» frente a estas teorías y una vuelta hacia aquellas concepciones que tenían un espacio para las limitaciones a la racionalidad humana. Sin embargo, no fue una simple marcha atrás, pues a diferencia de las teorías como las de Adam Smith, que no proporcionaron (ni pretendieron hacerlo) una teoría sistemática sobre las limitaciones a la racionalidad en la toma de decisiones, el giro que ahora se produce es hacia la elaboración de una teoría de las decisiones humanas, de los procesos de la decisión, que tenga en cuenta los límites a la racionalidad.

de las consecuencias de nuestras elecciones, una manera objetiva de asignar previamente valores a consecuencias futuras y en las que podamos representar todos los posibles comportamientos alternativos para elegir entre ellos. Sin embargo, nuestra racionalidad está limitada por nuestras limitadas capacidades cognitivas (atención, memoria, etc.), nuestro conocimiento del mundo y por nuestras posibilidades de actuación, capacidad para armonizar nuestros múltiples intereses en competencia, información limitada, restricciones ambientales, tiempo limitado para decidir, etc. Básicamente existen dos factores que limitan la racionalidad: (i) limitaciones cognitivas y (ii) limitaciones del ambiente (Simon, 1970, pp. 76-ss.; 2003). La conducta racional en el mundo real está determinada tanto por las mentes de las personas, su memoria y sus procesos (contexto interno), como por el mundo (contexto externo).

Simon (1990, p. 7) utiliza la analogía de las tijeras para ilustrar su comprensión de la racionalidad limitada: el comportamiento racional está conformado por unas tijeras cuyas hojas representan el contexto y las capacidades computacionales del actor. Así como no se puede entender cómo cortan las tijeras mirando solo una hoja, no se puede entender el comportamiento humano estudiando únicamente la cognición o solamente el entorno. Lo que parece un comportamiento irracional desde un punto de vista lógico, puede entenderse como un comportamiento racional desde un punto de vista contextual. La teoría de la racionalidad limitada se ocupa tanto de la calidad de los procesos de decisión (racionalidad procesual) como de la calidad del resultado (racionalidad sustantiva). En consecuencia, la racionalidad limitada constituye un marco a tener en cuenta en los casos en los que la decisión adoptada no puede explicarse suficientemente sin conocer el proceso decisorio.

En este marco, considero que las limitaciones a la racionalidad no conducen a la imposibilidad absoluta de un juicio judicial racional³.

3 Como sugiere Evans (2017), no debemos exagerar la racionalidad humana ni tampoco sus límites, más bien debemos considerarlos prudentemente. De no hacerlo enfrentaremos la «paradoja de la racionalidad» en la que fuera del laboratorio del psicólogo, los humanos se muestran muy inteligentes y exitosos, con conocimientos avanzados, capaces de construir entornos a su medida, instrumentalmente

La racionalidad en la aplicación del derecho no es una racionalidad absoluta, sino contextual, es decir, una racionalidad en el contexto de las posibilidades jurídicas y fácticas con las que se cuenta y que están delimitadas institucionalmente. Aquí nos interesan las limitaciones a la racionalidad en el contexto de descubrimiento de la decisión judicial; concretamente, en la aplicación judicial del derecho en sentido amplio, que incluye la valoración de la prueba para decidir qué hechos han sido probados. Lo importante es que, en este contexto, el objeto de la decisión y la información relevante para decidir se encuentran acotados; no solo por la racionalidad práctica y teórica, sino también por razones normativas institucionales. En efecto, por el principio de congruencia procesal el juez debe decidir no sobre el hecho histórico (del que probablemente no tiene información completa), sino sobre los hechos postulados por las partes⁴; además, solo debe tener en cuenta la información proveniente de la prueba practicada en el juicio⁵. Considero que, estando delimitadas las variables fundamentales de la decisión judicial, se dan las

racionales y muy inteligentes para lograr sus objetivos; pero en los experimentos psicológicos sobre el razonamiento y el juicio parecen tontos.

- 4 Alvarado (2004) considera que la congruencia procesal es la regla de juzgamiento más importante e indica que la resolución judicial debe guardar estricta conformidad con las pretensiones de las partes. La doctrina del Tribunal Supremo español señala que el deber de congruencia consiste en «la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso» (STS 254/2011 del 14 de abril de 2011). El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia del caso 1300-2002-HC/TC señala que «El principio de congruencia es uno que rige la actividad procesal, obligando al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre las pretensiones postuladas por los justiciables» (f. 27). Igualmente, de acuerdo con el artículo 397.1 del Código Procesal Penal: «la sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado».
- 5 Por ejemplo, el inciso 1 del artículo 393 del Código Procesal Penal peruano prescribe que el juez no puede utilizar en la deliberación pruebas diferentes a aquellas incorporadas en el juicio. En España, el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que «únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad» (STC 97/1999).

condiciones necesarias (aunque no suficientes) para un juicio racional. En efecto, como el propio Simon (1970) afirma, la decisión racional es factible «en la medida en que la serie limitada de factores en que se basa la decisión corresponda a un sistema cerrado de variables» (p. 79). Precisamente, en el contexto de un juicio, las variables externas (objetivas) de la decisión probatoria son relativamente cerradas, por lo que las dificultades para la racionalidad del juicio de hecho no provienen, principalmente, del contexto externo. Cuestión distinta son nuestras limitaciones cognitivas que pueden dar lugar a errores y sesgos cognitivos.

Las ideas centrales sobre sesgos cognitivos han sido desarrolladas por el programa de heurísticas y sesgos de Kahneman y colegas. Sostienen que el juicio bajo incertidumbre a menudo se basa en un número limitado de heurísticas en lugar de un procesamiento algorítmico formal y extenso. Las heurísticas son atajos cognitivos que utilizamos para formar nuestros juicios y tomar decisiones, cuando no contamos con información completa, sea porque está ausente en un contexto concreto o por nuestras limitaciones cognitivas (Gilovich *et al.*, 2002, p. xv). Esto ocurre en las decisiones que se adoptan en función de creencias sobre la probabilidad de eventos inciertos (por ejemplo, el juicio sobre la culpabilidad de un acusado), o las que se adoptan basándose en el valor de cantidades desconocidas (por ejemplo, la distancia entre dos objetos). Las heurísticas se generan en nuestro sistema de pensamiento intuitivo (no consciente) y permiten reducir la complejidad de tales decisiones a juicios más simples. Si bien en general las heurísticas son útiles, a veces conducen a sesgos cognitivos, es decir, a errores graves, sistemáticos y predecibles (Tversky y Kahneman, 1974). Por lo general es difícil reconocerlos porque no se generan en nuestro pensamiento consciente, sino en el inconsciente; además, se desarrollan en lo que las personas tienen en común, por lo que son ampliamente compartidos (Kahneman *et al.*, 2021, p. 181).

Los sesgos cognitivos de los jueces pueden conducir a injusticias, las que son más graves aún en el ámbito del derecho penal. Son múltiples los factores que inciden en la producción de condenas injustas: los problemas en el reconocimiento ocular de imputados por testigos, pruebas periciales de baja calidad, confesiones falsas, testigos que mienten o poco

confiables, trabajo deficiente de los órganos de persecución penal y de la defensa, la cultura punitiva, etc. (Duce, 2018, p. 17). Detrás de estos factores que inciden en condenas injustas subyacen, entre otros fenómenos, los **sesgos cognitivos** (Beltrán, 2021, pp. 18-ss.; Findley y Scott, 2006); que no solo se manifiestan en los testigos, los peritos, los agraviados, los fiscales, los policías y los abogados, sino también en los jueces⁶.

Así, por ejemplo, una de las investigaciones sobre la presencia de sesgos en las decisiones judiciales que mayor atención ha concitado⁷ es la realizada por Danziger, Levav y Avnaim-Pesso, «Extraneous factors in judicial decisions» (2011), quienes estudiaron la actuación de jueces que durante varios meses resolvían aleatoriamente solicitudes de liberación condicional, dedicaban una media de seis minutos por cada una y realizaban tres pausas al día para tomar sus alimentos. Observaron que el número de concesiones de libertad era en promedio de 35 %, el mayor número de ellas se realizaba durante el tiempo inmediatamente posterior a las comidas y llegaba a cerca de 65 %, pero las dos horas previas a la próxima comida descendía paulatinamente el número de concesiones hasta llegar casi a 0 %. Danziger *et al.* concluyeron que cuando los jueces adoptan decisiones consecutivas surge una tendencia a resolver manteniendo el *statu quo*; tendencia que puede ser superada tomando

6 Señala Beltrán (2021) que los sesgos cognitivos unidos a otros factores provenientes de la adversariedad propia del sistema acusatorio (sistema ganadores/ perdedores, metas institucionales, identificación emocional con la institución, carga procesal, presiones mediáticas, etc.) dan lugar a la «visión del túnel», que se manifiesta cuando los actores del sistema penal adoptan una creencia inicial, se aferran a ella y sobre esa base seleccionan, interpretan y valoran toda la información que se produce con la investigación y la actuación de las pruebas. Findley y Scott (2006, p. 396) precisan que la visión del túnel es producto, de un lado, de distorsiones cognitivas entre las que destacan el sesgo de confirmación, el sesgo retrospectivo y el sesgo de resultado; y, de otro lado, de presiones institucionales sobre la policía, los fiscales, los abogados defensores y los tribunales, que amplifican aquellas tendencias naturales.

7 Al 28 de diciembre de 2022, Google Académico reporta 1682 citas. En la página de la revista en la que se publicó (*Proceedings of the National Academy of Sciences* [PNAS]: <https://www.pnas.org/doi/abs/10.1073/pnas.1018033108>) registra 349 940 descargas.

un descanso para comer; por lo que sugieren que tal tendencia se debe al agotamiento mental. La investigación concluye que factores extraños al derecho pueden influir en las decisiones judiciales y que aún los jueces experimentados son susceptibles de incurrir en sesgos psicológicos⁸. En relación con estos resultados, señala Kahneman (2011/2021, p. 64) que jueces fatigados y hambrientos tienden a tomar la decisión más fácil: denegar la libertad. El sistema racional de toma de decisiones (Sistema 2) supone atención y esfuerzo y requiere de energía mental, la cual va disminuyendo con el esfuerzo cognitivo y el esfuerzo físico o emocional. Los errores intuitivos son más frecuentes en egos agotados. Si los jueces están hambrientos son más duros (Kahneman *et al.*, 2021, p. 28). Haidt (2013) ha señalado que la investigación de Danziger *et al.* muestra cómo los jueces, igual que los demás, pueden ser influenciados por factores extraños e impropios.

En conclusión, los límites a la racionalidad humana no eliminan la posibilidad de que los jueces adopten decisiones racionales. La racionalidad es contextual y en el ámbito jurídico, específicamente en el ámbito

8 La investigación de Danziger *et al.* ha sido objeto de múltiples análisis y críticas. Así, Weinshall-Margel y Shapard (2011) cuestionaron la metodología utilizada; pero Danziger y Levav (2011), luego de revisar la investigación la reconfirmaron. Otra línea crítica se basa en que no se habrían excluido algunas hipótesis alternativas del mismo resultado; como: (i) un buen manejo de tiempo de sus recargadas agendas judiciales (Glöckner, 2016) o (ii) una menor deliberación y asignación de mayor peso de las impresiones iniciales, producto del cansancio (Daljord *et al.*, 2019). Estas críticas no serían suficientes para descartar los resultados, pues las hipótesis alternativas no han sido probadas, se trata de argumentos contrafácticos; además, el propio Glöckner manifiesta que no se descarta la posibilidad de que el agotamiento mental y el orden de los casos hayan determinado el sentido de las decisiones judiciales. Finalmente, en la misma línea de Danziger y colegas, Torres y Williams (2022) encuentran correlaciones entre los efectos psicológicos de la fatiga del juez (medida por el orden del caso y la duración de las audiencias) y las decisiones que adopta sobre el otorgamiento de fianzas: la fatiga del decisor conduce a decisiones menos favorables para los acusados. En conclusión, las críticas a la investigación de Danziger *et al.* muestran la complejidad de las investigaciones de las causas psicológicas de las decisiones judiciales; pero también exponen que existe una amplia coincidencia en la presencia de factores extraños al derecho en las decisiones judiciales y que entre estos factores se encuentran los sesgos.

de la decisión judicial sobre la prueba de los hechos, es posible delimitar el objeto de la decisión y la información relevante, al demarcar sus variables y posibilitar la decisión racional (contexto externo). Las limitaciones al juicio racional provienen, principalmente, del contexto interno, de la persona del juez y de sus capacidades mentales, entre las que destacan los sesgos cognitivos.

3. EL DERECHO A SER JUZGADO DESDE LA RACIONALIDAD Y EL DEBER JUDICIAL CORRELATIVO

Las personas tienen derecho a ser juzgadas racionalmente, este derecho está vinculado a las propias bases del sistema jurídico del Estado constitucional. Este derecho implica deberes correlativos: el derecho a ser juzgado racionalmente fundamenta el deber de los jueces de juzgar racionalmente (Aguiló, 2013, p. 67; Hierro, 1982)⁹.

A pesar de que el concepto de racionalidad es uno de los más utilizados en el ámbito científico, filosófico y jurídico; se emplea en diversos sentidos y con una amplia vaguedad. No obstante, puede afirmarse en general que la racionalidad «es la calificación que se atribuye a todo conocimiento o actuación humana (en sentido amplio) que es producto de una evaluación reflexiva (uso de la razón)» (Cuno, 2023, p. 196). Mosterín (1987) precisa que el adjetivo racional se usa cuando decimos que determinadas creencias, decisiones, acciones y conductas son racionales. La racionalidad teórica o creencial se predica de creencias y opiniones; la racionalidad práctica, de las decisiones, las acciones y la conducta. Tenemos una creencia racional cuando creemos en la idea y nuestra creencia está justificada; si bien esta racionalidad no requiere la seguridad de la verdad de la creencia, está orientada a la verdad. La racionalidad práctica presupone a la racionalidad creencial, pues esta nos

9 Como afirma Hierro (1982):

los derechos implican siempre deberes correlativos y que cuando no haya razones suficientes para imponer sobre nadie tales deberes, es que no hay razones suficientes para afirmar el derecho que, con ellos, se habría de satisfacer. [...]

Los derechos son lógica y axiológicamente anteriores a los deberes. (p. 69)

informa acerca del mundo posibilitando que podamos articular nuestros fines y los medios adecuados para alcanzarlos.

Entre las condiciones necesarias para que las decisiones judiciales se consideren racionales, en términos generales, se tienen: la compatibilidad de la decisión con las disposiciones jurídicas (racionalidad institucional), con lo correcto (racionalidad práctica) y su orientación a la verdad de los hechos (racionalidad teórica o creencial). La decisión es racional no solo por su contenido (producto), sino también porque se adopta a través de un proceso racional; como afirma Atienza (2018): «el buen juez es aquel que toma sus decisiones guiado únicamente por buenas razones» (p. 115). La racionalidad es una calificación que se atribuye a las decisiones humanas que son producto del uso de la razón.

Los sesgos cognitivos afectan el conocimiento normativo o fáctico y por consiguiente la racionalidad de la decisión judicial. No solo afectan a la justificación de la decisión, sino también al proceso decisorio. En consecuencia, si las personas tienen derecho a ser juzgadas racionalmente, *prima facie*, puede afirmarse que las personas tienen derecho a ser juzgadas sin sesgos cognitivos. Este derecho implicaría el deber correlativo de los jueces de juzgar sin sesgos cognitivos. Sin embargo, como el alcance de los derechos está condicionado, entre otros factores, por las posibilidades de que otros puedan satisfacer el deber correlativo, antes de arribar a conclusiones debemos ocuparnos de los deberes correspondientes.

El deber de los jueces de juzgar racionalmente se manifiesta a través de deberes específicos. Existen tres deberes indisponibles, necesarios y definitorios del rol del juez: (i) el deber de aplicar el derecho preexistente; (ii) el deber de independencia; y, (iii) el deber de imparcialidad. Estos tres deberes son intrínsecos y necesarios al rol del juez. El juez que decide infringiéndolos se desempeña como tal únicamente en cuanto produce consecuencias institucionales (la sentencia tiene efectos si no es anulada, etc.); pero, en un sentido deóntico, no se desempeña como juez (Aguiló, 2003, pp. 50-52; 2012; 2013). La infracción de los deberes de independencia e imparcialidad supone que los jueces intencionalmente se someten a intereses externos al proceso o favorecen a alguna de las

partes en conflicto¹⁰; en tanto que la infracción del deber de aplicación del derecho (que incluye el deber de conformación racional de los hechos) puede realizarse también de manera no intencional (Aguiló, 2012, p. 22). El deber judicial de administrar el derecho comprende tanto la aplicación de las normas jurídicas como la conformación de los hechos probados. La decisión racional sobre los hechos probados también es definitoria del rol judicial, por lo que si un «juez» constituye los hechos sin respetar la racionalidad epistémica como, por ejemplo, mediante la lectura de hojas de coca, por más que aplique el derecho vigente a los hechos así determinados, no está actuando propiamente como como juez¹¹.

En conclusión, en el Estado constitucional, el derecho a ser juzgado razonablemente fundamenta el deber de los jueces de juzgar razonablemente. La afectación no intencional a los valores de independencia e

10 Recientemente, Higa *et al.* (2023) han planteado reformular el alcance del principio de imparcialidad al introducir una dimensión objetivo-cognitiva que pretende evitar la exposición del juez a sesgos cognitivos, procurando un entorno decisional que no lo exponga a tales sesgos. A nuestro entender, agregar una dimensión objetivo-cognitiva al principio de imparcialidad judicial podría llevar a considerar que constituyen infracción *jurídica* al deber de imparcialidad las omisiones no intencionales de «comportamientos que sean necesarios para preservar su ecuanimidad y equidistancia frente a ambas partes» (p. 190). Debe considerarse que los sesgos cognitivos son inconscientes, por lo que la omisión de medidas para tratarlos, *in concreto*, no es intencional. Considero que debe mantenerse el criterio de que solo los actos intencionales infringen este deber, entre otras razones porque al abarcar los actos no intencionales se acaba concediendo mayor poder de control sobre los jueces a los órganos disciplinarios, lo cual puede acabar afectando al principio de independencia judicial.

11 Esta distinción, entre la aplicación del derecho y la constitución racional de los hechos probados, no es absoluta en términos de lo normativo frente a lo fáctico, pues existen múltiples puentes de ida y vuelta. Así, por ejemplo, la prueba de los hechos no es una cuestión meramente teórica en la que se busque la verdad a cualquier coste, sino que existe un marco jurídico (normativo y valorativo) que se debe respetar: reglas probatorias, armonización del fin de averiguación de la verdad con otros fines del derecho, asignación del riesgo del error a través de estándares de prueba, etc. En sentido inverso, el derecho aplicable se determina teniendo en cuenta cuáles son los hechos que han resultado probados, la interpretación y la aplicación de las normas sobre la prueba son una cuestión jurídica (Aguiló, 2024, p. 27), etc.

imparcialidad no constituye *per se* un ilícito jurídico; a diferencia de la afectación al deber de aplicar el derecho. Queda pendiente determinar si los jueces tienen el deber de juzgar sin sesgos cognitivos.

4. ¿TIENEN LOS JUECES EL DEBER DE JUZGAR SIN SESGOS COGNITIVOS?

En los acápite previos hemos precisado que el deber jurídico de los jueces de juzgar racionalmente no implica necesariamente el deber de juzgar sin sesgos cognitivos. Corresponde ahora determinar si es posible afirmar la existencia de este deber.

4.1. Algunas características relevantes de los sesgos cognitivos en el contexto del proceso judicial

A efectos de determinar la posibilidad y el alcance del deber judicial frente a los sesgos cognitivos, es particularmente relevante conocer la posibilidad que tienen los jueces de detectar sus propios sesgos, así como las posibilidades de controlarlos (prevenirlos, mitigarlos o eliminarlos).

4.1.1. Sobre la posibilidad de detectar sesgos cognitivos en el contexto de la aplicación judicial del derecho. El sesgo del punto ciego

En el ámbito jurídico, las estrategias más utilizadas que tienden al control de sesgos judiciales son aquellas que pueden implementarse a nivel institucional macro, es decir, aquellas que se diseñan desde la política judicial y requieren de regulación legal. Este es el caso del diseño del proceso judicial de modo tal que disminuya la posibilidad de decisiones sesgadas (establecer causas de abstención judicial, causas de recusación, el juez que investiga no debe sentenciar, etc.). Sin embargo, se han implementado pocas estrategias de control de sesgos que incidan directamente en el ámbito de la aplicación del derecho, como técnicas de deliberación para toma de decisiones no sesgadas, técnicas de litigación orientadas al manejo de sesgos, etc.

Se afirma que la menor intervención en el ámbito de la aplicación del derecho, y concretamente de las decisiones judiciales, se explica por el sesgo de punto ciego: los jueces no ven en sí mismos los sesgos

que podrían ver en otras personas; en consecuencia, «la intervención debe ser directamente sobre la normatividad y el diseño institucional» (Páez, 2021, p. 206)¹². No estoy de acuerdo con esta limitación, pues existen razones para afirmar que si bien el sesgo de punto ciego puede presentarse *prima facie*, es posible desarrollar estrategias para superarlo o atenuarlo significativamente, por lo que es posible que también que los jueces individualmente considerados implementen medidas preventivas. A continuación, fundamentamos esta idea.

Los errores sistemáticos en el juicio humano (sesgos cognitivos) se generan cuando las heurísticas de manera inconsciente generan intuiciones erróneas (Sistema 1), y estos errores no son detectados por el sistema consciente (Sistema 2). El origen de los sesgos en el sistema inconsciente hace que sea difícil reconocerlos o aceptarlos (Kahneman, 2011/2021). El sesgo del punto ciego significa que las personas vemos en otras personas sesgos cognitivos que no observamos en nosotros mismos; existe una asimetría en la percepción de los sesgos. En consecuencia, cuando los individuos tienen desacuerdos con otros, se inclinan por inferir sesgos, no en sus propios juicios o inferencias, sino en los de los otros (Pronin *et al.*, 2002). Dado que este sesgo se refiere a la evaluación de otros sesgos se le suele denominar metasesgo (Scopelliti *et al.*, 2015).

12 Páez (2021) propone:

la creación de guías de práctica judicial, análogas a las guías de práctica clínica, para cada tipo de prueba y procedimiento que se lleve a cabo en el transcurso de un proceso judicial, desde la apertura de la investigación hasta la imposición de la pena. Una guía de práctica judicial tendría el propósito de identificar, resumir y evaluar toda la evidencia psicológica disponible acerca de la aparición y prevención de sesgos asociados con cada tipo de prueba, al igual que las razones en términos de costo/beneficio que subyacen a las recomendaciones para el tratamiento procesal. A partir de las guías de práctica jurídica se pueden desarrollar **protocolos jurídicos, algoritmos de decisión y listas de verificación que deben ser seguidos sin excepción** [énfasis añadido]. (p. 210)

Considero que es dudosa la viabilidad técnica y la legitimidad de guías, protocolos, listas de verificación, etc., que contengan reglas de valoración probatoria impuestas a los jueces para que las sigan «sin excepción».

Es importante distinguir entre la susceptibilidad del ser humano a incurrir en juicios sesgados (riesgo abstracto) y la susceptibilidad de una persona concreta frente a una decisión que se está tomando (riesgo concreto). La actitud frente a cada una de estas situaciones es diferente: las personas no tenemos mayor problema en aceptar que los seres humanos pueden incurrir en sesgos en sus juicios; pero difícilmente aceptamos que nos encontramos bajo los efectos de un sesgo. El sesgo del punto ciego se refiere a esta segunda situación.

Los sesgos cognitivos son productos inevitables de la forma en que vemos y entendemos el mundo. Las percepciones de sesgos en los demás, junto con la negación de estos en uno mismo, son igualmente inevitables (Pronin *et al.*, 2002, p. 380). Respecto a la posibilidad de superar o mitigar el sesgo, si bien, de un lado, se sostiene que ni el conocimiento de los sesgos y su impacto en el juicio humano evita que uno sucumba a estos, ni lo hace consciente de haberlo hecho (Pronin *et al.*, 2002, p. 378); de otro lado, se reconoce que el sesgo de punto ciego puede ser abordado razonablemente y puede ser razonablemente controlado. En este sentido, Bogdescu y colegas (2022) sugieren que si bien el sesgo del punto ciego está presente en la población en general, puede ser mitigado mediante el despliegue de técnicas de intención de implementación (*implementation intention*) y que inclusive se podrían diseñar estrategias para ayudar a eliminarlo. Igualmente, Symborski y colegas (2014), mediante la aplicación de estrategias de juego diseñadas sobre la base de teorías de aprendizaje andragógico y constructivista, han concluido que si bien el sesgo del punto ciego está profundamente arraigado y es difícil de modificar, su conocimiento y las estrategias de mitigación pueden ayudar a reducir su impacto en el razonamiento humano. Entre los jueces también se tiene la percepción de que el sesgo del punto ciego es superable. En la Sentencia 193/2019, del 11 de junio de 2019, expedida por el Juzgado de lo Social de Barcelona, se afirma que «en relación con los sesgos cognitivos de los que todos los seres humanos somos ineludible objeto, es precisa una actividad reflexiva específica dirigida a superar el sesgo de punto ciego (el que hace creer que no se sufren sesgos)». Igualmente, en el Recurso de Nulidad n.º 760-2020, la Corte Suprema de Perú ha señalado que los

«sesgos o heurísticas [...] no son fáciles de evitar [...] Por ello, es importante que se conozcan estos sesgos (para que seamos conscientes de su existencia); solo así se puede evitar incurrir en ellos» (ff. 3.4-3.5).

En este contexto puede afirmarse que cuando una persona se encuentra bajo los efectos de un sesgo, debido al sesgo del punto ciego —por lo general— no será consciente de ello. Sin embargo, es posible que las personas sean informadas de su susceptibilidad a incurrir en decisiones sesgadas y de las dificultades para ser conscientes de que pueden incurrir en sesgos. Las personas pueden llegar a ser conscientes del riesgo de incurrir en sesgos y también de que existe un metasesgo que les dificulta ser conscientes de sus propios sesgos (riesgo abstracto). Además, pueden acceder a información sobre la manera de implementar determinadas técnicas para el tratamiento de estos. Ello independientemente de si la persona es o no consciente de que se encuentra sesgada, o de que podría estarlo, cuando está tomando una decisión concreta (riesgo concreto).

Un primer paso para el tratamiento de los sesgos propios en el ámbito del derecho es conocer la existencia de estos errores sistemáticos del pensamiento (Gallo, 2011, p. 27). Un segundo paso sería adoptar una actitud positiva hacia los demás; reconocer que los otros, que nos ven sesgados y a quienes vemos sesgados, al formular sus juicios son tan honestos como nosotros (Pronin, 2002, p. 380)¹³. Un tercer paso consistirá en implementar técnicas para el manejo de los sesgos, como la intención de implementación, juegos, etc.

En conclusión, el sesgo del punto ciego conlleva la tendencia a que los jueces no sean conscientes del riesgo concreto de que su razonamiento al decidir un determinado caso está siendo influenciado por sesgos cognitivos. Sin embargo, ello no impide que sean conscientes del

13 Como sostienen Pronin *et al.* (2002), en el mejor de los mundos posibles, las personas reconocerían sus propios prejuicios y admitirían que no son menos susceptibles a tales prejuicios que sus adversarios; pero en el mundo imperfecto en el que vivimos, la gente debería al menos esforzarse por practicar una actitud caritativa en la atribución a los otros y considerarlos por lo menos tan honestos como ellos mismos.

riesgo abstracto de que, por ser humanos y pensar como humanos, puedan ser influenciados por sesgos cognitivos y de las dificultades de ser conscientes de ello (sesgo del punto ciego). Esta conciencia del riesgo abstracto posibilita la implementación de medidas de manejo de sesgos, incluyendo el del punto ciego.

En el acápite siguiente nos ocuparemos con mayor detalle de la posibilidad de manejar los sesgos en general. Como acabamos de ver ello no depende de que previamente se supere el sesgo del punto ciego; es posible implementar medidas de manejo de sesgos aun cuando no se tenga la conciencia de estar bajo los efectos de un concreto sesgo.

4.1.2. Posibilidad de evitar, mitigar o superar los sesgos

Como señala Kahneman (2011/2021, pp. 44-68), a pesar de que los errores intuitivos (sesgos) son difíciles de prevenir y de evitar, es posible su control. El Sistema 2 no puede estar en alerta permanente para todos los pensamientos que nos involucran, además el Sistema 1 es más eficiente para las decisiones rutinarias y es mejor que se ocupe de ellas. Pero, como hemos visto líneas arriba, el pensamiento intuitivo puede conducir a errores, y si el Sistema 2 no los detecta, se producen sesgos cognitivos que afectan al juicio racional. Para evitar estos errores tenemos que precisar en qué decisiones importantes que vamos a tomar es probable que cometamos errores, a fin de focalizar nuestra atención en ellas. Se requiere evitar la pereza intelectual y más bien actuar de manera diligente y racional¹⁴: estar más alerta, más activos intelectualmente, evitar respuestas superficiales, ser escépticos con nuestras intuiciones, etc. Finalmente, precisa Kahneman (2011/2021) que todos, aunque en distinto grado, tenemos la posibilidad de actuar de manera diligente y racional:

14 Kahneman (2011/2021) sostiene que «la facilidad con la que [los individuos] se quedan satisfechos y dejan de pensar es penosa. “Perezoso” es un juicio severo [...] pero no parece que sea injusto. A los que evitan el pecado de la pereza intelectual podríamos llamarlos “diligentes”» (p. 68). También señala que «la inteligencia no es solo la capacidad de razonar; es también la capacidad de encontrar material relevante en la memoria y enfocar la atención cuando se necesita» (p. 67).

todo el mundo tiene la opción de no precipitarse y realizar una búsqueda activa en la memoria de todos los posibles hechos relevantes, igual que puede detenerse a comprobar la respuesta intuitiva [...]. El grado de comprobación y búsqueda deliberada es una característica del Sistema 2, que varía entre los individuos.

[...] El fracaso [...] es una cuestión de falta de motivación, de no intentar resolverlos con suficiente determinación. (p. 67)

Identificar y comprender los errores en el juicio, al diagnosticarlos adecuadamente, permite intervenir para limitar el daño que estos pueden causar (Kahneman, 2011/2021, pp. 14-15). Una mejor comprensión de las heurísticas y de los sesgos a los que aquellas conducen podría mejorar nuestros juicios y decisiones (Tversky y Kahneman, 1974, p. 1131).

Es posible implementar estrategias de eliminación (*debiasing*) o atenuación de sesgos (*bias mitigation*) (Arkes *et al.*, 1988; Fischhoff, 2008; MacLean *et al.*, 2020) y se han desarrollado algunas propuestas específicas respecto a las decisiones judiciales. La confianza en el control de los sesgos forma parte de la confianza en nuestra propia voluntad y capacidad de autogestionar nuestro comportamiento (Silva, 2022).

En conclusión, el Sistema 2 nos posibilita evitar o mitigar el riesgo de que las intuiciones heurísticas den lugar a decisiones sesgadas. Pero, como es un recurso escaso, debemos administrarlo adecuadamente. Se requiere de una determinación voluntaria para generar las condiciones para que opere de modo apropiado, activándolo de manera diligente y racional y orientándolo hacia nuestras acciones de mayor valor o importancia; y, por supuesto, utilizando técnicas específicas para el manejo de los sesgos.

4.2. Necesidad estratégica de prevenir los sesgos cognitivos judiciales en el contexto de descubrimiento

La decisión judicial en sentido amplio puede ser entendida como el acto de tomar una decisión sobre el caso sometido a juicio, en el que, por ejemplo, se decide declarar culpable al acusado (contexto de descubrimiento); o, como la emisión de la sentencia en la que se justifica y se

comunica la decisión (contexto de justificación). Se plantea la cuestión de si las consecuencias de los sesgos son igualmente trascendentales, desde la perspectiva de los derechos de los justiciables, en estos contextos.

En la sentencia los sesgos pueden manifestarse como falacias, paralogismos¹⁵, vulneración de reglas probatorias, etc.; sin embargo, desde la perspectiva de la práctica procesal, estos sesgos son jurídicamente irrelevantes *en cuanto tales*, pues su resultado (motivación defectuosa) tiene vías específicas de corrección en el ordenamiento jurídico (nulidad de la sentencia por afectación a la garantía de motivación de las decisiones judiciales, nuevo juicio, etc.). En este caso los efectos perjudiciales del sesgo pueden ser corregidos dentro del sistema, sin que sea necesario alegar la existencia del sesgo.

Distinto es el caso de la decisión judicial materialmente incorrecta (condena a un inocente, por ejemplo); pero cuya motivación puede considerarse válida dentro de los cánones que institucionalmente se consideran aceptables (no incurre evidentemente en falacias, paralogismos, etc.). En este caso, el hecho de que la decisión judicial se haya adoptado bajo un sesgo cognitivo es sumamente complicado de probar y, además, resulta intrascendente para cuestionar la sentencia, pues dado que esta es formalmente válida (no es nula) solo se tendría la opción de impugnar el juicio de hecho o el juicio de derecho (contexto de justificación), sin que sea necesario alegar el sesgo (contexto de descubrimiento). Esta impugnación podría resultar especialmente difícil en los casos en los que existe cierta discrecionalidad judicial en el ámbito en el que ha operado el sesgo, como por ejemplo en la decisión sobre el grado de

15 Solo en casos excepcionales se podría probar el sesgo. Por ejemplo, cuando existe una grabación de un comentario que realizó el juez sobre la culpabilidad del acusado antes de que iniciara la actuación probatoria. Otro caso sería el del juez que concedió libertad a un detenido preventivamente quien luego se fuga, y a partir de esta fuga de manera sistemática el juez ha negado la libertad a otros detenidos argumentando que existe riesgo de fuga. Es posible que el juicio de probabilidad de fuga que el juez hace en los nuevos casos haya sido sustituido por la fluidez del recuerdo de la fuga precedente (sesgo de disponibilidad) [en este sentido, Nieva (2019, p. 28)]. Solo en casos extremos como estos tendrían viabilidad las denuncias y la prueba de sesgos judiciales como sustento de la nulidad de la decisión.

probabilidad de que determinado hecho haya ocurrido, o en la decisión de si se supera un estándar de prueba¹⁶.

En conclusión, una vez que se ha expedido una sentencia errónea bajo la influencia de sesgos, su impugnación *bajo tal argumento* es prácticamente irrelevante, independientemente de si los sesgos como tales se evidencian o no en la motivación de la sentencia. En consecuencia, desde la perspectiva de la práctica judicial es especialmente importante la estrategia preventiva, que busca evitar que la decisión judicial sea afectada por sesgos cognitivos (contexto de descubrimiento). Expedida la sentencia, puede ser demasiado tarde.

4.3. El deber de actuar para proteger la racionalidad de la decisión judicial frente a los sesgos cognitivos

La presencia de sesgos en las decisiones es inherente a la condición humana, por lo que existe un riesgo permanente y latente de que las decisiones judiciales resulten sesgadas. Aun cuando las afectaciones a los valores de independencia e imparcialidad de las decisiones judiciales a consecuencia de sesgos cognitivos no constituyan actos ilícitos debido a su falta de intencionalidad, afectan a estos valores esenciales de la administración de justicia. En consecuencia, es necesario reflexionar sobre que lo podemos hacer al respecto.

Quienes pretenden tomar decisiones racionales y a pesar de ello incurren en sesgos, no son conscientes de que se encuentran bajo sus efectos. El sesgo del punto ciego dificulta que vean sus propios sesgos

16 En este sentido, Eyherabide (2021) respecto al juicio de hecho señala que

la vaguedad en la formulación normativa del estándar y la imprecisión de los resultados probatorios son insalvables e influyen en el estándar de prueba que en la práctica se puede establecer, quedando márgenes en los cuales los casos estarán válidamente decididos tanto si resultan en condena como si resultan en absolución. (p. 221)

En un sentido similar, respecto al juicio de derecho, Arena (2021, p. 180) señala que en los casos en que existen criterios jurídicos que permitan identificar los sesgos (como cánones de interpretación o estándares de prueba), la determinación de que la decisión judicial ha estado influenciada por sesgos implícitos es irrelevante.

frente a una determinada decisión (riesgo concreto), pero no les impide conocer que el ser humano es susceptible de incurrir en juicios sesgados (riesgo abstracto) y que, en consecuencia, existe el riesgo de que sus decisiones también se vean afectadas [ver 4.1.1]. La conciencia del riesgo de incurrir en sesgos que afectan a valores esenciales de la administración de justicia fundamenta el deber de adoptar ciertas medidas para controlarlo.

Sin embargo, debido a las dificultades para detectar y conocer los sesgos concretos propios y de los demás en el momento en que se están produciendo, el deber no puede consistir en *decidir sin sesgos cognitivos*, sino más bien en *adoptar medidas para controlar (prevenir) el riesgo de incurrir en decisiones sesgadas*. Parafraseando a Elster, podemos decir que el hombre puede ser racional, pero que a menudo no lo es debido a sus sesgos cognitivos; no obstante, sabe que puede ser irracional y, en consecuencia, puede «atarse» a sí mismo y a sus pensamientos para protegerse contra la irracionalidad¹⁷. En este sentido, como afirmamos precedentemente [ver numeral 4.1.2], es posible implementar acciones para disminuir el riesgo de las decisiones sesgadas. Esta posibilidad fundamenta la responsabilidad individual del juez de controlar sus propios sesgos, así como la responsabilidad institucional para crear un entorno de la decisión judicial que disminuya la posibilidad de los sesgos.

La responsabilidad de los jueces de adoptar medidas para controlar el riesgo de sesgos cognitivos en sus propias decisiones constituye un deber de diligencia, de actuar prontamente. Esta responsabilidad se regula mediante una norma de fin que obliga al juez a implementar medidas para el control del riesgo de que sus decisiones estén influidas por sesgos y le

17 Elster (2015) señala que

Una plena característica de lo que significa ser humano debiera incluir al menos tres rasgos. El hombre puede ser racional, en el sentido de sacrificar deliberadamente la gratificación actual por la gratificación futura. El hombre a menudo no es racional, y antes bien muestra flaqueza de voluntad. Aun cuando no es racional, el hombre sabe que es irracional y puede atarse a sí mismo para protegerse contra la irracionalidad. Esta «segunda mejor o imperfecta» racionalidad se ocupa a la vez de la razón y de la pasión. (p. 96)

otorga discrecionalidad técnica en la elección de los medios, debe elegir aquellos que sean más adecuados y que afecten menos a otros valores¹⁸.

La implementación de las medidas de control de sus propios sesgos no elimina completamente la posibilidad de que el juez incurra en ellos. Existe un riesgo residual de que, a pesar de tales medidas, se incurra en un juicio sesgado; este riesgo no es eliminable, pero el juez habrá cumplido con su deber de control. No es un deber de evitar el resultado, sino un deber de actuar. En este contexto, la decisión judicial racional respecto a un caso concreto será la mejor decisión posible, considerando el empleo de todos los recursos disponibles (normativos, fácticos y cognitivos), incluyendo las medidas para el control de los sesgos cognitivos¹⁹.

4.4. La naturaleza del deber (jurídico o deontológico) y programas de cumplimiento

En el apartado anterior se ha señalado que los jueces tienen el deber de implementar medidas para el control del riesgo de que sus decisiones sean influenciadas por sesgos. Ahora corresponde determinar la naturaleza y el alcance del deber. *Prima facie* existen razones para afirmar que se trata de un deber *jurídico*, pues deriva de los principios referidos a la aplicación del derecho de manera independiente e imparcial; sin embargo, antes de llegar a una conclusión definitiva, es necesario establecer si están presentes las condiciones necesarias para la existencia del deber y delimitar a los sujetos obligados.

18 Sobre las normas de fin, en el sentido aquí expuesto, puede verse Atienza (2018, pp. 437-438), Atienza y Ruiz Manero (2004/2016, pp. 30-ss.), Lifante (2024, p. 48).

19 En este sentido, Callen (2003) sostiene que a la luz de los límites de la racionalidad, podemos considerar racional a quien toma decisiones si hace lo mejor posible para maximizar los beneficios de sus decisiones en relación con los recursos disponibles, incluidos los recursos cognitivos. Igualmente, Stanovich (2010, p. 133) distingue entre un modelo normativo y un modelo prescriptivo de formación de creencias y toma de decisiones. El modelo normativo representa el ideal. El prescriptivo toma en cuenta las limitaciones del aparato cognitivo humano y las limitaciones situacionales, y considera que el estándar exigible es el más cercano posible al normativo. Si el modelo normativo es posible, entonces también es prescriptivo.

No existe en el ordenamiento jurídico español ni en el peruano una norma jurídica que *explícitamente* instituya el deber jurídico de implementar medidas para controlar el riesgo de decisiones judiciales sesgadas; en consecuencia, este deber tendría que establecerse como derivado del deber de los jueces de juzgar razonadamente, esto es, aplicar el derecho preexistente de manera independiente e imparcial.

La obligación de implementar medidas de control de los sesgos cognitivos judiciales no puede entenderse dirigida solo a los jueces individualmente considerados, se dirige también a las instituciones públicas competentes. Corresponde a las instituciones estatales el deber de diseñar legislativamente estructuras jurídicas que eviten o mitiguen el riesgo de decisiones sesgadas. De hecho que esto, por lo menos parcialmente y sin que se trate de medidas dirigidas explícitamente a reducir los sesgos cognitivos, ya se viene implementando. En esta línea se ubica el diseño de un proceso penal con separación de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento; reglas de impedimentos, recusación, abstención, etc. El diseño institucional dirigido a la prevención de sesgos constituye un deber jurídico. No hay objeción a este deber, pues existen valores y derechos que se deben proteger (principios de independencia e imparcialidad en la aplicación del derecho) y no hay obstáculos significativos para su implementación.

Distinta es la situación en el campo de la aplicación judicial del derecho. Aquí se trata de la obligación de los jueces de prevenir sus propios sesgos. Si bien el sesgo del punto ciego dificulta que tengan conciencia del riesgo concreto de sus sesgos cognitivos, el conocimiento del riesgo abstracto de incurrir en sesgos cognitivos fundamenta el deber de adoptar decisiones preventivas.

Sin embargo, la existencia de deber requiere de la posibilidad de su cumplimiento²⁰. En consecuencia, para que el deber tenga entidad

20 Existe una larga tradición respecto a que la existencia del deber requiere de la posibilidad de cumplirlo. Así, a modo de ejemplo, tenemos que en el Digesto (Rodríguez de Fonseca *et al.*, 1874), Celso 50.17.185 se indica *impossibilium nulla obligatio est*: a las cosas imposibles no hay obligación alguna. Igualmente, Kant (1997) sostiene el principio *debe entraña (implica) puede*, según el cual «el acto al que se

jurídica, se requeriría: (i) que el juez conozca el riesgo de incurrir en sesgos cognitivos (un juez que no tenga información adecuada sobre este tipo de sesgos no podría conocerlo); (ii) que dicho conocimiento tenga un nivel que le permita diseñar medidas para prevenir o mitigar los sesgos.

No obstante, en la actualidad no es posible afirmar, por lo menos en el contexto iberoamericano, que se cuente con estas condiciones. En efecto, no existen en nuestro contexto programas tendientes a formar a los jueces en psicología judicial y sesgos cognitivos, menos aún los programas de formación profesional incluyen esta materia; por lo que no puede afirmarse que existe un conocimiento suficiente al respecto. Además, el manejo de los sesgos cognitivos en la decisión judicial requiere no solo de conocimientos de psicología, sino también jurídicos y de la práctica judicial, por lo que el diseño de medidas de prevención requerirá de un trabajo multidisciplinario. Mientras no se cuente con estas condiciones para la posibilidad del deber, no puede existir el deber *jurídico* de los jueces de implementar medidas de prevención de sus propios sesgos cognitivos. Aún si se considerara que es posible establecer este deber

aplica el deber tiene que ser realmente posible bajo condiciones naturales» (p. 473). Von Wright (1979, pp. 203-ss.) también sostiene «que algo sea el contenido de una prescripción entraña que el sujeto de la prescripción pueda hacer dicho algo», «el deber de hacer una determinada cosa [...] entraña [...] que dicha cosa pueda hacerse»; aquí «pueda» se utiliza en el sentido técnico (no deóntico), significa que el sujeto tiene la habilidad (capacidad) genérica para realizar la especie de cosa que la norma prescribe. Igualmente, González Lagier (2008, p. 73) considera que el principio de oportunidad de la acción normativa incluye al principio *debe entraña puede*, según aquel solo se puede ordenar hacer aquellas cosas que no es necesario que ocurran (que no ocurren por sí solas) y que no son imposibles de hacer (que el destinatario pueda hacer el acto genérico contenido en la norma). Inclusive en el ámbito de los derechos humanos se sostiene que

solamente podemos sostener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional, cual si se tratase de un fin en sí mismo, y solo cuando existan posibilidades de satisfacerlas, cuando podamos imponer sobre los otros los correlativos deberes «según sus posibilidades». (Hierro, 1982, p. 61)

jurídico, estaríamos ante una norma carente de racionalidad pragmática, sería una norma ineficaz dadas las dificultades de su cumplimiento²¹.

En conclusión, la normatividad jurídica española y peruana y la ausencia de condiciones de la posibilidad del deber, no permiten afirmar que, en el contexto científico y cultural actual, los jueces individualmente considerados tengan el deber *jurídico* de implementar medidas de control de sesgos cognitivos. El hecho de que no se den aún las condiciones para la existencia del deber *jurídico* de los jueces de implementar medidas para prevenir sus propios sesgos, no significa que no tengan ningún otro deber al respecto.

Los jueces tienen el deber deontológico de implementar medidas para controlar el riesgo de que sus decisiones sean influenciadas por sesgos cognitivos. Este deber es de naturaleza ética, no está impuesto jurídicamente²² y se orienta a la excelencia judicial.

Las normas deontológicas operan en el ámbito de las profesiones, incluyen un conjunto de deberes y estándares de excelencia propios de una determinada profesión a partir de sus fines o valores últimos que la praxis profesional pretende alcanzar (Alemany, 2007; Cortina, 1997). En el ámbito judicial, la deontología no versa sobre los actos antijurídicos

21 Como indica Atienza (1997), la racionalidad pragmática de la legislación requiere que la conducta de los destinatarios se aadecúe a lo establecido en la ley, «el fin es conseguir que las leyes sean obedecidas o, dicho quizás en forma más general, que las leyes no sean solo enunciados lingüísticos, sino también “Derecho en acción”» (p. 36).

22 En el estado actual de desarrollo de la institucionalidad de algunos países, no parece conveniente incrementar poderes de control sobre los jueces, especialmente en materias que implicarían amplios márgenes de discrecionalidad a los órganos de control. En este sentido, el deber jurídico de los jueces de implementar medidas de control de sesgos implicaría conceder mayor poder de control sobre los jueces a los órganos disciplinarios, lo cual paradójicamente puede acabar afectando al principio de independencia judicial. En Perú, se ha denunciado que en ocasiones los órganos de control funcional se apartan de sus competencias y vulneran la independencia judicial al sancionar a jueces cuando aquellos tienen una opinión diferente a la de estos respecto a cuestiones propiamente jurisdiccionales como la interpretación de las normas; algo similar podría ocurrir con el tema de los sesgos (véase Guerra, 2007).

(civiles, penales o administrativos) de los jueces, su ámbito es la excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (Aguiló, 2013, p. 62). La deontología judicial trata sobre la búsqueda de la excelencia, el desarrollo y el fomento de las virtudes judiciales; sobre cómo debería comportarse un juez más allá de lo que disponga el derecho positivo, no porque se le exija un comportamiento heroico, sino porque debería tener ciertas cualidades que no se pueden plasmar normativamente. La excelencia judicial supone rechazar tanto la conducta propia de un «mal» juez, como la de un juez simplemente «mediocre» que se limita a lo mínimo jurídicamente exigido. El buen juez, el juez excelente, no es solo el que cumple las normas, sino el que ha desarrollado ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales, en especial la prudencia²³. Las virtudes judiciales deben orientarse a la realización de los principios rectores de la ética judicial: la independencia, la imparcialidad y la motivación (Atienza, 2001, 2003, 2008b).

Muchas normas deontológicas pueden utilizarse para el control de los sesgos cognitivos. Así, por ejemplo, el Código Iberoamericano de Ética Judicial (en adelante CIEJ)²⁴ contiene normas que obligan a un juicio racional, virtudes referidas a la aplicación correcta del derecho con honestidad intelectual, autocrítica y superando prejuicios; inclusive existen normas que están objetivamente dirigidas a evitar o controlar el riesgo de sesgos concretos, como el sesgo de confirmación. En efecto, el CIEJ establece el deber de juzgar racionalmente y con objetividad: «El

23 Las virtudes judiciales no constituyen un elenco cerrado, pero hay una de ellas que destaca: la prudencia, entendida en el sentido de la frónesis aristotélica, como la capacidad intelectual y moral, de inteligencia práctica, para aplicar los principios generales a los casos particulares. Aristóteles en *Ética a Nicómaco* (traducción de Francisco Gallach, 1931, pp. VI, 5, 7) considera que el hombre prudente es aquel que es capaz de deliberar correctamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo, no en un sentido particular como la salud, sino aquello que le conduce a la vida virtuosa en general.

24 La Cumbre Iberoamericana realizada en Santo Domingo el 2006 aprobó el Código Iberoamericano de Ética Judicial, elaborado por Manuel Atienza y Rodolfo Vigo. Este código ha tenido una gran influencia en el mundo iberoamericano, ha servido de inspiración para muchos códigos de ética judicial y ha sido aplicado directamente en otros.

juez prudente es el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado razonadamente» (artículo 69); «el juicio prudente exige al juez capacidad de comprensión y esfuerzo por ser objetivo» (artículo 72). También incorpora virtudes que son imprescindibles en la ética judicial (Atienza, 2008a) y que son importantes en el control de sesgos, señala que «el juez bien formado es el que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente» (artículo 29); que el juez está obligado a «generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica» (artículo 17). Otras normas están dirigidas al control del sesgo de confirmación: el juez debe valorar no solo los argumentos, sino también los contrargumentos disponibles (artículo 69); debe evitar clausurar su juicio y quedarse con la primera impresión que tenga, es decir, «debe mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos» (artículo 70); debe plantearse tesis alternativas frente a sus impresiones iniciales: «Al adoptar una decisión, el juez debe analizar las distintas alternativas que ofrece el Derecho y valorar las diferentes consecuencias que traerán aparejadas cada una de ellas» (artículo 71).

Habiéndose establecido el carácter deontológico del deber judicial de controlar el riesgo de sesgos cognitivos en sus decisiones, queda por determinar los pasos adicionales que pueden dar los jueces para el cumplimiento de este deber. En este sentido, parece razonable que, en un contexto de autorregulación, los jueces, con el apoyo de sus gremios, diseñen programas de cumplimiento normativo dirigidos a prevenir, detectar y mitigar este riesgo²⁵. Se requiere de futuras investigaciones para determinar la idoneidad y los alcances de programas de cumplimiento deontológico en la prevención de sesgos judiciales.

25 En los últimos años estos programas se vienen implementando ampliamente en las empresas bajo el impulso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Entre los principales componentes de los modelos de prevención se tienen los procedimientos de análisis, identificación, evaluación y mitigación del riesgo, y el fortalecimiento de una cultura de cumplimiento normativo (Silva y Varela, 2013, p. 282).

En conclusión, el deber de implementar medidas para el control de los propios sesgos cognitivos constituye un deber deontológico. No existe el deber jurídico de implementar estas medidas, pero sí el deber ético de hacerlo. El juez tiene discrecionalidad en su elección y mientras más se esfuerce en el control de elementos de irracionalidad en sus decisiones, buscando e implementando los medios más efectivos, estará más próximo a la excelencia judicial. El Estado tiene el deber jurídico de diseñar el sistema de justicia considerando la prevención de sesgos judiciales.

5. CONCLUSIONES

1. Frente a la pregunta de si existe el deber judicial de juzgar sin sesgos cognitivos, afirmamos que en el estado actual del contexto científico y cultural iberoamericano los jueces tienen el deber *deontológico* de implementar medidas para el control de sus propios sesgos; pero no (aún no) un *deber jurídico*. De otro lado, sí existen las condiciones para afirmar la existencia actual del deber estatal de diseñar normativamente el sistema de justicia tendiendo al control de sesgos judiciales.
2. La conciencia de que existe un *deber deontológico* que obliga a los jueces a implementar medidas para el control de sesgos cognitivos que afecten a sus decisiones tiene una importancia fundamental: en tanto *deber*, posibilita que los jueces inicien un programa sistemático y metodológicamente orientado para el control del riesgo de sus propios sesgos; en tanto *deontológico*, permite que los jueces de manera autónoma, sin la presencia de mecanismos coactivos que puedan poner en riesgo su independencia, consoliden la decisión justa de los casos. Los beneficios para la paz y la justicia social son evidentes.
3. Se requiere de futuras investigaciones para determinar el contenido específico y los alcances de programas de cumplimiento deontológico en la prevención de sesgos judiciales.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2003). De nuevo sobre «independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica». *Jueces para la Democracia*, (46), 47-55.
- Aguiló, J. (2012). Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, (10), 5-32.
- Aguiló, J. (2013). Ética judicial y Estado de derecho. En C. García (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho* (pp. 61-84). Tirant lo Blanch.
- Aguiló, J. (2024). *Prontuario de teoría del precedente para sistemas jurídicos del civil law con un ordenamiento constitucionalizado*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Alemany, M. (2007). Dietética (bioética y deontología en nutrición humana y dietética). *Revista de Bioética & Derecho*, (9), 1-7.
- Alvarado, A. (2004). *Debido proceso versus prueba de oficio*. Temis.
- Arena, F. (2021). Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial. En F. J. Arena, P. Luque y D. Moreno (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 158-185). Universidad Externado de Colombia.
- Aristóteles (1931). *Obras completas* (vol. VI). Imp. de L. Rubio.
- Arkes, H. R., Faust, D., Guilmette, T. J. y Hart, K. (1988). Eliminating the hindsight bias. *Journal of Applied Psychology*, 73(2), 305-307. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.73.2.305>
- Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas.
- Atienza, M. (2001). Ética judicial. *Jueces para la Democracia*, (40), 17-18.
- Atienza, M. (2003). Ética judicial. ¿Por qué no un código deontológico para jueces? *Jueces para la Democracia*, (46), 43-46.
- Atienza, M. (2008a). *Reflexiones sobre ética judicial*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.

- Atienza, M. (2008b). *Cuestiones judiciales*. Fontamara.
- Atienza, M. (2018). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2004/2016). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- Beltrán, V. (2021). Visión de túnel: notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal. *Revista de Estudios de la Justicia* (34), 17-58. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2021.60210>
- Bogdescu, O., Biskjaer, M. y Rooij, A. de (2022). Implementation intention as a debiasing intervention for a bias blind spot among UX practitioners. En D. Lockton, S. Lenzi, P. Hekkert, A. Oak, J. Sádaba y P. Lloyd (eds.), *DRS2022: Bilbao*. <https://doi.org/10.21606/drs.2022.155>
- Callen, C. R. (2003). Rationality and relevancy: Conditional relevancy and constrained resources. *Law Review of Michigan State University Detroit College of Law*, 4, 1243-1304.
- Cortina, A. (1997). Ética de las profesiones. En M. Arroyo, A. Cortina, M. Torralba y J. Zugasti (eds.), *Ética y legislación en enfermería* (pp. 51-58). McGraw-Hill Interamericana.
- Cuno, H. (2023). Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (47), 183-220. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.8>
- Daljord, O., Urminsky, O. y Ureta, J.-M. (2019). A test of the status quo theory of depletion: evidence from the Israeli parole decisions. <https://www.semanticscholar.org/paper/A-Test-of-the-Status-Quo-Theory-of-Depletion-%3A-from-Daljord-Urminsky/9f3b28022a4ce a1d42d1caab006526f046805fc7?p2df>
- Danziger, S. y Levav, J. (2011). Reply to Weinshall-Margel and Shapard: Extraneous factors in judicial decisions persist. *PNAS*, 108(42), E834.
- Danziger, S., Levav, J. y Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, 108(17), 6889-6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>

- Duce, M. (2018). Condena de inocentes y litigación en juicio oral: resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial. *Sistemas Judiciales*, (21), 16-29.
- Elster, J. (2015). *Ulises y las sirenas*. Fondo de Cultura Económica.
- Evans, J. S. (2017). *Thinking and reasoning: A very short introduction*. Oxford University Press.
- Eyherabide, S. (2021). La relación entre la práctica de los sistemas penales y la determinación de los estándares de prueba. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (2), 185-223. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22457
- Findley, K. y Scott, M. S. (2006). The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases. *Wisconsin Law Review*, 2, 291-397. <https://ssrn.com/abstract=911240>
- Fischhoff, B. (2008). Debiasing. En D. Kahneman, P. Slovic y A. Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases* (pp. 422-444). Cambridge University Press.
- Gallo, J. A. (2011). Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal. *In Dret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 1-30.
- Gigerenzer, G. (2006). Heuristics. En G. Gigerenzer y E. Christoph (eds.), *Heuristics and the law* (pp. 17-44). MIT Press.
- Gilovich, T., Griffin, D. y Kahneman, D. (2002). *Heuristics and biases. The psychology of intuitive judgement*. Cambridge University Press.
- Glöckner, A. (2016). The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated. *Judgment and Decision Making*, 11(6), 601-610. <https://doi.org/10.1017/S1930297500004812>
- González, D. (2008). *G. H. Von Wright y los conceptos básicos del derecho*. Fontamara.

- Guerra, M. (2007). La independencia judicial: un derecho fundamental de los ciudadanos. En R. Jiménez (coord.), *Independencia judicial. Visión y perspectivas* (pp. 49-67). Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia.
- Haidt, J. (2013). Moral psychology and the law. How intuitions drive reasoning, judgement, and the search for evidence. *Alabama Law Review*, 64(4), 867-880.
- Hierro, L. (1982). ¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto. *Sistema*, (46), 45-61.
- Higa, C., Sotomayor, J. E. y Cavani, R. (2023). La formulación de un estándar normativo de imparcialidad que incorpore la imparcialidad objetivo-cognitiva en el ordenamiento jurídico peruano: un estudio sobre la repercusión de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. *Derecho PUCP*, (91), 163-200. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.005>
- Kahneman, D. (2003). Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics. *The American Economic Review*, 93(5), 1449-1475.
- Kahneman, D. (2021). *Pensar rápido, pensar despacio*. Penguin Random House. (Obra original publicada en 2011)
- Kahneman, D., Sibony, O. y Sunstein, C. R. (2021). *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Debate.
- Kant, I. (1997). *Crítica de la razón pura* (P. Ribas, trad.). Alfaguara.
- Lifante, I. (2024). Sobre el ejercicio y el control de la discrecionalidad. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, 39-59. https://doi.org/10.37417/RDP/vol_9_2024_2097
- MacLean, C. L., Smith, L. y Dror, I. E. (2020). Experts on trial: Unearthing bias in scientific evidence. *UBC Law Review*, 53(1), 101-140.
- Mosterín, J. (1987). *Racionalidad y acción humana*. Alianza Editorial.

- Nieva, J. (2019). Transfondo psicológico de la independencia judicial. En J. Nieva y E. Oteiza (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio* (pp. 23-37). Marcial Pons.
- Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. En F. J. Arena, P. Luque y D. J. Moreno (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 188-221). Universidad Externado de Colombia.
- Pronin, E., Lin, D. Y. y Ross, L. (2002). The bias blind spot: Perceptions of bias in self versus others. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 28(3), 369-381. <https://doi.org/10.1177/0146167202286008>
- Rodríguez de Fonseca, B. A., Gómez Marín, M. y Gil y Gómez, P. (eds.). (1874). *El Digesto del emperador Justiniano: traducido y publicado en el siglo anterior por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca* (t. III). Imprenta de Ramón Vicente.
- Scopelliti, I., Morewedge, C. K., McCormick, E., Min, H. L., Lebrecht, S. y Kassam, K. S. (2015, octubre). Bias blind spot: Structure, measurement, and consequences. *Management Science*, 61(10), 2468-2486. <https://doi.org/10.1287/mnsc.2014.2096>
- Silva, J.-M. (2022). Behavioral Compliance ...y Scopus®. *InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), iii-v.
- Silva, J.-M. y Varela, L. (2013). Responsabilidades individuales en estructuras de la empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. En J.-M. Silva y R. Montaner (coords.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 265-286). Atelier.
- Simon, H. A. (1955). A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99-118.
- Simon, H. A. (1970). *El comportamiento administrativo*. Aguilar.
- Simon, H. A. (1990). Invariants of human behavior. *Annual Review of Psychology*, 41(1), 1-19.

- Simon, H. A. (2000). Bounded rationality in social science: Today and tomorrow. *Mind & Society*, 1, 25-39. <https://doi.org/10.1007/BF02512227>
- Simon, H. A. (2003). La racionalidad limitada en ciencias sociales: hoy y mañana. En W. J. González (ed.), *Racionalidad, historicidad y predicción en Herbert A. Simon* (pp. 97-110). Netbiblo.
- Stanovich, K. E. (2010). *Decision making and rationality in the modern world*. Oxford University Press.
- Symborski, C., Barton, M., Quinn, M., Morewedge, C. K., Kassam, K. y Korris, J. (2014). Missing: A serious game for the mitigation of cognitive bias. *Interservice/Industry Training, Simulation and Education Conference* (14295).
- Torres, L. C. y Williams, J. H. (2022). ¿Jueces cansados? Un examen del efecto de la fatiga de decisión en los procedimientos de fianza. *Justicia Penal y Comportamiento*, 49(8), 1233-1251.
- Tversky, A. y Kahneman, D. (1974, septiembre). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. *Science*, 185, 1124-1131.
- Von Wright, G. H. (1979). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Tecnos.
- Weinshall-Margel, K. y Shapard, J. (2011). Overlooked factors in the analysis of parole decisions. *PNAS*, 108(42), E833. <https://doi.org/10.1073/pnas.1110910108>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Código Iberoamericano de Ética Judicial. Adoptado por la Cumbre Judicial Iberoamericana el 22 de junio de 2006, modificado el 2 de abril de 2014 y el 22 de septiembre de 2023.
- Expediente n.º 1300-2002-HC/TC (2003). Tribunal Constitucional (27 de agosto de 2003).

Recurso de Nulidad n.º 760-2020-Lima (2021). Corte Suprema de Justicia de la República (5 de abril de 2021).

Sentencia 97/1999 (1999). Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España (31 de mayo de 1999).

Sentencia 254/2011 (2011). Tribunal Supremo (España) (14 de abril de 2011).

Sentencia 193/2019 (2019). Juzgado de lo Social de Barcelona (11 de junio de 2019).

Financiamiento

Este artículo se ha elaborado en el marco del año sabático concedido al autor por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

El autor agradece las valiosas observaciones y revisiones de los profesores de la Universidad de Alicante, Daniel González Lagier y Macario Alemany García, en el proceso de elaboración del presente documento.

Biografía del autor

Julio César Santa Cruz Cahuata es docente en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, en la Academia de la Magistratura del Perú y otras instituciones. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, *master di il livello in argomentazione giuridica* por la Universidad de Palermo, Italia; magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú; maestro en Derecho con mención en Derecho Penal por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa; doctorando en Derecho en la Universidad de Alicante.

Correspondencia

csanta@unsa.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 263-292

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i22.951

La informalidad en el régimen laboral público en el Perú y efectividad de las medidas estatales adoptadas al respecto¹

The informality in Peru's public employment system and the effectiveness of State measures adopted in response

A informalidade no regime de trabalho público no Peru e a eficácia das medidas estatais adotadas nesse sentido

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
(Lambayeque, Perú)

Contacto: 2021814047@unh.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2229-9624>

RESUMEN

La informalidad es concebida como un fenómeno social y jurídicamente reprobable atendiendo a que no se ajusta a los estándares de la buena convivencia en la comunidad, y es valorada, desde dicha percepción, como contraria a la racionalidad del mundo occidental; sin embargo, más allá de estas consideraciones no siempre aceptables que implican más un juicio de valor que una realidad objetiva, esta figura es una respuesta a

1 El presente trabajo de investigación recoge la ponencia desarrollada por el autor en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizado en la ciudad de Arequipa los días 2, 3 y 4 de noviembre de 2022, organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS); en tal sentido, se ha procedido a su actualización en lo pertinente.

diversos contextos a los cuales se enfrentan los ciudadanos, destaca, entre ellos, el que se constituye en un medio de adaptación a las reglas estatales.

Ahora bien, normalmente se vincula la figura de la informalidad al sector privado. No obstante, contra todo pronóstico, la informalidad también tiene presencia en el ámbito público con especial incidencia en el espacio de la provisión de personal al interior de las organizaciones jurídico-públicas. Teniendo en cuenta este contexto, el autor se enfoca en analizar las diversas expresiones concretas que, en el ámbito peruano, permiten la identificación de la informalidad considerando que las relaciones jurídicas de personal son el espacio propicio para que el Estado aproveche las prestaciones de servicios en beneficio propio utilizando diversos mecanismos, reprobables jurídicamente, con los cuales pretende desconocer la realidad de una adecuada autoorganización administrativa. Procede a concluir que el Estado peruano es un espacio de convivencia de reglas formales e informales y llegan a identificarse importantes esfuerzos gubernamentales para autolimitar tales prácticas institucionales anómalas.

Palabras clave: informalidad; sector público; función pública; nepotismo; evaluación de personal.

Términos de indización: política laboral; sector público; función pública; corrupción; evaluación de los puestos (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

Informality is conceived as a social phenomenon and legally reprehensible, as it does not align with the standards of good coexistence within the community, and is perceived, from this perspective, as contrary to the rationality of the Western world. However, beyond these considerations, which are not always acceptable and involve more of a value judgment than an objective reality, this phenomenon is a response to the various contexts citizens face. Among these, it stands out as a means of adaptation to state rules.

Typically, the concept of informality is linked to the private sector. However, against all expectations, informality is also present in the public sphere, particularly in the area of personnel provision within public-law

organizations. In this context, the author focuses on analyzing the various concrete expressions that, within the Peruvian context, allow for the identification of informality. This is based on the idea that legal relationships concerning personnel are a key space where the state exploits service provisions for its own benefit using various legally reprehensible mechanisms, with the aim of disregarding the reality of proper administrative self-organization. The author concludes that the Peruvian state is a space where both formal and informal rules coexist, and significant governmental efforts are identified to self-limit such anomalous institutional practices.

Key words: informality; public sector; public service; nepotism; personnel evaluation.

Indexing terms: labour policy; public sector; civil service; corruption; job evaluation (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A informalidade é concebida como um fenômeno social e juridicamente reprovável por não se adequar aos padrões de boa convivência na comunidade, sendo valorizada, a partir dessa percepção, como contrária à racionalidade do mundo ocidental; no entanto, além dessas considerações nem sempre aceitáveis que implicam mais um juízo de valor do que uma realidade objetiva, essa figura é uma resposta a vários contextos enfrentados pelos cidadãos, inclusive pelo fato de constituir um meio de adaptação às regras do Estado.

No entanto, a informalidade geralmente está ligada ao setor privado. Não obstante, contra todas as probabilidades, a informalidade também está presente na esfera pública, com uma incidência particular na área de fornecimento de pessoal em organizações públicas legais. Levando em conta esse contexto, o autor se concentra em analisar as diferentes expressões concretas que, no contexto peruano, permitem identificar a informalidade, considerando que as relações jurídicas de pessoal são um espaço propício para que o Estado se aproveite da prestação de serviços em seu próprio benefício, utilizando diferentes mecanismos, juridicamente condenáveis, com os quais pretende ignorar a realidade de

uma adequada auto-organização administrativa. Em seguida, conclui-se que o Estado peruano é um espaço de coexistência de regras formais e informais, e que são identificados importantes esforços governamentais para autolimitar essas práticas institucionais anômalas.

Palavras-chave: informalidade; setor público; função pública; nepotismo; avaliação de pessoal.

Termos de indexação: política trabalhista; setor público; serviço público; corrupção; avaliação de cargos (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 4/3/2024

Revisado: 4/3/2024

Aceptado: 4/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Sin que quizás haya mérito para tal propósito, se atribuye a la informalidad una entera calificación negativa, asumiendo que implica no solo desconocer las reglas pre establecidas por el Estado, sino también proceder de manera paralela a ellas de modo tal que se le anexa la idea de lo marginal atendiendo a que «supone estar al margen de las cargas tributarias y normas legales» (Loayza, 2008, p. 44).

Vista con otros ojos, contra todo pronóstico racional, la informalidad se constituye en una cultura dentro de la cultura occidental de las reglas estatales al punto de su coexistencia (Arce, 2004, p. 142), de modo tal que concita el interés tanto del derecho como de la economía y la sociología, sin perjuicio de la participación de otras ciencias sociales. No se agota en la sola idea de transgresión, pobreza y marginalidad, como se piensa ordinariamente, sino que, antes bien, implica desarrollar culturalmente reglas singulares, no consensuadas democráticamente, ante el predicamento, la simple conveniencia o el alto coste que implica asumir y mantener las reglas pre establecidas o de no ser —explícita o implícitamente— considerado dentro de ellas dado que provienen, como ha sido sostenido, del Estado como organización racional. Ahora bien, la informalidad no es solo una figura que podamos encontrar en el campo de los

particulares, por lo general denominado sector privado, sino que también es posible ubicarla en el sector público que es, de manera curiosa, el espacio en el cual debería encontrarse vedada. Es sabido que las organizaciones jurídico-públicas acometen las tareas de interés público desde una entera perspectiva de objetividad según los cometidos convencionales, constitucionales y legales, pero, con habilidoso detalle, el profesor Gordillo (1988) identifica aquellas otras que escoltan, de manera anómala y sin ningún disimulo, puros intereses egoístas o de conveniencia partidaria a las que denomina «administración paralela», al punto tal que, en el cierre del siglo XIX, la brillantez de la jurisprudencia francesa llegaría a acuñar el instituto de la desviación de poder para explicar la intromisión de otros intereses, ajenos a lo que compete a la comunidad, en la cosa pública.

Inicialmente acuñada en el fallo Lesbats (1864), que más tarde se proyecta al fallo Pariset (1875), ambos emitidos por el Consejo de Estado, la desviación de poder fue una expresión que, en el momento histórico en el cual fue generada, llegaría a reflejar el insano propósito de usar lo público para fines distintos del interés general (Esteban y Esteban, 2007; López, 2013) como expresión de la informalidad de la administración. Esto conllevó a que, de modo posterior, se efectúe sanamente la recepción legislativa de tal instituto en distintas disposiciones jurídicas², aunque en el contexto actual se materializa en diversas figuras jurídicamente reprobables. Para el campo específico del régimen laboral público peruano, esta informalidad, de la que también participan en general el Estado y específicamente nuestras administraciones a través de la desviación del poder y otras técnicas, se ha exteriorizado en diversos episodios —unos con efectos instantáneos, otros permanentes— que llevan a cuestionar la objetividad y la racionalidad de la potestad autoorganizativa de la que viene premunida la administración.

2 Al respecto, en el espacio ibérico: el artículo 106 de la Constitución española (1978); el artículo 48 de la Ley n.º 39/2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (2015); el artículo 70 de la Ley n.º 29/1998, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (1998). En el espacio argentino: el artículo 7, inciso f, de la Ley n.º 19.549, Ley de Procedimiento Administrativo (1972); y, por supuesto en nuestra Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2001).

Dicho contexto es el que sirve de sustento al presente ensayo a efectos de analizar la informalidad que campea en la organización administrativa respecto de su personal y cómo es que el Estado aborda, con eficiencia o no, dicho problema.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente ensayo se realizó al amparo de una investigación cualitativa, puesto que los métodos de investigación aplicados se fundamentan en los de carácter histórico y hermenéutico, por medio de los cuales se van a estudiar las diversas disposiciones jurídicas en materia de personal, así como los escenarios en los que el Estado ha introducido acciones concretas destinadas a ir en contra de dichas leyes en el ámbito específico del régimen laboral público peruano. Es preciso indicar que, considerando la naturaleza de la investigación cualitativa, el estudio se limita a analizar tales aspectos, para ello acude a la doctrina, en cuanto es necesario, a fin de reforzar la interpretación realizada, de manera tal que no se pretende probar hipótesis alguna.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. La diversidad de regímenes de prestación de servicios y la oscilación entre lo laboral y lo estatutario como germen de la informalidad en la función pública

Gran parte de los problemas que arrastra la administración respecto a su personal proviene de los diversos regímenes jurídicos (Martínez Ortiz, 2022, p. 76) con los que se provee de personas para hacer efectivas las diversas prestaciones que ofrece al ciudadano en su papel de usuario.

Sin embargo, cabe adicionar que no se puede perder de vista que esto se debe a la proyección estatutaria o laboral que los legisladores, en diversos tiempos, han efectuado a tales regímenes jurídicos, lo que origina que la forma jurídica sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral, adoptada desde 1950 hacia adelante, destaque por su versatilidad y la consiguiente ausencia de seguridad jurídica (Canessa, 2022). Ello debido a que, ante leyes oscilantes, se ha generado una tardía reacción del

Estado, a través de sus técnicas de organización de personal y del cuerpo técnico de dirección, para adecuar tal proyección al grupo amplísimo de personas que le sirven: lo raudo de tales leyes no se puede predicar, con igual fortaleza, de los procesos para concretarlas con especificidad. Como es sabido, la idea de un régimen jurídico transversal en el Perú aparece, bajo premisas de derecho administrativo, en el Decreto Ley n.º 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Junta Militar de Gobierno, 1950), y marca el compromiso de un Estado pequeño, normalmente reducido a la eficiencia de sus prestaciones, que se enfoca en la costa del país, pero que ya iría afrontando el peso de la movilidad geográfica de miles de ciudadanos que emigraban del campo a la ciudad. Lo señalado, sin embargo, en palabras de Miranda Hurtado (2004), «no fue obstáculo para la ciega aplicación e importación de la teoría estatutaria dominante» (p. 61). Más tarde, al abrigo de la Constitución de 1979 (Servat, 2006, p. 164) se reafirma la proyección estatutaria con la expedición del Decreto Legislativo n.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Poder Ejecutivo, 1984); al que luego le sigue la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público (Poder Legislativo, 2004); y el Decreto Legislativo n.º 1057, Decreto Legislativo que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (Poder Ejecutivo, 2008); hasta la actual Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil (Poder Legislativo, 2013), que solo se ve horadada con la intromisión fáctica del Decreto Legislativo n.º 728 (Poder Ejecutivo, 1991), que constituye un lunar en el pecho del derecho administrativo, pues fue impuesto en el gobierno del «ciudadano» Fujimori para generar la competencia del personal al servicio de las administraciones públicas, aunque sin una base legislativa de contenido habilitante y con carencia de indicadores objetivos de medición que pudieran determinar su real efectividad.

En buena cuenta, este despropósito de los legisladores generado por las idas y las venidas de la actividad legiferante del Parlamento y del Ejecutivo, así como la ausencia de un marco proyectado en el tiempo producido por estas disonancias entre lo estatutario y lo laboral son el germen de la informalidad en el Estado atendiendo a que, a lo largo de la historia de las prestaciones de servicios a la administración, «el

legislador ha mostrado su proclividad por fórmulas del derecho administrativo» (Miranda, 2004, p. 61).

Ahora bien, no todo ha sido gris en este escenario, ya que en el gobierno de transición del patrício Valentín Paniagua Corazao no solo se emitió la ley general administrativa y la de enjuiciamiento a la administración, sino que también se expidió el Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal en la Administración pública central (Poder Ejecutivo, 2001), que se exterioriza como el reconocimiento del Estado peruano en detectar la informalidad rampante y la adopción de medidas para la superación de dicho problema (Esparch, 2012, p. 15), entre las que se encontraba, por su incidencia, la regularización de la situación de los locadores de servicios que eran personal de la administración contratado bajo reglas de derecho civil y por ende bajo aparentes contratos privados de la administración, pero con prestaciones enteramente subordinadas. Esta situación llevó a proyectar el denominado contrato administrativo de servicios, con la propuesta de un régimen jurídico temporal que, años más tarde, adquiere una tonalidad de perjuicio para el trabajador público al ser recogido en el Decreto Legislativo n.º 1057 (Poder Ejecutivo, 2008), con grave distancia de la propuesta de la aludida Comisión Multisectorial, como permanente y con desmejora de derechos fundamentales.

En igual medida, a través del Decreto Legislativo n.º 1023, Decreto Legislativo que Crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (Poder Ejecutivo, 2008), se gesta la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), que, en palabras de Martínez Puón (2020), «surgió ante la falta de un órgano rector que normara y ordenara el sistema de recursos humanos» (p. 100). Esta se enfoca en constituirse en un faro guía ante el desconcierto provocado por la multiplicidad de regímenes jurídicos en el Estado y procede a la centralización de la dinámica de personal pese a los vientos no siempre propicios para ella.

3.2. Incumplimiento del perfil del puesto público respecto de funcionarios públicos sujetos a confianza

La confianza es parte de las relaciones humanas, tengan estas o no un contenido relevante para el derecho objetivo, a tal punto es su importancia que el derecho administrativo ha hecho suya esta figura y le ha asignado la tinción de concepto jurídico indeterminado, hecho que ha motivado que las administraciones puedan contar con personal cercano a la máxima autoridad local, regional o nacional para materializar los cometidos de la organización vicarial. La objetividad que se exige al poder en general y al poder público específicamente ha buscado limitar la aparición de la teoría del botín en las administraciones públicas, agudizada sin ningún escrúpulo en el período gubernamental de 2006 a 2011, y ha permitido que la autoridad de turno convoque a quienes considera puedan brindarle una adecuada asesoría y consejo respecto de los asuntos públicos en cuanto cumplan, condicionalmente, con el perfil del puesto.

De este modo, la discrecionalidad que le es permitida a quien gobierna se morigera decentemente por los bríos de los requisitos reglados que deben cumplirse, por tratarse de disposiciones jurídicas de orden público a tal punto que, más que hablar de confianza, bien vale acudir al término de confiabilidad (Huamán, 2016, p. 115); en dicha perspectiva, se emitió en su momento el hoy derogado Decreto Supremo n.º 084-2016-PCM, Decreto Supremo que precisa la designación y los límites de empleados de confianza en las entidades públicas (Poder Ejecutivo, 2016), dado en el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, como parte de las leyes de desarrollo de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público (Poder Ejecutivo, 2004), conforme a lo ordenado por el Tribunal Constitucional (STC n.º 008-2005-PI/TC, 2005).

Dado que en el espacio propio de las relaciones jurídicas de poder opera una fuerte fascinación por que imperen las tendencias clientelistas, se ha procedido a la emisión del Decreto Legislativo n.º 1024, Decreto Legislativo que Crea y Regula el Cuerpo de Gerentes Públicos (Poder Ejecutivo, 2008), como parte del proceso de modernización estatal (Friz Burga, 2010, p. 28). Dicho cuerpo técnico, de acuerdo con lo sostenido por Chudnovsky (2017), «goza de estabilidad pero la permanencia está

sujeta al desempeño satisfactorio, al carácter transitorio del servicio y a la efectiva demanda de las entidades de destino» (p. 21) con el propósito de introducir criterios técnicos en ámbitos propios de la discrecionalidad política considerando que, como lo predica la jurisprudencia, es el espacio «de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental» (STC n.º 0090-2004-AA/TC, 2014). Con independencia de tal situación, la Contraloría General de la República (CGR) ha venido emprendiendo diversas acciones de fiscalización enfocadas en el cumplimiento de las reglas objetivas establecidas en la Ley n.º 28175 (Poder Ejecutivo, 2004), que se han visto reforzadas por las sucesivas leyes presupuestarias de la nación, así como por la reciente emisión, por parte del Parlamento, de la Ley n.º 31419, Ley que establece disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y ejercicio de la función pública de funcionarios y directivos de libre designación y remoción (Poder Ejecutivo, 2022), que se constituye en el soporte adicional del mandamiento de la Ley n.º 30057 (Poder Legislativo, 2013), pues en esta última ya se regulan los requisitos mínimos además de los necesarios parámetros reglados que deben seguirse³, a la que acompaña el Decreto Supremo n.º 053-2022-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 31419, Ley que establece disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y ejercicio de la función pública de funcionarios y directivos de libre designación y remoción, y otras disposiciones (Poder Ejecutivo, 2022).

Precisamente, en el 2019 se procedió a la identificación de 2609 funcionarios cuya designación como personal de confianza no calzaba, de manera reglada, con las regulaciones internas de las administraciones exigibles por ley (Sánchez, 2020, p. 73).

Dicha línea de actuación objetiva es confirmada por parte del propio Servir a través de diversos pronunciamientos administrativos (Informe n.º 1559-2019-SERVIR/GPGSC, 2019; Informe n.º 1744-2019-SERVIR/GPGSC, 2019; Informe n.º 0245-2021-SERVIR/GPGSC, 2021; Informe n.º 0454-2021-SERVIR/GPGSC, 2021; Informe n.º 000330-2021-SERVIR/GPGSC, 2021; Informe n.º 000235-2022-SERVIR/GPGSC, 2022; Informe

3 A través de los artículos 53, 54, 77, 78 y 79 de dicha legislación.

n.º 000289-2022-SERVIR/GPGSC, 2022) que buscan afinar la línea de objetividad de la administración como organización vicarial.

De este modo, se han ido reforzando los mecanismos frente al abierto uso excesivamente discrecional de la confianza, que es mal entendida como una habilitación para desconocer los parámetros del legislador en el acceso a la función pública, pero que se constituye, de manera adecuada, en un instrumento objetivo que busca garantizar la toma de decisiones en virtud de criterios de utilidad y conveniencia de la cosa pública. Prudentemente, estos no pueden ser confundidos con criterios personales dado que el personal sujeto a confiabilidad recibe contraprestación del Estado y por ende es a este a quien guía, a través del funcionario del momento, para la adecuada asunción del interés público. Lo anterior conlleva a que Servir despliegue el «Operativo Idoneidad», el cual generó que, al 13 de agosto de 2022, se haya producido la desvinculación de 230 funcionarios y directivos bajo las órdenes del mandamiento de la Ley n.º 31419.

Por último, se ha emitido la Ley n.º 31564, Ley de prevención y mitigación del conflicto de intereses en el acceso y salida de personal del servicio público (Poder Legislativo, 2022); así como el Decreto Supremo n.º 082-2023-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 31564, Ley de prevención y mitigación del conflicto de intereses en el acceso y salida de personal del servicio público (Poder Ejecutivo, 2023), orientados al combate de la informalidad estatal al establecer obligaciones e impedimentos a quienes pretenden usar lo público en beneficio propio una vez que han dejado la administración y busquen utilizar tal experticia en el ámbito privado.

3.3. Designaciones funcionariales pese a inhabilitaciones del Congreso: el caso Pandolfi

La breve designación de Alberto Pandolfi en el gobierno de García Pérez (2007) en calidad de jefe del Programa de Reducción de Vulnerabilidad frente al Evento Recurrente de El Niño (PREVEN), pese a que recaía sobre este una inhabilitación política de diez años ordenada en 2003 por el Parlamento (Tanaka y Vera, 2008, p. 355), es claro ejemplo de

designaciones erróneas en las cuales se unen el actuar informal de altos directivos del país, quienes actúan política y discrecionalmente en exceso y no en búsqueda del interés general —esto es, de manera arbitraria—, lo que conlleva a que se haya alegado que se trata de un error político ante la prensa internacional (El País, 2007). Cabe indicar que fue la presión mediática de la prensa la que obligó al retroceso de su designación y se determinó, dentro de la discrecionalidad política del Ejecutivo, la nulidad del acto resolutivo que permitió su reingreso a la función pública no obstante su entonces inhabilitación vigente.

3.4. Las relaciones familiares y el clientelismo en el acceso a la función pública: el nepotismo

La Carta Iberoamericana de la Función Pública entiende que una buena función pública implica «un propósito permanente que encuentra en todo caso múltiples áreas de mejora de los arreglos institucionales existentes» (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo y Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 2003, p. 4).

Con ausencia de sueño, los apetitos humanos siempre se mantienen vigilantes para asaltar el poder, ello lleva a que informalmente se tejan relaciones interpersonales de contenido familiar, unas veces disimuladas y otras no, a través de las cuales los aludidos lazos pretenden sustituir a las reglas objetivas del Estado y se incurre en desviación de poder. Esto último se materializa en el nepotismo, así como, de manera conexa, en los conflictos de intereses y del clientelismo entendidos como poderes alternativos de carácter informal (Barozet *et al.*, 2020).

El Legislativo, como ojo vigilante de lo público, ha sido tajante para cerrar filas frente al clientelismo y al conflicto de intereses que subyace a las relaciones familiares en la administración, lo cual implicó la emisión de la Ley n.º 26771, Establecen prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco (Poder Legislativo, 1997), que, entre muchos de sus aspectos, proyecta su alcance a los contratos de locación de servicios —coloquialmente denominados contratos de servicios no personales—,

que han sufrido diversas reformas como la de la Ley n.º 30294 (Poder Legislativo, 2014) y la Ley n.º 31299 (Poder Legislativo, 2021). Tratándose de esta última procede a la modificación, además, de la Ley del Servicio Civil no solo ampliando el instituto del nepotismo a la contratación de los padres de los hijos, sino proyectando esta figura a los contratos de consultoría y otros sin que el legislador precise si comprende únicamente a los contratos administrativos o si es que esta previsión legislativa alcanza a los contratos privados de la administración atendiendo a que la fórmula «y otros de naturaleza similar» es un concepto jurídico indeterminado.

Obviamente, dichas legislaciones se complementan con la línea general de prohibición del nepotismo consignada en la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil (Poder Legislativo, 2013) y se desarrollan diversos institutos como el de los «actos de injerencia», «directa» e «indirecta», en el Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM, Aprueban Reglamento General de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil (Poder Ejecutivo, 2014).

En clave jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha llegado a validar la posición del legislador establecida en la Ley n.º 29277, Ley de la Carrera Judicial (2008), al asumir que «no toda limitación debe ser considerada como una vulneración a la libertad de trabajo, sino tan solo aquellas limitaciones irrazonables o desproporcionadas» (Expediente n.º 0020-2014-PI/TC, f. 34), por lo que el régimen jurídico sobre el nepotismo, como instrumento de control de la informalidad en la Administración pública, se erige como una medida legislativa constitucionalmente aceptable que se hace en función de los objetivos del modelo republicano que asume el Estado peruano.

3.5. La ausencia de formación del personal al servicio de la administración

La formación del personal, también llamada capacitación, es parte de las expectativas insatisfechas de los trabajadores públicos y queda expuesta como una entera necesidad para la adecuada prestación de servicios a los ciudadanos, pues permite que el servidor o los funcionarios públicos puedan cerrar, de manera solvente, sus brechas de conocimiento en un

mundo cambiante y donde la información es volátil. Obviamente, cada legislación que ha sido emitida en el Perú ha llegado a mostrar cómo es que el legislador ha percibido este instituto:

- En el Decreto Ley n.º 11377 (Junta Militar de Gobierno, 1950), así como en el Decreto Legislativo n.º 276 (Poder Ejecutivo, 1984), ambos de contenido estatutario, aparece un fuerte compromiso de la administración para la capacitación de personal que, siendo sinceros, quedaría en una declaración de buenas intenciones; precisamente, el régimen de las licencias oficializadas y no oficializadas, consignado en el Decreto Supremo n.º 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa (Poder Ejecutivo, 1990), fue materia de derogación por parte del Decreto Legislativo n.º 1025 (Poder Ejecutivo, 2008), como lo precisa Servir (Informe Técnico n.º 008-2018-SERVIR/GPGSC, 2018; Informe Técnico n.º 000736-2021-SERVIR/GPGSC, 2021).
- Más tarde, siempre bajo un enfoque mitad estatutario-mitad laboral, con la emisión de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público (Poder Legislativo, 2004), la inducción de personal es ya la primera línea de la capacitación. Ello se ve complementado con la expedición del Decreto Legislativo n.º 1025, Decreto Legislativo que aprueba normas de capacitación y rendimiento para el sector público (Poder Ejecutivo, 2008), que se aboca al delineado de reglas estatales para la capacitación y la evaluación de personal englobadas bajo el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH).
- El Decreto Legislativo n.º 1057 (Poder Ejecutivo, 2008) sigue la línea de la legislación antes mencionada y asocia la capacitación con la evaluación cuando la primera de estas figuras debe orientarse sanamente al cierre de brechas de conocimiento.
- La actual Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil (Poder Legislativo, 2013), dentro del marco de gestión de capacitación recoge, entre otras figuras, las de formación laboral y formación profesional con naturalezas y propósitos distintos.

Como se puede evidenciar, el rubro referido a la formación de personal no ha sido un proceso pacífico, lo cual ha motivado a que la doctrina (Farroñay, 2015) ponga énfasis en la necesidad de valorarlo en su justa dimensión. Precisamente, pasando de la regulación legal a la acción concreta, Servir emprendió desde el 2015 hasta la fecha una amplia oferta académica de diversos eventos, con el soporte académico y logístico de la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), dirigidos a servidores públicos en general (capacitación de servidores civiles y actividades de complementación académica para servidores civiles), así como a grupos específicos de personal de dirección (formación de directivos). Para este fin ha utilizado el canal presencial, así como el digital, este último al abrigo del Massive Online Open Courses (MOOC); debe indicarse que inclusive la presencia en el país de la COVID-19 en el 2022 no ha frenado el ímpetu de la capacitación de personal, que se ve reforzada con la aceptación de los servidores y los funcionarios estatales.

3.6. La no resuelta situación de los «contratados permanentes» dentro del régimen jurídico de carrera administrativa y el papel de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir)

El personal contratado de manera permanente en las administraciones, sin que se proceda a regularizar su situación expectativa, es también parte del proceder informal emprendido por la administración en materia de personal, lo que permite advertir que «el servicio civil peruano de los últimos 30 años se ha caracterizado por ser informal y desordenado» (Mendoza, 2016, p. 350).

Saltarse las leyes estatutarias y usar la regulación privada con la locación de servicios establecida en el Código Civil, por ende, excluida de las relaciones de derecho administrativo, no es un acto casual sino, antes bien, extremadamente deliberado. En este aspecto, el Decreto Legislativo n.º 276 (Poder Ejecutivo, 1984) como el Decreto Supremo n.º 005-90-PCM (Poder Ejecutivo, 1990) regulan su situación, que tiene como término de comparación a la técnica del nombramiento, estrictamente aplicable al personal de carrera que ha ingresado por la técnica del concurso.

De alguna manera, este personal se encuentra en un eterno limbo que no se resuelve por haber alcanzado el año de servicios ni los tres años que garantizaban que la administración debía realizar las actuaciones formales y materiales para oficializar su ingreso al Estado.

El uso de la locación de servicios, al ser desnaturalizada con el ejercicio de la subordinación por parte de la administración como empleadora, generó la invocación de la Ley n.º 24041 (Poder Legislativo, 1984) ante los Tribunales, a efectos de garantizar el ejercicio del derecho fundamental a no ser despedido salvo causa justa, exteriorizada en un previo procedimiento administrativo disciplinario. Ello llevó al reforzamiento, por vía del activismo judicial, del derecho al trabajo a través de diversos pronunciamientos del Alto Tribunal (STC n.º 1084-2004-AA/TC, 2004; STC n.º 3508-2004-AA/TC, 2005; STC n.º 02757-2016-PA/TC, 2018) dados en tutela de la «parte débil» de la relación de prestación de servicios. Esta situación se mantuvo inalterable hasta que el Parlamento procedió a asumir protagonismo con la aprobación de la Ley n.º 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, modificada por el artículo 1 del Decreto de Urgencia n.º 113-2019 (Poder Legislativo, 2010), que habilitó la regularización de la situación de los «contratados permanentes» siempre que superasen los tres años de servicios al Estado. Esto llevó a que, a su turno, se expida reglamentariamente el Decreto Supremo n.º 111-2010-PCM, Aprueba lineamientos para nombramiento de personal contratado (Poder Ejecutivo, 2010), para desarrollar las reglas aplicables a tal propósito (Resolución n.º 02037-2015-SERVIR/TSC-Primera Sala, 2015), lo que debía cerrarse merced al mandato de la Ley n.º 29753, Ley que autoriza la conclusión del proceso de nombramiento del personal contratado del sector público y precisa los alcances de los lineamientos establecidos en el Decreto Supremo 111-2010-PCM, aprueba lineamientos para nombramiento de personal contratado (Poder Legislativo, 2011).

Para los años 2019 y 2020, el Estado peruano procedió a retomar lo ya realizado teniendo como sustento la base legal presupuestaria con una dinámica actividad reglamentaria.

Teniendo como sustento la Ley n.º 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, a través de la centésima vigésima

novena disposición complementaria final (Poder Legislativo, 2019) como base jurídica habilitante, la Autoridad Nacional procedería con la expedición de la Resolución n.º 075-2019-SERVIR/PE, Lineamiento para el nombramiento del personal contratado por servicios personales en el sector público bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Servir, 2019), con la particularidad de que los locadores de servicios debían superar los tres años consecutivos o cuatro alternados de actividad subordinada en el Estado. En el gobierno de Martín Vizcarra, con el cual se cerraba el vacío de la sucesión gubernamental en el país provocado por la renuncia de Kuczynski ante una fuerte crisis política, se expide el Decreto de Urgencia n.º 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de recursos humanos del sector público (Poder Ejecutivo, 2020), que, en su segunda disposición complementaria transitoria habilitaba la regularización de la situación de los locadores de servicios manteniendo la regla de los tres años consecutivos o cuatro alternados. Esto generó, dentro de un espacio de actividad reglamentaria, la emisión de la Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 018-2020-SERVIR-PE, Lineamiento para el nombramiento del personal contratado por servicios personales en el sector público bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Servir, 2020), expedida por acuerdo de Consejo Directivo.

Por último, tras tales sanas experiencias, corresponde dejar establecido que la acción del Estado para mejorar la situación real de los «contratados permanentes» no ha sido continuada en el tiempo pese a que se trataba de una buena muestra de reconciliación de la administración con su personal. Se ha detenido, en su mejor momento, la marcha iniciada para mejorar la situación de dichos trabajadores públicos; de manera que, en la actualidad, miles de ciudadanos están todavía a la expectativa de que el Parlamento o el Ejecutivo retomen esta iniciativa de sinceramiento de la realidad de este grupo de personas que se mantienen relegadas en el reconocimiento de sus derechos fundamentales y legales.

3.7. Los locadores y los «terceros sin contrato» en las prestaciones de servicios

Una de las situaciones más emblemáticas, ligadas a la informalidad de la administración como empleadora, se enfoca en el personal de los poderes públicos sujetos a la locación de servicios. Simplemente, su historia es la de un lamento. Aunque los orígenes de su utilización por el Estado se pierden en el tiempo, lo cierto es que la locación ha sido una técnica extraña al derecho administrativo y a su propia naturaleza civil conforme a las precisiones de la Resolución n.º 000880-2022-SERVIR/TSC-Primera Sala (Servir, 2022), lo que no ha evitado que se eche mano de ella convenientemente, pues, en un mundo de relaciones estatutarias, se llegaba a asumir que era necesario servirse de alguna otra técnica distinta para proveer a la administración de personal no vinculado a la organización, pero que, en el escenario práctico, se encontraba subordinado a su contratante.

En tal orden de ideas, el Código Civil hace su asomo como la herramienta adecuada para tal deleznable propósito actuando con fraude a la ley y echando manera de la simulación en la contratación.

Tras un fuerte activismo judicial enfocado en desnudar el escaso escrúpulo de la administración para contratar locadores en el Estado para labores subordinadas, el gobierno de transición democrática de 2001 reconoce que ello se constituye en un problema público que se le ha escapado de las manos, hace ya largo tiempo, al Estado peruano. Ello implicó que a través del trabajo de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal en la Administración pública central (Poder Ejecutivo, 2001), bajo la presidencia del entonces ministro Zavala Acosta, se exponga dicha situación y pasó a plantearse el modelo de un contrato administrativo de servicios tendiente a regularizar las locaciones hasta llegar a la futura emisión e implementación de una ley del servicio civil. Dicha idea gubernamental es tergiversada en el gobierno de García Pérez con la emisión del Decreto Legislativo n.º 1057 (Poder Ejecutivo, 2008), que, tremadamente alejado del proyecto reconciliador de la Comisión Multisectorial, sirvió para regularizar el abuso sobre los trabajadores públicos sujetos a la locación al recogerse derechos fundamentales y legales recortados.

Más allá de la sentencia de constitucionalidad de dicho contrato administrativo de servicios, con lo cual se cerraba la contratación privada de personal en el Estado, se continuaba contratando locadores, de manera tal que no se llegó a solución alguna en la práctica. No solo se abrió un tercer régimen jurídico de prestación de servicios, con el aludido decreto legislativo, sino que se mantuvo el régimen de locación de servicios del Código Civil, que debía ser dejado de lado hacía ya largo tiempo. Asimismo, se generaron situaciones inconexas donde era posible encontrar locadores y contratados administrativos, así como contratados administrativos a los cuales les precedía la locación e incluso locadores con previos contratos modales privados o personal locador al que se le adiciona esta última forma contractual. Inclusive se trataba de darle otra apariencia a la relación civil con la administración por medio de los denominados «terceros sin contrato» (Huamán y Espinoza, 2014), expresión eufemística para ocultar locadores subordinados, lo que no impide la entrega adecuada de tutela judicial laboral (Huamán y Mayor, 2014, p. 30) para hacer frente a este proceder informal del Estado en sus diversos niveles gubernamentales.

Con el paso del tiempo, como parte de las acciones concretas de lucha frente a la informalidad laboral en el sector público, el Parlamento ha emitido la Ley n.º 31298, Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada (Poder Legislativo, 2021), que se enfoca en cerrar filas no a la locación de servicios en el Estado que, a partir de la lectura de la ley se entiende jurídicamente admisible, sino a evitar que dicha figura del derecho civil sirva de pretexto para generar situaciones simuladas de provisión de personal en la administración. De este modo, los conceptos jurídicos indeterminados referidos a los «servicios de carácter urgente y temporal» y el que estén «debidamente acreditados», precisados en la ley, sirven de sustento para delimitar el campo de acción de la locación a casos extremos que no acaban en su mera alegación, sino que deben ir escoltados de su necesaria probanza, lo que no evita las siguientes situaciones:

- El que se genere, como nuevo fenómeno de regularización de la informalidad antes existente, la contratación de locadores de servicios contratados para prestaciones urgentes y temporales, lo cual responde, con estricto criterio, a la especificidad de la regulación legal.
- El que se mantenga la situación de los locadores contratados con anterioridad a dicha regulación jurídica debido a un estricto tema de vigencia legal, lo cual no evita que la administración, como poder público, determine la utilización de diversas técnicas: el uso de la cláusula resolutoria de acuerdo con los motivos estipulados por las partes o establecida por el Código privado, la conclusión del servicio materia de contrato en el período definido por las partes sin dar tiempo a una ampliación de plazo o el acudir a la renovación contractual aunque con nuevos términos.
- Finalmente, el que esta legislación no incida sobre la locación utilizada para la prestación de servicios realmente autónomos, aspecto este último que ha sido precisado con agudeza por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF, Informe n.º 0136-2021-EF/54.02, 2021), atendiendo a que razonar en sentido distinto significaría desproteger, en los hechos, el ejercicio de las potestades autoorganizativas de la administración para proveerse de bienes y servicios en el marco de la actividad administrativa contractual y convencional que le resulta propia.

Cabe concluir este apartado precisando que la situación del personal locatario se enfoca en reconducirse a su sano origen, que es el de la autonomía de quien los presta con evidente descarte del elemento laboral de la subordinación; de manera que la regulación actual materializada en la Ley n.º 31298 (Poder Legislativo, 2021) se constituye en una sana iniciativa destinada a mejorar el escenario de afectación al derecho fundamental al trabajo que ha sido propiciado, por largos años, por el Estado peruano.

3.8. El (real) carácter punitivo paralelo de las evaluaciones de personal en el gobierno del «ciudadano» Fujimori

Con anterioridad a los noventa, la administración se había convertido *de facto* en la más clara personificación de la teoría del botín, normalmente enfocada «para organizaciones administrativas poco desarrolladas, con mínimas competencias y de un nivel de complejidad bajo» (Servat, 2006, p. 174), en donde la camaradería y la acreditación partidaria, según correspondiese, eran el boleto de ingreso a los poderes públicos, lo cual se agudizó enormemente en el primer gobierno de García Pérez. De este modo, el Estado creció exponencialmente sin que esto impacte en la calidad y la regularidad de las prestaciones a las que, por mandato constitucional, se encuentra obligado. En el gobierno del «ciudadano» Fujimori se determinó bajo «severas políticas de ajuste estructural» (Morales, 2013, p. 67) que la mejor solución era utilizar la figura de la excedencia para que la organización administrativa volviera a su natural composición y se llegó a emitir el Decreto Ley n.º 26093, Disponen que los titulares de los Ministerios y de las Instituciones Públicas Descentralizadas deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal (Poder Ejecutivo, 1992); sin embargo, el método utilizado gubernamentalmente no fue el más idóneo por su carencia de objetividad atendiendo a que «los criterios de evaluación fueron poco claros, dejando un amplio rango de discrecionalidad al evaluador, dando lugar así a ceses masivos» (Servir, 2012, p. 6).

Las evaluaciones de personal, en la práctica, se constituyeron encubiertamente en medios punitivos paralelos del Estado para descongestionar a la administración, pero con el propósito, lindante con la desviación de poder y la argucia gubernamental, de incorporar a diversas empresas estatales a los procesos de inversión privada dentro de un enfoque de neoliberalismo.

Tal situación llevó a visibles excesos, primero avalados (STC n.º 320-97-AA/TC, 1997; STC n.º 529-97-AA/TC, 1997), pero luego confrontados abiertamente bajo «un cambio de temperamento jurisprudencial» (STC n.º 683-2001-AA/TC, 2002) por el activismo judicial de los tribunales (STC n.º 975-97-AA/TC, 1998; STC n.º 1122-97-AA/TC, 1999;

STC n.º 214-98-AA/TC, 1999; STC n.º 683-2001-AA/TC, 2002), pues las evaluaciones eran expresión de la pura y desnuda arbitrariedad de las autoridades avalada desde el Ejecutivo considerando que la ley habilitante permitía que cada administración, cual feudo, pudiera delinear discrecionalmente sus reglas para luchar contra la excedencia de personal.

Más tarde, se llegó a emitir un amplio conjunto de disposiciones jurídicas legales y reglamentarias para revertir esta nefasta situación. Por este motivo, el Estado peruano, a través del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente (RNTCI), reconoció el exceso de sus atribuciones en perjuicio de los ciudadanos que, en su momento, componían los cuerpos administrativos, pero a los que con maniobras reñidas contra los derechos fundamentales se les haya considerado como personal excedente, lo que en realidad era un medio reprobable para desvincularlos arbitrariamente.

A la fecha, la situación no está del todo resuelta, al punto tal que si bien se han emitido cinco listados de personal reincorporado a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en los años 2002, 2003, 2004 y el propio 2017, se mantiene la expectativa de un sexto debido a que se trata de miles de ciudadanos, con edades de difícil movilidad laboral, cuya expectativa en el Estado se vio fracturada por el uso de canales no racionales de desvinculación laboral, pues, como ya se advertía, las evaluaciones de personal se constituyeron en métodos disfrazados de punición administrativa avalados desde el Gobierno.

4. CONCLUSIONES

La informalidad es calificada como una figura anómala, pues se entiende que resulta contraria a la racionalidad de las reglas estatales que se desarrollan para la sana convivencia del hombre en la comunidad. Sin embargo, la realidad demuestra que esta concepción está enteramente alejada de la realidad, ya que responde a cómo las personas reaccionan adaptando tales reglas a determinados contextos que finalmente terminan institucionalizando. Esto debe llevar a entender que no siempre debe ser vista como contraposición a lo que se concibe como formal.

De esta manera, la informalidad es un proceso cultural que no solo se desarrolla en el espacio de los particulares, sino que, en igual medida, aparece en el plano estatal a través de diversas expresiones.

En el contexto específico del régimen laboral público, cabe indicar que este es un espacio fértil para que el Estado peruano permita la coexistencia de reglas formales, así como de conductas que son utilizadas para su obvio provecho, pese a encontrarse vedadas, lo que lleva a asumir que la informalidad es un fenómeno que también interviene en el espacio estatal.

Es por ello que hemos reparado, a lo largo del presente artículo, en figuras tales como el incumplimiento del perfil del puesto público respecto de funcionarios públicos sujetos a confianza, las designaciones funcionariales pese a inhabilitaciones del Congreso tomando como referencia el caso Pandolfi, el nepotismo como expresión de las relaciones familiares y el clientelismo en el acceso a la función pública, la ausencia de formación del personal al servicio de la administración, la situación de los «contratados permanentes» dentro del régimen jurídico de carrera administrativa, los locadores y los «terceros sin contrato» en las prestaciones de servicios y el (real) carácter punitivo paralelo de las evaluaciones de personal en el gobierno del «ciudadano» Fujimori. Todas estas figuras contribuyen a identificar la informalidad en el proceder de la administración cuando dicha organización pública actúa como empleadora, y se ha puesto énfasis en igual medida en la toma de adopciones frente a tal proceder.

En tal curso de ideas, buscando superar la informalidad gubernamental, el Estado peruano llega a adoptar medidas de reconocimiento frente a la afectación de la situación de los trabajadores públicos, como las desplegadas a través del trabajo realizado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal en la Administración pública central (Poder Ejecutivo, 2001), así como el de los listados de personal dentro del RNTCI, que son medidas de sinceramiento a la afectación de derechos fundamentales y legales del personal al servicio del Estado.

En otras ocasiones, adopta una posición que normaliza e institucionaliza la informalidad utilizando astutamente el derecho objetivo, bajo

el pretexto de pretender superar los escenarios de carencia de definición en la protección del personal de la administración, como sucede con el Decreto Legislativo n.º 1057 (Poder Ejecutivo, 2008), que, al regular el contrato administrativo de servicios, reitera la afectación a los derechos del personal de la administración.

La actividad legislativa y reglamentaria, expresada en la Ley n.º 28715 (Poder Legislativo, 2004), al igual que en los Decretos Legislativos n.º 1023 y n.º 1024 (Poder Ejecutivo, 2008), además de otras disposiciones jurídicas, hace frente a la informalidad con la dación de diversos dispositivos jurídicos que se enfocan en uniformizar la objetividad de las reglas estatales.

En igual medida, el Estado asume una posición de quiebre frente a la informalidad, tal como aparece de la emisión de la Ley n.º 31298 (Poder Legislativo, 2021), la Ley n.º 31419 (Poder Legislativo, 2022) y la Ley n.º 31564 (Poder Legislativo, 2022), a lo que se adiciona la adopción de medidas de fiscalización emprendidas por Servir y la CGR.

Se puede verificar que se adoptan diversas medidas para hacer frente a la informalidad en el sector público desde frentes distintos —como los del Ejecutivo, el Parlamento, Servir, la CGR, entre otros—, lo que permite establecer que el Estado efectúa, a través de diversos poderes y órganos administrativos, un importante esfuerzo en autolimitarse frente a prácticas mantenidas consuetudinariamente que con el paso del tiempo van adquiriendo estabilidad al punto de normalizarse compartiendo espacio con las reglas formales. A esto se une la posición de los tribunales enfocada en corregir las anomalías de provisión de personal inadecuadas al resultar contrarias a derechos fundamentales y al propio interés público, como se acredita en los casos de nepotismo, los «contratados permanentes» y las evaluaciones de personal, que son vivas expresiones de la informalidad en el ámbito del régimen laboral público.

REFERENCIAS

- Arce, E. (2004). Informalidad y derecho. *Derecho PUCP*, (57), 139-159.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200401.008>

- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2012). *El servicio civil peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma*. Presidencia del Consejo de Ministros. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1062273/SERVIR_-_El_servicio_civil_peruano.PDF?v=1596037975
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2015). Resolución n.º 02037-2015-SERVIR/TSC-Primera Sala. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1434020/Resoluci%C3%B3n%20del%20Tribunal%20del%20Servicio%20Civil%2002037-2015-Servir-TSC-Primera_Sala.pdf?v=1605023905
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2018). Informe Técnico n.º 008-2018-SERVIR/GPGSC. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1369989/Informe%20T%C3%A9cnico%20008-2018-SERVIR-GPGSC.pdf?v=1602691183>
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2020). Resolución n.º 000880-2022-SERVIR/TSC-Primera Sala. 27 de mayo. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/06/Resolucion-000880-2022-Servir-TSC-Primera-Sala-LPDerecho.pdf>
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2021). Informe Técnico n.º 0736-2021-SERVIR/GPGSC. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5675369/5037422-informe-tecnico-0736-2021-servir-gpgsc.pdf?v=1705078946>
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2022, 13 de agosto). *SERVIR: Más de 230 funcionarios y directivos fueron desvinculados de sus cargos por Ley N.º 31419* [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/servir/noticias/640414-servir-mas-de-230-funcionarios-y-directivos-fueron-desvinculados-de-sus-cargos-por-ley-n-31419>
- Barozet, E., Espinoza, V. y Ulloa, V. (2020). Élite parlamentaria e instituciones informales en Chile. Nepotismo y clientelismo como formas de sustento del poder. *Revista Española de Sociología*, 29(3), 595-611. <http://dx.doi.org/10.22325/fes/res.2020.37>

- Canessa, M. F. (2022). La precariedad del empleo público peruano en la contratación. *Derecho & Sociedad*, (58), 1-27. <https://doi.org/10.18800/dys.202201.002>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo y Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. (2003). *Carta Iberoamericana de la Función Pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-la-Funcion-Publica-06-2003.pdf>
- Chudnovsky, M. (2017). La tensión entre mérito y confianza en la Alta Dirección Pública de América Latina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (69), 5-40. <https://doi.org/10.69733/clad.ryd.n69.a140>
- El País (2007, 2 de mayo). *El jefe del Gabinete peruano califica de «error enmendado» el nombramiento de un fujimorista inhabilitado*. https://elpais.com/internacional/2007/05/03/actualidad/1178143202_850215.html
- Esparch, N. (2012). *Ventanas de oportunidad: el caso de la reforma del Servicio Civil*. GRADE. <https://www.grade.org.pe/upload/publicaciones/archivo/download/pubs/AI3a.pdf>
- Esteban, E. y Esteban, P. (2007). El concepto de exceso de poder en el derecho administrativo francés: apología y decadencia de un mito jurídico-lingüístico. *Revista de Llengua i Dret*, (47), 15-41. <https://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/829/n47-esteban-esteban-es.pdf>
- Farroñay, R. J. (2015). La formación del servidor civil como derecho. Crítica a su regulación en la ley del servicio civil. *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, (10), 162-180. <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper08.pdf>
- Friz Burga, J. Z. (2010). Un balance panorámico del diseño normativo e institucional del actual proceso peruano de descentralización política (2002-2010). *Politai*, 1(1), 24-31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/13924>
- Gordillo, A. (1988). *La administración paralela*. Civitas.

- Huamán, L. A. (2016). *Comentarios a la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil*. Jurista Editores.
- Huamán, L. A. y Espinoza, J. H. (2014). Subordinación, presunción de laboralidad y «servicios por terceros sin contrato» en el Sector Público: análisis de una nueva problemática en el empleo público. *Administración Pública y Control*, (1), 31-35.
- Huamán, L. A. y Mayor, J. L. (2014). La tutela diferenciada en el proceso abreviado y en la justicia laboral. Cuestionamientos a la fórmula jurídica de la reposición en el puesto de trabajo como pretensión procesal única en la Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497. *Legem*, 2(1), 27-46. <https://revistas.uniatlantico.edu.co/index.php/legem/article/view/1168/805>
- Loayza, N. (2008). Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú. *Revista Estudios Económicos*, 15(3), 43-64. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf>
- López Mendoza, J. A. (2013). La desviación de poder. En E. M. Alonso (dir.), *Estudios de derecho público* (pp. 299-315). Asociación de Docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf>
- Martínez Ortiz, J. J. (2022). Reforma del servicio civil: recuento de lo que ha ocurrido, la situación que estamos y posibles caminos a seguir en el corto plazo. *Revista Gobierno y Gestión Pública*, 9(2), 73-82. <https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/RevistaGobiernoG/article/view/2290/2742>
- Martínez Puón, R. (2020). Análisis y balance sobre el desarrollo de la función directiva en el Perú: el caso del Cuerpo de Gerentes Públicos. *Revista de Gestión Pública*, 5(1), 93-120. <https://doi.org/10.22370/rgp.2016.5.1.2227>
- Mendoza, D. (2016). Institucionalidad para la prevención de la corrupción (trabajo presentado en la Conferencia Académica Anual del

- Consorcio, octubre, 2015). Consorcio de Universidades (ed.), *Metas del Perú al bicentenario* (pp. 349-355). https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3390/Mendoza_Antonioli_Dante.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2021). *Informe N.º 0136-2021-EF/54.02*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/10/Informe-0136-2021-EF54-0-2-LPD Derecho.pdf>
- Miranda, G. (2004). Instituciones y perspectivas del derecho laboral público. *Derecho & Sociedad*, (23), 61-75. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16848>
- Morales, C. G. (2013). La Ley del Servicio Civil: ¿quién le pone el cascabel al gato? *Revista de Economía y Derecho*, 10(39), 65-84. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/321>
- Sánchez, Y. (2020). Cumplimiento del perfil profesional de los empleados de confianza en los gobiernos regionales del Perú. *Balance's*, 8(11), 72-80. <https://revistas.unas.edu.pe/index.php/Balances/article/view/197>
- Servat, R. (2006). Nueva Ley Marco del Empleo Público y la problemática de la contratación de personal en el Estado. En Universidad de Lima (ed.), *Libro homenaje Facultad de Derecho* (pp. 163-193). Fondo Editorial Universidad de Lima. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5485/Servat_Roberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Tanaka, M. y Vera, S. (2008). El «neodualismo» de la política peruana. *Revista de Ciencia Política* (Santiago), 28(1), 347-365. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2008000100017>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Expediente n.º 320-97-AA/TC (1997). Tribunal Constitucional del Perú (13 de junio de 1997). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00320-1997-AA.pdf>

Expediente n.º 529-97-AA/TC (1997). Tribunal Constitucional (1 de septiembre de 1997). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00529-1997-AA.pdf>

Expediente n.º 975-97-AA/TC (1998). Tribunal Constitucional del Perú (13 de agosto 1998). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00975-1997-AA.html>

Expediente n.º 214-98-AA/TC (1999). Tribunal Constitucional (9 de abril de 1999). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/00214-1998-AA.html>

Expediente n.º 1122-97-AA/TC (1999). Tribunal Constitucional (4 de noviembre de 1999). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/01122-1997-AA.html>

Expediente n.º 0090-2004-AA/TC (2004). Tribunal Constitucional (5 de julio de 2004). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

Expediente n.º 1084-2004-AA/TC (2004). Tribunal Constitucional (27 de agosto de 2004). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01084-2004-AA.html>

Expediente n.º 3508-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (12 de enero de 2005). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03508-2004-AA.pdf>

Expediente n.º 008-2005-PI/TC (2005). Tribunal Constitucional (12 de agosto de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

Expediente n.º 02757-2016-PA/TC (2018). Tribunal Constitucional (22 de agosto de 2018). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/02757-2016-AA.pdf>

Expediente n.º 0020-2014-PI/TC (2019). Tribunal Constitucional (22 de enero de 2019). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2014-AI.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor declara la autoría individual del presente trabajo.

Biografía del autor

Luis Alberto Huamán Ordóñez, abogado graduado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Árbitro en materia de negociaciones colectivas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile (ADAD). Exdocente universitario de Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Derecho Laboral. Con estudios de maestría en Gerencia Pública por EUCIM Business School (España). Especialista en derecho administrativo por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Maestrando en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Huancavelica.

Correspondencia

2021814047@unh.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 293-317

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.825

El concepto de funcionario público en el derecho penal

The definition of a public official in criminal law

O conceito de funcionário público no direito penal

RAÚL BELEALDO PARIONA ARANA

Pontificia Universidad Católica del Perú

(Lima, Perú)

Contacto: rpariona@pucp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-8273-3627>

RESUMEN

El presente artículo aborda el tema del concepto de funcionario público en el derecho penal, cuyo contenido y alcance constituye uno de los temas centrales de las legislaciones contemporáneas. La dogmática penal moderna ha logrado el desarrollo de un concepto penal de funcionario público autónomo, el cual no se limita a los parámetros del derecho administrativo laboral y que, en el Perú, se ha plasmado en el artículo 425 del Código Penal. Dos son los componentes centrales del concepto de funcionario público a efectos penales: el título habilitante de incorporación a la Administración pública y el ejercicio del cargo público. Desde esta perspectiva doctrinaria, se aborda el problema de la determinación del momento en que se adquiere el estatus de funcionario público en los casos de funcionarios por elección popular. Finalmente, la presente investigación desarrolla con detalle la problemática del «funcionario de hecho o *de facto*», apoya la ilegitimidad del concepto

por no tener amparo legal y lo distingue del caso de la usurpación de funciones. Situación distinta es la del funcionario público con título irregular.

Palabras clave: derecho penal; funcionario público; funcionario de hecho; funcionario *de facto*; delitos funcionariales; usurpación de funciones.

Términos de indización: derecho penal; funcionario público; Administración pública; corrupción (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

This article addresses the concept of a public official in criminal law, the content and scope of which constitutes one of the central topics of contemporary legislation. Modern criminal doctrine has developed an autonomous penal concept of public official, which is not limited to the parameters of labor administrative law and has been reflected in Article 425 of the Penal Code in Peru. Two central components define the concept of a public official for criminal purposes: the enabling title for incorporation into the public administration and the exercise of public office. From this doctrinal perspective, the article discusses the issue of determining the moment at which the status of public official is acquired in cases of officials elected by popular vote. Finally, this research details the problematic nature of the “de facto public official,” supporting the illegitimacy of the concept due to the lack of legal backing and distinguishing it from the case of usurpation of functions. The situation is different for public officials with irregular titles.

Key words: criminal law; public official; de facto official; official misconduct; usurpation of functions.

Indexing terms: criminal law; civil servant; public administration; corruption (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo trata do conceito de funcionário público no direito penal, cujo conteúdo e escopo é uma das questões centrais da legislação

contemporânea. A dogmática penal moderna desenvolveu um conceito penal de funcionário público autônomo, que não se limita aos parâmetros do direito administrativo do trabalho e que, no Peru, foi incorporado no artigo 425 do Código Penal. Há dois componentes centrais do conceito de funcionário público para fins penais: a qualificação de incorporação à administração pública e o exercício do cargo público. A partir dessa perspectiva doutrinária, é abordado o problema de determinar o momento em que o status de funcionário público é adquirido no caso de funcionários eleitos pelo povo. Por fim, esta pesquisa desenvolve em detalhes o problema do “funcionário de fato ou agente *de fato*”, sustenta a ilegitimidade do conceito porque ele não tem proteção legal e o distingue do caso de usurpação de funções. Uma situação diferente é a de um funcionário público com um título irregular.

Palavras-chave: direito penal; funcionário público; funcionário de fato; agente de fato; delitos contra o serviço público; usurpação de funções.

Termos de indexação: direito penal; funcionário público; administração pública; corrupção (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 3/8/2023

Revisado: 14/8/2023

Aceptado: 8/8/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo se presta especial atención a la actuación de los funcionarios públicos, debido al rol relevante que cumplen en la administración de los Estados, y, por esa misma razón, por los graves perjuicios que causa su actuación indebida. Debido a ello, en la regulación penal de los comportamientos ilícitos, se ha distinguido valorativamente el comportamiento del ciudadano común, de aquel comportamiento desplegado por un funcionario público, y se reprocha con mayor severidad el comportamiento delictivo de los funcionarios del Estado.

En la actualidad, el concepto de funcionario público juega un rol fundamental en las legislaciones penales de casi todos los Estados modernos. Quiénes deben ser considerados como tales y, en especial, si es posible un concepto penal de funcionario público, ha sido objeto de desarrollos importantes en la dogmática penal. En esta tarea, se ha buscado definir cuáles son los presupuestos o elementos fundamentales del concepto de funcionario público, de tal manera que se pueda identificar en cada caso si nos encontramos ante un funcionario público a efectos penales. Precisamente, en el Perú, se han evidenciado dos problemas vinculados a este concepto que han motivado una discusión en la doctrina y que, incluso, han merecido pronunciamientos importantes de la Corte Suprema de Justicia, a saber, el referido a la definición de la condición de funcionario público en los casos de los funcionarios por elección popular; y el referido al desarrollo jurisprudencial del concepto de «funcionario de hecho».

El presente artículo tiene por objeto identificar la estructura del concepto de funcionario público que contiene nuestro ordenamiento jurídico penal, sus alcances y los problemas dogmáticos que lo acompañan. Con este objetivo, en primer lugar, presentaremos el diseño legislativo que adopta nuestro derecho. En segundo lugar, fundamentaremos la autonomía del concepto de funcionario público en el derecho penal. En tercer lugar, desarrollaremos la estructura del concepto de funcionario público. Sobre esta base, en cuarto lugar, presentaremos nuestra propuesta de solución a los dos problemas más relevantes que se han evidenciado en la discusión jurisprudencial en nuestro país, esto es, el caso del funcionario por elección popular y el funcionario público de hecho.

Respecto al primer problema, el funcionario público por elección se plantea que no resulta necesaria la juramentación o asunción efectiva del cargo para ser considerado funcionario público en el ámbito penal, es exigible solamente la declaración de un órgano institucional que lo reconozca como ganador de la elección y que, en virtud de dicha condición, está en capacidad de poner en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública. En cuanto al funcionario de hecho, se fundamenta la ilegitimidad del ejercicio de la función pública *de facto* por ir en contra del principio de legalidad, y se propone en su lugar la

denominación de funcionarios públicos con títulos irregulares, para agrupar los casos donde un funcionario posee un defecto en el proceso de su nombramiento o designación.

2. EL DISEÑO LEGISLATIVO PERUANO

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de «funcionario público» a efectos penales se encuentra regulado en el artículo 425 del Código Penal (CP). El legislador peruano no ha optado por establecer un concepto genérico de funcionario público, sino más bien, mediante una fórmula casuística, enumera cada uno de los supuestos en los que nos encontramos ante uno. En efecto, el artículo 425 del CP contiene siete acápite que definen quiénes pueden ser considerados como funcionarios o servidores públicos para el derecho penal.

Los supuestos regulados en el artículo 425 del CP comprenden a distintos sujetos vinculados de diversas formas con la Administración pública. En el inciso 1, se señala que son funcionarios o servidores públicos todos los que se encuentran dentro de la carrera administrativa, se recoge así lo ya regulado por el derecho administrativo. En el inciso 2, se incluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza como funcionarios públicos, inclusive si su título emana de una elección popular. Esta mención es importante dado que, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución, quienes posean estos cargos se encuentran excluidos de la carrera administrativa (inciso 1). El supuesto regulado en el inciso 3 permite abarcar a todos aquellos sujetos que tengan una relación con una entidad estatal, sin importar la naturaleza laboral o contractual del vínculo. En este grupo, se incluye como funcionarios y servidores públicos a los trabajadores de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta que realicen actividad empresarial estatal, aunque la Constitución los excluya de la función pública para otros efectos. El inciso 4 hace mención de los administradores y los depositarios de bienes que se encuentran bajo la custodia del Estado, aunque los propietarios de dichos bienes sean particulares. En el inciso 5, la norma refiere que son considerados como funcionarios y servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En el inciso 6, se señala que son funcionarios públicos todos aquellos que han sido designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para realizar actividades vinculadas con el Estado. Finalmente, el inciso 7 contiene una cláusula general que extiende el concepto de funcionario público a los demás supuestos que se mencionan en la Constitución y la ley.

Un aspecto relevante de la regulación nacional del concepto de funcionario público es el referido a su ubicación sistemática y las consecuencias que esto conlleva. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 425 del CP configura una disposición común del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal que regula los delitos contra la Administración pública, por lo que resultaría aplicable únicamente a estos delitos. La ubicación sistemática que le asigna el legislador no es la más adecuada. Una regulación del concepto de funcionario público para un único grupo de delitos puede generar problemas de interpretación, dado que la referencia al funcionario público se encuentra también en otras disposiciones normativas de la parte general y la parte especial del Código Penal. Lo correcto es la regulación de un concepto normativo-penal de «funcionario público» en la Parte General que sea de aplicación a toda la legislación penal. De esta manera, se podrían satisfacer las exigencias de coherencia interna y seguridad jurídica propias del derecho penal de un Estado democrático de derecho. Así, por ejemplo, en las legislaciones de España (artículo 24 del Código Penal) y Alemania (StGB § 11, Abs. 1, Nr. 2 y 4) se regula el concepto de funcionario público en la parte general de sus códigos penales. Dadas las ventajas que ofrece esta opción legislativa, *de lege ferenda* convendría que, en una futura reforma del Código Penal, el concepto penal de «funcionario o servidor público» sea ubicado en la Parte General. De esta manera, se habilitaría su aplicación a todos los tipos penales de la Parte Especial y leyes especiales cuya configuración requiera la concurrencia de un «funcionario o servidor público».

3. AUTONOMÍA DEL CONCEPTO «PENAL» DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El concepto de funcionario público ha sido desarrollado sobre todo en el ámbito administrativo laboral, que regula las condiciones de ingreso, sus competencias y su respectivo régimen legal. Sin embargo, debido a que la regulación en estos ámbitos está orientada a otros fines, el concepto de funcionario público de estos sectores no puede ser trasladado automáticamente al derecho penal. La regulación del ámbito administrativo y laboral no vincula al derecho penal, dado que el artículo 425 del CP no es una ley penal en blanco. El derecho penal desarrolla un concepto propio de funcionario público, basado en sus particulares fines y principios. Esta es precisamente la finalidad de la regulación del artículo 425 del Código Penal.

El artículo 425 del CP contiene un concepto propio de funcionario y servidor público para el derecho penal. Solo la ley penal puede definir quién puede ser catalogado como funcionario o servidor público para efectos penales. Los conceptos provenientes de otros ámbitos jurídicos no vinculan directamente y de forma automática (Faust, 2006, p. 68) al derecho penal, si es que no se han adecuado a su contenido y sentido. Se trata de la construcción autónoma de conceptos del derecho penal (Pariona, 2010, p. 82). Los contenidos originados en otros ámbitos (civil, administrativo, laboral, etc.) tienen significado para el derecho penal únicamente cuando son sometidos a una «adecuación» al concepto jurídico-penal. En síntesis, el tratamiento extrapenal del concepto de «funcionario» solo adquiere relevancia en la medida que son contenidos en las normas penales. Por tanto, la definición de funcionario público y su extensión solo pueden extraerse del tenor literal del artículo 425 del CP.

En la doctrina nacional, es mayoritaria la opinión que afirma la autonomía del concepto de funcionario y servidor público para el ámbito penal. Así, García (2021) sostiene que existe una necesidad de desvincular la interpretación de este elemento normativo del tipo de las regulaciones administrativas y laborales; en este marco, indica que el criterio que debe guiar la interpretación autónoma del concepto de

«funcionario público» debe ser el fundamento de incriminación de los delitos funcionariales (pp. 84-85). En el mismo sentido, Abanto (2003) señala que no tendría sentido que el intérprete restrinja el concepto penal de funcionario o servidor público, sujetándose a las definiciones administrativas o laborales (p. 36). También Peña Cabrera (2016) considera que el derecho punitivo debe construir sus propios conceptos «que sin resultar abiertamente contrarios a la esfera jurídica extra-penal, puedan cubrir los cometidos de la política criminal, en esa incansable tarea de proteger los bienes jurídicos» (p. 52). De otro lado, en la doctrina española, Mir (2000) considera que la definición del funcionario público a efectos penales se aparta de las exigencias formales del derecho administrativo (p. 24).

También la jurisprudencia ha subrayado el carácter propio del concepto de funcionario público. Así, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación n.º 634-2015-Lima, ha reconocido la autonomía funcional del concepto penal de funcionario público, y ha afirmado su independencia respecto al derecho administrativo, laboral y constitucional. En esa medida, el Código Penal fija un concepto funcionarial autónomo y exclusivo para este elemento normativo (Revisión de Sentencia n.º 503-2017-Callao). La Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad n.º 1923-2012-Lima, destaca con razón que para la determinación del concepto penal de funcionario lo relevante es el deber que se deriva del ejercicio de la función pública y la posibilidad de lesión del bien jurídico protegido por el agente dada su cercanía.

4. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El funcionario público es para el derecho penal la persona que se encuentra vinculada con la Administración pública y que, en virtud de esa relación, es titular de deberes legales especiales que lo obligan a salvaguardar su correcto funcionamiento. La determinación de este estatus de funcionario público debe darse según lo prescrito en el artículo 425 del Código Penal. De la interpretación sistemática de los distintos supuestos de la norma, se extrae que dos son los elementos esenciales del concepto jurídico-penal de funcionario público: (i) el título habilitante

y (ii) el ejercicio de la función pública. Mediante el primer elemento, la persona es incorporada formalmente a la administración estatal; y, en virtud del segundo elemento, el funcionario público ejerce efectivamente la función pública o está en la posibilidad real de hacerlo, en consecuencia, en la posibilidad de poner en peligro su buen funcionamiento. La conjunción de ambos elementos o presupuestos da contenido al concepto de funcionario en el derecho penal.

La doctrina nacional reconoce ampliamente la necesidad de concurrencia de estos dos presupuestos para validar la condición de funcionario público en el ámbito penal (Reyna, 2013, pp. 77-81). De la misma manera, en la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema de Justicia considera estos dos elementos para la construcción del concepto jurídico-penal de funcionario público. Así, en la Revisión de Sentencia n.º 503-2017-Callao, se señala que para ser considerado como funcionario o servidor público, el agente debe contar con un título de habilitación (por ley, elección, designación o nombramiento) que determine un vínculo con la administración estatal y, adicionalmente, se requiere de un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas. En España, Martínez (2007), siguiendo a la doctrina mayoritaria, señala que el concepto de funcionario público «aparece conformado por dos elementos esenciales: el título de incorporación y el ejercicio de funciones públicas» (p. 347).

4.1. El título habilitante

La calidad de funcionario público requiere, como primer presupuesto, que la persona se haya incorporado formalmente a la Administración pública. Esto se traduce en la exigencia denominada como el título habilitante o de habilitación. En virtud de este título, la persona pasa a incorporarse a la Administración pública, lo cual ocurre por mandato de la ley, por elección, por designación o por nombramiento de la autoridad competente. Estas formas de incorporación se materializan a través de nombramientos, concursos públicos, cargos de confianza, procesos electorales, vínculos contractuales u otras modalidades previstas en la ley.

Para que un sujeto sea incorporado a la Administración pública, es preciso que lo haga a través de las vías y los requisitos que la ley establece. En virtud de su incorporación, se genera una vinculación normativa entre el Estado y el sujeto, quien adquiere la calidad de funcionario público. Este vínculo normativo, en atención a los supuestos regulados en el artículo 425 del CP, puede ser de diversa índole. Por ejemplo, de conformidad con el inciso 3, un contrato laboral con una sociedad mixta para un alto cargo habilita a una persona a ejercer la función pública para efectos penales. Asimismo, son considerados funcionarios públicos los administradores y los depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente.

Existe consenso en la doctrina sobre la importancia de la incorporación y el título habilitante para la constitución de la calidad de funcionario público. Así, Montoya (2015, p. 40) sostiene que esta incorporación se realiza de forma heterónoma; es decir, la adquisición de este estatus se da en atención a un proceso ajeno a su persona, ya sea por elección del pueblo, por la norma o por selección o nombramiento de una autoridad distinta a él con poder suficiente. Por su parte, Abanto (2003) señala que todas estas formas de adquirir la calidad de funcionario público (nombramiento, elección, designación, etc.) se engloban en la referencia «por disposición de la ley», en la medida que la legislación regula todos esos procesos en sentido amplio (pp. 23-24).

4.2. El ejercicio de la función pública

El segundo elemento para la configuración del concepto jurídico-penal de funcionario público es el ejercicio de la función pública en sentido amplio, que también abarca a la posibilidad objetiva y real de ese ejercicio. Así, además de que el sujeto haya sido incorporado a la Administración pública mediante un título habilitante válido, este debe estar ejerciendo el cargo o debe poder ejercer efectivamente actividades vinculadas con la administración estatal. Se debe subrayar que no es necesario que el funcionario se encuentre ejerciendo efectivamente sus funciones, sino que bastará que se halle en la posibilidad material, objetiva y real de hacerlo.

Estar en la posibilidad de ejercer la función pública es determinante para el estatus de funcionario público en el derecho penal. Si bien un funcionario público puede ser reconocido como tal (título habilitante), solamente cuando esté en la posibilidad real de ejercer el cargo o en el ejercicio efectivo de sus competencias es que puede poner en peligro o lesionar los bienes jurídicos de la Administración pública. Por tal razón, a partir de ese momento es considerado como tal para el derecho penal, por ejemplo, cuando se encuentra llevando adelante un proceso de selección (delito de colusión) o también cuando ya se ha producido su nombramiento como miembro del comité especial, y ha realizado todas las acciones formales y materiales para asumir el cargo, solo que el ejercicio efectivo del cargo acontecerá transcurrido un cierto tiempo. Este funcionario materialmente ya se encuentra en la posibilidad de afectar el buen funcionamiento de la Administración pública, por ejemplo, si se compromete a favorecer indebidamente a un postor.

En la doctrina nacional, la relevancia de este elemento ha sido subrayada para la consolidación de la calidad de funcionario público. Así, Montoya (2015) señala que sería mejor referirnos a una posibilidad efectiva de ejercer la función pública, más que un ejercicio efectivo, dado que ya desde ese momento el sujeto se encuentra en una posición donde puede perjudicar los intereses de la Administración pública (p. 44). De modo similar, en la doctrina argentina, Donna (2008) señala que al ser el funcionario público un concepto funcional, deberá analizarse en cada caso en concreto si el sujeto en cuestión tenía la capacidad de poder lesionar el bien jurídico protegido, debido a lo cual en atención a esa relación directa se le exigirían deberes de cuidado de la administración estatal (pp. 48-49).

En suma, si tomamos en cuenta ambos elementos, no bastará para ser funcionario público en el ámbito penal el mero hecho de haber sido propuesto para desempeñar un cargo de confianza o, simplemente, quedar primero en un concurso de nombramiento. Es imperativo que, en primer lugar, la persona sea reconocida de forma legal y oficialmente por otro funcionario competente (título habilitante) y que, además, ejerza o cuente con la posibilidad real de ejercer la función pública. El cumplimiento de estos dos presupuestos será determinante para definir si en un

caso en concreto la persona puede o no responder por un delito especial en contra de la Administración pública.

5. EL CASO ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS POR ELECCIÓN POPULAR

Dado el modo en que se estructura nuestro sistema político de elección de autoridades, donde se puede identificar tres momentos distintos, con intervención de tres instituciones distintas, la determinación de los funcionarios públicos por elección ha sido siempre un punto problemático para el derecho penal. En este tipo específico de funcionarios, el problema radica en determinar el momento en que el sujeto adquiere la calidad de funcionario público para efectos penales y, por ende, puede ya ser sujeto activo de un delito funcionarial. El inciso 2 del artículo 425 aporta el dato de la elección popular como presupuesto, sin embargo, no define el momento. El problema tampoco ha sido resuelto por la reforma introducida por la Ley n.º 30124, que refiere en el inciso 6 del artículo 425 que se considera «funcionario público» a los *elegidos*, pues justamente es cuestión abierta cuándo se produce esta elección, es decir, desde cuándo se le puede considerar funcionario público.

En la particular configuración de nuestro sistema político, el proceso de definición del funcionario público por elección pasa por tres etapas, desde el proceso de elección hasta la asunción definitiva del cargo público. La primera etapa abarca todo el proceso de elección, desde la postulación, la definición de candidatura, hasta la elección propiamente dicha, que está a cargo de la institución que declara los resultados oficiales de la elección. La segunda etapa consiste en el reconocimiento y la entrega de las credenciales a los ganadores, a cargo de otra institución. Finalmente, en la tercera etapa, la persona elegida como autoridad, que ya cuenta con sus credenciales, juramenta para la asunción del cargo ante las autoridades legitimadas de la entidad a la que se incorpora como funcionario público.

En el caso especial de los congresistas, los presidentes regionales o los alcaldes, la primera etapa está a cargo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), la segunda etapa a cargo del Jurado Nacional

de Elecciones (JNE) y la tercera etapa a cargo de las autoridades del Congreso de la República, el gobierno regional, el municipio, respectivamente.

En este marco, no será necesario que el funcionario elegido haya juramentado y asumido el cargo para poder ser considerado funcionario público a efectos penales y por tanto ser posible de responsabilidad penal. Tampoco será exigible que el funcionario haya recibido las credenciales de parte del JNE. Bastará con que se tenga definida la elección con pronunciamiento oficial del órgano constitucional encargado de definir a los ganadores de un proceso de elección, por ejemplo, con la declaratoria oficial de la ONPE, que cumpla con todos los requisitos formales legalmente establecidos; y, además, claro está, que el funcionario elegido se encuentre en la posibilidad de poner en peligro el bien jurídico protegido específico. Ya desde ese momento este funcionario puede poner en peligro el buen funcionamiento de la Administración pública, por ejemplo, si recibe un soborno para favorecer intereses privados cuando asuma el cargo.

Anteriormente se había sostenido en la doctrina nacional que la condición de funcionario público, en los casos de funcionario por elección, se adquiría recién cuando se había transitado por las tres etapas, al asumirse plenamente el cargo y estar en la posibilidad de ejercerlo. Así, señalaba Castillo (2000, p. 38) que un ciudadano que no había cumplido todos los requisitos establecidos en la ley para ocupar un cargo público (por ejemplo, un congresista) no podía ser considerado como funcionario público, por lo que resultaba necesario que exista una declaración expresa del JNE, la entrega de credenciales y la juramentación, de modo que si en ausencia de alguno de estos requisitos el funcionario recibe un soborno, incurre en una tentativa inidónea por no ser sujeto activo cualificado. Sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado un concepto más amplio. Así, en la doctrina, García (2021) señala que «el ejercicio de la función pública no debe ser siempre efectivo para poder afirmar la calidad de funcionario o servidor público, sino que puede bastar la habilitación para el ejercicio de la función pública» (p. 95).

6. EL FUNCIONARIO PÚBLICO DE HECHO

6.1. La ilegitimidad del «funcionario de hecho» en el derecho penal

El caso del «funcionario *de facto* o de hecho» es un tópico que ha generado controversia en la justicia penal de nuestro país, debido a que no tiene amparo legal. Pese a todo, la jurisprudencia ha utilizado esta figura en algunos casos de corrupción para considerar como funcionarios públicos a quienes según la ley penal (artículo 425 CP) no lo son.

La utilización de la figura jurídica del «funcionario *de facto*» contraviene el principio de legalidad, dado que asigna la condición de funcionario público a personas que no están comprendidas dentro de los alcances del artículo 425 del CP. Es incorrecto pretender legitimar esta situación de hecho, denominando funcionario *de facto* a quien no es funcionario público. Ya el mismo nombre de «funcionario *de facto*» revela una contradicción, una afirmación de ilegalidad, puesto que una persona es funcionaria pública para el derecho penal o no lo es, por lo que es inadmisible que exista un funcionario público de derecho y otro al margen de la ley.

Para entender la figura de «funcionario de hecho o *de facto*» es necesario contraponerla al concepto de «funcionario *de iure*». El «funcionario *de iure*» es la persona que detenta un título habilitante válido que legitima su ejercicio de la función pública. La posesión de este título habilitante significa que la persona cumple con los requisitos legalmente exigidos para la posesión del cargo y que está vinculada a la Administración pública, de modo que puede ejercer legítimamente la función pública. En contraposición, el «funcionario público de hecho» es la persona que desempeña materialmente una función pública, pero sin contar con un título habilitante válido que la faculte a ejercer esa función pública específica.

Distinto es el caso de los «funcionarios públicos con títulos irregulares». En esta constelación de casos están las personas que han sido nombradas, designadas o electas para ejercer un cargo público de forma legítima, pero cuyo título habilitante posee una irregularidad. No se trata de personas que ejercen el cargo público por vías de hecho, sino

que han sido nombradas o designadas por la autoridad competente, no obstante, debido a diversas circunstancias, sus títulos son irregulares, pues son nulos o pueden ser anulados a causa de la ausencia de los requisitos legales que exige el cargo. Con relación a este tipo de funcionario existe una apariencia de legalidad respecto a su condición de funcionario hacia el exterior de la Administración pública, aunque al interior su situación sea irregular. En ese caso, la nulidad de su nombramiento podría acarrear consecuencias en el ámbito administrativo, civil o laboral; en cambio, en el derecho penal esta persona puede ser responsabilizada como autora de delitos funcionariales, al considerársele como funcionaria pública. En consecuencia, creo que no resulta acertado el nombre de funcionario de hecho o *de facto*, pues para condenar a una persona como autora de un delito funcional esta tiene que ser inevitablemente funcionaria o servidora pública, la ley no admite excepciones. Por ello, es mejor denominar esta constelación de casos como «funcionarios públicos con títulos irregulares».

En la doctrina nacional, Abanto (2023) acertadamente rechaza la distinción entre funcionario público de hecho y de derecho para el ámbito del derecho penal. A su criterio, dicha distinción solamente tiene asidero en el ámbito administrativo, dado que para el derecho penal se requiere siempre la presencia de un título habilitante, aunque este hubiera sido adquirido de forma indebida. Desde esa perspectiva, quien no tenga ninguna clase de título habilitante, no podrá ser catalogado como funcionario público, ni siquiera *de facto* (pp. 402-403). En la actualidad, la doctrina mayoritaria considera que el concepto de funcionario de hecho está referido únicamente a los casos de funcionarios públicos con títulos defectuosos y anulables. Así, García (2021) señala que es posible la sanción del funcionario *de facto* debido a que el ejercicio efectivo de la función pública con un título aparentemente válido genera una situación de confianza especial respecto a los ciudadanos, aunque dicho vínculo no genere efectos en el ámbito administrativo (p. 96). Asimismo, Rojas (2021) considera que la admisión de esta figura está sujeta a que concurran en el caso: (a) la ausencia de título válido, (b) el ejercicio de funciones con un título aparente, (c) la aceptación por parte de la Administración pública de este ejercicio fáctico (p. 187). Aspecto común de

estas posturas es que el agente, para ser calificado como funcionario público, siempre debe contar con un título habilitante, aunque este sea defectuoso o irregular. En ningún caso se admite como funcionario a quien carece de cualquier título habilitante y se irroga el ejercicio de la función pública. Por tanto, para la admisión del concepto restringido de funcionario de hecho, siempre resultará indispensable la verificación de un título habilitante, aunque tenga el defecto de nulidad de su nombramiento o designación.

En la doctrina extranjera no se ha aceptado una concepción amplia del funcionario de hecho, sino más bien un concepto muy restringido para casos donde el nombramiento es nulo, por ausencia de cumplimiento de los requisitos que exige el cargo (Molina, 2000, pp. 45-46). En la doctrina española, no se admite que cualquier particular que ejerce una función pública por cuenta propia o por vías de hecho sea considerado como funcionario, sino que es mayoritaria la postura de que «funcionario *de facto*» será aquel cuyo título habilitante adolezca de una irregularidad o sea nulo por falta de algún requisito de la ley. Al respecto, Roca (2013) precisa que mientras no se ponga fin a la situación anómala del nombramiento de dicho funcionario, este será considerado como funcionario público a efectos penales (pp. 78-79). Esta irregularidad en el nombramiento, apunta Martínez (2007), podrá desembocar en una responsabilidad administrativa o penal; no obstante, hasta que dicho nombramiento sea revocado por las formas previstas por ley, el agente será equiparado como un funcionario público para el derecho penal en virtud de la apariencia de legalidad de su designación (p. 353). Desde este mismo enfoque, Olaizola (1999) afirma que este funcionario con un nombramiento irregular podrá ser autor de delitos especiales contra la Administración pública; en cambio, un caso distinto es el del usurpador de funciones, que sucede cuando una persona sin título se atribuye a sí misma el ejercicio de la función pública (por ejemplo, irrogarse el cargo de policía para cobrar una multa) (p. 155).

En conclusión, bajo el *nomen iuris* de «funcionario de hecho» se contiene el supuesto de un funcionario público incorporado legítimamente a la Administración, pero cuyo título adolece de algún defecto o carece de un requisito legal. No se trata de un particular quien, por las

vías de hecho, en virtud de su propia voluntad, ejerce fácticamente la función pública, sino alguien que cuenta con un título, aunque sea irregular. Por tal motivo, no resulta correcta la denominación de «funcionario público de hecho», dado que no es el ejercicio fáctico de sus funciones lo que lo legitima, sino la apariencia de legalidad de su título. Estos casos es mejor denominarlos de «funcionarios públicos con títulos irregulares».

6.2. La usurpación de funciones y el funcionario de hecho

Según nuestro ordenamiento jurídico, un usurpador de funciones es aquella persona que ejerce de forma ilegítima, por vías de hecho y sin ninguna autorización legal un cargo dentro de la Administración pública, o ejerce funciones correspondientes a un cargo diferente del que tiene. La ley excluye *prima facie* que el mismo agente pueda ser a la vez un usurpador y un funcionario público, ni siquiera en los términos de un funcionario de hecho. La confusión en torno a ambos conceptos se debe a la formulación de una concepción amplia del funcionario de hecho. Debe quedar claro que un usurpador nunca puede ser un funcionario público legítimo, ni *de iure* ni *de facto*.

La condición distinta de estos supuestos frente a la Administración pública genera dos escenarios en concreto. En primer lugar, un funcionario cuyo título habilitante es irregular ejerce su cargo con apariencia de legalidad; en consecuencia, puede cometer delitos funcionariales y ser sancionado como autor. Por otro lado, el usurpador es quien ejerce ilegítimamente una función pública, nadie lo reconoce como el funcionario público competente, por tanto, no puede cometer delitos especiales contra la Administración pública, sino solamente ser responsabilizado por el delito de usurpación de funciones del artículo 361 CP y otros tipos penales en atención a los bienes jurídicos que afecte su conducta.

Con relación a esta discusión, García (2021) rechaza una concepción amplia del funcionario de hecho que asume como criterio la sola irrogación fáctica de la función pública. Desde esta perspectiva, se excluye del concepto de funcionario *de facto* al usurpador de funciones y al funcionario que asume funciones ajenas a su cargo sin un título habilitante (p. 98). La consecuencia práctica de esta restricción, según

Abanto (2003), será que el sujeto no podrá responder por un delito funcional, sino solamente por la usurpación de funciones u otros delitos en donde sea subsumible su conducta (pp. 28-29).

Al respecto, a la actualidad, la Corte Suprema de Justicia, asumiendo un criterio restrictivo, precisa que para afirmar la existencia de un funcionario de hecho se requiere de un acto de nombramiento previo para ejercer la función pública, aunque dicho nombramiento adolezca de irregularidades que le impidan ser un funcionario *de iure* (Casación n.º 442-2017-Ica). En consecuencia, la ausencia absoluta de un nombramiento impide la calificación como funcionario, por lo que solamente estaremos frente a un usurpador de funciones.

En la doctrina internacional, Molina (2000) advierte que la diferencia fundamental entre estos dos conceptos radica en que el funcionario de hecho posee un título, cuando menos, putativo (por ejemplo, un nombramiento irregular), que le brinda una apariencia de la condición de funcionario; en cambio, el usurpador no cuenta con ninguna clase de título (p. 46). Desde un enfoque similar, en la doctrina española, Olaizola (1999) menciona que un sujeto puede ser considerado como funcionario de hecho o usurpador respecto a la misma función pública, pero no ambos al mismo tiempo, debido a que estos términos son contradictorios entre sí (p. 155).

La controversia de la distinción entre un usurpador de funciones y el funcionario público con un título habilitante irregular es ocasionada por la adopción de un concepto amplio del denominado «funcionario de hecho». No cualquier ejercicio fáctico de funciones puede llevar a la conclusión de sostener que una persona es un funcionario público. Para ello, se exige dos presupuestos que han sido desarrollados ampliamente en la doctrina. El usurpador de funciones ejerce de forma ilegítima las funciones de un cargo público que no tiene o ejerce funciones correspondientes a un cargo diferente del que tiene, no es reconocido ni por los ciudadanos ni por otros funcionarios como tal; por ese motivo, no puede ser autor de un delito funcional. En cambio, un funcionario público sobre cuyo título se ha identificado una irregularidad o defecto tiene apariencia de legalidad en el cargo, es a efectos penales un

funcionario, hasta que su situación sea resuelta; en consecuencia, puede ser sancionado como autor por delitos especiales en contra de la Administración pública.

6.3. La ilegitimidad del «funcionario de hecho» en el derecho penal

La justicia de nuestro país ha aplicado y desarrollado el concepto de funcionario de hecho para justificar sentencias en casos de corrupción. Inicialmente, la aplicación de esta figura de manera amplia se justificó bajo la idea de evitar la impunidad en casos de corrupción y que el ordenamiento jurídico no se encontraba preparado para actos de corrupción de tal naturaleza. Posteriormente, la Corte Suprema ha restringido los alcances de esta figura, al rechazar un concepto amplio de funcionario de hecho y admitirlo de modo excepcional para los casos de funcionarios con títulos irregulares, este es el criterio jurisprudencial vigente.

6.3.1. Los primeros pronunciamientos

El uso de esta figura por la jurisprudencia nacional se remonta a los primeros años del 2000, contenido en decisiones de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima en el marco de los procesos anticorrupción seguidos contra funcionarios del régimen del expresidente Alberto Fujimori.

En un primer pronunciamiento del 29 de mayo de 2003, la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima indicaba:

en el caso que es materia de examen [el acusado] tiene la condición de autor del delito por el cual se le juzgó, por cuanto, detentó la administración *de hecho* de fondos públicos, [...] y en dicha condición ejecutó el hecho punible. (Expediente n.º 10-2001, f. IV.B)

En este fallo se reconocía como funcionario público a quien únicamente tenía un control fáctico de los bienes del Estado, pese a que el delito de peculado, por el que se le juzgaba, exigía un vínculo funcional específico con el bien jurídico. En otro pronunciamiento del 8 de agosto

de 2006, la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima afirmaba en la sentencia:

[el] tipo penal de peculado no solo sanciona al administrador de *iure* sino también al *administrador de hecho o de facto*, entonces, basta que el agente actúe en cuanto integrante del sector público. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público; es decir, sobre deberes no solo formales, sino materiales como el propio del Derecho penal. (Expediente n.º 011-2001, f. 44)

Este concepto amplio de funcionario público fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia de aquel entonces. En el Recurso de Nulidad n.º 1813-2003-Lima, el tribunal supremo señaló respecto al procesado:

al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado. (f. 2)

También el Tribunal Constitucional legitimó esta línea jurisprudencial sobre el funcionario de hecho. En el Expediente n.º 2758-2004-HC/TC, el tribunal coincidía con el criterio adoptado por el Poder Judicial, que afirmaba que un funcionario *de facto* podía cometer el delito de peculado, bajo el argumento de que

si bien es cierto que formalmente [...] ocupaba el cargo [...], en realidad, ejercía, de hecho, [otro] cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal. (f. 10)

Como se desprende de los pronunciamientos citados, la jurisprudencia de ese entonces reconocía no solo al funcionario *de iure*, sino también al funcionario *de facto* que tenía control por las vías de hecho

de la disposición de los bienes públicos. Se adoptaba así una concepción *amplia* del concepto de funcionario de hecho, sin limitación alguna, que no tiene amparo legal en el artículo 425 del CP. La situación de ilegitimidad de esta ampliación del concepto del funcionario público se torna más flagrante debido a que se aplicó al delito de peculado, cuyo tipo penal exige como elemento fundante un vínculo funcional específico entre el funcionario y los bienes administrados, un deber especial que solo puede emanar de una norma jurídica y no de vías de hecho. Se trataba de un criterio jurisprudencial que carecía de amparo legal y que se impuso a fuerza de activismo en pro de la lucha contra la corrupción.

6.3.2. El nuevo criterio jurisprudencial: Casación n.º 442-2017-Ica y el establecimiento de límites al concepto de funcionario de hecho

Con la Casación n.º 442-2017-Ica, la Corte Suprema de Justicia ha establecido límites al concepto de funcionario de hecho, ha fundado así un nuevo criterio jurisprudencial, que entra en consonancia con la doctrina nacional e internacional más moderna. Se abandona de este modo un concepto amplio de funcionario de hecho y se adopta uno más restringido que contiene presupuestos claros de aplicación, todos ellos orientados a admitir esta figura únicamente en el caso de los funcionarios públicos con títulos irregulares. Este nuevo criterio de la Corte Suprema constituye un avance en la racionalización de la aplicación de este concepto.

En el caso que motivó el pronunciamiento de la Casación n.º 442-20017-Ica, un asistente administrativo de la Corte Superior de Justicia de Ica se apropió de dinero que le entregaron por concepto de pago de alquileres por la concesión del servicio de fotocopiado. El procesado, al momento de los hechos, había dejado el cargo de auxiliar de recaudación, ocupaba en su lugar un cargo distinto en la misma entidad. Sin embargo, aprovechó la confianza generada por su cargo anterior de recaudador para recibir el dinero por parte de la concesionaria, que luego no depositó en las cuentas de la entidad ni tampoco informó a sus superiores. En primera instancia fue condenado por el delito de peculado bajo el argumento de que ejerció como un funcionario de hecho, dicho fallo

fue confirmado por la Sala de Apelaciones y, finalmente, fue elevado a la Corte Suprema mediante recurso de casación.

En su ejecutoria, la Corte Suprema de Justicia señaló que no era posible la aplicación de una concepción amplia del funcionario de hecho, sino que debía optarse por un concepto restrictivo e indicó que deben cumplirse los siguientes presupuestos para la configuración de esta figura jurídica: (i) **existencia legal del cargo**, dado que si no es posible asumir un cargo *de iure*, tampoco podría existir un funcionario de hecho; (ii) **posesión del cargo**, lo que implica que la tenencia del cargo sea realizada de modo similar a la de un funcionario de derecho, esto es, de forma pública, pacífica, de buena fe y que se ejerza de manera continua; (iii) **apariencia de legitimidad del título o nombramiento**, que significa que debe existir un título aparentemente válido, aunque sea irregular o tenga defectos (Casación n.º 442-2017-Ica).

Con el establecimiento de este nuevo criterio jurisprudencial, más restrictivo, acertadamente el tribunal supremo sienta un precedente importante con la finalidad de establecer presupuestos que la judicatura debe evaluar para aplicar el concepto de funcionario de hecho. Con esta casación, se sientan las bases para una aplicación más racional del concepto de funcionario de hecho; ahora, ya no bastará la sola afirmación de que el agente en el supuesto fáctico fungía efectivamente como funcionario, sino que deberán verificarse los presupuestos («filtros») establecidos por la Corte Suprema para que sea considerado como funcionario de hecho. Ese avance resulta beneficioso, ya que contribuye a resolver la confusión entre el funcionario de hecho y el usurpador de funciones.

7. CONCLUSIONES

En el derecho penal moderno el concepto de funcionario público constituye uno de los componentes más importante de las legislaciones para definir la relevancia penal de los comportamientos por los delitos cuyos tipos penales exigen la calidad de funcionario público en el autor. Por ello, la dogmática penal se ha orientado a la definición de un concepto penal de funcionario público, que no se sujete a los contenidos de otros ámbitos del derecho, como el administrativo o el laboral. Para el derecho

penal será considerado funcionario público quien tenga un título habilitante de incorporación a la Administración pública y, además, esté en la posibilidad de ejercer el cargo público o lo esté ejerciendo efectivamente, todo ello en la medida que esté previsto en alguno de los supuestos del artículo 425 del Código Penal.

Bajo esta perspectiva, que se fundamenta en la necesidad de atender a los mandatos del principio de legalidad, propio de un Estado democrático de derecho, para el caso de los funcionarios públicos por elección popular, se ha definido el *acto del pronunciamiento oficial* de la entidad competente como el momento en que se adquiere la calidad de funcionario público, puesto que desde allí es posible poner en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública, y no es exigible la recepción de credenciales o el acto de juramentación al cargo. Asimismo, con relación a la admisibilidad del concepto de «funcionario de hecho» en el derecho penal, se ha fundamentado la ilegitimidad del concepto, por no encontrar amparo en la ley, se admite únicamente el caso de los funcionarios públicos con título irregular, por defectos formales que provocan su nulidad o son anulables.

REFERENCIAS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra.
- Abanto, M. (2023). Funcionario público de facto: ¿sujeto inidóneo? En Abanto, M., *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública* (t. II, pp. 389-439). Instituto Pacífico.
- Castillo, J. (2000). El caso Kouri-Montesinos: algunas preguntas sin responder: ¿un candidato al Congreso es un funcionario público? ¿Existe la teoría del acuerdo previo? *Diálogo con la Jurisprudencia*, (26), 31-40.
- Donna, E. (2008). *Delitos contra la Administración pública*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Faust, J. (2006). *Zur möglichen Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Parteispenden*. Peter Lang.

- García, P. (2021). El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la Administración pública. *Actualidad Penal*, (86), 81-106.
- Martínez, A. (2007). Art. 24. En C. Conde-Pumpido (dir.), *Comentarios al Código Penal* (t. I, pp. 345-373). Bosch.
- Mir, C. (2000). *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*. J. M. Bosch Editor.
- Molina, C. (2000). *Delitos contra la Administración pública*. Leyer.
- Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. IDEHPUCP; Open Society Foundations.
- Olaizola, I. (1999). *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch.
- Pariona, R. (2010). *Täterschaft und Pflichtverletzung*. Nomos.
- Peña Cabrera, A. (2016). *Derecho penal. Parte especial* (3.^a ed., t. V). Idemsa.
- Reyna, L. (2013). El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. En F. Heydecker y J. Atahuamán (coords.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 73-93). Idemsa.
- Roca, L. (2013). Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales. En F. J. Álvarez (dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte Especial III. Delitos contra las administraciones públicas y de justicia* (pp. 55-89). Tirant lo Blanch.
- Rojas, F. (2021). *Delitos contra la Administración pública*. Gaceta Jurídica.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Casación n.^o 634-2015-Lima (2016). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de junio de 2016).
- Casación n.^o 442-2017-Ica (2019). Corte Suprema de Justicia de la República (11 de diciembre de 2019).

Expediente n.º 10-2001 (2003). Corte Superior de Justicia de Lima (29 de mayo de 2003).

Expediente n.º 2758-2004-HC/TC (2004). Tribunal Constitucional (23 de noviembre de 2004).

Expediente n.º 011-2001 (2006). Corte Superior de Justicia de Lima (8 de agosto de 2006).

Recurso de Nulidad n.º 1813-2003-Lima (2003). Corte Suprema de Justicia de la República (14 de noviembre de 2003).

Recurso de Nulidad n.º 1923-2012-Lima (2013). Corte Suprema de Justicia de la República (15 de enero de 2013).

Revisión de Sentencia n.º 503-2017-Callao (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (5 de noviembre de 2018).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha redactado de forma íntegra el presente trabajo.

Biografía del autor

Raúl Pariona Arana nació en 1974 en la ciudad de Huancayo, en la región Junín (Perú). Obtuvo el título de abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el 2002. Se graduó como magíster en Leyes (LL. M.) en la Universidad de Múnich (Alemania) en el año 2006. Obtuvo el grado de doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania) en el año 2009. En la actualidad, es profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es autor de los libros *Täterschaft und Pflichtverletzung* (Autoría e infracción de deber) (2010), *El delito de lavado de activos* (2021) y *El delito de colusión* (2023). Asimismo, es autor de artículos y capítulos de libros en materias de derecho penal y derecho procesal penal.

Correspondencia

rpariona@pucp.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 319-337

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.936

30 años de reforma del sistema de justicia y la racionalidad económica

30 years of justice system reform and economic rationality

30 anos de reforma do sistema de justiça e a racionalidade
econômica

OSCAR SUMAR

Universidad Científica del Sur

(Lima, Perú)

Contacto: osumar@cientifica.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7658-9606>

THALÍA ZÚÑIGA

Universidad de San Martín de Porres

(Lima, Perú)

Contacto: tzunigam@usmp.pe

<https://orcid.org/0009-0008-9665-4784>

RESUMEN

El sistema de justicia peruano ha sido reformado durante más de treinta años. Sin embargo, los indicadores más relevantes no parecen haber mejorado. En este artículo, atribuimos este fracaso al enfoque de las reformas, que se han basado en la elección de jueces y fiscales, la organización del sistema de justicia, los aspectos procesales y, en su gran mayoría, han constituido «metarreformas» en las que se han vuelto a revisar reformas anteriores y se han dado soluciones semejantes a las ya conocidas, con la esperanza de que —esta vez— sí sean bien implementadas. Sobre la base de lo anterior, proponemos que la reforma

del sistema de justicia se realice incorporando la perspectiva económica o de mercado, a fin de alinear los incentivos de jueces y fiscales con los de la sociedad.

Palabras clave: sistema de justicia; reforma; incentivos económicos; poder judicial; políticas públicas.

Términos de indización: justicia; reforma jurídica; administración de justicia; política gubernamental (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The Peruvian justice system has undergone reforms for over thirty years. However, key indicators do not seem to have improved. In this article, we attribute this failure to the focus of the reforms, which have primarily centered on the selection of judges and prosecutors, the organization of the justice system, and procedural aspects. Most of these reforms have constituted overarching reforms revisiting previous reforms and offering solutions similar to those already tried, with the hope that —this time— they will be implemented effectively. Based on this, we propose that justice system reform should incorporate an economic or market perspective to better align the incentives of judges and prosecutors with those of society.

Key words: justice system; reform; economic incentives; judiciary; public policy.

Indexing terms: justice; law reform; administration of justice; government policy (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O sistema de justiça peruano está reformado há mais de trinta anos. No entanto, os indicadores mais relevantes não parecem ter melhorado. Neste artigo, atribuímos esse fracasso ao foco das reformas, que se basearam na eleição de juízes e promotores, na organização do sistema de justiça, em aspectos processuais e, em sua maior parte, constituíram “metarreformas”, nas quais foram revisitadas reformas anteriores e soluções semelhantes às já conhecidas, na esperança de que - desta vez - sejam bem implementadas. Com base no exposto, propomos que a

reforma do sistema judiciário seja realizada incorporando a perspectiva econômica ou de mercado, a fim de alinhar os incentivos dos juízes e promotores com os da sociedade.

Palavras-chave: sistema de justiça; reforma; incentivos econômicos; poder judiciário; políticas públicas.

Termos de indexação: justiça; reforma legal; administração da justiça; política governamental (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 25/2/2024

Revisado: 8/3/2024

Aceptado: 17/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia en Perú lleva más de treinta años siendo reformado. Sin embargo, las personas lo siguen considerando injusto, lento, corrupto e ineficiente. ¿Qué ha fallado? Desde el punto de vista de las políticas públicas, renombradas autoras como Susan Rose-Ackerman (1986) han destacado que las reformas de este tipo deben tener en cuenta dos elementos centrales: (i) la información que poseen los agentes para llevar a cabo sus funciones o, en otras palabras, su competencia e idoneidad para el cargo; y, (ii) los incentivos (económicos) que puedan tener para realizar sus funciones. Cuando Rose-Ackerman se refiere a incentivos no hace alusión a premios —menos aún monetarios— como el aumento de sueldos o presupuestos, sino al alineamiento de intereses —individuales y sociales— para lograr la eficiencia. No obstante, como veremos, las reformas del sistema de justicia en Perú se han enfocado en aspectos procesales, de organización y funciones o en la elección de funcionarios, dejando de lado los incentivos económicos que se logran como producto del establecimiento de sistemas de precios o la competencia entre distintos agentes. Muchas de las reformas (la mayoría) han tenido características de «metarreformas» en el sentido de que constituyen reflexiones acerca de la reforma misma, en la figura de comisiones que realizan diagnósticos y propuestas para nuevas reformas, que a su vez estudiarán las propuestas de dicha metarreforma, en un ciclo sin fin.

Para entender esta discrepancia entre lo que el sistema de justicia necesita y las reformas emprendidas hasta el momento, imaginemos que el sistema de justicia es un restaurante. Actualmente, dicho restaurante no cobra por el valor real de su comida (las tasas no son equivalentes a precios); ni permite elegir entre distintos platos; ni permite ir a otros restaurantes (salvo excepciones). El resultado es un sobreconsumo de comida, lentitud, y no hay un alineamiento de incentivos entre los dueños del restaurante y los que trabajan ahí. Las reformas son el equivalente a cambiar las recetas; cambiar las funciones entre los trabajadores; o cambiar a los cocineros, los mozos o a quienes los eligen. Sin duda, tener un mejor menú, mejores trabajadores (si acaso se logra) y reordenar las mesas puede servir, pero lo cierto es que seguiría siendo un restaurante con un monopolio, donde no se cobra el precio real por la comida, sino que su precio se encuentra subsidiado. Una reforma del sistema de justicia también debería considerar estos elementos estructurales que explican sus pobres resultados y problemas.

En el ámbito académico, las propuestas de reforma también han estado centradas en aspectos procesales y organizativos, como el estudio de De Belaunde (2006), pero han dejado de lado los incentivos económicos o de mercado. Existen contadas excepciones, como el estudio de Sumar *et al.* (2011), y uno reciente de Núñez del Prado y Ghersi (2021), que compila ensayos con una perspectiva económica o disruptiva para la reforma del sistema de justicia. Sin embargo, desde una perspectiva internacional —sobre todo en Estados Unidos—, el uso de incentivos económicos para la reforma del sistema de justicia no es una discusión nueva (Abramovicz, 2005).

En este breve estudio, reseñaremos las reformas del sistema de justicia ocurridas entre 1990 y 2023. Luego, las clasificaremos en función de su foco principal o sus características. En un siguiente punto, veremos los resultados de la reforma a partir de data. Finalmente, haremos una evaluación crítica de estas reformas y propondremos un mayor foco en los incentivos económicos.

2. METODOLOGÍA

Como parte de este estudio, hemos revisado las reformas del sistema de justicia peruano entre 1990 y 2023. Tal como se aprecia en el apartado 3, hemos considerado no solo las que formalmente se han calificado como «reforma», sino los hitos que han logrado cambios significativos en la estructura o el funcionamiento del sistema de justicia. Por ejemplo, la Constitución Política de 1993 estableció los «principios de la función jurisdiccional» y también creó jurisdicciones distintas al Poder Judicial, como la arbitral.

Las reformas se eligieron sobre la base de estudios bibliográficos de reseñas de comisiones que —a su vez— planearon diagnósticos para la reforma del sistema de justicia (Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021, p. 36). Nuestra meta ha sido ser exhaustivos e incluir todos los planes de reforma declarados. Se han considerado reformas que suponen la actuación del primer nivel de gobierno, incluidos el Congreso, el Poder Ejecutivo —a través de ministerios— o los propios actores del sistema de justicia. En ese sentido, no se han abarcado propuestas de reforma impulsadas por actores no estatales o que se han hecho a un nivel de gobierno menor o sentencias judiciales, aunque en la práctica puedan haber llevado a cambios sustanciales de las reglas procesales o de la organización del Estado.

Luego, las reformas han sido caracterizadas como «metarreforma», «procesal», «organización y funciones», «elección de jueces y fiscales» y «competencia o incentivos económicos». Metarreformas: hemos considerado aquí a las comisiones y los grupos de diagnóstico y propuesta. En relación con las procesales, nos referimos a las reformas de procesos judiciales, como el Código Procesal Civil o la alteración de reglas de procedimiento. Organización y funciones alude a las reformas de las instituciones mismas, con respecto a los encargados de determinadas tareas, las instancias de control o la administración del sistema de justicia. Elección de jueces y fiscales hace referencia a los cambios de reglas o instituciones destinadas a elegir a jueces y fiscales. Finalmente, competencia o incentivos económicos señala la utilización de reglas vinculadas a la eficiencia en el sentido económico, como la instauración de

competencia —libertad de elección entre los «usuarios» del sistema de justicia— o sistemas de precios.

3. REFORMAS DEL PODER JUDICIAL

A continuación, se detallan los períodos, los actores, los objetivos y los resultados de los principales «hitos» de la reforma del sistema de justicia en Perú, ocurridos entre 1990 y 2023.

Tabla 1

Clasificación de las reformas del sistema de justicia en Perú: 1990-2023

Período	Actores	Objetivos	Resultados	Caracterización
1990	Ministerio de Justicia (Minjus)	Cambio de normas procesales.	Código Procesal Civil.	Procesal
Hasta 1991	Poder Judicial	El diseño estructural y funcional fue encargado a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).	La LOPJ de la época fue responsable de diseñar la estructura y las funciones de la Corte Suprema. Este diseño otorgó a la Corte la autoridad para revisar casos en primera instancia, apelación, casación, así como en procesos de responsabilidad civil de jueces y disputas de competencia.	Organización y funciones
1992	Poder Ejecutivo	Cambiar el concepto de que la justicia se caracterizaba por ser corrupta, inefficiente e incompetente, y requerir una reforma para acercarse más al pueblo y cumplir con su función de servirlo.	El Congreso de la República fue disuelto y los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Jurado Nacional de Elecciones fueron destituidos. Además, se intervino el Poder Judicial, lo que resultó en la destitución de la mayoría de los vocales de la Corte Suprema mediante el Decreto Ley n.º 25423. Posteriormente, se implementó un proceso para evaluar y ratificar a los magistrados de todos los niveles judiciales.	Elección de jueces y fiscales
1993	Constitución de 1993	El diseño estructural y funcional fue encargado a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).	<p>La Constitución de 1993 confió a la LOPJ la tarea de definir la estructura y las funciones de la Corte Suprema. Aunque esta última actúa como el principal órgano de deliberación, sus límites no están claramente delineados por la LOPJ. Además, la regulación establece dos instancias adicionales, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y el presidente, para gestionar asuntos administrativos. Pese a que la competencia de la Corte Suprema parece limitarse a recursos de casación y apelación, las decisiones que establecen principios jurisprudenciales son vinculantes para todos los jueces, según la denominada doctrina jurisprudencial.</p> <p>Adicionalmente, la Constitución de 1993 establece principios de la función jurisdiccional y sistemas de control y elección —independientes— como el Consejo Nacional de la Magistratura.</p> <p>Finalmente, la Constitución crea jurisdicciones independientes como la arbitral y le da mayor peso a la justicia informal (jueces de paz y comunidades).</p>	<p>Procesal</p> <p>Organización y funciones</p> <p>Elección de jueces y fiscales</p> <p>Competencia o incentivos económicos</p>

Período	Actores	Objetivos	Resultados	Caracterización
1994-1998	Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceraijus)	Propuesta de Corte Única, que parece eliminar las salas especializadas.	La propuesta busca limitar las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema y las enfoca específicamente en la función casatoria y en casos de altos dignatarios según la Constitución. Se excluye la posibilidad de que la Corte Suprema conozca procesos en instancia o apelación, y se prohíbe que la ley le otorgue competencia de apelación sobre casos de las cortes superiores. La justificación principal es reducir la carga de trabajo y el tamaño de la Corte Suprema para que pueda cumplir de manera más efectiva su función principal de unificar la jurisprudencia y orientar el uso del derecho positivo. Además, se propone que la interposición del recurso de casación no suspenda la ejecución de las sentencias de condena, a menos que se otorgue una caución juratoria del mismo valor de la ejecución.	Procesal Organización y funciones
1995	Corte Suprema	Proyecto de ley ante el Congreso, en donde se pretendía encargar la conducción de la reforma judicial a una comisión principalmente externa al Poder Judicial.	No prosperó.	Ninguna
1996	Comisiones Ejecutivas	Se planteó como una reforma administrativa, que resultó interventora.	Captura del Poder Judicial y del Ministerio Público. Se controló la composición de las salas, hubo designación de provisionales y magistrados decisivos. Se perpetuó el presidente de la Corte Suprema y se privó de todas las facultades a la Sala Plena. También hubo creación de una estructura gerencial y administrativa, construcción e implementación de nuevos locales.	Elección de jueces y fiscales
1997	Comisión Ejecutiva del Poder Judicial	Aliviar la sobrecarga de casos en la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.	Los casos bajo el Código de Procedimientos Civiles y los iniciados con el Código Procesal Civil de 1993 serían transferidos a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, asignados de manera aleatoria por la mesa única de partes.	Organización y funciones
2000	Comisión Ejecutiva del Poder Judicial	Creación de la Sala Constitucional Transitoria de la Corte Suprema.	La tarea exclusiva fue examinar los casos originados a partir de los recursos de casación procesados conforme a la Ley Procesal del Trabajo, junto con las quejas y las disputas de competencia relacionadas con esa área.	Organización y funciones
A fines del 2000	Consejo Transitorio del Poder Judicial	Dejar sin efecto las Salas Transitorias.	Recomendación de la creación de salas transitorias civil, penal y de derecho constitucional y social (fue aprobada por la Sala Plena).	Organización y funciones
2001	Subsistema de justicia anticorrupción	Lucha anticorrupción en el sistema judicial (entre otros propósitos).	En concordancia con el Poder Judicial, el Ministerio Público estableció tres fiscalías superiores especializadas en corrupción, junto con las respectivas fiscalías provinciales asociadas a los seis juzgados anticorrupción.	Organización y funciones

Período	Actores	Objetivos	Resultados	Caracterización
2001	Poder Judicial	Propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.	Una instancia máxima descentralizada compuesta por salas de alcance nacional y regional, estas últimas compuestas por tres jueces encargados de resolver de manera concluyente disputas civiles, penales y, en algunos casos, laborales. Estas salas operarían en un conjunto específico de distritos judiciales agrupados según proximidad y accesibilidad.	Organización y funciones
2001	Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)	Formalizar los procesos de elección de los jueces de paz.	Se emitieron dos leyes para regular el proceso electoral, que abordaron desde los requisitos hasta la supervisión de los organismos electorales, con la novedad de establecer una remuneración para el cargo de juez de paz.	Elección de jueces y fiscales
2003	Cerijus	Elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, que contenga una propuesta global y concertada de reforma de la administración de justicia.	Los puntos centrales fueron: (i) medidas urgentes en el Sistema de Administración de Justicia; (ii) reforma parcial de la Constitución de 1993, leyes orgánicas y niveles de coordinación; (iii) modernización y gestión del despacho judicial y fiscal; (iv) recursos humanos: jueces, fiscales y demás operadores del sistema de justicia. Gobierno y gestión administrativa del sistema de justicia, presupuesto y cooperación técnica internacional; (v) políticas anticorrupción, éticidad y transparencia en materia de administración de justicia; (vi) reforma del sistema penal; (vii) modificaciones puntuales de códigos y normas conexas; (viii) acceso a la justicia y mecanismos alternativos de solución de conflictos; (ix) predictibilidad y jurisprudencia. Ninguna de estas reformas se enfoca en incentivos económicos o competencia, todas son «tradicionales», desde una perspectiva legal-técnica.	Metarreforma
2004	Congreso	Instalar la Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia.	Propuestas legislativas logradas gracias a su apoyo multipartidario.	Metarreforma
2004	Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal	El Decreto Legislativo n.º 957 promulgó el nuevo Código Procesal Penal, cuyo artículo 356 enumera la oralidad entre los principios de la etapa del juzgamiento.	Implementación de la oralidad en el proceso penal.	Procesal
2004-2005	Ministerio de Justicia	Constituir dos comisiones encargadas de impulsar la implementación del Plan Nacional de Reforma.	Propuestas fueron plasmadas en informe.	Metarreforma
2005	Congreso	Establecimiento de una Comisión Especial cuya responsabilidad es examinar los procedimientos y las normativas vigentes en relación con la colaboración eficaz y proponer modificaciones necesarias para optimizar el funcionamiento global de este sistema.	Se formuló un proyecto de ley, el cual fue sometido por el Ejecutivo al Congreso de la República. El proyecto fue aprobado.	Procesal
2011	CEPLAN	Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021.	Elaboración de informe.	Metarreforma

Período	Actores	Objetivos	Resultados	Caracterización
2016	Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Academia de la Magistratura	Conformación del Acuerdo Nacional por la Justicia.	Elaboración de informe «Declaración conjunta de las instituciones que conforman el sistema peruano de justicia».	Metarreforma
2018	Poder Ejecutivo	Aprobación de cuatro cambios constitucionales tendientes a erradicar la corrupción en el país. Así, se quería reformar el Consejo Nacional de la Magistratura, regular el financiamiento de las campañas electorales, prohibir la reelección de los parlamentarios y restituir el sistema bicameral en el Congreso.	La población peruana aprobó la reforma de la Junta Nacional de Justicia (antiguo Consejo Nacional de la Magistratura), la fiscalización de los aportes a los partidos políticos y la no reelección de congresistas. Mientras que rechazó el retorno al sistema parlamentario bicameral, por ello el país continuará teniendo un solo órgano legislativo de momento.	Elección de jueces y fiscales
2018	Poder Ejecutivo	Mediante la Resolución Suprema n.º 142-2018 se creó la Comisión Consultiva denominada Comisión de Reforma del Sistema de Justicia, con el objetivo de proponer medidas urgentes y concretas para reformar el Sistema de Justicia a fin de aportar a la construcción de una justicia eficaz, oportuna, transparente, eficiente y libre de corrupción.	Se presentó informe con propuestas de reforma: «Informe de la Comisión Consultiva Reforma de la Justicia».	Metarreforma
2019	Congreso	Publicación de la Ley n.º 30942, que crea el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.	Informe con propuestas de reforma (2021) y proyecto de ley que crea la Comisión Técnica Interinstitucional Permanente de Gobernanza de Datos e Interoperabilidad del Sistema de Justicia. No ha sido aprobado.	Metarreforma
2021	Poder Ejecutivo	Política General de Gobierno al 2021.	Se presentó un informe con propuestas de reforma relativas a la transparencia, la eficacia y la lucha contra la corrupción. Dichas reformas no fueron implementadas.	Metarreforma
2022	Poder Judicial	El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante la Resolución Administrativa n.º 000338-2022-CE-PJ, conformó la Comisión Técnica de la Reforma del Sistema de Justicia en el Poder Judicial.	Aprobación de la «Matriz para la implementación de la política pública de Reforma del Sistema de Justicia en el Poder Judicial».	Metarreforma
2023	Poder Ejecutivo	Reactivación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.	No se ha encontrado un nuevo informe.	Metarreforma

En el siguiente apartado analizaremos en algún detalle estas propuestas, agrupándolas en función de su «caracterización».

4. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS REFORMAS

El principal punto que queremos destacar en este estudio es cuál es el objetivo de cada reforma.

Tabla 2

Resumen de clasificación de las reformas del sistema de justicia en Perú: 1990-2023

Tipo de reforma	Número
Metarreforma	10
Procesal	5
Organización y funciones	8
Elección de jueces y fiscales	5
Competencia o incentivos económicos	1

Como se puede apreciar en el resumen arriba, la mayoría de las reformas pueden ser caracterizadas como «metarreformas»; es decir, reformas que han consistido en la instauración de comisiones de trabajo destinadas a elaborar diagnósticos y propuestas que llevarían —a su vez— a una reforma del sistema de justicia. Estas contienen habitualmente el mismo diagnóstico —el sistema de justicia es lento y corrupto—, pero también soluciones semejantes, enfocadas en las normas procesales, la organización y las funciones de las entidades que componen el sistema de justicia, con un énfasis especial en el nombramiento de jueces y fiscales. Este superávit de «metarreformas» coincide con la percepción ciudadana acerca de que el sistema de justicia siempre está en medio de una reforma —o nuevo diagnóstico—, pero que sus problemas nunca se solucionan. Es sintomático que las reformas del sistema de justicia padecan de muchos de los males del sistema mismo: burocráticas, kafkianas, eternas, que no logran el objetivo y parecen estar impulsadas por motivos subalternos.

No son pocas las reformas que se enfocan en lo procesal. Procesos más expeditivos, orales, especializados, se cree que tendrán un impacto en la celeridad y la eficacia del sistema de justicia. A pesar del énfasis en estos cambios procesales, nuevamente, no se aprecian con claridad los

resultados. Las reformas procesales impactan la superficie, pero no los problemas principales del sistema de justicia: incompetencia y falta de incentivos.

Algo similar se puede decir en torno a los cambios en organización y funciones. Modificaciones en el organigrama o en las funciones de cada oficina parecen trasladar los problemas de un lugar a otro, pero no solucionarlos.

En el caso de la elección de jueces y fiscales, en donde también se ha puesto mucho del énfasis de la reforma, se encuentra un problema de incentivos respecto a los que propone la reforma. ¿Qué garantiza la independencia de los que buscan controlar la elección de jueces y fiscales? En los últimos años, se ha vivido en Perú una lucha para la elección de miembros del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo. Con relación a la elección de los miembros del Tribunal, vimos a personajes como Walter Ayala presentando medidas cautelares que luego fueron resueltas por una jueza provisional en tiempo récord, todo para detener el nombramiento por parte del Congreso. Es difícil confiar en que el énfasis en nombramientos no esté motivado por una búsqueda de control del sistema de justicia. Adicionalmente, mejorar el sistema de nombramientos puede tener impacto en la idoneidad de los jueces, pero no toca para nada los incentivos que estos tienen para hacer bien su trabajo.

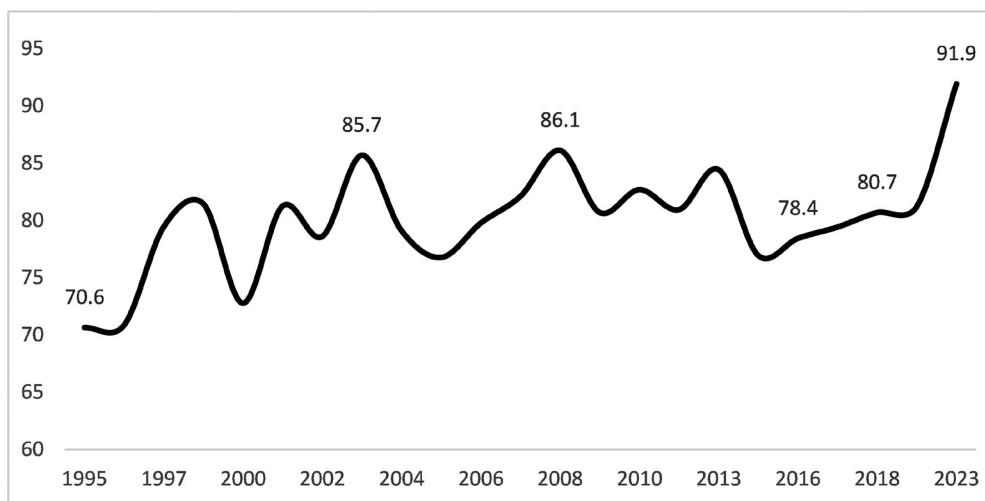
Es marcado cómo la competencia o los incentivos económicos han estado casi completamente fuera de la agenda reformista del sistema de justicia. Solo la Constitución de 1993 tuvo un enfoque económico —parcial— que se hizo evidente con la instauración del arbitraje como jurisdicción independiente del Poder Judicial. Sin embargo, es evidente que esta reforma no es suficiente, por cuanto, por un lado, el arbitraje sigue siendo privativo de agentes con muchos recursos económicos —típicamente empresas—; y, por otro, porque el propio sistema de justicia estatal se ha encargado de minar el ámbito arbitral a lo largo de los años al instaurar una lógica procesal que contradice la lógica contractual del arbitraje.

5. RESULTADOS DE LAS REFORMAS

A pesar de las reformas implementadas, el Poder Judicial no ha logrado incrementar la confianza de los ciudadanos peruanos en esta institución. Según los resultados de una encuesta de Latinobarómetro sobre la confianza en diversas instituciones, en el año 2023, el 92 % de los peruanos expresaron tener poca o nula confianza en el Poder Judicial, en comparación con el 71 % en 1995. Esto evidencia un claro deterioro en la confianza de la población a lo largo del tiempo, acentuado significativamente después de la pandemia de la COVID-19 en el año 2020.

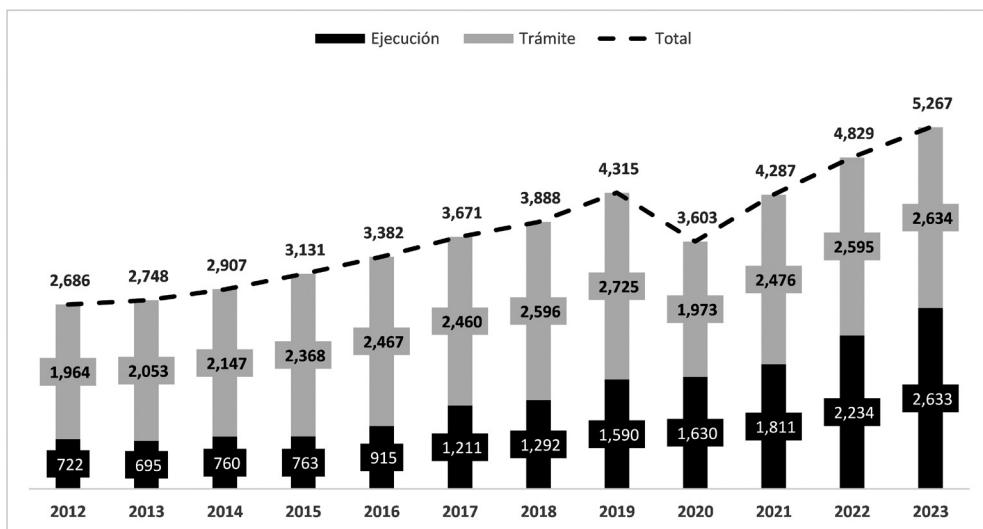
Figura 1

Nula/poca confianza en el Poder Judicial, 1995-2023 (% de la población)



Fuente: Latinobarómetro (<https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>).

La percepción de la ciudadanía con respecto al Poder Judicial está directamente relacionada con su eficiencia y su eficacia. En cuanto a la eficiencia, se puede evaluar considerando el aumento de la carga procesal en la institución.

Figura 2*Carga procesal por etapa, 2012-2023 (miles de procesos)*

Nota. La carga procesal es la suma de los procesos pendientes de resolver más los procesos ingresados.

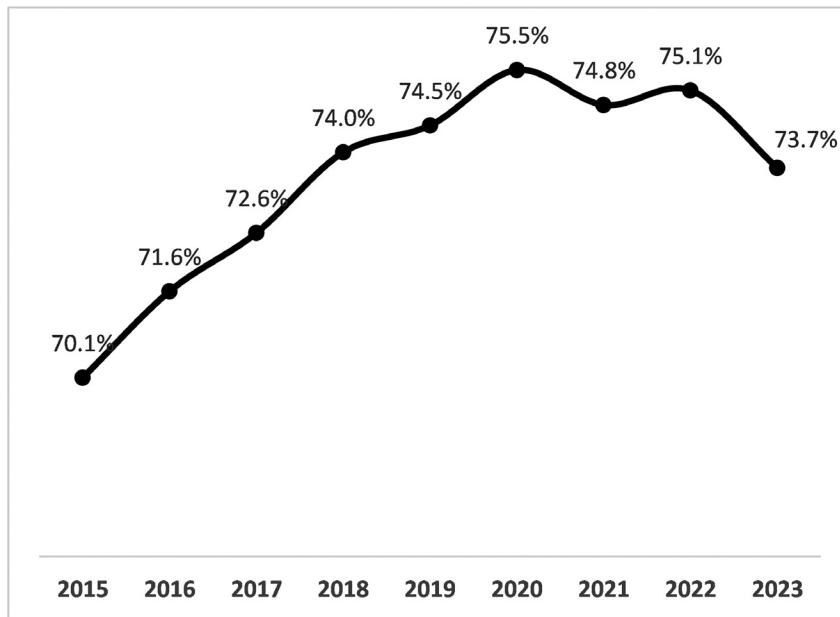
Fuente: Poder Judicial (<https://portalestadistico.pj.gob.pe/dashboards/poder-judicial-en-cifras/>).

Al analizar los datos disponibles, se observa un incremento del 96 % en la carga procesal del Poder Judicial entre los años 2012 y 2023, ello indica que la carga se ha duplicado en un lapso de once años. Específicamente, se destaca un notable aumento del 265 % en los procesos en ejecución, es decir, aquellos con una resolución final, pero con dificultades para ejecutarse. Durante el mismo período, los procesos en trámite experimentaron un aumento del 34 %. Resulta relevante señalar que la acumulación de la carga procesal derivada de los procesos en ejecución experimentó un incremento significativo después de la pandemia.

En cuanto a la eficacia, esta se puede medir a través de las resoluciones en primera instancia confirmadas por la segunda instancia como porcentaje de lo resuelto por la segunda instancia.

Figura 3

*Resoluciones confirmadas por la segunda instancia, 2015-2023
(% de las resoluciones emitidas en segunda instancia)*



Fuente: Poder Judicial (2023).

A pesar de que el porcentaje de resoluciones confirmadas por la segunda instancia aumentó de 70.1 % en 2015 a 75.5 % en 2020, después de la pandemia, este porcentaje se deterioró hasta el 73.7% en 2023. Estos datos evidencian que si bien la eficacia de las resoluciones en primera instancia mejoró hasta el año 2020, en los últimos tres años ha experimentado un empeoramiento.

6. PROPUESTAS

Como hemos podido observar hasta aquí, las reformas del sistema de justicia han estado enfocadas en aspectos extraeconómicos de la reforma. Sin embargo, una reforma estructural requiere tomar en cuenta los incentivos económicos. Esto no significa hablar de presupuesto o de alcanzar metas «en abstracto», sino de alinear los incentivos de jueces y fiscales con los incentivos sociales. Por ejemplo, si bien es deseable que

los jueces ganen un sueldo «decente» (y esto pueda reducir incentivos para la corrupción), desde el punto de vista económico lo que buscamos es que la forma como se pague el sueldo de jueces o fiscales ayude a «alinear» sus incentivos con el interés social. En este caso, eso significa que deba pagarse en función de la rapidez y la corrección de las decisiones que adopten.

En este sentido, las reformas económicas deben incluir políticas como el cobro por el uso del sistema de justicia —salvo a personas con escasos recursos—; la libre elección de jueces en causas civiles; el pago por «celeridad» (que la duración de los procesos no sea determinada por la «naturaleza» del proceso, sino por la disposición a pagar de los litigantes); la bonificación o incluso la ratificación o la destitución de jueces y fiscales sobre la base de su *performance*, una combinación de rapidez y corrección de sus decisiones, medidas por la cantidad de veces que son confirmadas o no por el superior jerárquico. En mayor detalle:

Tabla 3

Resumen de reformas «económicas» propuestas para el sistema de justicia

Medida	Descripción	Situación actual
Cobro por el uso del sistema de justicia	No existe justificación económica o moral para que un banco no pague el costo completo —de mercado— de litigar. Si entendemos a la justicia como un «merit good», los subsidios deben estar enfocados en las personas con escasos recursos. El pagar por el uso de un servicio es un incentivo básico para su uso «eficiente» (considerando que el término eficiencia significa asignar los bienes a sus usos más valiosos, es decir, a los que tienen disposición a pagar por ellos).	Litigar es «gratis», lo cual termina siendo un subsidio para los principales litigantes de un país (que suelen ser bancos). Se pagan tasas, que son cobros administrativos que no intentan replicar costos de mercado. Si bien existe una graduación de algunas tasas en función del valor de la reclamación, este sistema no es equivalente a la fijación de un precio de mercado y no da señales claras acerca de la demanda del servicio.
Libre elección de jueces en causas civiles	Lo que se propone es que las partes puedan elegir jueces, como si fuese un arbitraje. No existe ningún motivo sustancial para impedir esto. La elección de jueces es una forma de determinar las preferencias del mercado, de forma similar a como ocurre en el caso de árbitros.	Salvo por temas territoriales, las personas no tienen libertad para elegir jueces como si ocurriese en el arbitraje. Existió en Perú la posibilidad de elegir jueces por medio del sistema «carrusel», pero era una corruptela que en nada asemeja la propuesta de elegir jueces de forma similar a como se hace en un arbitraje.

El pago por «celeridad»	Actualmente, los procesos son más largos o cortos basándose en consideraciones «técnicas» que toman en cuenta la complejidad de los procesos y las cualidades de las pruebas; sin embargo, el criterio más racional (desde el punto de vista económico), nuevamente, es la disposición a pagar por la duración de los procesos. Es decir, si yo tengo un gran interés en que un proceso sea la mitad de largo que lo establecido y puedo pagar el doble para obtenerlo, ¿por qué no hacerlo? El mercado, privilegiando la eficiencia, lo haría. No existe motivo para impedir esa expresión de eficiencia mediante reglas procesales.	Por supuesto, existen pagos por acelerar procesos, pero estos son ilegales. La corrupción no es un sustituto perfecto de un sistema donde uno puede pagar —legalmente— por acelerar un proceso.
Bonificación de jueces en función de su <i>performance</i>	Actualmente, la ratificación y la promoción de jueces y fiscales se basa en la evaluación por parte de «técnicos» que utilizan criterios relativamente arbitrarios o subjetivos, pero deja de lado la fórmula de evaluación que emula la preferencia del mercado o es más objetiva: la celeridad y la confirmación de las decisiones, junto con la preferencia de los litigantes.	Se crearon bonos jurisdiccionales por cumplir metas, pero estos fueron destinados a los asistentes o secretarios de los juzgados, no a los jueces.

Como se puede notar en el cuadro, varias de estas medidas tienen contrapartes que son símiles, ya sea ilegales o regulatorias de las medidas «de mercado» que proponemos. Puede existir la tentación de verlas como equivalentes, pero no lo son. Justamente una tarifa es la negación de un precio; una actuación corrupta es la negación de una alternativa del mercado y así sucesivamente. Si bien la corrupción puede señalar algunas veces el camino a la eficiencia, así como un camino en el césped puede ser marcado por caminantes habituales, no es lo mismo que la solución de mercado, así como el camino de tierra no es lo mismo que la vereda. Una tarifa suficientemente baja puede llevar a un consumo «ineficiente» del sistema de justicia, mientras que un precio que lleve a una demanda amplia solo conduciría a un aumento del precio o de la oferta. Para que esto funcione, las medidas no pueden ser aisladas, sino que se deben combinar para emular al máximo posible el funcionamiento de un mercado: competencia interna y externa, libertad de fijación de precios, alternativas de «productos», etc.

Esta lista de medidas con «racionalidad económica» no pretende ser exhaustiva. Por ejemplo, autores como Nuñez del Prado (2019) han propuesto que el arbitraje sea la jurisdicción por «default». Las posibilidades de adoptar reglas más compatibles con la racionalidad económica son casi infinitas, pero se basan en dos principios básicos: la elección y la disposición a pagar. Además, hay ámbitos completos que no están cubiertos y que sería más difícil incluir en la racionalidad económica, como todo el sistema penal (donde más bien habría que ir un paso más atrás y pensar cómo incrementar la influencia del mercado en la construcción de grandes obras y reducir el impacto de las expropiaciones). Sin embargo, creemos que su aplicación sería un paso importante para avanzar una reforma real del sistema de justicia.

7. CONCLUSIONES

El sistema de justicia ha sido reformado decenas de veces en los últimos treinta años. Como ya vimos, sin embargo, dichas reformas han fallado al no incorporar uno de los elementos centrales de cualquier reforma: la basada en los incentivos económicos de los agentes. Una siguiente reforma del sistema de justicia, para ser efectiva, no puede dejar de lado los incentivos económicos o, en otras palabras, el intento por emular el mercado en un sistema tradicionalmente entendido como de espaldas al mercado o extramercado.

Lo anterior no es óbice para entender los límites de cualquier reforma del sistema de justicia basada en incentivos económicos. Para empezar, estos criterios son mucho más fáciles de pensar e implementar en relación con asuntos civiles o comerciales. Un sistema penal «de mercado», al estilo de cazadores de recompensas, no solo sería más difícil de justificar teóricamente, sino que sería casi imposible de implementar en términos políticos. Por otro lado, muchos de los problemas del sistema de justicia van más allá del ámbito económico o de los incentivos, pues tocan temas relacionados con la geopolítica o la seguridad nacional. Por ejemplo, no es un secreto que agrupaciones terroristas como Sendero Luminoso infiltraron varias de las principales instituciones en Perú, como la educación o las fuerzas del orden. El sistema de justicia no fue una excepción a este fenómeno. Sin embargo, como ya dijimos, esto

no es óbice para pensar en reformas de mercado más amplias, donde por ejemplo las grandes obras de construcción sean más privadas que públicas y las expropiaciones sean excepcionales.

Los incentivos o la racionalidad económica se suelen confundir con el mercantilismo, con la corrupción y con el monopolio empresarial. Sin embargo, la racionalidad económica o de mercado no es otra cosa que una forma de racionalización de recursos, que es más compatible con la eficiencia. El mercado no puede solucionar todos los problemas, pero nos puede acercar a la eficiencia, lo cual significa una mejor alineación entre las expectativas de los ciudadanos y los servicios que se encuentran en una sociedad o mercado. En el caso del sistema de justicia, eficiencia significa más y mejores alternativas, menos tiempo de espera y decisiones más «correctas», ello no es poca cosa.

En este sentido, el incluir reformas con mentalidad económica nos puede ayudar a tener un sistema de justicia más moderno y eficaz, pero no solucionará todos los problemas que hoy en día presentamos. Una reforma mayor requeriría el compromiso político de todos los ciudadanos del país.

REFERENCIAS

- Abramovicz, M. (2005). Trial by market: a thought experiment. *GW Law Faculty Publications & Other Works*. 229. https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/229
- Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia. (2021). *Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2016540/POLITICA%20PUBLICA%20DE%20REFORMA%20DEL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA.pdf>?v=1626362784
- De Belaunde, J. (2006). *La reforma del sistema de justicia, ¿en el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*. Fundación Konrad Adenauer; Instituto Peruano de Economía Social de Mercado. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/22947.pdf>
- Nuñez, F. y Ghersi, L. (coords.). (2021). *Justicia de papel. Reformas disruptivas al sistema de justicia*. Palestra Editores.

Rose-Ackerman, S. (1986). Reforming public bureaucracy through economic incentives? *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 2(1), 131-161. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.jleo.a036903>

Sumar, O., Mac Lean, A. M. y Deustua, C. (2011). *Administración de justicia en el Perú*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/51053D47457FB4110525782C00781734/\\$FILE/Justicia-FactSheet.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/51053D47457FB4110525782C00781734/$FILE/Justicia-FactSheet.pdf)

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

El recojo de la información y la redacción han estado a cargo de ambos autores, mientras que la revisión final ha estado a cargo de Oscar Sumar.

Agradecimientos

A Valery Tolentino y a Andrea Villanueva, por su apoyo en la elaboración de las tablas y los gráficos presentados en este trabajo. Al ingeniero José Dextre Chacón, doctor en Educación, por su impulso constante de pensar en los principales problemas del país y específicamente los relacionados con la reforma del sistema de justicia. A Oscar Sumar Calmet, exmagistrado de diversas cortes superiores de la República, por sus valiosos comentarios a una versión anterior de este trabajo y sus constantes enseñanzas de derecho.

Biografía de los autores

Oscar Sumar es vicerrector académico en la Universidad Científica del Sur, Perú. Además, es fellow del Public Law & Policy Program de Berkeley Law. Ha escrito decenas de libros y artículos académicos acerca de los temas de su especialidad.

Thalía Zúñiga es profesora de Derecho Administrativo y Teoría General del Derecho en las facultades de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Correspondencia

osumar@cientifica.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 339-371

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i22.935

Historia del derecho en Latinoamérica. Transición a la República

History of law in Latin America. Transition to the Republic

História do direito na América Latina. Transição para a República

ALBERT VÁSQUEZ PÉREZ

Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo

(Chiclayo, Perú)

Contacto: 70422032@usat.pe

<https://orcid.org/0009-0003-0206-9669>

RESUMEN

El presente artículo ofrece un análisis exhaustivo de la evolución jurídica en la transición de las colonias a repúblicas independientes en la región. Se profundiza en los desafíos y los conflictos inherentes a este proceso, incluyendo la lucha por la autonomía, la consolidación de sistemas políticos y de organización, junto con la reconfiguración de estructuras legales dejadas por el colonialismo. Además, se resaltan momentos cruciales como la emergencia de nuevas naciones, la consolidación de instituciones que mejoraron la aplicación del derecho en dichas sociedades. Este estudio proporciona una base sólida para comprender la situación actual del derecho en Latinoamérica, anclado en la historia del derecho durante la transición a la República. Asimismo, ofrece reflexiones pertinentes sobre el futuro del sistema jurídico en la región, enraizadas en las lecciones históricas aprendidas durante este crucial período de transformación política y legal.

Palabras clave: historia del derecho; Latinoamérica; independencia; transición; República.

Términos de indización: historia del derecho; América Latina; soberanía; República (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

This article provides a comprehensive analysis of the legal evolution during the transition from colonies to independent republics in the region. It delves into the challenges and conflicts inherent to this process, including the struggle for autonomy, the consolidation of political and organizational systems, along with the rearrangement of legal structures left by colonialism. Furthermore, it highlights crucial moments such as the emergence of new nations and the consolidation of institutions that improved the application of law in these societies. This study offers a solid foundation for understanding the current state of law in Latin America, anchored in the history of law during the transition to the Republic. It also provides relevant reflections on the future of the legal system in the region, rooted in the historical lessons learned during this critical period of political and legal transformation.

Key words: law history; Latin America; independence; transition; Republic.

Indexing terms: legal history; Latin America; sovereignty; Republic (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo oferece uma análise abrangente dos desenvolvimentos jurídicos na transição de colônias para repúblicas independentes na região. Aprofunda-se nos desafios e conflitos inerentes a esse processo, incluindo a luta pela autonomia, a consolidação de sistemas políticos e organizacionais, juntamente com a reconfiguração de estruturas legais deixadas pelo colonialismo. Além disso, são destacados momentos cruciais como o surgimento de novas nações, a consolidação de instituições que melhoraram a aplicação do direito nessas sociedades. Este estudo

fornece uma base sólida para a compreensão do estado atual do direito na América Latina, ancorado na história do direito durante a transição para a República. Da mesma forma, oferece reflexões pertinentes sobre o futuro do sistema jurídico na região, com base nas lições históricas aprendidas durante esse período crucial de transformação política e jurídica.

Palavras-chave: história do direito; América Latina; independência; transição; República.

Termos de indexação: história do direito; América Latina; soberania; República (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 23/2/2024

Revisado: 4/3/2024

Aceptado: 23/8/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho en América Latina desde la época anterior a la conquista hasta la actualidad ha sido un proceso complejo y multifacético, marcado por una serie de transformaciones políticas, sociales y culturales. Este artículo científico se propone explorar y analizar los desafíos, los logros y las perspectivas hacia el futuro del derecho en la región, abordándolo desde las civilizaciones precolombinas hasta los sistemas legales contemporáneos.

A partir de lo expuesto, desde una perspectiva metodológica, se ha optado por realizar el método histórico comparativo de investigación, el cual permite estudiar los hechos del pasado con el fin de encontrar explicaciones causales a las manifestaciones propias de sociedades actuales, ello con el fin de mostrar cómo se desplegaba el derecho en cada una de las épocas hasta la transición a la República en comparación con los distintos países de Latinoamérica, de forma objetiva y técnica. Para ello, el objeto de estudio incluye tanto los textos históricos y legales, de carácter nacional e internacional, desarrollados a lo largo del tiempo, así como obras modernas y clásicas de destacados juristas.

En primer lugar, buscaremos una definición de derecho que lo presente como regulador de comportamientos y garante de la armonía social, primero, desde una perspectiva comunitaria y consuetudinaria, ligada al entorno familiar y a las prácticas sociales, como se observaba en las épocas preíncas. Luego, como un derecho más formalizado, como una norma social, con ciertos rasgos de institucionalidad, como en el caso de los incas y sus tres principios rectores de la justicia, y en último término, el derecho como norma jurídica, tras la conquista, donde se introdujeron los primeros textos escritos de derecho en Latinoamérica y los movimientos que surgieron hasta llegar a la República. Este análisis evidencia que el derecho no se limita simplemente a normas o documentos, sino que también se arraiga en la naturaleza humana, y se adapta y se perfecciona con el transcurso del tiempo.

En este sentido, se pretende mostrar al lector un contexto que facilite la comprensión de la evolución del derecho a lo largo de la historia, desde su concepción en diferentes épocas hasta su estado actual. Para ello, se realizará una comparativa entre los distintos países de Latinoamérica, con el fin de evidenciar cómo ha sido gestado el derecho hasta alcanzar su actual concepción.

En última instancia, se plantean algunas consideraciones sobre el rumbo del derecho en América Latina y se reflexionará sobre el papel de los ciudadanos, los líderes políticos y los operadores judiciales en la búsqueda de un sistema jurídico que refleje los valores y las aspiraciones de nuestras sociedades. Este análisis busca contribuir al entendimiento y la apreciación crítica sobre el devenir del derecho en la región, así como a la identificación de áreas de mejora y oportunidades para el fortalecimiento de la justicia y la equidad en América Latina.

En suma, el estudio de la historia del derecho en Latinoamérica, especialmente durante la transición a la República, es de vital importancia para comprender la evolución política, social y jurídica de la región. Este análisis proporciona una visión profunda de los desafíos que marcaron el camino hacia la República como la conocemos hoy en día. Al explorar esta historia, se arroja luz sobre las raíces de los sistemas legales contemporáneos y se identifican lecciones cruciales para abordar los

retos actuales y construir un futuro más justo y equitativo para todos los ciudadanos latinoamericanos.

2. EL ORIGEN DEL DERECHO Y SU EVOLUCIÓN EN LATINOAMÉRICA

Han transcurrido ya varios millones de años desde el reconocimiento de la primera manifestación humana en la Tierra. No obstante, este hecho no quiere decir que el hombre no haya existido desde mucho antes, sino que la presencia humana ha sido una constante en nuestro planeta, incluso anterior a eventos trascendentales, como el descubrimiento de América por Cristóbal Colón en 1492, por mencionar uno de los más conocidos.

No obstante, es ampliamente reconocido que, desde las formas primigenias del ser humano, este ha procurado adaptarse y subsistir en las condiciones del entorno que ocupaba, lo que lo llevó a comprender la necesidad de agruparse. El carácter social del ser humano era bien entendido por los pensadores de la antigua Grecia, como Aristóteles, quien postulaba que el ser humano es intrínsecamente social, y que la condición de antisocial o solitario solo corresponde a entidades superiores, como Dios, o inferiores, como las bestias. De ahí que el ser humano requiere vivir en sociedad para satisfacer sus necesidades y garantizar su protección mutua, pues el aislamiento limita su desarrollo personal (Mafla, 2019, p. 17).

A pesar de que el aspecto social del ser humano ha sido fundamental en el desarrollo de la civilización en nuestro planeta, ello no implica un entorno de paz y armonía permanente. Desde los primeros pobladores de la Tierra, surgieron discrepancias en relación con las estructuras sociales emergentes. Es lógico reconocer que resulta improbable un colectivo humano donde todos compartan idénticas perspectivas, especialmente cuando los grupos empiezan a contar con líderes, autoridades, clases sociales, etcétera.

Por consiguiente, se evidenció la necesidad de implementar una herramienta destinada a mitigar o regular los conflictos entre individuos, así como a organizar los diversos grupos y, de alguna manera, mantener el orden y la paz dentro de una sociedad. Sin embargo, aunque la cultura

de la paz se iba fortaleciendo progresivamente, sería impreciso afirmar que se debía a la plena vigencia en el derecho. Esta afirmación se vuelve aún más compleja cuando su definición no cuenta con un consenso entre los expertos, sino que más bien varía según el enfoque que se adopte. Por lo tanto, resulta esencial aproximarse, al menos en términos generales, a lo que este ámbito implica.

Si hablamos de derecho, este puede ser concebido como el pilar fundamental para la instauración de la paz y la justicia en la sociedad, dado que regula las conductas jurídicas y su interacción con la comunidad, permite el establecimiento de un orden social y asegura la capacidad de realizar o demandar aquello que es justo. No obstante, esta definición puede resultar insuficiente, lo que nos impulsa a examinar detenidamente la evolución histórica de su concepto y su desarrollo.

La Escuela Escolástica (mediados del siglo XI-mediados del siglo XV) sitúa el origen del derecho en la divinidad, mientras que figuras como Hobbes y Rousseau lo vinculan al contrato social, donde los débiles se unen para proteger sus derechos mediante reglas jurídicas.

Para los escolásticos, el derecho se basaba en la ley natural, donde Dios era la causa primordial, guiando conductas lógicas y voluntarias, analizadas mediante la lógica y la razón. En contraste, Duns Scotto postula que incluso sin Dios existiría una ley moral natural, y atribuye el origen del derecho exclusivamente a la naturaleza humana, sin intervención divina.

Por su parte, Hobbes y Rousseau reconocen un derecho natural donde todos tienen derecho a todo por su naturaleza, pero su ejecución se da mediante la fuerza, lo que lleva a la formación del pacto social: los débiles se unen para proteger sus derechos, limitando sus facultades y sometiéndose a reglas jurídicas establecidas en el acuerdo (Bazo, 1934, p. 248).

Posteriormente, filósofos como Kant argumentan que el fundamento del derecho reside en la libertad del hombre, dado que su razón es intrínsecamente libre. En consecuencia, Kant propone que la legitimidad del derecho se establece en la medida en que se emplea la coacción para salvaguardar la libertad individual. A partir de esta premisa, gran parte de la evolución histórica de la concepción del derecho implica

un enfrentamiento entre concepciones doctrinales contrastantes representadas por la dicotomía entre el derecho natural y el derecho positivo (Bazo, 1934, p. 251).

En el contexto latinoamericano el derecho ha estado más asociado a una práctica social, es decir, producto de las costumbres o formas de vida. Por ejemplo, las civilizaciones preincaicas, como la caral, chavín, paracas y otras, exhibieron una notable capacidad organizativa y perduraron durante largos períodos. Esto sugiere que desarrollaron estrategias de orden y control para contrarrestar los actos negativos de las personas o las transgresiones que estas pudieran cometer. Asimismo, la cultura inca, aunque presentaba un sistema más sofisticado, aún estaba sujeta a arbitrariedades y no se aplicaba de manera efectiva, ya que todo dependía de la voluntad del máximo líder, el inca.

En este punto es crucial considerar que en las culturas mencionadas era habitual que la organización se llevara a cabo, principalmente, en subgrupos conformados por familias. Esto dio lugar a un tipo de derecho comunitario, el cual se originaba principalmente en las normas y los valores impartidos por las familias y luego se extendía hacia la sociedad en general, lo cual nos permite relacionar al derecho como una norma social.

En ese sentido, Peña (2018) sostiene que el derecho comunal se basa en un conjunto de reglas, principios y procesos seguidos por los miembros de una comunidad para valorar y materializar lo que consideran justo. Estos elementos incluyen normas, principios que aportan valores y procesos que guían la actuación conforme a lo considerado justo por la comunidad (p. 97).

Por ello, se puede decir que la manifestación del derecho en esa época se relaciona con el consenso comunitario, es decir, que, si bien la comunidad manifiesta un anhelo de organización y estabilidad, al estar sujeta al consenso comunitario, también pudo haber dado lugar a situaciones de injusticia, ya que las decisiones podrían no haber sido equitativas y proporcionales para todos los miembros de la comunidad.

Otro factor importante a tener en cuenta es que, en el Perú, y en general en América Latina, la historia del derecho ha estado sujeta a la herencia de las culturas europeas tras la conquista y muchas veces se

ha reducido su contenido al análisis de las leyes en el tiempo, lo cual no permite hablar de verdadera historia del derecho. En un sentido similar sostenía Sánchez-Concha (1995), citando a Basadre (1985), que la historia del derecho peruano es la crónica de la gradual formación de un derecho nacional, influenciado por diversas corrientes, todas inicialmente consideradas extranjeras. Estas influencias, al arraigarse o no en la realidad y al ser moldeadas por el entorno, pueden o no pasar por un proceso de nacionalización (p. 322).

En ese sentido, podemos colegir que, de alguna manera, el derecho abarca parte de todos los aspectos mencionados anteriormente. La medida del derecho, en mi opinión, se encuentra en el bien como un valor absoluto. Además, el anhelo de paz de las personas lleva a que estas deleguen el ejercicio de su fuerza natural a individuos más capacitados, quienes se encargan de aplicarla para restaurar aquello que ha sido afectado, lo que en última instancia refuerza el poder de los más fuertes.

Por tanto, si bien resultaría inadecuado reducir el derecho a una sola perspectiva y arrogante buscar una definición única y correcta, más aún si hablamos de una evolución, convengamos en que el derecho siempre persigue el bien, expresado en el mantenimiento del orden y la paz social, el beneficio común y la plena vigencia de la justicia, esa es la idea que sin duda cada grupo social ha perseguido durante su historia, con las limitaciones que el contexto demográfico e intelectual suponían.

3. EL PERÍODO PREHISPÁNICO

Antes de desarrollar este punto, es importante recordar que el estudio del derecho en esa época es complejo debido a la ausencia de registros escritos por parte de los antepasados. Aunque existen algunos registros como los quipus, que fueron cruciales al momento de recoger información contable, por ejemplo, estos no fueron tan claros con relación a la información jurídica. Por lo tanto, los trabajos etnohistóricos son interpretaciones de testimonios registrados después de la invasión española, influenciada por la cultura romanista (Olivero, 1988, p. 101).

Nótese que en la cita anterior se utiliza el término «derecho», es decir, que se asume la existencia del derecho en esta época de la historia;

sin embargo, es algo precipitado anticipar la vigencia de ese término para ese contexto, pues, así como no debe confundirse la economía con una letra de cambio, tampoco se debe confundir al derecho con un conjunto equilibrado de deberes y derechos (Ramos, 2022, p. 17). En ese sentido, debemos determinar cómo se organizaron las principales civilizaciones en Latinoamérica, antes del descubrimiento del continente y verificar si de alguna manera, al menos genéricamente, se aplicó el derecho en aquella época.

En primer lugar, en la sociedad incaica, la organización social y cultural estaba basada en una estructura jerárquica y rígidamente definida, donde el poder y los privilegios estaban concentrados en manos del inca y la nobleza imperial, compuesta por autoridades y gente de alto rango. A pesar de las diferencias de clase, la sociedad incaica estaba unida por una fuerte identidad cultural y un profundo sentido de lealtad hacia el imperio y sus líderes, motivados por el respeto y la adoración a sus divinidades, como el Sol y la Tierra.

La organización social en el Imperio inca, aunque efectiva para establecer un orden jerárquico, no contaba con un sistema legal en el sentido convencional. Según Basadre (1936), la ley incaica dependía directamente del monarca, quien no solo la promulgaba, sino que también la aplicaba, este era percibido como el origen y el ejecutor supremo de la justicia, investido por una supuesta revelación divina (p. 241). Aunque prevalecían las máximas de «no ser ladrón, mentiroso ni perezoso», toda decisión y sanción estaba sujeta al criterio del inca, sin margen para cuestionamientos o apelaciones debido a su estatus divino y su autoridad absoluta en el reino.

Es esencial reconocer que el derecho trasciende el papel o la norma; se fundamenta en una ley natural universal que guía al hombre hacia el bien. Esto implica que puede existir derecho sin la necesidad de una norma escrita, simplemente con un modelo consuetudinario que regule las conductas humanas en relación con la comunidad. Ejemplos como los diez mandamientos de la Biblia o las máximas incaicas han generado un orden social evidente, donde se busca el comportamiento adecuado de los individuos para mantener la paz social. Este hecho ilustra un desarrollo jurídico tanto en la organización como en el mantenimiento

del orden social en el Imperio incaico, mediante la imposición de sanciones. Aunque la forma pueda parecer algo imprecisa, es innegable que funcionaba para la sociedad.

Por otro lado, en el contexto penal, el Imperio inca trascendió la organización tribal al asumir el control exclusivo de la persecución del delito, por ejemplo, al eliminar por completo la participación del agraviado. Su objetivo era proteger los intereses sociales y prevenir la perpetración de nuevos delitos.

Al respecto, Jorge Basadre menciona que, «Cuando surge y se impone el Estado, este atiende, en cambio, a las finalidades compensatorias e intimidatorias, creando un Derecho Penal puro sin interferencias de intereses privados o con un *mínimum* de esas interferencias». (Domenack, 2022, p. 63)

Basándonos en lo expuesto, podemos concluir que, efectivamente, existía un sistema jurídico en la cultura incaica. Sin embargo, este sistema no había alcanzado una transición completa desde el derecho comunitario más primitivo. Es decir, aunque había principios rectores que influían en el comportamiento social y un incipiente sistema de justicia penal, la aplicación del derecho aún estaba sujeta a la voluntad del inca. En resumen, el derecho en ese período se concebía como una norma social más refinada que en la antigüedad, pero enfrentaba desafíos similares en cuanto a su aplicación y su alcance.

La cultura azteca, en segundo lugar, fue una de las civilizaciones precolombinas más destacadas de Mesoamérica y se caracterizó por su complejo sistema político, su rica religión y sus logros en arquitectura y arte. Conocidos por fundar la gran ciudad de Tenochtitlán en el lago Texcoco, los aztecas desarrollaron una sociedad estratificada con una casta sacerdotal poderosa y un régimen militar expansionista.

Además, destacó su religión politeísta —que también influyó en su organización— y resaltó por sus obras arquitectónicas como la pirámide del Templo Mayor y su diverso arte que incluía esculturas, tejidos y códices elaborados. A pesar de su avanzada civilización, el Imperio azteca sucumbió ante la llegada de los conquistadores españoles liderados

por Hernán Cortés en el siglo XVI, lo que marcó el fin de una era y el comienzo de la colonización europea en el continente americano.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del derecho, este se dio a notar de mejor forma en comparación con la cultura incaica, pues el sistema jurídico de los aztecas se basaba en la tradición oral y en la representación pictográfica de las leyes, como evidencian los códices Ramírez, Florentino y Mendocino. Su enfoque estaba en proteger los derechos colectivos y fortalecer el Estado y sus instituciones. Tomaron influencia de los acolhuas, especialmente de los reyes de Texcoco, como Nezahualcóyotl, cuyas leyes aún se conservan. Las normas aztecas abarcan aspectos como la elección del tlatoani, la organización del gobierno, los tribunales internacionales, los asuntos militares y tributarios, así como el derecho penal y privado, aunque no tenían un cuerpo de leyes escrito debido a la ausencia de escritura fonética (Lanz, 2016, p. 7).

Asimismo, a pesar de que las prácticas legales en el derecho mexica predominaban en gran medida en forma de costumbres, existen registros de ciertos documentos jurídicos, como los recopilados en las Leyes de Nezahualcóyotl y el Libro de Oro, entre otros, los cuales fueron lamentablemente destruidos durante el proceso de conquista y evangelización española. Para los aztecas, la aplicación de la justicia privada estaba prohibida. Se establecía una distinción clara entre delitos dolosos y culposos, además de categorizar las infracciones según el bien jurídico afectado como, por ejemplo, los delitos contra la vida, que incluían el homicidio y las lesiones (Jacobo-Marín, 2010, p. 7).

Podemos concluir que el derecho en la cultura azteca mostraba cierto grado de ordenamiento, aunque aún persistía la influencia de la costumbre. En este sentido, el derecho no se limitaba únicamente a regular las conductas sociales o a servir como una norma social, sino que comenzaban a evidenciarse características que indicaban su función normativa. No obstante, resulta complicado realizar una valoración exhaustiva debido a la escasez de información y a las dificultades inherentes a la interpretación de los textos recopilados de esa época.

Por último, la cultura maya, cuyos orígenes se remontan al período entre el 7000 y el 2000 a. C., se desarrolló a partir de asentamientos más permanentes de cazadores-recolectores, probablemente provenientes de

Sudamérica. Su principal cultivo, el maíz, introdujo un cambio radical en su sociedad, propiciando su crecimiento y su desarrollo. Influenciados por la civilización olmeca, los mayas adoptaron complejos rituales y construyeron ciudades alrededor de sus áreas sagradas durante el período preclásico (1500-200 a. C.).

A medida que evolucionaron, establecieron redes comerciales, desarrollaron técnicas avanzadas de agricultura, guerra y deportes, y crearon un intrincado calendario, incluyendo la Cuenta Larga, que marcaba el inicio de un nuevo ciclo el 21 de diciembre de 2012, aunque esto no implicó el fin del mundo como se había especulado. Durante su apogeo en el período clásico (200-900 d. C.), los mayas destacaron tanto en su civilización como en su arquitectura, perfeccionaron templos piramidales y grandes edificios de función aún no del todo esclarecida (Blakemore, 2022, sección Los orígenes de los maya, párr. 3).

El derecho en la sociedad maya «era un conjunto de normas impuestas por las autoridades para regular las acciones humanas en sus pueblos o provincias; esto con el propósito de mantener la sociedad en equilibrio en lo temporal y lo espiritual» (Chuchiak *et al.*, 2019, p. 48). La existencia de un cuerpo jurídico sistematizado con procedimientos judiciales estables se evidencia en la regulación de aspectos como la esclavitud, el matrimonio y el derecho religioso. Se aplicaba mediante tribunales y casas de juzgados, con castigos pecuniarios y físicos para mantener el orden. Reflejaba la diversidad y la complejidad de la cultura maya en la antigüedad (Chuchiak *et al.*, 2019, pp. 27-48).

La estructura social y legal de los mayas se fundamentaba en una jerarquización clara de clases, así como en el ejercicio del poder por parte de una autoridad máxima respaldada por la élite nobiliaria y religiosa. El sistema penal maya se caracterizaba por su severidad, con castigos como la pena de muerte y la esclavitud transmitida de generación en generación, mientras que en el ámbito civil, rituales y ceremonias marcaban los hitos del ciclo vital y las uniones matrimoniales. La conflictividad bélica era una constante, y el sistema judicial maya se destacaba por su rapidez y su firmeza, mostraba una marcada influencia del entorno social y medioambiental en su estructura jurídica (Salcedo, 2018, p. 156).

Desde luego, si bien la cultura maya exhibió una sociedad más estructurada en términos legales, con la implementación de instituciones tanto civiles como penales, la influencia de la costumbre continuaba ejerciendo un fuerte impacto en este ámbito. Por consiguiente, a pesar de la existencia de un sistema jurídico, al igual que en la cultura inca, este no logró completar la transición hacia un orden más elaborado y diferenciado, caracterizado por la objetividad y la equidad judicial.

En resumen, las civilizaciones precolombinas como la inca, la azteca y la maya tenían sistemas jurídicos que, aunque no equiparables a los estándares contemporáneos, regularon aspectos esenciales de la vida comunitaria. Los incas basaban su ley en la autoridad directa del monarca, los aztecas se apoyaban en tradiciones orales y representaciones pictográficas, y los mayas tenían normativas sobre esclavitud, matrimonio y religión aplicadas mediante tribunales y castigos. Aunque carecían de un cuerpo jurídico sistematizado, estas sociedades tenían mecanismos para regular las interacciones humanas y mantener la cohesión social, lo cual supone una creciente vigencia del derecho.

4. EL PERÍODO COLONIAL

En la época anterior a la conquista española, como se ha detallado, se gestaron algunas directrices para poder entender al derecho como una norma principalmente de carácter consuetudinario. Aunque el concepto completo del derecho es más profundo, es innegable que, al menos en su esencia, el derecho como regulador del orden y la paz social estaba presente en esas sociedades. Sin embargo, a pesar de los avances significativos en cuanto a organización, estas sociedades no resistieron la conquista de los españoles. Con el tiempo, se estableció la tradición occidental, que llevaba consigo una base jurídica más comprensible y definida.

Como señala Garzón (2019), citando a Clavero (1994, pp. 5-19), la colonización europea en las Américas a partir del siglo XV dio lugar al surgimiento del pluralismo jurídico, que se caracterizó por la imposición del derecho del colonizador sobre los pueblos o naciones sometidas. Aunque las comunidades indígenas conservaron sus «usos y costumbres»

durante la época colonial, estos no pudieron desarrollarse de forma autónoma, ya que el derecho colonial prevaleció sobre la vida individual y colectiva de los indígenas. Según Bartolomé Clavero, este proceso dejó un vacío en el reconocimiento del pluralismo jurídico al no existir un sistema legal indígena propio con la autoridad suficiente para regular y limitar las acciones del colonizador (pp. 31-32).

En comparación con otras sociedades medievales, España se destacó por su receptividad y por integrar tanto la influencia del derecho romano como la de la religión católica. Los españoles priorizaron un sistema normativo occidental, basado en la idea del derecho como una norma social sistematizada en textos ordenados y principios específicos, lo que confería cierto grado de objetividad. Este enfoque buscaba la transición de una regulación subordinada a los seres divinos de las culturas colonizadas, hacia un marco legal más moderno y estructurado, característico de la tradición española. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados, los indígenas mantenían arraigadas sus propias costumbres, lo que dificultó la implementación efectiva de las normas españolas.

En el contexto colonial español, se adaptó el derecho a las particularidades de los territorios coloniales. Este sistema legal colonial se fundamentaba en una serie de documentos como el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación de Castilla y la Novísima Recopilación de Castilla. Además, los fueros municipales y las normas del derecho romano y canónico también tenían relevancia en este contexto. Inicialmente, se aplicaban las normas legales de Castilla en las colonias españolas de América, pero en 1614 Felipe III estableció que solo tendrían validez las leyes específicas para las colonias, lo que dio lugar a la creación de la Recopilación de las Indias en 1680 y al surgimiento de un orden legal propio en la América española (García, 2005, p. 54).

Con el avance del régimen colonial, las fuentes locales del derecho, especialmente la costumbre, cobraron mayor importancia, lo que llevó a que, hacia finales del siglo XVIII, el derecho criollo en las Indias españolas tuviera características distintivas respecto al derecho castellano. La transferencia legal desde España a las colonias, ubicadas a más de cinco

mil kilómetros de distancia, dio lugar a la formación de un derecho propio, con conexiones menos definidas con sus fuentes españolas (García, 2005, p. 54).

Así pues, el derecho indiano se originó con las Capitulaciones de Santa Fe, fechadas el 17 de abril de 1492, que establecieron las bases legales para el gobierno del Nuevo Mundo poco después del primer viaje de Cristóbal Colón (Bernal, 2015, pp. 183-193). Dicho documento detalló las demandas de Colón seguidas del consentimiento real, y otorgó títulos como almirante, virrey y gobernador, así como participación en los beneficios económicos y jurisdicción sobre las tierras descubiertas.

Sin embargo, como se ha observado, la convergencia de españoles e indígenas llevó a cabo una serie de conflictos en el establecimiento de un sistema legal, más aún cuando la autoridad no era definida y tomando en cuenta que convertir a los indígenas en cristianos e imponerles la religión católica —evangelizar— fue, sin lugar a duda, preocupación primordial de la Corona española.

Por otro lado, en la época colonial no había órganos exclusivos dedicados a la función de la justicia comutativa, como en los sistemas legales modernos. En el sistema político de la colonia, no existía una separación clara de funciones como en la actualidad, sino que se encontraban cuatro grandes categorías de funciones: gobierno, justicia, guerra y administración de la hacienda real, todas derivadas del rey. Aunque todos los magistrados impartían justicia en nombre del rey, incluso si no habían sido designados por él, los alcaldes, que recibían su título del cabildo, simbolizaban tanto la jurisdicción como el sistema político que representaban al llevar «la vara de la real justicia» (Mayorga, 2022, párr. 9).

A pesar de que no existían órganos exclusivamente judiciales, los magistrados, como alcaldes y gobernadores, cumplían funciones tanto administrativas como judiciales. Las audiencias, los tribunales superiores, también tenían responsabilidades gubernativas, lo que reflejaba la falta de separación de poderes y la concentración de autoridad en la Corona española. Esta estructura legal, aunque diferente de los sistemas modernos, evidenciaba la autoridad centralizada del monarca y su influencia en todos los aspectos de la vida colonial.

Por consiguiente, se observa que, con el proceso de colonización, el derecho surgió como un sistema más ordenado y complejo, y adoptó la concepción occidental de la regulación jurídica, influenciada por el extenso desarrollo político y legal de las sociedades europeas, incluyendo el derecho canónico. No obstante, el derecho consuetudinario indígena persistió durante un período considerable, lo que dificultó la transición completa de la costumbre hacia el derecho como norma jurídica predominante, aunque ese desenlace fue inevitable.

5. TRANSICIÓN A LA REPÚBLICA

La transición a la República en Latinoamérica, durante los primeros años del siglo XIX, representa un momento de relevantes transformaciones políticas y legales. Tras largos períodos de dominio colonial, las colonias españolas y portuguesas en América se vieron inmersas en un proceso de independencia que finalizó con la creación de nuevas repúblicas soberanas. Este proceso estuvo caracterizado por una sucesión de acontecimientos y movimientos que cuestionaron el orden colonial establecido, marcando así el inicio de una nueva era en la historia del continente.

Sin embargo, debemos estar claros de que esto no surge de un momento a otro, sino que existieron algunos hitos antecedentes que inspiraron a las sociedades latinoamericanas a buscar su soberanía. Uno de los más grandes acontecimientos para tal deseo fue la independencia de los Estados Unidos. La Guerra de Independencia de los Estados Unidos (1775 y 1783) enfrentó a las trece colonias británicas contra el Reino de Gran Bretaña, y culminó con la derrota británica en la batalla de Yorktown y la firma del Tratado de París.

Este conflicto, desencadenado por medidas represivas británicas y precedido por tensiones coloniales, fue impulsado por ideales revolucionarios de igualdad y libertad. A pesar de las desventajas iniciales, los colonos organizaron una resistencia efectiva, proclamaron su independencia en 1776 y atrajeron el apoyo de potencias europeas como Francia y España. La victoria en la batalla de Saratoga consolidó el respaldo extranjero y debilitó la posición británica, esta culminó en la rendición

británica en Yorktown y la consecuente independencia reconocida en el Tratado de París. Este conflicto no solo alteró el equilibrio de poder en América del Norte, sino que también influyó en la política europea y sentó las bases para el establecimiento de la constitución estadounidense en 1787.

Por otro lado, un evento que sin dudas influyó para la transición a la República fue la Revolución francesa. La Revolución francesa, desencadenada por la creciente desigualdad social y la crisis financiera a finales del siglo XVIII, transformó radicalmente Francia y tuvo un impacto duradero en Europa y el mundo. El levantamiento del Tercer Estado contra la monarquía absolutista condujo a la abolición de privilegios feudales y al establecimiento de una república que reconociera los derechos individuales y la igualdad ante la ley. La revolución inspiró movimientos democráticos en otros países y provocó cambios significativos en la estructura política, social y económica.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció principios universales que resonaron en todo el mundo, que influyeron en movimientos posteriores como las revoluciones rusas y la lucha por la independencia en América Latina. La Revolución francesa marcó un punto de inflexión en la historia moderna al desafiar el antiguo orden y promover ideales de libertad, igualdad y fraternidad que perduran hasta nuestros días.

Las colonias españolas en ultramar también se vieron impactadas por la influencia de la Revolución francesa. De hecho, los efectos de esta revolución motivaron las luchas por la independencia lideradas por figuras como Simón Bolívar en Venezuela y José de San Martín en Argentina, Chile y Perú. Además, los eventos revolucionarios de 1789 en Francia resonaron en el siglo XX con las revoluciones rusas de 1905 y 1917, así como con la Revolución mexicana encabezada por Emiliano Zapata y Pancho Villa (Sadurní, 2023, párrs. 1-15).

Asimismo, un evento de especial trascendencia para el movimiento independentista en América Latina y consecuentemente la libertad fueron las guerras napoleónicas. En 1805, España enfrentó dificultades en el Atlántico, mientras que Gran Bretaña buscaba apoderarse del puerto de Buenos Aires en 1806 y 1807. La invasión de las tropas napoleónicas

en la península ibérica en 1807 desencadenó una crisis, con Fernando VII como rey de España, quien fue expulsado por Napoleón, y que colocó a su hermano José como rey.

La abdicación de la familia real española generó una crisis constitucional, desencadenó la resistencia de los españoles y marcó el inicio de una lucha contra la ocupación francesa. La ausencia de un rey centralizó el poder en las juntas regionales, estableció un modelo que influenciará a Hispanoamérica y planteó preguntas sobre el concepto de revolución y la restauración monárquica, incluso durante la redacción de la Constitución de Cádiz, que promovía una monarquía constitucional (War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America, 2016a, 0:21).

A partir de este momento de la historia es que se formó con mucho más fervor el sentimiento de una independencia para las colonias latinoamericanas. En 1907, se forjaron algunas pequeñas rebeliones en los Andes, tras la usurpación del trono español por parte de Napoleón, que desencadenó un vacío de poder, el cual reverberó en América del Sur, donde la lealtad al sistema monárquico se mantuvo sorprendentemente arraigada. En España, las juntas provinciales desafiaron al nuevo rey Bonaparte en nombre de Fernando VII, lo que desencadenó desacuerdos sobre la autoridad suprema. Mientras los americanos seguían siendo leales a Fernando VII, cuestionaron la autoridad de las juntas españolas, lo que generó inestabilidad.

Por otro lado, en América del Sur se establecieron juntas, como en Chuquisaca y La Paz, lo cual marcó el comienzo de un nuevo gobierno interino mientras se esperaba el retorno de Fernando VII. Aunque algunas figuras, como Francisco Miranda, promovieron ideas ilustradas, la lealtad a la monarquía se mantuvo sólida en América, salvo excepciones como Haití. Las juntas originales fueron disueltas por el virrey del Perú, y se restauró el orden original en la región (War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America, 2016b).

Después de la usurpación del poder real en España, las instituciones gubernamentales centrales y provinciales colapsaron. Este suceso dio lugar a la formación de juntas descentralizadas que, aunque temporalmente actuaron como representantes del rey, no desafiaron el sistema

monárquico. Estas juntas provinciales posteriormente se unieron para formar una junta central, que evolucionó hacia las Cortes en Cádiz. Las cortes, establecidas en 1812, incluyeron a representantes de España y América, aunque los delegados americanos estaban subrepresentados. A pesar de esto, se redactó la primera Constitución de España (War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America, 2017h).

En 1810, surgieron juntas en América del Sur, que desafiaban el dominio colonial español. En Caracas y Buenos Aires se establecieron juntas progresistas que abolieron prácticas como el comercio de esclavos y enviaron delegaciones diplomáticas. En Bogotá, un motín llevó a la Declaración de Independencia de Colombia en ese mismo año. Estos eventos sentaron las bases para la soberanía regional, simbolizada por el establecimiento de juntas en Chile y la adopción de nuevos símbolos nacionales (War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America, 2017g).

La batalla de Tucumán, en 1812, fue crucial en la Guerra de la Independencia de Argentina, liderada por Manuel Belgrano. Esta batalla detuvo el avance realista y consolidó el dominio argentino en la región. Durante la guerra, las guerrillas gauchas desempeñaron un papel crucial al resistir a las fuerzas españolas y contribuir así a la independencia (University of Kent, s. f.).

No obstante, en la región del Río de la Plata, José Gervasio Artigas, un líder gaucho, cambió de lealtad en 1811 y fundó la Liga Federal, para facilitar el retorno del poder hacia España. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de Fernando VII por recuperar el control en América del Sur, España no pudo retomar el exvirreinato del Río de la Plata y la intervención portuguesa condujo a la caída de Artigas (War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America, 2016b).

En 1813, Napoleón permitió el retorno de Fernando VII a España, y al año siguiente, en 1814, Fernando VII recuperó el trono. Durante su ausencia, se establecieron juntas en España y América Latina, que, junto con los representantes de América Latina, formaron un parlamento y redactaron una Constitución. Sin embargo, Fernando VII revocó su apoyo a la Constitución de Cádiz y envió tropas para restaurar el

dominio español en América (*War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America*, 2017e, 1:38).

En 1816, las fuerzas de Fernando VII aseguraron el dominio real español en la mayoría de América, excepto en el Río de la Plata. San Martín utilizó Mendoza como base para formar el Ejército de Los Andes y logró la liberación de Chile con la victoria en la batalla de Chacabuco. Por otro lado, el resurgimiento de los movimientos independentistas en 1817, liderado por San Martín y O'Higgins, marcó un punto crucial en las guerras de independencia. San Martín cruzó los Andes desde el Río de la Plata hasta Chile, lo que culminó en la independencia formal de Chile en 1818 bajo la dirección de Bernardo O'Higgins. Sin embargo, la segunda etapa de la lucha por la independencia en 1817, liderada por Bolívar y Páez, fue más exitosa. Bolívar avanzó hacia las Tierras Altas y logró la independencia del norte de América del Sur con la batalla de Boyacá en 1819 (*War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America*, 2017f).

A fines de 1824, el ejército de Bolívar avanzó hacia el último bastión realista en el Virreinato del Perú, donde se libraron las batallas clave de Junín y Ayacucho. En Ayacucho, las fuerzas lideradas por Sucre capturaron al virrey La Serna, lo cual marcó el fin del dominio español en América. Chile, último bastión realista, cayó en 1826 tras esfuerzos liderados por Ramón Freire, quien abogó por reformas sociales y políticas (PUCP, 2018, 2:00).

De esa manera, el sistema republicano en América, influenciado por movimientos como la Ilustración y la Revolución francesa, se estableció a principios del siglo XIX con la proclamación de repúblicas y la redacción de constituciones. A pesar de desafíos como la inestabilidad política y la desigualdad social, las repúblicas lograron consolidarse, se expandió el sufragio y se modernizaron instituciones. Aunque persisten desafíos heredados de la colonia, el desarrollo del sistema republicano ha sido fundamental para construir democracias más inclusivas en la región.

En resumen, se evidenció una transformación radical en el derecho de esa época. En ese período, se empezaron a gestar ideas constitucionales, y políticas, principios fundamentales de la organización estatal

y legal de las nuevas repúblicas. Inspirado en los ideales de la Ilustración y las corrientes jurídicas occidentales, este derecho se enfocó en garantizar los derechos individuales y promover la igualdad ante la ley. La promulgación de constituciones y leyes civiles, penales y administrativas reflejaba la intención de establecer un marco legal más formal y estructurado, con el objetivo de asegurar la justicia y la equidad para todos los ciudadanos en un contexto de cambio político y social.

6. DESAFÍOS Y CONFLICTOS EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA REPÚBLICA

A pesar del triunfo republicano y la independencia de las colonias latinoamericanas, la adopción del nuevo modelo no fue universalmente aceptada. Es importante considerar que muchas personas de la época habían vivido bajo el dominio español durante toda su vida y estaban satisfechas con esa situación, ya que les resultaba funcional. Por lo tanto, la independencia, aunque declarada, no conlleva de inmediato la implementación de la república en esos territorios.

En cuanto a lo político, el proceso independentista en América Latina marcó la emergencia de nuevas naciones con autonomía; sin embargo, su evolución política evidenció un desplazamiento hacia el autoritarismo. Este fenómeno se atribuye tanto al contexto bélico que demandaba autoridad para concentrar esfuerzos en la guerra, como a la influencia militar en el nacimiento de los nuevos Estados. Por otro lado, las élites temían que la independencia desencadenara movimientos revolucionarios, optaron así por sistemas autoritarios para salvaguardar sus intereses. Este movimiento autoritario engendró el caudillismo, reflejo de las estructuras de las grandes haciendas, y se sustentó en el respaldo del estamento militar y las élites políticas durante el proceso independentista (De la Cruz, 2011, p. 14).

En ese sentido, se registró un período monárquico, donde el principal ejemplo es el de México con el establecimiento del Imperio de Iturbide, seguido posteriormente por el reinado de Maximiliano. Estos acontecimientos fueron resultado tanto de los planes napoleónicos y la intervención militar francesa como de las inclinaciones absolutistas y

monárquicas de la oligarquía local y ciertos sectores del clero. De manera similar, inmediatamente después de la independencia y hasta finales del siglo XIX, Brasil adoptó un sistema monárquico imperial arraigado en la realidad económica y social, el cual únicamente llegó a su fin mediante un golpe de Estado militar (Gros, 2002, p. 145).

Por otro lado, las consecuencias económicas de la independencia en América Latina fueron significativas y multifacéticas. Las naciones recién independizadas, aunque inicialmente sustentadas en las estructuras económicas coloniales, se enfrentaron a una crisis generalizada debido al agotamiento de recursos durante años de conflicto. La paralización de las actividades productivas, el desplazamiento de empresarios peninsulares y la disminución de la población impactaron negativamente en la economía, que se vio obligada a depender del comercio exterior. Sin embargo, la apertura comercial resultó en una nueva forma de dependencia, particularmente con Gran Bretaña, ello socavó los intentos de industrialización y perpetuó la condición de agroexportación.

La independencia de las colonias americanas marcó el fin de los monopolios español y brasileño, inaugurando así la apertura de Latinoamérica al mercado global. Gran Bretaña se benefició notablemente al acceder sin restricciones al mercado latinoamericano, suministró productos manufacturados que, en muchos casos, superaron en calidad y precio a los locales, lo que desincentivó las inversiones de los capitalistas americanos en la incipiente industria local.

Aunque se gestó un cambio significativo al permitir a los americanos diseñar su política arancelaria, orientándola a su favor, las ciudades emergieron como centros de poder económico, desplazaron la influencia de la antigua metrópoli y promovieron el desarrollo urbano en detrimento de las zonas rurales. Las guerras independentistas también provocaron la reducción de la mano de obra, con la liberación de esclavos que se habían enrolado en los ejércitos, se dio paso a una realidad económica que prescindía de la esclavitud y fomentaba el sector ganadero, especialmente en Venezuela y Argentina, donde la abundancia de territorio compensaba la escasez de mano de obra (De la Cruz, 2011, p. 14).

Por último, sobre las consecuencias sociales, la independencia trajo consigo cambios significativos en la estructura social. Se abolieron las

diferencias legales basadas en la raza, se otorgó «igualdad» ciudadana a todos, aunque esta igualdad favoreció principalmente a los criollos, de forma que las élites sociales y económicas se mantuvieron vigentes. La esclavitud, aunque tendió a desaparecer gradualmente, persistió en algunos lugares, mientras que los indios, ahora considerados ciudadanos, vieron reducidas sus propiedades comunales debido al avance de las haciendas. Este proceso de cambio social fue complejo y desigual en toda la región, con realidades distintas en diferentes países, desde el retorno al comercio de esclavos en Argentina hasta los compromisos de abolición firmados por otros gobiernos con Gran Bretaña.

La independencia trajo consigo cambios profundos en la estructura social. La igualdad de todos los ciudadanos se estableció como un principio fundamental, que eliminó las diferencias legales basadas en la raza y transformó la sociedad de una basada en castas a una basada en clases, donde la riqueza se convirtió en el principal factor diferenciador. Sin embargo, este cambio legal no se tradujo necesariamente en un cambio social real, ya que las élites sociales y económicas mantuvieron su posición dominante, aunque los criollos ocuparon roles en el Estado.

La tierra se convirtió en el sustento de estas élites y desplazó a la oligarquía urbana. La esclavitud, aunque comenzó a desaparecer en algunos países desde los procesos de independencia, persistió en otros hasta la aprobación de leyes abolicionistas en la segunda mitad del siglo. Los indígenas fueron reconocidos como ciudadanos, pero perdieron progresivamente sus propiedades comunales debido al avance de las haciendas, lo que los llevó a una situación de desprotección ante los ricos terratenientes y al abandono por parte de los Estados recién formados (De la Cruz, 2011, p. 14).

Luego de la independencia en América Latina, se evidenció una transición jurídica que reflejaba la complejidad política y social del momento. Aunque la independencia de las colonias dio paso a la emergencia de nuevas naciones soberanas, la adopción plena del modelo republicano no fue inmediata ni uniforme. Se estableció un marco legal influenciado por los ideales ilustrados y las corrientes jurídicas occidentales, enfocado en la protección de los derechos individuales y la igualdad ante la ley. Sin embargo, este proceso estuvo marcado por un

desplazamiento hacia formas autoritarias de gobierno, en muchos casos motivado por la influencia militar y la resistencia de las élites políticas y económicas. A pesar de estos desafíos, la transición hacia la República representó un progreso hacia un sistema legal más formal y estructurado, con el propósito de garantizar la justicia y la equidad en un contexto de transformación política y social.

7. LEGADO Y CONTINUIDAD: REFLEXIONES SOBRE LA ACTUALIDAD JURÍDICA

El derecho en América Latina ha experimentado una evolución constante a lo largo de la historia, y resulta innegable que el sistema legal actual es más complejo y eficiente que en épocas pasadas. Sin embargo, es crucial reconocer que persisten aspectos susceptibles de mejora para consolidar una sociedad basada en la justicia social y el pleno respeto de los derechos humanos. Este llamado cobra aún mayor relevancia en un contexto donde fenómenos como la corrupción, la violencia y la impunidad ejercen una influencia desafiante, especialmente en sociedades latinoamericanas en proceso de desarrollo.

No obstante, el lapso transcurrido hasta el presente ha propiciado avances significativos en la organización estatal y la administración de justicia. Actualmente, la mayoría de los países de América Latina, a excepción de algunos casos, se rige por un sistema democrático en el cual el ejercicio del poder emana del pueblo y se renueva periódicamente. Se garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos, en función de su dignidad y su libertad, y se establece una clara separación de poderes. Además, se han implementado mecanismos que permiten el acceso a la justicia de manera oportuna y eficaz, respaldados por el uso de la tecnología y sistemas mucho más organizados en comparación con épocas pasadas.

En este contexto, se evidencia que el Estado no se limita meramente a reconocer y otorgar derechos a los ciudadanos, sino que establece mecanismos para asegurarlos, incluso asumiendo el costo inherente de salvaguardar los derechos individuales (Elgueta, 2009, p. 106). Esta perspectiva se refuerza con un enfoque más democrático en la elección de

autoridades, con una mayor participación ciudadana y un equilibrio de poderes a través de la separación de estos, lo que elimina la dependencia entre ellos. Además, se observa una orientación hacia el bienestar social por parte del Estado y una administración de justicia más equitativa y confiable, lo que conlleva a un ejercicio más transparente y eficaz de la justicia.

En lo que respecta a la administración judicial, el Estado ha conferido de forma exclusiva esta función al Poder Judicial, el cual, en representación del pueblo, ejerce la administración de justicia conforme a las disposiciones constitucionales y legales. En caso de conflictos normativos, se priorizan las normas constitucionales sobre las legales y estas sobre las de menor jerarquía. Además, a través del Poder Judicial, el Estado garantiza una tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos y asegura su aplicación mediante el debido proceso. Esto implica la necesidad de llevar a cabo un proceso justo y la existencia de mecanismos de impugnación que salvaguardan el derecho del ciudadano a una doble instancia.

En un sentido similar, menciona el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia n.º 04289-2004-PA/TC, del 17 de febrero de 2005, sobre el debido proceso:

como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, *incluidos los administrativos*, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo [...] o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. (f. 2)

Otro punto importante es la implementación de los países latinoamericanos en el acceso a la justicia internacional. Este mecanismo de justicia se refiere a un conjunto de mecanismos y órganos internacionales que tienen como objetivo proteger los derechos humanos y hacer justicia ante las violaciones graves del derecho internacional, como genocidio,

crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Estos mecanismos vinculan a todos los Estados parte, los cuales se relacionan mediante la firma con un carácter similar a un tratado.

La proliferación de tribunales internacionales es una característica fundamental del derecho internacional contemporáneo, donde diversos órganos deciden controversias que involucran a los países miembros en ámbitos como comercio, conflictos interestatales y derechos humanos. Aunque hay múltiples jurisdicciones, la más cuestionada es la relacionada con el sistema interamericano. A diferencia del derecho interno, en el derecho internacional las decisiones de los tribunales solo son vinculantes si un Estado ha aceptado su competencia, lo que constituye una manifestación de su inserción en la sociedad internacional regida por el derecho internacional y no una invasión a la soberanía estatal (Vásquez, 2023, párrs. 2-3).

A pesar del progreso significativo en esta región, aún enfrenta desafíos importantes que requieren atención progresiva. Uno de ellos es la presencia de falsas democracias y propagandas sobre el respeto a la libertad, como ocurre en Venezuela. A pesar de su constitución, que proclama en su artículo 2 un Estado democrático y social de derecho y de justicia, la realidad sugiere un gobierno más cercano a la dictadura, con un aumento en la represión y la persecución por motivos políticos en los últimos nueve años.

Asimismo, existe una seria preocupación sobre la legitimidad y el respaldo ciudadano al sistema democrático, ya que las democracias han manifestado ser insuficientes para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos en áreas como seguridad, empleo, salud, educación y acceso a la justicia. La democracia debe promover el desarrollo y el bienestar, por ello es crucial mejorar el acceso a la justicia. La calidad de una democracia se evalúa por la capacidad de sus ciudadanos para proteger sus derechos a través de un sistema de justicia independiente y eficiente, ya sea estatal o no estatal. Las reformas judiciales exitosas solo pueden tener lugar en entornos democráticos y respetuosos del Estado de derecho, lo que fortalece la independencia judicial y mejora el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales (Lovatón, 2009, p. 228).

Por otro lado, es evidente la ineficiencia en la administración de justicia, ya que los juzgados están al borde del colapso, si no es que ya lo han alcanzado. La carga procesal en los tribunales es preocupante y esto ocasiona que la justicia sea lenta e ineficaz. Desde hace algún tiempo se ha intentado implementar reformas que utilicen la tecnología para agilizar ciertos procedimientos, como la adopción de expedientes electrónicos. Sin embargo, en un entorno marcado por la corrupción y la falta de empatía, resulta difícil establecer políticas públicas que garanticen una correcta aplicación de justicia.

Queda claro que, a pesar de los desafíos persistentes, el derecho en Latinoamérica ha experimentado un avance significativo desde la independencia hasta la actualidad. La región ha logrado avances importantes en la construcción de un sistema jurídico propio, la expansión de derechos y libertades, el desarrollo del derecho internacional y el acceso a la justicia. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer para superar la desigualdad, la violencia, la corrupción y la impunidad, y lograr que el derecho sea una realidad para todos los ciudadanos latinoamericanos.

8. CONCLUSIONES

La evolución del derecho en América Latina desde la independencia hasta la actualidad presenta un panorama de desafíos, logros y reflexiones hacia el futuro. Desde las complejas organizaciones jurídicas de las civilizaciones anteriores a la conquista, hasta la consolidación de las repúblicas, hemos transitado por un camino marcado por conflictos y transformaciones.

Las civilizaciones precolombinas nos legaron sistemas legales arraigados en la tradición y la fe, y nos desafían a reflexionar sobre la naturaleza misma del derecho y su evolución a lo largo de los milenios. ¿Qué significaba la justicia en un contexto donde la autoridad emanaba de divinidades y monarcas? ¿Eran los antiguos códigos legales meras herramientas de control o intentos genuinos de garantizar la armonía social?

La llegada de los españoles marcó un punto de inflexión con la imposición de un orden jurídico occidental sobre las estructuras preexistentes. ¿En qué medida persisten las huellas del pasado colonial en el sistema legal actual? ¿Cómo pueden reconciliarse las diferentes tradiciones jurídicas y culturales en un marco de justicia inclusiva y equitativa?

La transición a la República enfrentó desafíos como la inestabilidad política, el autoritarismo y la desigualdad social, y se cuestionaron los ideales democráticos y la participación ciudadana. ¿Cómo podemos construir sociedades más justas e inclusivas que garanticen los derechos y la dignidad de todos sus habitantes? ¿Qué lecciones podemos aprender de nuestra historia para enfrentar los desafíos del presente y del futuro?

En el presente, observamos avances notables en la organización estatal y la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, persisten desafíos para asegurar la plena vigencia del derecho en los Estados. ¿Estamos preparados para construir sociedades más justas, igualitarias y transparentes? ¿Cuál es el papel de los ciudadanos, líderes políticos y operadores judiciales en la búsqueda de un sistema jurídico que refleje los valores y las aspiraciones de nuestras sociedades?

En última instancia, el legado de la independencia nos desafía a mirar hacia adelante con optimismo y compromiso, reconociendo que el camino hacia una verdadera justicia y equidad es un proceso continuo y colectivo. ¿Qué futuro queremos para nuestras naciones y cómo podemos trabajar juntos para hacerlo realidad? Las respuestas a estas preguntas definirán el rumbo del derecho en América Latina en los años venideros.

REFERENCIAS

- Basadre, J. (1936). La ley del Inca. *Revista de la Universidad Católica*, 4(24), 235-248. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/52973>
- Basadre, J. (1999). *Los fundamentos de la historia del derecho* (4.^a ed.). San Marcos.

- Bazo, J. (1934). Origen y evolución del derecho. *Revista PUCP*, 2(11), 247-262. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/52830>
- Bernal, B. (2015). El derecho indiano, concepto, clasificación y características. *Ciencia Jurídica*, 4(7), 183-193. <https://doi.org/10.15174/cj.v4i1.134>
- Blakemore, E. (2022). ¿Quiénes fueron los mayas? *Revista National Geographic*. <https://www.nationalgeographic.es/historia/quienes-fueron-los-mayas>
- Chuchiak, J. F., Young, R. y Young, D. (2019). El derecho prehispánico maya: evidencia documental acerca de los procedimientos en materia de derecho civil, criminal y fiscal entre los mayas yucatecos. En A. Guerrero y L. R. Guerrero (eds.), *Construcción histórico-jurídica del derecho prehispánico y su transformación ante el derecho indiano. Manuales para entender el derecho prehispánico e indiano* (pp. 27-49). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De la Cruz, F. (2011). «El proceso de independencia de América Latina» (Temario de oposiciones de Geografía e Historia). *Clío*, (37), 1-15. <http://clio.rediris.es/n37/oposiciones2/tema52.pdf>
- Domenack, M. (2022). Aproximación al sistema de justicia en tiempo de los incas. *Derecho*, 11(11), 59-73. <https://revistas.upt.edu.pe/ojs/index.php/derecho/article/view/693>
- Elgueta, D. (2009). El concepto de Estado social y democrático de derecho en el Tribunal Constitucional. *Revista de Economía y Derecho*, 6(22), 105-116. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/296>
- García, M. (2005). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Opinión Jurídica*, 4(8), 53-72. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1277>

- Garzón, P. (2019). Pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica: repensando el derecho desde la colonialidad del poder. *Ius Inkarri*, 8(8), 329-346. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn8.2730>
- Gros, H. (2002). El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (6), 143-175. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50573>
- Jacobo-Marín, D. (2010). Derecho azteca: causas civiles y criminales en los tribunales del Valle de México. *Tlatemoani. Revista Académica de Investigación*, (3), 1-14. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7308406#:~:text=Entre%20los%20aztecas%2C%20los%20patrones,temor%20a%20una%20sanci%C3%B3n%20ejemplar>
- Lanz, J. (2016). El derecho y la justicia de los aztecas en la época precortesiana. *Tohil*, 38(1), 1-9. <https://www.derecho.uady.mx/tohil/rev38/art1rev38.pdf>
- Lovatón, D. (2009). Experiencias de acceso a la justicia en América Latina. *Revista IIDH*, 50, 227-282. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/1159>
- Mafla, D. (2019). *El animal humano un ser social y solidario* [Tesis de licenciatura, Fundación Universitaria Católica Lumen Gentium]. https://repository.unicatolica.edu.co/bitstream/handle/20.500.12237/1773/ANIMAL_HUMANO_SER_SOCIAL_SOLIDARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mayorga, F. (2022). La administración de justicia en el período colonial: instituciones e instancias del derecho indiano. *Credencial Historia*, (136). <https://www.banrepultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-136/la-administracion-de-justicia-en-el-periodo-colonial>
- Olivero, N. (1988). El derecho precolombino y el derecho indiano y las invasiones de tierra. *Derecho PUCP*, (42), 101-122. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198801.004>
- Peña, A. (2018). La justicia y el derecho comunal o comunitario en la historia del Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, (73), 95-112. <https://doi.org/10.18800/themis.201801.006>

- PUCP (2018, 3 de mayo). *Sin Pauta: Perú rumbo al bicentenario* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=7bcLpxD5GQA>
- Ramos, C. (2019). *Historia del derecho peruano*. Palestra Editores.
- Ramos, C. (2022). ¿Existía un derecho precolombino? En W. Gálvez y B. Espezúa (coords.), *Historia y derecho: homenaje a Carlos Ramos Núñez* (pp. 17-29). Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. <https://doi.org/10.56187/unap.fcjp.lib.6>
- Sadurní, J. M. (2023). Consecuencias de la Revolución francesa: su legado y su impacto. *Historia National Geographic*. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/consecuencias-revolucion-francesa-su-legado-y-su-impacto_18672
- Salcedo, A. (2018). El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política. *Alegatos*, (71), 155-178. <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/437>
- Sánchez-Concha, R. (1995). La historia del derecho en el Perú: perspectivas de medio siglo (1950-1993). *Histórica*, 19(2), 319-334. <https://doi.org/10.18800/historica.199502.007>
- University of Kent (s. f.). *1812 La Batalla de Tucumán*. <https://research.kent.ac.uk/warandnation/es/la-batalla-de-tucuman/>
- Vásquez, P. (2023, 26 de septiembre). El derecho constitucional al acceso a la justicia internacional bajo ataque: los proyectos de ley para «sacar» al Perú del sistema interamericano de derechos humanos. *IDEHPUCP*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/el-derecho-constitucional-al-acceso-a-la-justicia-internacional-bajo-ataque-los-proyectos-de-ley-para-sacar-al-peru-del-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>
- War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2016a, 13 de octubre). *Natalia Sobrevilla Perea discusses the effects of the 1808 crisis in Hispanic America* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=OfwUT4fLdDU&t=2s>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2016b, 7 de diciembre). *Gabriel di Meglio on the spread of intellectual ideas during the wars of independence* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=9i3tl9HaPTg&t=2s>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017a, 16 de marzo). *The Cortes of Cádiz (General Courts) and the Cádiz Constitution* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=6qQgIuU4nW0>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017b, 16 de marzo). *The formation of juntas in South America* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=aVTm3MXJkic>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017c, 16 de marzo). *Alejandro Rabinovich Speaks about the Formation of Armies in Spanish America* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Ja6TlVeTtgo>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017d, 16 de marzo). *Artigas' Confederation (the Federal League) Unites against Buenos Aires* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=rDxswG6IHug>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017e, 16 de marzo). *Spanish Forces Seek to Reconquer the Americas* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=1z0_F1HkQSI

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017f, 7 de junio). *Alejandro Rabinovich on the battle of Chacabuco* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Mgpy3uCCRNc&t=1s>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017g, 19 de junio). *Juan Luis Ossa Continues his Explanation of the Formation of Juntas in South America* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=uwz8ogUVFTI>

War and Nation: Identity and the Process of State Building in Latin America (2017h, 5 de julio). *Natalia Sobrevilla on the Battle of Chacabuco* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=UvmRCnxRAqg>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Expediente n.º 4289-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (17 de febrero de 2005).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Biografía del autor

Albert Vásquez Pérez, graduado en Derecho por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, destaca como autor de numerosos artículos especializados en derecho procesal y procesal constitucional. Su trabajo intelectual se distingue por su rigurosidad y claridad expositiva, reflejando un profundo dominio de las temáticas abordadas. A través de sus escritos, contribuye al enriquecimiento del debate jurídico y al avance del conocimiento en áreas cruciales del derecho. Su compromiso con la excelencia académica y la promoción de la justicia lo posiciona como una figura destacada en el ámbito legal, proyectando una influencia positiva en la comunidad académica y profesional del derecho.

Correspondencia

70422032@usat.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 373-410

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.899

El programa procesal penal en las constituciones del siglo XIX: un breve repaso histórico al juicio por jurados en el Perú

The Criminal Procedural Program in 19th-century Constitutions:
A brief historical review of jury trials in Peru

O programa processual penal nas constituições do século XIX:
uma breve revisão histórica do julgamento por jurados no Peru

DIEGO ALONSO NORONHA VAL
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: diego.noronha@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0007-3358-6641>

RESUMEN

El proceso penal se construye a partir de la Constitución. La regulación legal que se le otorga no es independiente, sino que surge indefectiblemente de la norma capital del Estado. Es precisamente en este instrumento que se recoge el marco de principios generales que es a partir del que se sancionan las reglas específicas que rigen al proceso penal en una nación. A esta médica teórica se le denomina en la doctrina hispanoamericana *Programa procesal penal* de la Constitución, y en la portuguesa *Constitución procesal penal*. Nace en la década de los ochenta, con el cambio de paradigma de la Constitución española de 1978. Es, posteriormente, sometida a debate en el Perú con la Constitución de 1993. En tal sentido, es lógico que no existan trabajos de investigación dirigidos a analizar el programa procesal penal histórico en las constituciones

nacionales. Así, con este manuscrito se pretende conocer parte del programa procesal penal que se gestó durante el siglo XIX en el Perú, y se hará un especial énfasis en la institución del juicio por jurados, escasamente abordado por la doctrina nacional por su ineficaz planteamiento durante tal época. No pretende este texto formular un análisis exhaustivo, sino una aproximación a los conceptos de programa procesal penal de la Constitución y al juicio por jurados, que permita difundir su investigación y su análisis histórico.

Palabras clave: programa procesal penal; Constitución; garantías; jurados; historia.

Términos de indización: Constitución; garantías jurídicas; procedimiento legal; aplicación de la ley; historia (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The criminal process is built upon the Constitution. Its legal regulation is not independent but arises inevitably from the fundamental norm of the State. It is precisely within this instrument that the general framework of principles is established, from which the specific rules governing the criminal process in a nation are derived. This theoretical core is referred to in Hispanic-American doctrine as the *Procedural Criminal Program* of the Constitution, and in Portuguese doctrine as the *Procedural Criminal Constitution*. It emerged in the 1980s, coinciding with the paradigm shift brought by the Spanish Constitution of 1978, and was later debated in Peru with the 1993 Constitution. In this context, it is logical that there are no research studies aimed at analyzing the historical procedural criminal program in national constitutions. Thus, this manuscript seeks to explore part of the procedural criminal program that developed during the 19th century in Peru, with a particular focus on the institution of trial by jury, a topic rarely addressed by national doctrine due to its ineffective implementation during that period. This text does not aim to provide an exhaustive analysis but rather an introduction to the concepts of the procedural criminal program of the Constitution and trial by jury, intended to promote their investigation and historical analysis.

Key words: criminal procedural program; Constitution; guarantees; juries; history.

Indexing terms: Constitution; right to justice; legal procedure; law enforcement; history (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O processo penal é baseado na Constituição. A regulamentação legal concedida não é independente, mas decorre infalivelmente da norma de capital do estado. É precisamente nesse instrumento que a estrutura de princípios gerais é estabelecida, a partir da qual as regras específicas que regem o processo penal em uma nação são sancionadas. Esse núcleo teórico é chamado de *Programa processual penal* da Constituição na doutrina latino-americana e, na doutrina portuguesa, de *Constituição processual penal*. Ele nasceu na década de 1980, com a mudança de paradigma da Constituição espanhola de 1978. Posteriormente, ela foi debatida no Peru com a Constituição de 1993. Nesse sentido, é lógico que não há nenhum trabalho de pesquisa destinado a analisar o programa processual penal histórico nas constituições nacionais. O objetivo deste manuscrito é fornecer uma visão de parte do programa processual penal desenvolvido durante o século XIX no Peru, com ênfase especial na instituição do julgamento por jurados, que quase não foi abordada pela doutrina nacional devido à sua abordagem ineficaz durante esse período. Este texto não pretende ser uma análise exaustiva, mas sim uma abordagem dos conceitos do programa processual penal da Constituição e do julgamento por jurados, o que permitirá a divulgação de sua pesquisa e análise histórica.

Palavras-chave: programa processual penal; Constituição; garantias; jurados; história.

Termos de indexação: Constituição; garantias legais; procedimento legal; aplicação da lei; história (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 18/12/2023

Aceptado: 5/12/2024

Revisado: 27/2/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal es el mecanismo más sofisticado de reconstrucción de hechos pasados que la humanidad ha producido históricamente. Su concepto ha sido construido a partir de dicha finalidad y se le entiende habitualmente como el conjunto de actos, trámites o rituales que coadyuven al ejercicio de recomposición del pretérito evento manifestado en la realidad. Sin embargo, su complejidad trasciende su mera finalidad instrumental. No es el proceso, como señala Rodríguez (2006), un «anárquico deambular de secuencias, sino un mecanismo de resoluciones o redefinición de conflictos generados por los delitos, que se edifica para operar al servicio de la colectividad, las víctimas y los procesados» (p. 73).

Esta visión ontológica del proceso penal no encuentra su fundamento en la ley. A través de dicho instrumento solo se logra su operacionalización en la práctica judicial forense. Su esencia y sus cimientos se erigen estructuralmente, por el contrario, de las constituciones de cada Estado. Son, precisamente, los principios, los valores y las disposiciones recogidos en ella los que permiten identificar los límites que cada país impone al ejercicio del poder de coerción estatal, lo que se traduce en el reconocimiento de mayores o menores garantías para los sujetos que se ven sometidos a él. De ahí que Maier (2017), citando a Goldschmidt, señale que «el proceso penal de una Nación es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su Constitución» (p. 91). Sería el proceso penal, por tanto, su expresión directa y tangible.

Esta situación, sin embargo, no termina de ser asumida de manera cabal por los Estados. Tal como expresa Zagrebelsky (2011), «no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas» (p. 10). La resistencia de los jueces de hacer primar la Constitución por sobre la ley demuestra que nos encontramos aún en el arduo tránsito histórico de entenderla no como una norma política con fines meramente declarativos, sino como una expresión normativa vinculante a todos los integrantes del aparato estatal. Más aún, al tratarse del proceso penal, debe considerarse que es en ella que se prevé su fundamento a través de lo que el profesor español Arroyo Zapatero denomina el Programa Penal de la Constitución, del que claramente se extrae su facción adjetiva.

Este concepto está referido al conglomerado de normas, contenidas en la Constitución, que estructuran al proceso penal. Conforme señala Rodríguez (2006), responde al «espíritu, modelo y las vigas maestras del mecanismo estatal de resolución de conflictos con relevancia jurídico penal» (p. 73). No trata, por ende, de proponer soluciones concretas a las divergencias penales, como corresponderá a la legislación adjetiva especializada, sino que fija los principios fundantes que rigen y limitan los mecanismos persecutorios del delito en una nación. Esto determina que la ley sobre la materia deberá siempre interpretarse según dicho núcleo.

El cambio de paradigma que supuso la Constitución española de 1978 permitió que, hacia la década de los ochenta, se debatiera sobre el programa penal y procesal penal en España. En el Perú, por el contrario, el desarrollo académico sobre este instituto no se dio sino hasta el siglo XX, con la promulgación de la Constitución Política de 1993. Aun así, en la actualidad, el abordaje sobre el particular no es extenso. Menos aún se ofrecen análisis históricos sobre el programa procesal penal de las constituciones del Perú. En ese sentido, el presente trabajo de investigación analizará el proceso penal peruano desde la historia de las constituciones y se identificará el programa específicamente recogido en las cartas políticas del siglo XIX.

Al respecto, además de abordar la concepción procesal penal contenida en la Constitución histórica, esta investigación pretende también aproximarse a una institución escasamente tratada en la historia constitucional peruana: el juicio por jurados, cuya relevancia práctica resultó menor, pero que representa un episodio en la historia constitucional peruana que no podemos soslayar, como parte del conocimiento integral de dicho suceso.

2. DESARROLLO

2.1. Proceso penal y Constitución

Sabido es que la integridad del ordenamiento jurídico se encuentra sometida a la Constitución. Su fuerza normativa irradia a todo el aparato estatal y a la sociedad en su conjunto. De ahí que no exista espacio

jurídico y social exento de su control. Es a través de este instrumento que se procura cumplir con el ideal, conforme señalan Zagrebelsky *et al.* (2020), de transformación del poder despótico en poder benéfico para la sociedad o la derrota del poder arbitrario y la victoria de los derechos de los ciudadanos (p. 384). Dicha transición solo puede lograrse a través de una norma matriz o de rango superior que prime como vértice de todo el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, es fundamental que el proceso penal se diseñe sustancialmente a partir de la Constitución. Aun cuando esta figura se considere un objeto de estudio autónomo, la producción y la interpretación de las normas procesales que la operativizan deben ser adecuadas a ella, no solo para mantener la coherencia interna del sistema jurídico, sino, especialmente, para contener el ejercicio del poder de coerción estatal. De ahí que Baumann (1986), citando a Henkel, señale que el proceso penal no es un objeto de análisis meramente formal o técnico jurídico, sino, más bien, expresión del derecho constitucional aplicado (p. 29). Así también Maier (2017), quien precisa que «el Derecho procesal penal es un estatuto de garantías» (p. 91).

Dicha concepción del proceso penal solo operará, sin embargo, siempre que se entienda que la Constitución posee intrínsecamente vigencia normativa y no meramente declarativa. No es, en realidad, el instrumento escrito el que permite al proceso penal manifestarse, sino, más bien, la fuerza imperante atribuida por los propios ciudadanos y los operadores de justicia. Es esa la única manera en que se puede tener una Constitución real y efectiva, lo que, a su vez, determina el concepto ontológico del proceso penal como instrumento de servicio al ciudadano. Tal como expresa Lasalle (2005):

Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que *no hay manera de eludir* y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que suscribir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país. (p. 34)

El sistema procesal penal, por tanto, «no se trata de un artificio alambicado» (Lorca, 2017, p. 130). No es un mero subsistema instrumental, sino que es expresión directa de la carta política y es a través de ella que se construye tangiblemente la contención al *ius puniendi* del Estado.

2.2. Concepto de programa procesal penal en la Constitución

El concepto amplio de Programa Penal y Procesal Penal en la Constitución es acuñado en la doctrina española hacia finales de la década de los ochenta. Es el profesor Luis Alberto Arroyo Zapatero quien se encargó de identificarlo y someter a debate su contenido, este precisó que «resulta necesario estudiar la Constitución Política para extraer de su tenor literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu lo que en doctrina viene denominándose Programa Penal de la Constitución» (Sota, 2013, p. 6). Con ello, se puso de manifiesto el proceso de constitucionalización del proceso penal.

La jurisprudencia sentada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia recaída en el proceso acumulado de los Expedientes n.^{os} 52-2003/56-2003/57-2003 enuncia con claridad en su fundamento III.1 que el *programa penal*, extensivo al *procesal penal*, en la Constitución corresponde al

conjunto de postulados político-jurídicos y político criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar.

En ese sentido, con plena claridad agrega que serán los principios constitucionales del derecho penal, aunados a los del proceso penal, los que definan el modelo constitucional de responsabilidad penal, esto es, «las reglas del juego fundamentales tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa, como en la aplicación judicial» (Expedientes n.^{os} 52-2003/56-2003/57-2003, fundamento III.1).

En la doctrina portuguesa, a diferencia de la hispanoamericana, al mismo concepto se le denomina *Constitución procesal penal*. Barreiros (1988) se refiere a este como «un enunciado de prescripciones, mandatos

y situaciones subjetivas formuladas de modo abstracto, con un contenido abierto, y con un ámbito de previsión para cuya delimitación normativa la propia Constitución no ofrece elementos seguros ni preordena reglas interpretativas» (p. 722). La carta política no describe procedimientos específicos, sino que fija criterios generales que permiten interpretar al proceso penal conforme al espíritu que cada país conciba de su sistema de garantías. Y resultan estos de tal abstracción que permiten mantener su vigencia sin importar el específico momento histórico en el que se desarrolle. En particular, el programa procesal penal de la Constitución se construye como una fórmula amplia, que no es rígida y que pretende solo perennizar ideas nucleares que determinen el ejercicio predecible del poder estatal en el proceso penal, elemento que responde propiamente a la voluntad de los constituyentes. Es en ese sentido que Sota (2013) señala que «este Programa Penal de la Constitución responde a un determinado modelo de la Constitución establecido por el Constituyente, el cual viene a configurarse como Ley Marco» (p. 6).

De acuerdo con lo señalado, a través del programa procesal penal instaurado en la Constitución, podremos identificar en cierto momento histórico un modelo de pensamiento constitucional penal determinado y la forma en que pretendía aplicarse en la realidad. En ese orden, «la premisa básica de un Programa Penal de la Constitución es entender que el legislador se encuentra en la obligación de legislar en materia penal tan solo a partir de los postulados de la Carta Fundamental» (Sota, 2013, p. 5), por lo que esta debe entenderse como la base angular del proceso *per se*. Precisamente, la Constitución fundamenta los contenidos penales y procesales penales de la legislación, por ello este programa adquiere relevancia aplicativa real, y no meramente teórica, a través del devenir histórico.

2.3. El programa procesal penal en las constituciones del siglo XIX

Como resulta lógico, el entendimiento del proceso penal en la novísima República del Perú del siglo XIX es sustancialmente distinto al de los siglos posteriores. Los preceptos jurídicos del proceso penal respondían a la transición independentista de la época. Se pasó del derecho de la colonia a establecer un ordenamiento jurídico propio, en términos teóricos, con

los errores y las deficiencias que supone una naciente república hispanoamericana sin sentido de nación forjado.

Ciertamente, el nuevo orden jurídico establecido en el Perú republicano, aunque propio, no resultó de la simple influencia de la legislación europea más avanzada, sino de su copia. Esta situación procuró que la Constitución contuviera instituciones jurídicas sin condecirse con la realidad del país, lo que no significó más que una presunta alabanza al ordenamiento jurídico occidental. Aunque lógico y comprensible, tomando en cuenta los años en los que el Perú vivió como colonia española, el programa procesal penal peruano del siglo XIX fue demarcado por la Constitución de Cádiz de 1812. En ese sentido, sin corresponder a la historia republicana independiente del Perú, es menester referirnos a ella en primer término, para pasar luego por el resto.

2.3.1. La Constitución de Cádiz de 1812

Este es el primer instrumento político en utilizarse en la historia constitucional peruana. Es en el capítulo III del título V que se formularon los fundamentos de la administración de justicia en lo criminal, es decir, el programa procesal penal de esta Constitución.

El primer elemento a tomar en cuenta, aunque en apariencia banal, corresponde a la denominación de impartición de justicia *criminal* y no penal. El conjunto de normas que asocian comportamientos socialmente anómalos y repudiables con sanciones, como ejercicio del poder punitivo del Estado, fue conocido, hasta mediados del siglo XVIII, con el término derecho *criminal*. Es en ese momento de la historia que se concibe, paralelamente, el concepto de derecho *penal*, que pretendía abarcar una definición más amplia de este fenómeno social. No será sino hasta inicios del siglo XIX que se producirá este cambio conceptual importante para la ciencia penal, basada principalmente en la consolidación del principio de legalidad. Al respecto, explica Maurach (1948) lo siguiente:

Esta modificación, que a primera vista representa un simple cambio de acento, encierra uno de los cambios valorativos más trascendentales para el derecho penal de la época posterior. En las palabras

delito (y, en consecuencia, en la de derecho criminal, añadimos nosotros) se da algo prejurídico penal, en tanto suena a injusto y a culpabilidad antes de la ley positiva. El término derecho penal alude a la ley, por cuyo solo mandato, con derogación de derecho consuetudinario, omnipotencia judicial y arbitrio del gobierno, se convertirá una determinada conducta desvalorada en delito punible, sometido al poder punitivo del Estado. (p. 4)

Mir Puig (2003), por otro lado, critica dicha posición:

si bien es cierto que «derecho penal» expresa la necesidad de que las penas se hallen previstas por la ley (por el derecho), no lo es menos que «derecho criminal» da idea de que no es *delito* (crimen) lo que no esté descrito como tal por el derecho. Cada una de ambas designaciones apunta a uno de los extremos de la fórmula «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», sin que pueda decirse que una es más fiel a ella que la otra. (p. 12)

Lo concreto, sin embargo, es que el derecho *criminal* fue conceptualmente desplazado por la aparente mayor capacidad explicativa del derecho *penal*, que se arraigaría en España, Italia, Francia y Alemania. Durante esta transición, la Constitución de Cádiz mantuvo la denominación de derecho *criminal*, que subsistió además en todas las cartas políticas del siglo XIX.

Ahora bien, el capítulo III mencionado se compuso de veintidós artículos, del 286 al 308. Este recogía una serie de garantías procesales reconocidas como necesarias, producto del momento histórico en el que esta Constitución fuera promulgada. Al respecto, debe recordarse que la Constitución de Cádiz fue aprobada durante una etapa de gran convulsión social y política en España. Los problemas dinásticos entre Carlos IV y Fernando VII fueron aprovechados por el genial estratega militar francés Napoleón Bonaparte, quien, en cumplimiento de su plan de bloqueo continental a Inglaterra, invadió la península ibérica para hacerse paso hacia Portugal. Así, la guerra de la independencia española, entre 1808 a 1814, provocó a su vez una profunda crisis del sistema carcelario. Sobre este momento histórico, Martínez (2011) narra:

En efecto, las Cortes en sus primeras semanas de funcionamiento habían comenzado a dar traslado a la Regencia de las reclamaciones de los procesos que se pudrían en cárceles, de las arbitrarias detenciones, de las consecuencias de la asunción por parte de las autoridades militares del conocimiento de los delitos de infidencia, etc. Pero no tardaron las Cortes en variar su actitud ante estos problemas, asumiendo el papel de intervenir directamente en la solución de estos asuntos y no solo de interesarse por estas causas. En ello concurrían razones de humanidad, pero acaso también el cálculo político de quienes pensaban que el nuevo régimen constitucional pendía de la confianza que generasen las nuevas instituciones en la mejora y regeneración de los derechos de los españoles. (p. 393)

Tal como lo plantea el autor, la Constitución de Cádiz de 1812 significó la instauración de un régimen constitucional que reconociese las garantías procesales y de ejecución criminal que permitiesen atender los pedidos de la comunidad carcelaria española frente a un sistema penal arbitrario generado por la invasión militar francesa. La intención del Estado de asumir un rol interventor en las causas criminales que procurase darles *celeridad* se consagró en el artículo 286, que prescribía lo siguiente: «Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados». Es así que el hoy reclamado *principio de celeridad procesal*, conjugado al derecho al plazo razonable, se gestaba expresamente en la Constitución de aquella época, en el marco de una situación de hacinamiento carcelario grave, muy similar a la del Perú actual.

Por otro lado, el artículo 287 precisaba:

ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

De aquí se extrae claramente el hoy conocido, y muy invocado, principio y garantía de imputación necesaria, esto es, obtener una descripción clara y exhaustiva de los cargos por los que a un ciudadano se le pretendería procesar y, más aún, detener. De la misma forma, prescribe que deberá existir resolución escrita del juez para tales efectos, y será una de las dos formas, aunado con los supuestos de flagrancia delictiva, que se reconocen en los tiempos modernos para ser detenido.

Asimismo, el enunciado normativo del artículo 289 reconoce el concepto de lo que hoy en día corresponde a una medida de coerción personal. En esta, se señala que «cuando hubiere resistencia o se temiere la fuga, se podrá usar de la fuerza para asegurar a la persona». Ya desde esta época se asumía el concepto del *periculum in mora*, o peligro en la demora, que advierte respecto de una alta probabilidad de fuga por parte del ciudadano imputado. Esto justifica históricamente la concepción moderna de las medidas cautelares personales en el país, en la medida que con esta norma se pretendía el aseguramiento de la presencia del sujeto encausado en el proceso penal, para el cumplimiento de sus fines.

De otro lado, el artículo 291 establece con claridad que «la declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio». Esta descripción evoca lo que en tiempos actuales se denomina derecho a la no autoincriminación. Dicho derecho

garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur se detegere*), no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se*) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

Tal como expresa el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Expediente n.º 03-2005-PI/TC. En ese sentido, ningún ciudadano español o americano de aquella época podría ser obligado a declarar su propia culpabilidad, con ello se garantizaba el derecho a guardar silencio sobre los hechos en los cuales se ha visto involucrado.

En cuanto al artículo 293, este recoge el principio de la debida motivación de la resolución judicial, cuando señala que «si se resolviere

que al arrestado se le ponga en cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado». La tendencia de la motivación de las resoluciones judiciales nace en la Francia del siglo XVIII tras la revolución, con la que se impone la obligatoriedad de este ejercicio por la desconfianza a la magistratura, situación alentada por la arbitrariedad asumida en la etapa monárquica que venía a derrumbarse. Ello se consolidó con múltiples reformas legislativas que impulsaron la positivización de esta garantía en el ordenamiento jurídico de demás estados de Occidente. Sin embargo:

en América Latina, si bien el período colonial muestra, por lo general, un predominio de la no motivación, la tendencia motivacionista logró imponerse en dos etapas: la primera, como derivación de principios, preceptos y garantías, como el derecho a la defensa y el debido proceso legal; y luego, como obligación ya prescrita expresamente en el texto constitucional. (Espinosa, 2010, p. 29)

Así, la Constitución de Cádiz sigue la tendencia liberal por la que toda decisión judicial debe contener las razones específicas y detalladas por las que se está tomando una decisión, especialmente tratándose de un arresto, que implica la restricción del derecho a la libertad.

Ahora bien, invoca el artículo 296 la institución de la fianza en las causas criminales al prescribir lo siguiente: «En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza». Este concepto, aplicado en el *common law*, corresponde a aquel monto pecuniario exigido a un imputado para garantizar su retorno a los tribunales frente a una acusación criminal. En el sistema jurídico procesal penal peruano, el concepto de fianza es equivalente al de la caución, que se define como aquel

compromiso, expreso o tácito, de buen comportamiento, entendido por lo general como inejecución de infracciones penales, garantizado o no por el propio delincuente o un tercero, con conminación o sin ella, para uno u otro, de sufrir determinado quebranto económico si el sancionado faltare a su obligación. (Manzanares, 1976, p. 263)

En esta época, conforme lo establece el artículo, la fianza no sería utilizada como un mecanismo de garantía de la presencia del imputado en el proceso criminal, sino exclusivamente para que este consiga su libertad frente a aquellos casos en los que una pena corpórea no le alcanzara.

Siguiendo con el análisis, llegamos a un artículo de gran importancia para el correcto desarrollo de un sistema procesal penal, que es la finalidad que el Estado asume que tiene la pena con su imposición. De acuerdo con la postura que este asuma, el ordenamiento adjetivo de la materia cambiará. Precisamente, el artículo 297 señala de forma expresa lo siguiente:

Se dispondrá las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcaide tendrá a estos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos.

Del enunciado normativo, se advierten dos situaciones: primero, a pesar de su redacción algo genérica, podemos atribuir que la carta política de Cádiz asume la finalidad preventiva especial de la pena, que supone «que la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes» (Meini, 2013, p. 148). Esta imposición responderá al principio de razonabilidad, es decir, se impondrá la pena siempre y únicamente que sea indispensable, de ahí que el enunciado precise que la cárcel se dispondrá no para molestar, sino para *asegurar* al reo.

Finalmente, el artículo 302 indica que «el proceso de allí en adelante será público en el modo y forma que determinen las leyes», esto es, que reconoce el principio de publicidad en el proceso penal de la época. Este dato permite identificar, sin acudir a la legislación especial de la materia, una característica propia de los sistemas penales de corte acusatorio, los cuales se rigen por este principio.

2.3.2. La Constitución de 1823

El capítulo VIII de la sección segunda de esta carta política se encuentra dedicado a la organización del poder judicial. A diferencia de la Constitución de Cádiz de 1812, esta no establece una sección específica que regula a la administración de justicia en materia criminal. Más bien, se distingue un capítulo para cada poder del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial; sobre este último enuncia las normas rectoras del sistema judicial de general aplicación en la nueva República. Esta carta política corresponde a la primera en la historia republicana del Perú, por lo que ella se encuentra sumamente influenciada, no solo por la Constitución que la precedió, sino por las grandes legislaciones constitucionales de Occidente. Esta situación se replicó a lo largo de las constituciones del siglo XIX.

Este apartado consta de veintidós artículos de los que pueden extraerse puntualmente los principios que esta Constitución recogía sobre el proceso penal peruano de la época. Haciendo un resumen sobre la organización del poder judicial en esta carta política, Pareja (1943) con maestría señala lo siguiente:

El Poder Judicial debía ser independiente, los jueces inamovibles y de por vida, salvo conducta escandalosa o ilegal. Establecía, utopía que repetirán las Constituciones de 1826, 1828, 1834, 1839 y 1920, el juzgamiento por jurados en las causas criminales. Creaba la Corte Suprema como Tribunal de Casación para conocer, entre otros fines, de los recursos de nulidad de las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores para los solos efectos de reponer y devolver (inc. 6º, art. 100). También habría Cortes Superiores en los departamentos y jueces de derecho en las provincias. La justicia se administraría a nombre de la nación. (p. 24)

A propósito del artículo 113 de la Constitución en comentario, la primera referencia respecto a la generalidad del proceso peruano corresponde a que «no se conocen más que tres instancias en los juicios». Esta norma evoca al principio de pluralidad de grados o instancias en

el proceso penal peruano de la época. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que este surge como principio propio o característico de un sistema procesal inquisitivo. En la medida en que los procesamientos penales se tramitaban bajo un secretismo absoluto, la única garantía que podía otorgársele al procesado era la posibilidad de acceder a una *curia* o Tribunal superior que revisara el criterio asumido por aquel inferior. Los sistemas acusatorios puros, por el contrario, asumían al principio de publicidad como el rector de su método, cuya coherencia interna se sustentó en la legitimidad ciudadana, la cual se encontraba en posibilidad de fiscalizar directamente las actuaciones judiciales. En ese sentido, considerando, además, que el artículo 107 prescribe que los actos de juzgamiento serán públicos, el sistema por el que se optó fue uno de carácter mixto, donde confluyeron los principios rectores de ambos sistemas predominantes.

Se reconoció a la Corte Suprema de la República como máxima instancia revisora, conforme al artículo 98, concordante con los artículos 99 y 100. La segunda gran instancia correspondió a las Cortes Superiores, conforme a los artículos 101 y 102. Sobre este último artículo, es de especial importancia señalar lo enunciado en el inciso segundo, que dispone como atribución de las cortes superiores «conocer de las causas criminales mientras se pone en observancia el juicio de jurados». Sobre esta cuestionada institución, nos referiremos en la última sección del presente trabajo de investigación. Finalmente, la base de la pirámide, y primera instancia, corresponde a los jueces de derecho, de acuerdo con el artículo 104, equivalente a los jueces especializados en la actualidad.

De otro lado, el artículo 117 señala que «Dentro de veinticuatro horas se le hará saber a todo individuo la causa de su arresto, y cualquier omisión en este punto se declara atentatoria de la libertad individual». Si bien este se encuentra relacionado con el derecho y la garantía a la imputación necesaria, expresa una idea incompleta, a diferencia del artículo 287 de la Constitución de Cádiz, cuya redacción era más óptima y completa, pues señalaba que todo ciudadano español solamente podría ser preso teniendo conocimiento íntegro de los cargos por los que se le acusaba, además de un mandato o mandamiento judicial por

escrito. Se ha encontrado, así, una deficiencia en el reconocimiento de este principio en el programa procesal penal contenido en esta primera Constitución nacional.

Por último, el artículo 143 instaura a los jueces de paz, cuyo enunciado dispone que estos conocerán de las causas criminales «sobre injurias leves y delitos menores que solo merezcan una moderada corrección». En efecto, conforme ocurre en la actualidad con los jueces de paz letrados, los de aquella época conocerían aquellos delitos que vulneren el derecho al honor y otros de menor lesividad que merezcan sanciones moderadas, lo que hoy modernamente conocemos como faltas y que son merecedoras de sanciones menos drásticas.

En resumen, los principios procesales penales relevantes establecidos en esta Constitución incluyen el principio de publicidad, el de pluralidad de instancias y la referencia teórica al juicio por jurados, que se abordará posteriormente.

2.3.3. La Constitución de 1826

El título VII es el apartado dedicado al Poder Judicial, que se encuentra dividido en cinco capítulos, con un total de dieciséis artículos. Esta carta política fue preparada y redactada por el Libertador Simón Bolívar como parte de su ideario político particular y se le denominó en la literatura especializada como la Constitución Vitalicia. Al respecto, el profesor Morón (2000) resume su contenido de la siguiente manera:

La sección que la Carta de Bolívar depara para el Poder Judicial muestra un conjunto de singularidades que bien le cabe la calificación de la más fructífera para el constitucionalismo positivo peruano, de todas sus secciones. En ella se congregan: la consagración de la independencia del poder judicial del poder ejecutivo, su origen y control popular, la estabilidad de los cargos judiciales, la creación de jurados, la intención sistematizadora del ordenamiento jurídico al disponer la elaboración de Códigos en materia civil, criminal, de procedimientos y de comercio a cargo de la Cámara de Senadores que implicaban la modernización de la Justicia, la obligación de conciliación previa, la atribución directriz a la Corte

Suprema, el juzgamiento público de causas criminales, juicios por jurados, abolición de recurso de injusticia notoria, de la confiscación de bienes, de la confesión del reo. (pp. 222-223)

Precisamente, el capítulo V del señalado título es la sección en la que encontraremos, nuclearmente, los principios de mayor relevancia en el programa procesal penal recogido por esta Constitución. En primer lugar, el artículo 117 prescribe lo siguiente: «Ningún peruano puede ser preso sin precedente información del hecho por el que merezca pena corporal y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado». Este enunciado, a diferencia del 117 de la Constitución de 1823, es la reproducción del artículo 287 de la Constitución de Cádiz por el que se reconoce al principio de imputación necesaria frente a actos de aprisionamiento de ciudadanos. Así, esta carta política rescata este principio correctamente descrito, con el propósito de evitar detenciones arbitrarias y sin justificación aparente contenida en una resolución judicial.

De la misma forma, al igual que el artículo 291 de la Constitución de Cádiz, el artículo 118 señala, a manera de réplica, en un contexto de detención legal, que «Acto continuo, si fuere posible, deberá dar su declaración sin juramento, no difiriéndose esta en ningún caso por más tiempo que el de cuarenta y ocho horas». Aquí, nuevamente, se hace expreso reconocimiento al derecho y garantía a la no autoincriminación, se agrega un marco temporal de cuarenta y ocho horas para que la declaración se haga efectiva, con la finalidad del resguardo de la información del proceso y el órgano de prueba. Este artículo, a su vez, debe analizarse a la luz de lo dispuesto en el posterior artículo 121, el cual señala que «no se usará jamás del tormento ni se exigirá la confesión al reo». Precisamente, esta Constitución proscribe toda clase de atentado contra el ciudadano detenido que suponga la extracción de información de modos ilegales para obtener la confesión del hecho imputado. Esto coincide con el concepto de confesión sincera, en tanto esta solo podrá ser válida si es expresada de forma espontánea y sin el uso de la fuerza como medio que socave la voluntad del ciudadano.

Asimismo, es menester revisar el contenido del artículo 120, que indica lo siguiente: «En las causas criminales el juzgamiento será público: Reconocido el hecho y declarado por jurados (cuando se establezcan) y la ley aplicada por los jueces». De su lectura, se identifican dos elementos importantes. El primero, el evidente reconocimiento al principio de publicidad de las causas criminales que, como se ha establecido en apartados anteriores, es una característica propia de un sistema acusatorio. Y, en segundo lugar, la distinción entre el sujeto que declara el derecho de aquél que lo aplica, esto es, una diferenciación entre los jurados y los jueces. Se introduce nuevamente al jurado como engranaje en el sistema de impartición de justicia que, como se verá, resultó totalmente ineficiente.

Así también, la Constitución de 1826:

Contempla la conciliación judicial como fase ineludible para los procesos civiles y penales de acción privada, con la finalidad de instituir un «medio (por el) que mueran al nacer gran parte de los pleitos ruinosos, que concluyen con la fortuna de los ciudadanos». (Morón, 2000, p. 223)

Conforme lo establece el artículo 112, que prescribe: «Habrá jueces de paz en cada pueblo para las conciliaciones, no debiéndose admitir demanda alguna civil o criminal de injurias sin este previo requisito». En la actualidad, la conciliación sigue constituyéndose como un requisito para adquirir interés procesal frente a una eventual disputa ante el Poder Judicial, lo cual incentiva el uso de medios alternativos de resolución de conflictos y, a su vez, permite reducir la histórica carga procesal de la que este poder del Estado adolece.

Finalmente, será la Constitución de 1826 la primera en la historia del Perú republicano que reconozca garantías personales para los ciudadanos que, como es lógico, incidirían en el trámite del proceso penal. Al respecto, el artículo 142 señaló: «La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución». Este catálogo representa el antecedente a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, propiamente dicho, como lo concebimos en la actualidad.

De este modo, los principios fundamentales del proceso penal en esta Constitución incluyen el principio de publicidad, la imputación necesaria, la prohibición de autoincriminación, la conciliación obligatoria previa en casos de delitos leves e injuria, y la referencia teórica al juicio por jurados. Estos principios se mantienen en línea con lo establecido por la Constitución de Cádiz de 1812.

2.3.4. La Constitución de 1828

Sobre la carta política de 1828, el expresidente Paniagua (2003) precisa que esta representa un emblema para el constitucionalismo peruano en tanto «es la primera constitución genuinamente nacional. No solo por su contenido, sino por las circunstancias en que se expidió» (p. 1). Tras la Constitución bolivariana impuesta por el Libertador de la corriente del norte, los constituyentes de 1827 pretendieron «que la Constitución reflejara la identidad, esencial y privativamente peruana, y su voluntad de constituirse como una nación verazmente soberana e independiente, ajena, por entero a los proyectos políticos del libertador» (Paniagua, 2003, p. 1). Sin embargo, en cuanto a la legislación constitucional referida al Poder Judicial, esta mantuvo la tradición de la Constitución anterior que, a su vez, siguió los preceptos de la Constitución de Cádiz, y mantuvo todos los principios procesales penales contenidos en ella, ya desarrollados en la sección correspondiente.

Así, el título sexto es el dedicado, en esta Constitución, a la organización del Poder Judicial. Este contiene cuatro subtítulos, los tres primeros referidos a los órganos de impartición de justicia de acuerdo con la instancia, y el último de ellos referido a la administración de justicia *per se*, sin dedicar apartado especial alguno a la justicia civil o criminal. Sobre la concepción de este poder del Estado para la época, Pareja (1981) nos menciona lo siguiente:

La constitución se refería extensamente al Poder Judicial, aunque introdujo pocos cambios en relación con las anteriores. Los jueces eran inamovibles, salvo destitución por sentencia legal. El presidente de la República nombraba, a propuesta en terna del Senado, a los vocales de las Cortes Suprema y Superior y a los Jueces de

Primera Instancia, a propuesta en terna de la respectiva corte superior [...] creaba tribunales especiales para el comercio y la minería. Incurría en el error de establecer jurados para las causas criminales, aunque mientras se organizaba aquellos, seguirán conociendo de los procesos, los Jueces permanentes. (p. 55)

Tal como en las constituciones pasadas, la Corte Suprema se instauró como tercera y última instancia revisora, esta era la que conocía los recursos de nulidad. Asimismo, las causas en segunda instancia serían conocidas por las Cortes Superiores y, en la base de la pirámide, los jueces de primera instancia. De igual forma, el artículo 120 reconoce a los jueces de paz en cada pueblo para actuar, tal igual como en la Constitución pasada, de conciliadores en los casos criminales por injurias. Precisamente, Paniagua (2003) señala:

Conforme al principio de separación, el poder judicial, organizado jerárquicamente hasta la Corte Suprema, gozaba de la misma supremacía e independencia que los otros poderes. Los jueces, por tanto, eran perpetuos y sujetos a responsabilidad para evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder y los abusos en que podrían incurrir en su actuación. (p. 141)

El artículo 124 señala que «No habrá más que tres instancias en los juicios, limitándose la tercera a los casos que designe la ley». En ese sentido, se reconoce expresamente la pluralidad de instancias, pero, esta vez, a diferencia de las constituciones pasadas, hace una distinción especial respecto de los alcances de la Corte Suprema. Mientras que las constituciones anteriormente señaladas consignan a la Suprema Corte como última instancia revisora, sobreentendiéndose de todas las causas criminales, en esta oportunidad se indica expresamente que esta solo tendrá conocimiento de los casos que la ley señala. Así pues, se gesta el sentido de excepcionalidad en cuanto al acceso a la Corte Suprema.

De otro lado, e importante a tomar en cuenta, es el artículo 123, que consignaba que «las causas criminales se harán por Jurados. La institución de estos se detallará por una ley. Entre tanto, los Jueces conocerán

haciendo el juzgamiento público, y motivando sus sentencias». De aquí se desprenden tres principios sumamente importantes que mantienen su vigencia y su reconocimiento. El primero corresponde al principio del juicio por jurados que, conforme lo venimos señalando, será ampliamente desarrollado en el último acápite del trabajo. El segundo hace referencia al principio de publicidad, y el tercero, al principio de la motivación de las resoluciones judiciales.

Asimismo, el artículo 127 prescribe, siguiendo el tenor de la Constitución de Cádiz y de la Constitución de 1826:

Ninguno puede ser preso sin precedente (información del hecho por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito, del juez competente, pero infraganti puede un criminal ser arrestado por cualquier persona, y conducido ante el Juez. Puede ser también arrestado sin previa información en los casos del artículo 91 (restricción 5º). La declaración del preso por ningún caso puede diferirse más de cuarenta y ocho horas.

De esta, obtenemos ciertamente el concepto actual de imputación necesaria, pero, adicionalmente, encontramos dos conceptos importantes. Primero, respecto de los casos de flagrancia delictiva, se detalla que cualquier ciudadano tiene la potestad de ejercer una detención. Esto, en los días actuales, es también posible, por lo que identificamos que esta figura corresponde al antecedente más próximo a la figura del arresto ciudadano, por el cual también se le debe poner a conocimiento del juez de turno de forma inmediata, tras la detención. Por otro lado, se fija una excepción al principio y garantía de imputación concreta, que nos remite al artículo 91, por la cual se autoriza al Poder Ejecutivo disponer la orden de arresto de determinado ciudadano siempre que la seguridad pública lo exija.

Por otro lado, el artículo 129.1 señala que queda abolido «el juramento en toda declaración y confesión de causa criminal sobre hecho propio», que corresponde a lo que ya hemos desarrollado como derecho y garantía a la no autoincriminación. Como vemos, pues, los principios introducidos por la Constitución de Cádiz de 1812 han sido replicados,

casi en su totalidad, en las constituciones republicanas como parte del programa procesal penal que reconocen.

Siguiendo a la Constitución de 1826, finalmente, esta también reconoce un catálogo de garantías personales en su artículo 149, establece de modo expreso que «la Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley y la propiedad de los ciudadanos». En palabras de Altuve-Febres (2009), «fue con esta redacción que se consolidó en el Derecho Constitucional peruano el afecto de políticos y juristas por las grandes declaraciones de principios abstractos que muchas veces no tuvieron su correlato en verdaderas instituciones arraigadas en la realidad» (p. 216).

2.3.5. La Constitución de 1834

Esta Constitución fue y sigue siendo considerada una copia de aquella de 1828. Al menos en lo que respecta a la legislación constitucional sobre el Poder Judicial, se mantuvo bastante similar a su predecesora, aunque con cierta influencia especial del presidente de la Corte Suprema de la época, Manuel Lorenzo de Vidaurre. El magistrado supremo

había enviado un proyecto de reforma en lo referente a la judicatura donde adecuaba todas las instancias al principio «el poder emana del pueblo» mientras que a título personal había escrito unas reflexiones tituladas *Artículos Constitucionales que son de adicionararse a la Carta para afianzar nuestra libertad política*. (Altuve-Febres, 2001b, p. 1)

Nuevamente el título sexto es el que reúne las normas referidas a este poder del Estado, integrado por cuatro subtítulos, igualmente distribuidos como en la Constitución anterior.

El primer elemento importante que se debe considerar, que no forma parte del programa procesal penal de esta Constitución, pero que resulta relevante señalar como marco referencial, corresponde a la intención de Vidaurre de poder acercar el sistema de justicia peruano al anglosajón. Por este motivo, «se separa claramente a los fiscales que dependerían del ejecutivo como los *Attorneys* de las instancias jurisdiccionales que dependerían de la soberanía popular» (Altuve-Febres,

2001b, p. 6). Precisamente, Villarán (1962) señalaba que «se privó al ejecutivo de toda injerencia en el nombramiento de vocales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores y de jueces de primera instancia. Solo se le concedió la facultad de nombrar fiscales» (p. 63).

Por ello, entonces, «equipararon la elección directa del pueblo con una designación indirecta a través de las cámaras» (Altuve-Febres, 2001b, p. 6), tal como señala el artículo 24 en el caso de los jueces de primera instancia, quienes serían elegidos por los diputados; el artículo 32, que señala que los vocales superiores serían electos por la cámara de senadores, y los supremos serían elegidos, de acuerdo con el artículo 51, inciso 26, tras la reunión de ambas cámaras en el Congreso. Situaciones similares se replican en la actualidad, como el pedido formulado por el vacado presidente Pedro Castillo, quien tenía como pretensión personal que la elección de los magistrados (jueces y fiscales) se sometiera al escrutinio popular, que en la descrita época ocurrió a través de la representación en el Congreso, lo cual politizó el proceso de selección. Lejana no es la realidad en la región hispana, si se considera la última reforma constitucional en México, que dispone, precisamente, la elección popular de los jueces.

Ahora bien, como ya se ha establecido, los principios históricamente reconocidos por las constituciones predecesoras se mantuvieron en esta también. Al respecto, empezando, el artículo 122 prescribía que «se establece el juicio por jurados para las causas criminales del fuero común. La ley arreglará el modo y forma de sus procedimientos y designará los lugares donde han de formarse». Se persistió en el reconocimiento de la institución de los jurados a pesar de que esta no tuvo eficacia práctica, conforme se verá más adelante.

Por otra parte, el artículo 123 disponía:

La publicidad es esencial en los juicios. Los Tribunales pueden controvertir en los negocios en secreto; pero las votaciones se hacen en lata voz y a puerta abierta; y las sentencias son motivadas expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan.

De aquí, nuevamente extraemos varios principios empezando por el de publicidad, que ha caracterizado históricamente al proceso penal peruano. Agrega que las votaciones, así como las audiencias, deberían ser efectuadas ante conocimiento general, a puertas abiertas, a diferencia de las votaciones en tiempos actuales, que son estrictamente secretas. Asimismo, se reconoce en la segunda parte del artículo al principio de motivación de las sentencias judiciales, se señala que deberán fundamentarse las razones por las que una decisión se tomó, y procurar así reducir las decisiones arbitrarias o de mero capricho.

Finalmente, el artículo 126 dispuso:

Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal bajo su juramento u otro apremio. Tampoco está obligado a darlo contra su mujer, ni esta contra su marido, ni los parientes en línea recta, ni los hermanos.

Este artículo, claramente, reconoce al derecho a la no autoincriminación; sin embargo, la particularidad de este enunciado a diferencia de las anteriores constituciones es que no solo reconoce a la declaración que pudiese efectuarse en contra de los intereses propios, sino que agrega a aquellos familiares cercanos al ciudadano que se vieran en circunstancias apremiantes y conexas a una imputación criminosa. A ellos, pues, no se les exigía una declaración que contraviniere al interés familiar.

2.3.6. La Constitución de 1839

Sobre esta Constitución, la conocida Constitución de Huancayo, resulta pertinente enunciar lo señalado por Basadre (1995), a saber:

en 1839, después de haber visto desgarrados los textos liberales y después de la espantosa pesadilla de las guerras internacionales y civiles, predominaba otro anhelo: el anhelo del orden y de paz. Parecía que lo necesario era fortalecer el Estado y que, con el Estado fortalecido vendría el progreso; todo lo demás llegaría por añadidura. Por eso, la comisión que en el congreso de Huancayo preparó el texto de la nueva Constitución alegó, al presentar su

proyecto, «los horrores de la anarquía y de la revolución» como premisa para la «urgente necesidad que en su consecuencia tiene el Perú de una ley fundamental que lo preserve en lo sucesivo de iguales desastres».

Es así como la Carta de Huancayo presenta una novedad en nuestra historia Constitucional; es la primera Carta elaborada en el país de contenido autoritario, mejor dicho, es el primer exponente constitucional de un autoritarismo nacionalista. (p. 12)

La legislación constitucional respecto al Poder Judicial siguió el mismo enfoque que las constituciones anteriores al preservar los principios del programa procesal penal previamente reconocidos. En esta ocasión, dichos principios se encuentran en el título XIV, que incluye cuatro subtítulos, cada uno dedicado a las instancias judiciales establecidas. Esto refleja, claramente, la continuidad del sistema judicial basado en la pluralidad de instancias.

En el subtítulo que aborda las reglas sobre la administración de justicia, identificamos al artículo 125, que prescribe:

La publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto los negocios, pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta y las sentencias deben ser motivadas, expresando la ley, y en su defecto los fundamentos en que se apoyan.

Fácilmente se identifica que este mismo artículo viene siendo replicado a través de las constituciones precedentes, pues en este se condensan el principio de publicidad de los juicios y los votos y el principio y derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Por otro lado, el artículo 128 enuncia otro de los preceptos ampliamente reconocidos en el constitucionalismo peruano del siglo XIX:

Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal, bajo de juramento y otro apremio. Tampoco debe admitirse el del marido contra su mujer, ni el de esta contra su marido, ni el de los parientes en línea recta, ni el de los hermanos ni cuñados.

En ese sentido, el artículo 126 de la Constitución de 1834 mantiene su vigencia reconociendo al derecho a la no autoincriminación bajo sus mismos supuestos.

Finalmente, el artículo 132 persiste en lo siguiente: «Se establece el juicio por jurados para las causas criminales de fuero común. La ley arreglará sus procedimientos, y designará los lugares donde han de formarse». Dicha reiteración hace que el juicio criminal por jurados no deba ser considerado como una institución menor en el desarrollo histórico constitucional del programa procesal penal.

2.3.7. La Constitución de 1856

La carta de 1856 marca un hito en la historia del constitucionalismo peruano porque pretendía marcar una ruptura con la tradición que venía acuñada desde la Constitución de 1826 hasta la de 1839, motivo por el cual la denominaron la Constitución *demoledora*. Ello ocurriría porque «la nueva constitución era en gran parte una evocación de la fracasada experiencia de 1823 y por esto no debe resultar extraño que su diseño se centrase predominantemente en el Poder Legislativo» (Altuve-Febres, 1999, p. 346). Por ello es que del promedio de veinte artículos dedicados a la organización del Poder Judicial a lo largo de las constituciones precedentes, en esta ocasión se redujo estrictamente a diez.

El aspecto más característico que la distingue del resto de cartas políticas es la abolición de los supuestos juicios criminales por jurados. Por otro lado, el artículo 128 reconoce que «la publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y a puerta abierta. Las sentencias serán motivadas, expresándose la ley o fundamentos en que se apoyan». Los principios de publicidad y de motivación de las resoluciones persistían en el sistema constitucional penal.

Otro de los elementos destacados corresponde a lo expresado por el artículo 132: «Para vigilar sobre el cumplimiento de las leyes, habrá un Fiscal de la Nación en la capital de la República, Fiscales y Agentes Fiscales en los lugares y con las atribuciones que la ley designe». Precisamente, «una novedad interesante fue la institución del Fiscal de la Nación cuya función principal era *vigilar sobre el cumplimiento de*

las leyes (Art. 132) en la idea de crear una magistratura independiente parecida al General Attorney norteamericano» (Altuve-Febres, 1999, p. 347).

2.3.8. La Constitución de 1860

Esta Constitución nace a partir de la insatisfacción ciudadana con la carta de 1856, por lo que se instauró una de tipo moderado. A diferencia de la anterior, la sección dedicada al Poder Judicial redujo sus artículos a solamente seis, de los cuales se extraen puntualmente tres principios.

Primero, el artículo 125 señala:

Habrá en la capital de la República una Corte Suprema de Justicia; en las de Departamento, a juicio del Congreso, Cortes Superiores; en las de Provincia, Juzgado de Primera Instancia; y en todas las poblaciones Juzgados de Paz.

El número de Juzgados de Primera Instancia en las provincias, y el de Juzgados de Paz en las poblaciones se designará por una ley.

La pluralidad de instancia se mantuvo en esta carta política, sin hacer distinción alguna entre las causas que serían de conocimiento de la Corte Suprema, pero que serían definidas por las leyes especiales.

En segundo y en tercer lugar, el artículo 127 reconoce los dos últimos principios, señala que «La publicidad es esencial en los juicios, los Tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente. Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyen», enunciado normativo que se hereda desde el inicio de la historia constitucional peruana y que reconoce los principios de publicidad y motivación de las sentencias judiciales.

2.3.9. La Constitución de 1867

La Constitución de 1867 «es probablemente [la] que con mayor claridad evidencia su carácter ideológico, además de apreciarse que tuvo un mejor diseño jurídico que su predecesora radical de 1856» (Altuve-Febres, 2001a, p. 105). En cuanto al Poder Judicial, la sección que la aborda

consignó nueve artículos, ya hacia el mismo tenor que las anteriores. El artículo 122 de la Constitución reconoce el principio de pluralidad de instancias, el 125 el principio de publicidad en los juicios, sin distinguirlos entre civiles y criminales, así como el principio de motivación de las resoluciones judiciales.

2.4. Breve aproximación al juicio por jurados en el Perú del siglo XIX

El sistema del juicio por jurados nace históricamente a partir de los defectos y la desconfianza en los tribunales compuesto por jueces profesionales en Occidente. A pesar de no existir una fecha exacta de su génesis, se tiene que su aplicación primigenia se dio en la Francia del siglo IX:

cuando Luis el Piadoso, cansado de la ineficiencia del procedimiento de la época para proteger los derechos de la realeza, decidió que todos los conflictos que involucrasen derechos de esta realeza se decidirían sobre la base de una investigación conducida por oficiales que actuarían en su nombre. (Arrieta, 2017, p. 132)

Dichos oficiales serían los encargados de recopilar la información necesaria y quienes juzgarían en el caso particular según la costumbre del pueblo en aquella época.

Martos señala que el jurado sirve para dar realidad a la soberanía. Tocqueville, por su parte, que sirve para que el pueblo reine; Carrara lo concebía como un complemento indispensable para el ejercicio de la libertad; Ruiz Vallarino lo definía como expresión de la soberanía popular dentro de un régimen liberal; y Sánchez Román señala que esta institución representaba la participación popular del ciudadano en el ejercicio de la potestad jurisdiccional propia de este poder del Estado (Dunbar, 2019, p. 51). Sin embargo, todos estos tratadistas coinciden al considerar al jurado como un instrumento político más que uno procesal o judicial. En ese sentido, tenemos que los jurados se gestaron y han sido adoptados en las legislaciones del mundo como una institución de carácter político, establecida por las monarquías europeas para cumplir fines

específicos y bajo reglas específicas, pero que terminaría repercutiendo indefectiblemente en el sistema judicial de Occidente, en especial, en las causas criminales.

Por otro lado, se señala que esta institución nace procesalmente cuando se genera la distinción entre los jueces de hecho y los de derecho. Al respecto, Dunbar (2019) señala lo siguiente:

Es evidente que en toda resolución judicial existen siempre dos términos distintos: el hecho justiciable y el derecho aplicable al mismo, que constituyen las bases precisas en que ha de fundarse dicha resolución. Se sostiene como fundamento del jurado que para la apreciación y debida aplicación del derecho, se requiere por parte del juzgado conocimientos jurídicos precisos, siendo indispensable la concurrencia de un juez profesional o perito, pero que para discernir acerca del hecho u hechos —objeto de contienda judicial— no son necesarios los conocimientos jurídicos o técnicos, bastando la razón natural y el buen sentido propios de la inteligencia humana, a pesar de la limitación de la misma. (p. 52)

En ese orden, los jurados serán considerados como aquellos jueces de hecho cuyo razonamiento no deberá estar basado en ningún precepto revestido de legalidad, sino sola y estrictamente en la razón y la buena fe humana, se convertirán en un tribunal *sui generis* que se encargará de efectuar un ejercicio cognitivo sobre el hecho que conoce para emitir un fallo, esperando ser justo, conforme a la finalidad del derecho.

De acuerdo con ello, esta institución jurídico procesal, especialmente en el ámbito criminal, ha estado presente desde los inicios de nuestra vida como república. Nuestras primeras cartas políticas instauradas durante el siglo XIX la integraron como parte de los principios del programa procesal penal de la época, pero como una simple declaración teórica, esto es, sin ninguna aplicación práctica durante todos esos años. Su reconocimiento parte con la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo 301 disponía expresamente que «la institución de jurado se implantaría en lo sucesivo, cuando las circunstancias lo permitieran», desde ese momento quedó como una mera «aspiración democrática» (Dunbar, 2019, p. 339).

Esta tradición política y procesal se replicó hacia el inicio de nuestra vida republicana en las constituciones de 1823 hasta la de 1839, según lo hemos establecido en los acápite precedentes. La institución del jurado aparece en nuestro medio, en palabras de Dunbar (2019), de la siguiente manera:

Como un principio de la naciente democracia, como una idea fuerza. Tuvimos jurado desde esas primeras bases legislativas, pero jamás se ensayó en la práctica. Se le tomó como saludable enseña democrática, muy propia de un país que acababa de independizarse y que hacía su acopio de leyes e instituciones en todas las legislaciones de las grandes naciones europeas, sin preocuparse de la realidad, sujeto de experimentación. (p. 340)

La aplicación de la figura de los jurados o jueces de hecho nunca se concretó. No hubo intención alguna por parte de los legisladores de reglamentar esta institución. Las constituciones de la época la enunciaban en sus textos y establecían una posterior legislatura que nunca se materializó. Tal disposición puramente enunciativa resulta inexplicable para los historiadores, más aún ya que esta «no reclamaba ninguna tradición histórica, y la realidad jurídica se pasaba muy bien sin esa institución exótica» (Dunbar, 2019, p. 341) para nuestro entorno. Continuando con su comentario, Dunbar (2019) señala:

Las posteriores constituciones —hasta la del 56— resultado todas de movimientos revolucionarios, tenían que respetar ese principio, que se presumía eminentemente democrático; así, por obra de las ideas políticas, nuestras primeras Cartas Políticas consideraron la institución del jurado entre sus principios constitucionales. Es también evidente que nuestros legisladores republicanos no creyeron nunca sinceramente en esa institución. Siguieron la corriente establecida por las primeras bases constitucionales, y repitieron con ligeras variantes el artículo constitucional que declaraba la institución. (p. 341)

Manuel Lorenzo Vidaurre, quien fue uno de los principales propulsores y defensores de esta figura, evidencia en su proyecto de Constitución en 1833 una «sorprendente fidelidad del sistema inglés —poco del francés— sin el menor asomo de observación realista del medio al cual iba a aplicarse la nueva institución» (Dunbar, 2019, p. 345).

En ese proyecto se establece que el juez de paz, elegido anualmente, debía encargarse de la formación de las listas de los jurados. Los jurados debían ser de acusación —jurados mayores— y de calificación —jurados menores—. Se consignaban los requisitos para ser jurado mayor o menor, las excepciones y las incompatibilidades, el modo de formación de las listas, etc. El proyecto Vidaurre ha sido pues el primer ensayo de organización de la institución del jurado, porque —como hemos visto— las Constituciones se limitaban a la declaración de la institución. (Dunbar, 2019, p. 345)

La Constitución de 1856, tras su encuentro con la realidad, destierra la institución del juicio por jurados. Omitió tales declaraciones, que los historiadores denominan como inútiles, y rompió «la tradición que, desde 1822, consagraba teóricamente al jurado en principios legislativos uniformes y sin trascendencia» (Dunbar, 2019, p. 343). Ya hacia la promulgación del primer Código de Enjuiciamientos en materia criminal de la república en 1863, se ignoró el sistema de jurados, conforme a la Constitución de 1860, que siguió con lo dispuesto por la de 1856.

Sin embargo, el único caso en el que se aplicó de forma efectiva, aunque sin mayor relevancia, correspondió al juicio por jurados en materia de imprenta. Para tales efectos, es menester referirnos a la ley española de imprenta de 1823, en la que

se legislaba sobre la extensión de la libertad de imprenta, sobre los abusos de esa libertad, sobre la calificación de los delitos abusivos de la libertad de imprenta, sobre las penas correspondientes a esos delitos, sobre las personas responsables y sobre las que no podían denunciar los impresos. (Dunbar, 2019, p. 347)

El difunto profesor Ramos Núñez describía la situación y el procedimiento de la siguiente manera:

El hecho que las publicaciones subversivas, sediciosas, obscenas o contrarias a las buenas costumbres produzcan acción popular traducida en la prerrogativa de cualquier ciudadano y de los fiscales con capacidad y habilidad para denunciar todo abuso de la libertad de imprenta, salvo el de las injurias; legitima la institución del jurado. Los concejos municipales, en los lugares donde haya imprenta, nombran dentro de los primeros quince días de su instalación, treinta y dos personas, que deben tener las condiciones que la Constitución exige para los diputados.

Están impedidos para el cargo de jueces de hecho quienes ejerzan jurisdicción, las autoridades políticas, los secretarios y empleados en sus secretarías y los comandantes de fuerzas. La denuncia se hace ante el alcalde. En cada juicio funcionan dos jurados, cada uno de siete miembros designados por la suerte. El primero declara si hay o no lugar a formación de causa, y el segundo absuelve o condena usando de la nota de calificación respectiva, después de las diligencias que practica el juez de 1^a instancia, para recoger los impresos y para la averiguación del responsable. (p. 22)

Este sistema duró muy poco, pero sirvió para que nuestro país advirtiera las graves dificultades que la aplicación de este mecanismo generaría.

3. CONCLUSIONES

Nuestro país vive, desde hace ya algunos años, la transición de pensamiento entre el Estado de legalidad al Estado constitucional, e incluso convencional, de derecho. Y cuando me refiero a pensamiento, hablo estrictamente del fuero interno de los operadores de justicia que aún no conciben el cambio que, al menos en teoría, ya ha tomado posición. En ese sentido, debe entenderse que toda rama del derecho se encuentra revestida, impregnada y supeditada, en primer orden, a lo dispuesto por

la Constitución Política del Estado y a los tratados internacionales en los que el Perú es Estado parte. Así, debe ponerse especial énfasis en este anotado suceso dentro del siempre cuestionado proceso penal peruano.

Preocupantemente, muchos de los jueces en el Perú aún no toman conciencia de esta situación, por lo que asumen que el programa penal peruano se construye estrictamente sobre la base de la ley, cuando su pilar fundamental es la Constitución. Si no se toman en cuenta sus principios fundantes, no será posible ejecutar un proceso penal eficaz y, sobre todo, justo para las personas. En ese sentido, es menester identificar, siquiera antes de revisar la legislación especial en materia penal y procesal penal, el núcleo duro que la Constitución contiene sobre dicho proceso, principios a partir de los cuales deberá iniciarse el proceso de juzgamiento de forma legítima.

Así pues, si bien el concepto de programa procesal penal de la Constitución es uno de corta data, cuya génesis se encuentra hacia los años ochenta en la doctrina española, es posible identificarlo también en las cartas políticas contenidas en la historia constitucional peruana. Mientras que en la actualidad el sostén del proceso penal se encuentra en el respeto por los derechos fundamentales, en el pasado los principios eran algo más reducidos, por el propio desarrollo del constitucionalismo de la época. A pesar de ello, resulta importante estudiar la Constitución procesal penal histórica, especialmente del siglo XIX, ya que es este el siglo que alberga nuestros primeros años como república, y en donde podremos encontrar los antecedentes más próximos de muchos de los principios que, incluso, son reconocidos hasta la actualidad.

El siglo XIX vio nacer al Perú como República. La inexperiencia propia de una nueva república se vio reflejada en su legislación constitucional, y más aún haciendo especial énfasis en el proceso penal peruano de la época. Ya desde la Constitución de Cádiz de 1812 se gestaron los principios básicos que nos acompañarían hasta el día de hoy: el principio de pluralidad de instancias, el principio de publicidad, el derecho a la no autoincriminación, el principio de motivación de las resoluciones judiciales y la aplicación del juicio por jurados en materia criminal, que resultó quedando en una simple declaración teórica y democrática,

sin ningún valor práctico, salvo en el único y breve caso del juicio por jurados en materia de imprenta.

Todos estos principios se vieron reflejados en la legislación procesal penal de la época, y se tuvo como primer Código republicano al de Enjuiciamiento en Materia Criminal hacia el año 1863, siguiendo la línea de la Constitución de 1860, que, aunque de corte principalmente inquisitivo, mantenía características propias del proceso acusatorio.

En suma, considerando que el programa procesal penal de las constituciones del siglo XIX no tuvo mayores cambios y, más bien, mantuvo una línea bastante homogénea durante la época, es importante entender este concepto desde el punto de vista histórico para conocer la evolución de cada uno de estos principios, saber su génesis y cómo todos estos fueron aplicados en distintas épocas, bajo distintos contextos culturales, sociales y tecnológicos. Es importante tener conocimiento de cómo el proceso penal ha cambiado a través del tiempo para asumir una posición crítica del proceso penal en la actualidad, así como del proceso de constitucionalización de este. El proceso penal debe siempre entenderse desde su génesis en la Constitución, y esta siempre deberá contar con herramientas que respondan a su realidad y no a un mero cántico teórico, que se jacte de democracia, como se pretendió hacer con el juicio por jurados.

REFERENCIAS

- Altuve-Febres, F. (1999). La Ley Constitucional de 1856. En *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán* (t. I, pp. 343-362). Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Altuve-Febres, F. (2001a). La Constitución de 1867. *Revista Abogados*, (6), 104-110.
- Altuve-Febres, F. (2001b). *La Constitución de 1834*. <https://altuve.pe/files/La-Constituci%C3%B3n-de-1834.pdf>
- Altuve-Febres, F. (2009). La Constitución de 1828. En J. Avendaño, C. A. Soto, A. Bullard, R. Ortiz, C. Ramos, M. Rubio y L. Zolezzi (eds.), *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda* (t. I, pp. 207-222). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Arrieta, J. (2017). Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos. *Derecho PUCP*, (78), 129-169. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.006>
- Barreiros, J. A. (1988). La nueva constitución procesal penal. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (60-61), 719-738.
- Basadre, J. (1995). El Perú de 1839 y la Constitución de Huancayo. *Ius et Veritas*, 6(11), 9-14. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15504>
- Baumann, J. (1986). *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales: introducción sobre la base de casos*. Ediciones Depalma.
- Dunbar, E. (2019). *La institución del jurado*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Espinosa, C. (2010). *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Tribunal Contencioso Electoral.
- Lasalle, F. (2005). *¿Qué es una Constitución?* Ariel Derecho.
- Lorca, A. (2017). La constitucionalización del proceso. *Vox Iuris*, 34(2), 125-132.
- Maier, J. (2017). *Derecho procesal penal* (t. I). Editores del Puerto.
- Manzanares, J. L. (1976). La caución penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 29(2), 262-292.
- Martínez, F. (2011). Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial. *Anuario de Historia de Derecho Español*, (81), 377-408.
- Maurach, R. (1948). *Tratado de derecho penal*. Editorial A. T.
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>
- Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. BdeF.

- Morón, J. C. (2000). Bolívar y su propuesta constitucional de 1826. *Derecho PUCP*, (53), 173-243. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.005>
- Paniagua, V. (2003). La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano. *Historia Constitucional*, (4), 103-150.
- Pareja, J. (1943). La Constitución de 1823. *Revista de la Universidad Católica*, (1), 15-29. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/53457>
- Pareja, J. (1981). *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos, C. (2017). El jurado de imprenta y dos casos en Arequipa. *Iuris Omnes. Revista de la Corte de Justicia Superior de Arequipa*, 19(2), 13-36.
- Rodríguez, M. P. (2006). La constitucionalización del proceso penal: principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP). *Foro Jurídico*, (06), 73-94. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/foro_juridico/article/view/18431
- Sota, A. (2013). Programa Penal de la Constitución Política de 1993 y el derecho penal constitucional peruano. *Derecho y Cambio Social*, 10(31), 1-20.
- Villarán, M. (1962). *La Constitución peruana comentada*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.
- Zagrebelsky, G., Marcenò, V. y Pallante, F. (2020). *Manual de derecho constitucional*. Zela Editores.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Expedientes n.^{os} 52-2003/56-2003/57-2003 (2004). Corte Suprema de Justicia de El Salvador (1 de abril de 2004).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

La contribución del autor en el artículo es completa.

Agradecimientos

A mis compañeros de la maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2021-2022) y a la cátedra de Historia del Derecho Constitucional Peruano del Dr. Raúl Chanamé Orbe, en donde se produjo este trabajo.

Biografía del autor

Diego Alonso Noronha Val es abogado por la Universidad de Lima. Con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, estudiante de la maestría en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires y egresado de la maestría en Gestión Pública del programa de EUCIM y la Universidad de San Martín de Porres. Es asistente de juez superior en la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, así como autor de artículos científicos.

Correspondencia

diego.noronha@unmsm.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 411-430

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i22.783

La abstención de la víctima-familia para rendir testimonio en el juicio

The refusal of the victim's family to testify in the trial

Abstenção da família da vítima de testemunhar no julgamento

JOHN FRANCK HUERTA MOLINA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: johnfranckhuertamolina@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3062-0046>

RESUMEN

La importancia de la declaración de la víctima en el proceso penal peruano tiene tal envergadura que ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia del Perú. El Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116 instituyó que la declaración de la víctima debe pasar por un filtro —indicadores de veracidad— para ser considerada una prueba válida de cargo y suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado. Se tiene que el Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CJ-116 reitera que en la declaración de la víctima en los delitos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar se deben aplicar los indicadores de veracidad, ello luego ha sido legalizado en el Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP, de fecha 27 de julio de 2016. Por otro lado, el derecho de abstención del testigo familiar del acusado es un precepto legal y tiene raíces constitucionales; sin embargo, en muchos casos ese familiar

llamado a juicio oral para testificar se trata de la propia víctima. Entonces, cabe preguntarse si es admisible que dicho testigo-víctima se abstenga de declarar. La temática abordada contiene una impresión de problemática procesal penal, empero, existe un trasfondo más delicado, esto es, la finalidad del derecho procesal penal. Las reflexiones que se edificaron fueron a partir de un pragmatismo judicial que pretende viabilizar la búsqueda de la verdad y, por ende, el acercamiento de la justicia.

Palabras clave: abstención; víctima; testimonio; juzgamiento; acusado.

Términos de indización: procedimiento legal; familia; aplicación de la ley (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The importance of the victim's testimony in the Peruvian criminal process is so significant that it has been addressed by the Supreme Court of Justice of Peru. Plenary Agreement No. 2-2005/CJ-116 established that the victim's testimony must pass through a filter—truthfulness indicators—to be considered valid evidence capable of undermining the presumption of innocence of the defendant. Plenary Agreement No. 5-2016/CJ-116 reiterates that in cases of violence against women and family members, the truthfulness indicators must be applied to the victim's testimony. This has subsequently been legalized in the Regulations of Law No. 30364, Law to Prevent, Punish, and Eradicate Violence against Women and Family Members, Supreme Decree No. 009-2016-MIMP, dated July 27, 2016. On the other hand, the right of refusal of the defendant's family witness is a legal provision with constitutional roots; however, in many cases, that family member called to testify in the oral trial is the victim themselves. Thus, it raises the question of whether it is permissible for such a witness-victim to abstain from testifying. The issues discussed contain a sense of procedural criminal problematic; however, there is a more delicate underlying issue, which is the purpose of criminal procedural law. The reflections developed were based on judicial pragmatism that aims to facilitate the pursuit of truth and, therefore, the approach to justice.

Key words: refusal; victim; testimony; trial; defendant.

Indexing terms: legal procedure; family; law enforcement (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A importância da declaração da vítima nos processos criminais peruanos é tão grande que foi objeto de uma decisão da Suprema Corte de Justiça do Peru. O Acordo Plenário nº 2-2005/CJ-116 instituiu que a declaração da vítima deve passar por um filtro - indicadores de veracidade - para ser considerada prova válida de acusação e suficiente para derrubar a presunção de inocência do acusado. O Acordo Plenário nº 5-2016/CJ-116 reitera que os indicadores de veracidade devem ser aplicados à declaração da vítima em crimes de violência contra a mulher e membros do grupo familiar, o que foi legalizado no Regulamento da Lei nº 30364, Lei para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e membros do grupo familiar, Decreto Supremo nº 009-2016-MIMP, de 27 de julho de 2016. Por outro lado, o direito de abstenção da testemunha que é parente do acusado é um preceito legal e tem raízes constitucionais; entretanto, em muitos casos, o parente chamado a julgamento no tribunal é a própria vítima. Surge então a questão de saber se é admissível que essa testemunha-vítima se abstenha de depor. O assunto deste documento contém uma impressão de problemas processuais penais, mas há um pano de fundo mais delicado, ou seja, o objetivo do direito processual penal. As reflexões construídas foram baseadas em um pragmatismo judicial que busca viabilizar a busca da verdade e, portanto, a abordagem da justiça.

Palavras-chave: abstenção; vítima; testemunho; julgar; acusado.

Termos de indexação: procedimento legal; família; aplicação da lei (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 4/6/2023

Aceptado: 24/7/2024

Revisado: 28/6/2023

Publicado en línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

En la fase de examen de testigos de la actuación probatoria, el juez por precepto legal tiene la obligación de instruir a todo testigo sobre sus derechos y sus deberes; en esa parte instructiva se le pregunta al testigo su relación con el acusado, y si fuera de familiaridad hasta el cuarto grado de consanguinidad o segunda de afinidad, se le hace saber que le asiste el derecho a abstenerse de declarar, conforme lo reza el numeral 1 del artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal.

Sin embargo, ¿qué ocurre si el testigo es un agraviado y tiene familiaridad con el acusado? ¿Se puede abstener a pesar de que en muchos casos fue la persona quien denunció el hecho criminal? ¿Corresponde su abstención pese a que la declaración de la víctima es una prueba relevante para la dilucidación del proceso penal? ¿Cabe la introducción de su declaración documental y su oralización en juicio oral no obstante su abstención? Considero que existen dos decisiones y que en efecto tendrá consecuencias en el resultado del caso.

La primera es aceptar la abstención del testigo víctima familiar y, en consecuencia, prescindir de su versión. La segunda es obviar la pregunta acerca de la familiaridad con el acusado y, en consecuencia, proseguir con el interrogatorio. El primer supuesto producirá indefectiblemente una debilidad probatoria en la acusación fiscal (aunque el órgano de prueba fue debidamente admitido en el auto de enjuiciamiento), máxime si se trata de la declaración de la víctima, sobre la cual en los delitos de violencia contra la mujer suele ser el único testigo y, por ende, se convierte en un medio de prueba relevante, pues los demás medios probatorios buscan corroborar su versión. Es relevante también porque ese relato fáctico de la parte agraviada es plasmado secuencialmente (precedentes, concomitantes y posteriores) en los hechos materia de imputación y, por tanto, es objeto de prueba del proceso penal.

El segundo supuesto es no preguntar a la víctima respecto al grado de familiaridad con el acusado, esto podría entenderse como una afrenta a lo regulado en el artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal y por ende la ilegalidad del interrogatorio, lo que supondría su no valoración para la emisión de la sentencia. Empero, esta opción tiene un fundamento

legal, el artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal exige que la parte agraviada declare. En ese contexto, cabe desarrollar cada postura y decantarse por una que tenga una solución de fondo y no sustentada en juegos de palabras y formalismos.

2. EL DERECHO DE ABSTENCIÓN A DECLARAR

El derecho de abstención a declarar es el que faculta a toda persona, por sus condiciones y relaciones especiales con el imputado, a no declarar respecto a lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba.

Este derecho de abstención ha sido facultado a las personas que guardan un vínculo de familiaridad con el imputado, lo cual tiene un fundamento legal en el artículo 165.1 del Nuevo Código Procesal Penal, que establece:

Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte.

También tiene sustento constitucional, pues el artículo 4 de la Constitución Política del Perú señala:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la familia** [énfasis añadido] y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Incluso cuenta con el sustento convencional que el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos instituye:

«Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, **en la de su familia** [énfasis añadido], en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

En ese contexto, el derecho de abstención no es un derecho constitucional explícito; sin embargo, su interpretación debe ser amplia y, por ende, se puede afirmar que sí tiene raíces constitucionales porque el Estado busca la protección de la familia, lo que implica actos de conservación y cohesión familiar. Desde este punto de vista, el derecho procesal penal al regular el derecho de abstención sigue la finalidad de conservación y cohesión de la unidad familiar.

Sin perjuicio de lo señalado, debe advertirse que en ciertas ocasiones en el proceso penal se encuentra una tensión entre dos polos opuestos, por así decirlo:

Por un lado, se encuentra el Estado de Derecho que debe garantizarle al ciudadano el descubrimiento de la «verdad de lo acontecido en los hechos» y, por el otro, el ámbito de lo privado donde el ciudadano debe vivir libre de injerencias arbitrarias para lo cual debe gozar de la garantía de resguardar y consolidar sus lazos familiares. (Conci y Salazar, 2022, p. 4)

3. LA RELEVANCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

La importancia de la declaración de la víctima en el proceso penal es notable, por su regulación legal y por los parámetros legales y jurisprudenciales para su valoración judicial.

Tenemos que la declaración del agraviado es un deber y así lo establece el artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal: «La intervención del agraviado como actor civil **no lo exime del deber** [énfasis añadido] de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral».

Los criterios para la valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal se encuentran regulados en el artículo 12 del Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP:

12.1. En la valoración de la declaración de la víctima, los operadores y operadoras de justicia, especialmente deben observar:

- a. La posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación.
- b. La importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada.

12.2. Asimismo, deben observar los criterios establecidos en los Acuerdos Plenarios aprobados por la Corte Suprema de Justicia de la República. (Decreto Supremo n.º 004-2019-MIMP)

Los criterios a los cuales hace alusión el precitado artículo se encuentran señalados en los siguientes acuerdos plenarios:

- El Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116, sobre requisitos de la sindicación de un agraviado, en el cual se señala que esta sindicación tiene la entidad para ser considerada como prueba válida de cargo y por tanto la capacidad procesal para enervar la presunción de inocencia del acusado, siempre y cuando se cumplan las garantías de certeza: (i) ausencia de incredibilidad subjetiva, (ii) persistencia en la incriminación y (iii) verosimilitud.
- El Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CJ-116, sobre delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Ámbito procesal: Ley n.º 30364. En el fundamento 15 de este acuerdo plenario se reiteran los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116, para valorar la declaración de la víctima.

- El Acuerdo Plenario n.º 1-2011, sobre apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. En este no solo se desarrollan parámetros para la valoración de la prueba en los delitos sexuales, sino también la declaración de la víctima e incluye aspectos procesales como la retractación de la víctima, que se encuentra instaurada en el fundamento 24 del acuerdo plenario. Por otro lado, en el fundamento 26, la Corte Suprema da pautas para validar la retractación de la víctima:
 - a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea —en los términos expuestos— que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado —venganza u odio— y la acción de denunciar falsamente [...], d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar.

González (2021) señala que

[la] prioridad que se reconoce a la víctima y a su declaración como fuente de prueba encuentra su razón de ser en motivos esencialmente procesales, sobre todo relacionados con el hecho incuestionable de que con frecuencia la propia víctima es, a su vez, el único testigo de los hechos. (p. 337)

En ese contexto, se puede entrever que ese desarrollo legal y jurisprudencial de la declaración de la víctima no hace más que revelar su importancia como prueba en el descubrimiento de la verdad histórica en el proceso penal, por lo que su actuación o prescindencia incidirá

indefectiblemente en la resolución del caso. Por otro lado, se entiende que las motivaciones de la parte agraviada para acudir al proceso penal son alcanzar justicia, probar su verdad y restaurar la lesión ocasionada por el delito.

4. LA ABSTENCIÓN DE LA VÍCTIMA PARA TESTIFICAR

La problemática judicial se encuadra en adoptar una posición respecto a si proteger la unidad familiar es un límite a la libertad probatoria en el proceso penal, al plantear si es que al testigo-víctima familia del imputado le asiste el derecho de abstención para testificar. De manera que se hace necesario adoptar una interpretación de la protección familiar como principio constitucional en su vertiente procesal penal respecto a la abstención del testigo víctima-familia, al darle un contenido práctico y no abstracto.

Considerando que el artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal no especifica si la abstención por vínculo de familiaridad abarca también a la víctima, dado que es genérico, debe realizarse una interpretación sistemática con el artículo 96 del mismo cuerpo normativo, que es más específico y señala que el agraviado tiene el deber de declarar.

En ese sentido, existe una disposición legal específica y taxativa para dilucidar el tema en cuestión, pero también es importante analizar si ese deber legal trastoca el derecho de abstención del testigo víctima-familia del acusado que se fundamenta en un precepto constitucional, esto es, la protección de la familia.

Al respecto, si partimos desde la premisa del artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal, que tiene su fundamento constitucional en la protección familiar, es decir, el pariente se abstiene de declarar para evitar un quebrantamiento en la unidad familiar. Empero, se debe tener en cuenta que fue el propio imputado quien con su conducta afectó dicha relación y es por ello que la víctima denunció en su debido momento, o sea, la cohesión familiar que se trata de proteger legalmente con la abstención ya se encuentra resquebrajada. Por ello es un contrasentido advertir al testigo víctima-familia del imputado que puede abstenerse de declarar, máxime si fue esta parte quien denunció el hecho, y quien

en muchos casos declaró de manera indagatoria y en otros incluso se practicó su entrevista en cámara Gesell.

En esa misma posición, San Martín (2020) señala que

la abstención no rige cuando el delito aparece ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado, o cuando el emplazado fue quien denunció el delito. (p. 789)

Lo que se desea poner en relieve es que la víctima acudió al Estado para solicitar la tutela jurisdiccional efectiva por la transgresión de sus derechos y/o intereses; y el Estado, que se encuentra obligado no solo por el principio de legalidad, sino además por sus compromisos internacionales para administrar justicia, moviliza todo el aparato estatal, que comprende a la autoridad policial, fiscal y judicial con el fin de velar por el derecho a la verdad de la víctima y así lograr una justicia restaurativa.

Por tal motivo, el hecho de que el fiscal, el juez en prueba anticipada o el juez en juicio oral, no realice la pregunta de abstención del testigo víctima-familia en una declaración documental no implica que se comete una ilegalidad y en consecuencia se genere una prueba ilícita. Ello en tanto existe un fundamento legal para no hacerlo y también una explicación constitucional, es decir, que ya no hay cohesión familiar que deba protegerse, pues esta ya fue resquebrajada.

En consecuencia, la solución práctica es que el juez no pregunte al testigo víctima-familia si se va a abstener de declarar, pues es un deber específico que se le ha impuesto al agraviado, y si alguna parte procesal objeta dicha omisión, el juez podrá sustentar su decisión con base en los fundamentos ya expuestos. Asimismo, el juez podrá conminar al testigo víctima-familia del imputado para que declare en juicio oral conforme a su deber establecido en el artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal y podrá señalarle que será pasible de ser denunciado por el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, tipificado en el artículo 371 del Código Penal.

Por otro lado, si el juez decidió (equivocadamente) realizar la pregunta de abstención, la experiencia judicial deja entrever que la

víctima por diversos motivos opta por abstenerse de testificar. Esta decisión de la víctima nos lleva a analizar otra problemática: si el testigo víctima manifiesta su voluntad de no declarar, ¿devienen en inutilizables sus declaraciones previas? Esto acarrea argumentaciones contrapuestas.

La primera es aceptar que la voluntad del testigo es no dar una versión incriminatoria contra el acusado y, por consiguiente, se debe respetar su derecho de abstención de manera absoluta, por lo que no cabría incluso la lectura de la declaración previa en juicio oral. Además, la lectura de la declaración previa también supondría que se trata de una irregularidad procesal que contraviene el derecho de defensa del acusado, ya que se está ante una prueba contraria a sus intereses y que no podrá ejercer su derecho de interrogar, desacreditar y confrontar al testigo en el juicio oral y contradictorio.

Gudín (2009) denunció que el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Supremo propiciaban

el exacerbado valor de la dispensa al reconocerle efectos también en el caso de su ejercicio en el juicio oral e impedían la posibilidad de incorporar a través de otras vías procesales las declaraciones que prestó el pariente-víctima en la fase preparatoria o de instrucción cuando no hizo uso de su facultad de dispensa. (p. 8)

La segunda es tratar de subsanar el error e introducir su declaración previa ante el fiscal (con el debido emplazamiento al abogado defensor), dicha oralización deberá ser justificada e incluso podría sustentarse realizando un test de proporcionalidad entre el derecho a probar y el derecho a la abstención. Esto debido a que no existe obstáculo en dar lectura a una declaración previa que se ha realizado con todas las garantías materiales y procesales, sobre todo si en dicha declaración documental se emplazó y/o participó la defensa técnica del acusado, en razón de que el derecho de defensa es fundamental. Más aún, ¿cómo podría asumirse que la víctima se encuentre en la potestad de mutilar toda actuación o versión suya que fue debidamente recabada? ¿Acaso el proceso penal está a la merced del agraviado por un cambio de decisión de proseguir con su imputación? Ante ello, debe entenderse que uno de los fines del

proceso penal es la tutela de la víctima, que se alcanza con la búsqueda del derecho a la verdad y la restauración de sus derechos transgredidos a causa del delito, pero también cumple finalidades más grandes, como alcanzar justicia y paz jurídica, proteger los intereses de la sociedad, sus valores; en buena cuenta, los bienes jurídicos relevantes y necesarios para una adecuada convivencia. En esa línea de ideas, sería inadmisible conceder a la víctima la potestad de declarar ineficaz e inutilizable su declaración previa por su abstención a testificar y peor aún que ello sea avalado por el juez.

Haciendo un interludio jurídico con el tema de la verdad, Taruffo (2008) sostiene:

la verdad que puede ser alcanzada dentro de este contexto se define como formal o convencional y se concibe, por varias razones, como una verdad bastante diferente de la no judicial o extrajudicial: porque los procesos judiciales constituyen un contexto muy especial; porque las partes y el juez no pueden valerse de cualquier medio posible para buscar la verdad (ya que este ámbito está regido por muchas reglas acerca de la admisibilidad y la pretensión de la prueba). (p. 24)

Con cierta razón Ferrajoli (2000) señala que no se puede hablar de una verdad en el proceso o verdad procesal, ni siquiera en un sentido aproximado ante la falta de garantías penales y procesales. En efecto, el juez que admite la abstención de la testimonial de la víctima, por desidia, por tener una concepción legalista o por ser un garantista extremista en favor del acusado, deja entrever su falta de compromiso y ejecución de las garantías procesales que le exige un Estado constitucional de derecho, así como su falta de capacidad de visión en las consecuencias procesales que acarrea esa decisión y que obviamente decaerá en una «sentencia injusta» que no se aproximará ni siquiera a una verdad procesal.

Lo relevante en el juzgamiento es evaluar todo el caudal probatorio y ser exhaustivo, ello dará como resultado una sentencia debidamente motivada: no pueden desdeñarse los medios probatorios con meras argumentaciones basadas en interpretaciones sesgadas de la norma para dejar

de lado la actuación de medios probatorios y, sobre todo, tan relevantes y especiales como la declaración de la víctima.

En este punto, cabe mencionar que el derecho español ha tenido una solución legislativa, el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece:

Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

- 1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.
- 2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- 3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.
- 4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
- 5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

En esa misma línea, el Tribunal Supremo Español en el fundamento 11 del Recurso n.º 2428/2018 se pronuncia respecto a la dispensa de la víctima:

Ya en la STS 449/2015, de 14 de julio, expresamos que no pueden mantenerse sucesivos estatus de la víctima a su voluntad, y si ciertamente la víctima renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al plenario como testigo/víctima, en la medida que con anterioridad había ejercido la acusación particular, ya no era obligatorio instruirla de tal derecho de no declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular. Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro estatus, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

En ese contexto, el derecho español también entra en razón legislativa y jurisprudencialmente respecto a la abstención de la víctima y se podría asimilar su posición al momento de dilucidar la problemática procesal que aún subsiste en el caso peruano.

Se debe puntualizar que este problemática no ocurriría si la fiscalía tuviera una mejor estrategia investigativa para recabar la declaración de la víctima, pues a pesar de que ya existían recomendaciones jurisprudenciales sobre la toma de declaración de la víctima cuando se trate de delitos de violencia contra la mujer, la Corte Suprema en el fundamento 38 del Acuerdo Plenario n.º 1-2011, del 6 de diciembre de 2011, ya lo señalaba, esto es, que la declaración de la víctima debería realizarse mediante prueba anticipada. Ello conforme al deber de debida diligencia en su vertiente de no revictimización. Asimismo, esta recomendación se volvió una exigencia según el artículo 242 del Código Procesal Penal, modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley n.º 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015.

Respecto a la revictimización, Subijana (2018) sostiene que ello implica someter a la víctima a una experiencia adicional de daño o

sufrimiento como resultado de su participación en la investigación policial y el proceso judicial posterior al delito inicial. En otras palabras, la víctima sufre una segunda vez debido a la forma en que se maneja su caso en la investigación y en el juicio.

El deber de diligencia respecto a la revictimización ha sido materia de convenios y de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), verbigracia, el artículo 56.1 de la Convención de Estambul señala que los Estados deben evitar los riesgos de una nueva victimización; asimismo, el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará establece la debida diligencia reforzada para evitar una situación de revictimización. Hay que recordar que la Corte IDH, en el caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua, en el fundamento 163 indicó que

si se estima que la participación de la niña, niño o adolescente es necesaria y puede contribuir con la recolección de material probatorio, deberá evitarse en todo momento la revictimización y se limitará a las diligencias y actuaciones en donde su participación se estime estrictamente necesaria y se evitará la presencia e interacción de aquellos con su agresor en las diligencias que se ordenen.

De igual forma, en el caso Rosendo Cantú y otra vs. México, en el fundamento 201 se señaló que se debe hacer lo posible por que los niños y las niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar la revictimización o un impacto traumático en ellos.

Por otro lado, se debe precisar que el artículo 19 de la Ley n.º 30364 no ofrece una solución para la toma de la declaración de la víctima, puesto que le brinda la discrecionalidad al fiscal cuando se trata de una víctima mayor de edad y la realidad es que en el gran caudal de procesos penales de delitos de violencia familiar lo común es que la agraviada sea excónyuge, cónyuge, conviviente o exconviviente, es decir, personas mayores de edad, y que en su generalidad la fiscalía sigue optando por el ofrecimiento de su declaración en el juicio oral y no mediante prueba anticipada.

Por ello considero que es inexcusable que la fiscalía aún se espere en que la víctima-familia del acusado concurra al juzgamiento y

reproduzca su imputación en los mismos términos en que denunció, pues en algunos casos ha olvidado ciertos pasajes y en otros puede cambiar a una versión absolutoria. Con ello se merma el deber de diligencia, al revictimizar a la parte agravada años después del suceso, ya que debe tenerse en consideración que, con suerte, el proceso penal llega a la etapa de juzgamiento en un tiempo aproximado de un año a más.

Finalmente, la mirada del operador de justicia para recabar la testimonial de la víctima, sobre todo en los delitos de violencia contra la mujer: (i) debe ser cautelosa, esto es, proceder bajo los parámetros que exige la ley (artículo 242 del Nuevo Código Procesal Penal), y si no fuera así, hacerla concurrir a juicio oral y tratar de obtener de manera imparcial su versión de los hechos; (ii) debe ser juiciosa para no desechar la versión de la víctima de manera ligera, como es el caso de la figura de la abstención; su testimonial debe darse así esta haya concurrido con una versión absolutoria, pues lo relevante será analizar ambas versiones (incriminadora y exculpatoria) y verificar cuál tiene más corroboración periférica; (iii) debe asumirse un enfoque de derechos humanos, puesto que al momento de resolverse alguna incidencia respecto a su testimonio, la motivación para decidir tendrá en cuenta la situación de vulnerabilidad de la víctima. En ese sentido, el operador de justicia debe entender que el cambio de versión suele ocurrir en juicio oral, ya sea por presión familiar; porque el agresor sigue sometiendo a la víctima basándose en una relación de confianza, responsabilidad o poder; bien porque la víctima normaliza las agresiones y las interioriza como algo usual; o por creencias comunes, como la falta de confianza en el sistema de justicia.

En suma, no puede admitirse la abstención de la víctima-familia del acusado en juicio oral, puesto que incide de manera cualitativa respecto al caudal probatorio que debe actuarse en el juzgamiento y, por ende, atañe a la valoración de la prueba penal. Además, puede afirmarse de manera enérgica que la víctima, con dicha decisión, y apañada por el juez, degenera el fin del proceso penal porque lo trata como un instrumento lúdico.

5. CONCLUSIONES

- El derecho de abstención del testigo familia del acusado tiene base legal y constitucional, que tanto la autoridad fiscal como la judicial deben respetar; obviar dicha advertencia para que declare convertiría su declaración en una prueba ilícita. Sin embargo, se exceptúa cuando el testigo familia también es el agraviado, ello conforme al artículo 96 del Nuevo Código Procesal Penal, que impone el deber del agraviado a testificar e incluso se le podría cominar advirtiéndosele que su conducta podría tipificarse en el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia.
- La lógica de que declare el agraviado a pesar de que con el imputado tiene una relación de familiaridad, dentro de los alcances del artículo 165 del Nuevo Código Procesal Penal, se sustenta en que ya no existe la unidad familiar, es decir, el fundamento de protección u cohesión familiar está vacío, pues fue el acusado quien con su conducta causó un resquebrajamiento en la relación familiar. Considerando esto, asumir que la víctima-familia tiene el derecho de abstención solo se basaría en un contenido abstracto mas no real.
- Si fuera el caso (lamentable) en que el juez preguntó y aceptó la abstención al testigo víctima, entonces cabe la posible solución de oralizar su declaración previa en juicio oral, realizando un test de proporcionalidad entre el derecho a probar y el derecho a la abstención. No introducir la declaración previa luego de haber desechado al órgano de prueba sería un obstáculo para llegar a la «verdad probada». No se puede aceptar la afirmación de que al haberse abstenido de declarar la víctima-familia del acusado tenga como consecuencia la ineficacia de sus declaraciones previas, ello haría concluir que el testigo decide que no se actúe la declaración previa que proporcionó a nivel preliminar con todas las garantías de ley.
- La aceptación del derecho de abstención a testificar del agraviado familia del acusado y luego la prohibición de dar lectura a la declaración previa supondría un desmedro en la actividad probatoria. La mutilación de una prueba personal tan relevante como la declaración de la víctima implicaría un debilitamiento en la acreditación de los

hechos materia de imputación; no se puede afirmar tajantemente que conllevaría a una sentencia absolutoria, puesto que cada medio probatorio actuado en juicio oral, sea pericial, testimonial o documental tiene un aporte probatorio, luego en su valoración individual y conjunta supondrá una conclusión de acuerdo con lo que haya contribuido cada prueba al proceso penal.

- Esta problemática puede ser solucionada con una actuación fiscal diligente, tomando las declaraciones a las víctimas en cámara Gesell mediante prueba anticipada (exigencia legal), lo cual llevaría a no ofertar al órgano de prueba como testimonial en juicio oral. Ello no solo importaría el aseguramiento de su versión, sino también actuaría en fiel cumplimiento de los estándares internacionales mínimos respecto del tratamiento de la víctima, es decir, su no revictimización (secundaria).

REFERENCIAS

- Conci, M. P. y Salazar L. J. (2022). Facultad de abstención a declarar en el proceso penal. Análisis del artículo 220 del Código Procesal Penal de Córdoba en relación con el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Pensamiento Penal*, (215), 1-9. <https://www.pensamientoopenal.com.ar/system/files/doctrina89918.pdf>
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (4.^a ed.). Trotta.
- González, J. J. (2021). La reforma de las agresiones sexuales. *Diario La Ley*, (9790).
- Gudín, F. (2009). El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (769), 1-8.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones* (2.^a ed.). Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales; Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Penales.

- Subijana, I. (2018). La protección de las víctimas especialmente vulnerables en los delitos sexuales. En G. Varona (coord.), *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (pp. 367-389). Thomson Reuters Aranzadi.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba* (J. Ferrer, trad.). Marcial Pons.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (30 de septiembre de 2005).

Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (6 de diciembre de 2011).

Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CIJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (12 de junio de 2017).

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (18 de julio de 1978).

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (11 de mayo de 2011).

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. *Diario Oficial El Peruano* (27 de julio de 2016).

Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP. Decreto Supremo n.º 004-2019-MIMP. *Diario Oficial El Peruano* (7 de marzo de 2019).

Ley n.º 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. *Diario Oficial El Peruano* (23 de noviembre de 2015).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Gaceta de Madrid* (17 de septiembre de 1882).

STS n.º 389/2020 (10 de julio de 2020). Rec. 2428/2018.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha participado en el desarrollo del proceso de investigación, así como en la elaboración y la redacción del artículo.

Agradecimientos

El autor agradece a los colaboradores de la *Revista Oficial del Poder Judicial* por la atención que fue prestada en forma afable y constante.

Biografía del autor

John Franck Huerta Molina es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, maestro en Derecho Penal y Procesal Penal y doctor en Derecho por la Universidad César Vallejo. Actualmente es juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Mariscal Cáceres-Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Es autor de artículos de investigación en temas de derecho penal y procesal penal.

Correspondencia

johnfranckhuertamolina@gmail.com



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 431-445

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1003

Ética profesional. Análisis desde el quehacer psicojurídico ecuatoriano

Professional ethics: An analysis from the Ecuadorian psycho-legal perspective

Ética profissional. Análise da prática psico-jurídica equatoriana

MÓNICA ALEXANDRA FRANCIS BONE

Consejo de la Judicatura
(Esmeraldas, Ecuador)

Contacto: monfranb4576@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7251-2078>

RESUMEN

En la actualidad, donde la palabra corrupción está ligada comúnmente a la falta de valores éticos y morales, así como al deseo desbordado del ser humano de tener por encima de ser, muchos abrigamos la esperanza del despertar, a la luz de la ética y la conciencia, pues sabemos que en medio de tanta violencia estructural algo no está bien en la sociedad.

En este sentido, la labor profesional del psicólogo perito no está libre de ser corruptible, mucho más cuando se desconocen los sustentos teóricos que puedan respaldar u orientar el trabajo en el ámbito forense.

Con este artículo aspiramos a generar autocrítica en el profesional psicólogo perito, de tal suerte que a la luz de los principios éticos se motive a generar un aprendizaje social significativo, a partir del descubrimiento de sus nudos críticos, con el compromiso de mejorarlos para lograr avanzar en ese aspecto y lograr intervenciones psicojurídicas que

no respondan a sesgos o prejuicios personales sino a una perspectiva más objetiva, más técnica y obviamente ética.

Palabras clave: código deontológico; ética; psicología jurídica; evaluación pericial; informe psicológico forense.

Términos de indización: deontología; ética; psicología; procedimiento legal (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

In today's world, where the word corruption is commonly associated with a lack of ethical and moral values, as well as the overwhelming human desire to have rather than to be, many of us hold on to the hope of awakening to the light of ethics and conscience, knowing that amidst so much structural violence, something is fundamentally wrong in society.

In this context, the professional work of forensic psychologists is not exempt from being corruptible, especially when theoretical foundations that could support or guide their work in the forensic field are lacking.

This article aims to encourage self-criticism among forensic psychologists so that, guided by ethical principles, they are motivated to foster meaningful social learning. This involves identifying critical challenges in their practice and committing to improving them to advance in this regard, achieving psycho-legal interventions that are not driven by personal biases or prejudices but rather by a more objective, technical, and, above all, ethical perspective.

Key words: deontological code; ethics; legal psychology; forensic evaluation; forensic psychological report.

Indexing terms: deontology; ethics; psichology; legal procedure (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Hoje, em que a palavra corrupção é comumente associada à falta de valores éticos e morais, bem como ao desejo humano desenfreado de ter acima do ser, muitos de nós esperamos um despertar à luz da ética e da

consciência, pois sabemos que, em meio a tanta violência estrutural, algo não está certo na sociedade.

Nesse sentido, o trabalho profissional do psicólogo perito não está livre de ser corrompido, especialmente quando os fundamentos teóricos que podem apoiar ou orientar o trabalho no campo forense são desconhecidos.

Com este artigo, pretendemos gerar uma autocrítica no profissional psicólogo perito, de modo que, à luz dos princípios éticos, ele seja motivado a gerar uma aprendizagem social significativa, com base na descoberta de seus nós críticos, com o compromisso de melhorá-los para progredir nesse aspecto e realizar intervenções psico-jurídicas que não respondam a vieses ou preconceitos pessoais, mas a uma perspectiva mais objetiva, mais técnica e obviamente ética.

Palavras-chave: código deontológico; ética; psicología jurídica; avaliação pericial; laudo psicológico forense.

Termos de indexação: deontología; ética; psicología; procedimento legal (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 7/6/2024

Revisado: 18/6/2024

Aceptado: 10/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

La ética es conceptualizada por Macías (2022) como «un conjunto de normas, principios y razones que un sujeto ha realizado y establecido como una línea directriz de su propia conducta» (p. 58). El mismo autor sostiene que «la palabra deontología se deriva de los dos vocablos griegos *todeon* (lo que es conveniente) y *logia* (conocimiento); que es como si dijéramos el conocimiento de lo que es justo y conveniente» (p. 62).

Nos hace entender, por esto, que lo ideal sería emplear *códigos deontológicos*, pues explica que «la deontología es una rama ética cuyo propósito es establecer los deberes y obligaciones que tienen que asumir quienes ejercen una determinada profesión» (Macías, 2022, p. 62).

Como antecedente, Francis y García (2023), a partir de un estudio cualitativo, investigación previa al diseño de un manual de procedimientos para la valoración psicológica pericial de daño psicológico en mujeres víctimas de violencia, nos señalan una problemática evidente entre los profesionales psicojurídicos ecuatorianos encuestados con dicho fin, y es que el 77.4 % de estos no cuentan con un conocimiento claro sobre códigos deontológicos, y el 64.5 % de profesionales desconocen la existencia de algún documento que los oriente como referente teórico para guiar su proceder ético, técnico y científico, ello los motiva a realizar su trabajo psicojurídico de manera improvisada.

En esta ocasión, nuestro objetivo es visibilizar la importancia de actuar con ética en conciencia, tanto en la evaluación psicológica pericial como al momento de realizar el levantamiento del informe psicológico pericial y en la sustentación de este, además de analizar el accionar ético de los profesionales inmersos en el ámbito psicojurídico ecuatoriano, desde nuestra práctica real y cotidiana, para evidenciar los desafíos y los dilemas éticos a los que nos enfrentamos.

Para una mejor comprensión, organizamos el texto en los siguientes puntos:

- a) Sobre la responsabilidad ética del psicólogo forense
- b) Aplicación de buenas prácticas deontológicas
- c) Ética en la evaluación psicológica pericial y en la elaboración del informe psicológico forense
- d) Uso de la inteligencia artificial

2. SOBRE LA RESPONSABILIDAD ÉTICA DEL PSICÓLOGO FORENSE

La primera responsabilidad ética del profesional es poder delimitar los sesgos personales del usuario al que le brinda su atención o servicio, es así que Martínez y Mondragón (2020) nos recuerdan que «uno de los problemas que se presenta con mayor frecuencia respecto a la ética en la profesión de psicología es la subjetividad del profesional desde el abordaje de lo moral, siendo esto la esencia de la ética» (p. 263).

Para Puhl *et al.* (2023), la ética está unida a la responsabilidad profesional, y en el ámbito forense nos indican que esta responsabilidad

«es la obligación que tiene el profesional de dar cuenta de su accionar y de los resultados que estos actos ocasionen pudiendo adquirir relevancia jurídica y consecuencias dañosas de la persona bajo su asistencia» (p. 55).

Estas autoras nos señalan textualmente que el profesional perito debe evitar que los pacientes evaluados sufran daños injustos, por lo que consideran que deben integrar en su ser y hacer cualidades como:

- a) Conocimiento destacado de psicología en general y particularmente de la psicología jurídica en la que el perito deberá tener acreditada formación y amplia experiencia.
- b) Absoluto respeto a los principios deontológicos y éticos de la psicología y el derecho en su aplicación y práctica pericial psicológica. (Puhl y Oteyza, 2023, p. 57)

Osorio (2024) nos habla sobre la importancia de conducirnos con ética profesional y nos recuerda lo que dicta la Declaración Universal de Principios Éticos para Psicólogos: «1. Respeto por la dignidad de las personas y de los pueblos. 2. Cuidado competente del bienestar de los otros. 3. Integridad y 4. Responsabilidades profesionales y científicas con la sociedad» (p. 84). Cuatro puntos que bien podemos resumir en uno: **trato digno y empático**. Cuando desde mi propia identidad y cultura reconozco la dignidad del ser humano que ostento puedo valorar en el otro el goce de esa misma dignidad y ponerme en sus zapatos, valorándolo en todas sus dimensiones, ya que como profesionales de la salud mental tenemos el deber de respetar e integrar contextualmente al ser humano desde una visión biopsicosociocultural y espiritual.

Por otra parte, Puhl y Oteyza (2023, pp. 60-61) nos indican que el Código de Ética de la Asociación Americana de Psicología (APA, 2002-2010) basa sus cinco principios generales: «a) beneficencia y no maleficencia, b) fidelidad y responsabilidad, c) integridad, d) justicia y e) respeto por los derechos y la dignidad de las personas» en los cuatro principios de la bioética de Beauchamp y Childress, que son:

1. Principio de autonomía o respeto a la capacidad de la persona para tomar decisiones propias y libres de coacción.

2. Principio de no maleficencia: el /la profesional debe abstenerse de realizar actos que puedan causar daño o perjuicios a aquellas personas que solicitan su intervención.
3. Principio de beneficencia u obligación de proporcionar beneficios que superen a los posibles daños generados.
4. Principio de justicia: tiene como objeto disminuir las situaciones de desigualdad, al procurar el cumplimiento del derecho de los/ las ciudadanos/as a ser tratados/as con respeto, sin atenciones diferentes ni privaciones, manteniendo el principio de no discriminación.

Aquí las autoras nos colocan la vara mucho más alta, pues nos exigen mucho más, ya que en resumen nos motivan a alejarnos de las actitudes yatrogénicas que nos sesgan desde nuestras experiencias personales y culturales, lo que en muchos casos nos vuelve intolerantes con cuestiones de género, etnia y también en situaciones políticas y de creencias religiosas.

3. APlicación de buenas prácticas deontológicas

Siguiendo el hilo conductor, Amaya y Hernández (2018) nos refieren que «la primera responsabilidad ética de todo psicólogo forense, como científico, es conocer el código deontológico por el cual se rige» (p. 117); puesto que en este se indican tanto deberes como derechos que guían el proceder profesional y también lo ponderan como una característica propia de la ciencia psicológica. Los códigos deontológicos son un aspecto fundamental de la labor forense, protegen al científico, así como al evaluado.

Por su condición humana, el psicólogo debe regirse por el derecho internacional humanitario; de ese modo no incurrirá en ningún tipo de acción inhumana y manejará mejor el saber hacer. Esto nos lleva a la formación del profesional desde la academia, como espacio donde se nutre de conocimientos y no debería estar desligado de esta formación ética. En este sentido, coincidimos con Ballesteros *et al.* (2021), quienes desde su óptica nos dicen:

se confirma la necesidad de una formación ética integral y continua, con un modelo situado que atienda a los procesos de razonamiento crítico y de toma de decisiones responsables, tanto en los programas académicos como en espacios propiciados por las entidades gremiales. Este modelo de educación implica la formación previa de los docentes en metodologías de enseñanza de la ética. (p. 14)

La realidad de muchos profesionales en Ecuador, como lo explicaron Francis y García (2023), es que «refieren desconocimiento de la existencia de un código deontológico que guíe su desempeño» (p. 50). Respuesta que corresponde al 77.4 % de los profesionales encuestados.

Aquí un nudo crítico a desentrañar, pues sin una guía de buenas prácticas como instrumento que motive al profesional a dirigirse correctamente al momento de realizar su trabajo, no se puede avanzar en coherencia con el saber hacer y el ser.

No podemos improvisar el trabajo pericial, para esto a modo de ejemplo tomaremos lo que Muñoz *et al.* (s. f.) nos ofrecen como buenas prácticas en el abordaje de la evaluación psicológica pericial de violencia de género:

- El profesional de la psicología forense, además de su formación especializada en Psicología Forense, debe contar con una formación específica en la evaluación del riesgo de violencia y en especial en VdG en la pareja.
- El profesional de la psicología forense debe conocer muy bien las limitaciones de las herramientas de evaluación del riesgo y, en el caso de utilizar una herramienta actuarial, saber interpretar correctamente las bondades métricas reportadas en los estudios de validación.
- El modelo de comunicación de resultados es fundamental. El perito requiere no solo una comprensión sofisticada de las pautas de evaluación y las propiedades métricas de los instrumentos utilizados, sino también la capacidad de explicarlo claramente al tribunal. Una variedad de sesgos cognitivos puede influir en la presentación y comprensión de las evaluaciones de riesgo en entornos forenses.

- El profesional de la psicología forense debe dejar claro que la estimación del riesgo es dinámica y que la predicción realizada sobre un caso concreto con el paso del tiempo se vuelve cada vez más inexacta.
- El profesional de la psicología forense debe ser transparente respecto al proceso de evaluación pericial seguido. En especial, consignará la valoración de cada factor de riesgo a los datos manejados para realizar dicha valoración, reflejará los criterios seguidos para conciliar la información contradictoria y señalará el alcance y limitaciones de sus consideraciones atendiendo a la cantidad y calidad de información disponible sobre el caso.
(p. 39)

Así como para el abordaje de los casos de violencia de género se establecen pautas de buenas prácticas, el profesional perito debe investigar en las otras materias, literatura psicojurídica que lo oriente a actuar con perspectiva de género, respetuoso de los derechos humanos, de niños, niñas y adolescentes, de personas en situación de movilidad humana.

4. ÉTICA EN LA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA PERICIAL Y EN LA ELABORACIÓN DEL INFORME PSICOLÓGICO FORENSE

Grondona-Opazo y Rodríguez (2020) conceptualizan a la ética como «un conjunto de valores que una sociedad define como fundamento para vivir bien» (p. 3). Explican que estos valores están articulados a ciertas normas que orientarán el comportamiento humano, lo que veremos luego expresarse en las relaciones interpersonales.

Siendo así, consideramos que la ética es parte ineludible del ser y del saber hacer del perito, en resumidas cuentas, es un termómetro que le permite al profesional medir sus propios sesgos con respecto a las realidades de sus usuarios y de esa manera autoevaluarse para mantener una actitud objetiva al momento de sostener ya sea una relación terapéutica o una relación profesional donde deba realizar una evaluación pericial. Nodal (2023) considera que un perito actúa de manera objetiva cuando emplea la perspectiva de género en sus intervenciones y expresa

que desde la perspectiva de género «se demuestra dominio metodológico y pericia científica en los procesos de investigación del delito» (p. 78).

A modo de recomendación, Hernández y Amaya (2018) nos motivan inicialmente a «mantenernos objetivos y neutrales al momento de realizar un informe forense» (p. 117), dado que este debe reflejar una postura científica y no inclinarse al deseo o interés de alguna de las partes.

Consideramos de suma importancia incorporar esta información, porque un vacío actual en el profesional psicólogo perito ecuatoriano es no contar con un código ético ni deontológico en el área psicológica forense propiamente, mucho menos con perspectiva de género o con enfoque en infancia que puede regir su accionar, a pesar de lo establecido en la normativa internacional. Sobre este aspecto, Zurita *et al.* (2021) nos aportan y explican:

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)

En este aspecto, McGuire (2004), citado por Muñoz *et al.* (s. f.), reflexiona alrededor de las controversias éticas a las que los psicólogos forenses se enfrentan cuando realizan pericias y las clasifica tomando en cuenta:

- La calidad de las investigaciones científicas en este campo, y el uso de esas investigaciones para tomar decisiones en casos individuales. [...]

- La capacidad predictiva o precisión de las evaluaciones del riesgo. [...]
- Respecto al tipo de instrumentos a utilizar. [...]
- El formato en el que se presentan los resultados de las evaluaciones del riesgo en la sala de justicia. (pp. 37-38)

Es meritorio también señalar que un profesional en el ámbito psicojurídico debe autoevaluarse constantemente y advertir esos vacíos formativos que lo motiven a buscar información con rigurosidad técnico-científica para perfeccionar su práctica, observante de no confundirse entre procedimientos ni roles, y así pueda diferenciar ser forense y ser clínico. Por ello coincidimos con Juárez y Lira (2020) cuando refieren que «en el proceso de valoración forense los profesionales deberán considerar las leyes y orientaciones deontológicas, a modo de observar con objetividad el adecuado cumplimiento de su rol» (p. 45).

5. USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Para explicar este apartado traeremos a colación lo manifestado por Porcelli (2020): «La humanidad está cursando la Cuarta Revolución Industrial y como todo cambio genera desconcierto y se elevan algunas voces apocalípticas» (p. 92). Parte de esta revolución es la diferenciación de dos tipos de inteligencia artificial, débil y fuerte:

La primera es la inteligencia artificial racional que se centra únicamente en tareas estrechas, capaz de realizar tareas inteligentes pero incapaz de pensar y sería fácil reconocer que se está hablando con una máquina. Se encarga de una tarea automáticamente, haciendo clasificaciones de acuerdo con unos parámetros predeterminados que va puliendo según la cantidad de datos disponible. Se trata de tareas rutinarias y técnicas sobre la base de los gustos del usuario, o clasificar correos electrónicos en deseados o no deseados. En cambio, la fuerte es aquella inteligencia artificial capaz de igualar o exceder la inteligencia de los humanos. Supone capacidad de abstracción, reflexión, afán creativo e improvisación. Al día de hoy es una utopía, pero si se llegase a conseguir supondría un dilema ético,

ya que si son capaces de pensar y tener sentimientos deberían tener derechos, pero aun así, no dejarían de ser máquinas. (Porcelli, 2020, p. 61)

En nuestro caso, cada vez es más frecuente el empleo de chatbots en el área de psicología clínica para ofrecer asistencia terapéutica; en la práctica forense aún es poco lo que se puede conocer sobre su empleo. Sin embargo, nos sugieren Gordon y Turnbul (2024) que «si queremos combinar la IA con nuestra investigación y práctica psicológica, estemos al tanto de las últimas pautas éticas, de mejores prácticas y avances tecnológicos» (p. 6).

Es importante lo dicho por Lacey (2008, citado por Amaya y Hernández, 2018): «[existen] dos principios importantes para la ética científica; el principio de precaución (PP) y el principio del presupuesto de la legitimidad de las innovaciones tecnocientíficas (PLT)» (p. 117).

Sobre el primer principio, Amaya y Hernández (2018) explican que este «hace énfasis en la condición autónoma, objetiva y neutral de la ciencia [...] sin olvidar que su trabajo debe estar libre de toda perspectiva religiosa, política, social y económica. Es decir, sin depender de preferencias personales (autonomía)» (p. 118).

Con relación al segundo principio, Amaya y Hernández (2018) nos enseñan sobre el impacto que puede llegar a tener nuestro trabajo con cada herramienta utilizada y nos recuerdan que «antes de aplicar una tecnología o conocimiento científico, se deben investigar los riesgos amplia y rigurosamente» (p. 118).

Sobre esto último, podemos inferir que estamos obligados a adaptarnos a las nuevas tecnologías y eso incluye empaparnos de la inteligencia artificial, sus beneficios y también sus contras, pero hablando de ética y deontología, ¿hasta dónde nos permitiríamos su uso? Gordon y Turnbul (2024) nos señalan que «como investigadores y profesionales, somos responsables de considerar cuidadosamente las implicaciones de la IA en nuestro trabajo y asegurarnos de que estas herramientas se utilicen de manera responsable y ética» (p. 6).

Dicho de otra manera, la IA (inteligencia artificial) se convierte en un dilema ético porque «tiene el potencial de personalizar terapias,

predecir patrones de comportamiento y mejorar la accesibilidad a tratamientos» (Salazar y Velastegui, 2024, p. 26), lo que en algún momento, sin observar condiciones éticas mínimas como la protección de los datos, la privacidad del usuario, el principio de confidencialidad, el sigilo profesional, puede ser contraproducente.

6. CONCLUSIONES

En primer lugar, valoramos la importancia de actuar con ética en conciencia, considerando lo citado por Francis y García (2023):

La importancia de evidenciar una actitud ética antes, durante y después de que el profesional perito realiza su intervención evita 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. (p. 51)

Esto nos hace reflexionar alrededor de la necesidad formativa del profesional perito en ética y deontología al igual que en otras materias desde la academia, si bien es cierto que esta es intrínseca al ser humano, se hace meritoria una inducción consciente, argumentada metodológicamente, orientada al servicio profesional que brindamos y fundamentada en los principios que rigen la ciencia psicológica y los derechos humanos de todas las personas.

En segundo lugar, podemos evidenciar que el desafío de los profesionales ecuatorianos es romper esa dicotomía entre el desconocimiento y la improvisación, si ya se reconoce la ausencia a nivel local, existen instrumentos internacionales como el código de ética de la American Psychological Association (APA, 2020), pues se debe asumir el compromiso científico de crear las herramientas para superar ese nudo crítico.

El profesional psicólogo perito, al autocuestionarse sobre su proceder ético, podrá descubrir dónde están sus nudos críticos, lo que motivará el compromiso personal y auténtico de mejorarlos para realizar intervenciones psicojurídicas objetivas, libres de sesgos o prejuicios personales.

Finalmente, consideramos que el empleo de la inteligencia artificial (IA) no es ni bueno ni malo, es un auxiliar metodológico que está

tomando fuerza y es importante que se considere para un análisis posterior dada la era digital en la que estamos inmersos, referida por Porcelli como «singularidad tecnológica» (p. 93).

7. SUGERENCIAS

Vemos que es imprescindible que desde la academia (universidades e institutos) se asuma la responsabilidad consciente de incluir en su pénsum académico una materia referente a la ética y deontología. Ello puede ser exigido desde la sociedad civil y también desde los cuerpos colegiados.

Para que el profesional psicojurídico realice la evaluación psicológica pericial, el levantamiento del informe psicológico pericial y la sustentación de este con calidad científica, debe aprovechar toda oportunidad de perfeccionamiento en su área, solo de esta manera tendrá la apertura mental requerida para actualizar conocimientos e ir adaptando su labor a nuevos desafíos como, por ejemplo, el uso consciente y responsable de la inteligencia artificial.

Territorialmente, los cuerpos colegiados de psicología deben fomentar, a través de mesas de trabajo, espacios de construcción de códigos deontológicos que respondan a nuestra realidad y que sirvan de eje rector de la labor en contextos psicojurídicos.

REFERENCIAS

- Amaya, S. y Hernández, S. (2018). Ética del psicólogo forense como científico. En Amaya, S., *Epistemología y psicología forense* (pp. 117-118). Manual Moderno.
- Ballesteros, B. P., Berrío-Acosta, G. M. y Sánchez-Ramírez, M. (2021). Evaluación de la formación ética en la psicología colombiana. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 39(3), 1-20. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.11401>
- Francis, M. A. y García, D. E. (2023). Valoración psicológica pericial del daño o afectación psicológica en mujeres víctimas de violencia: una caracterización de prácticas actuales en Ecuador. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 15(20), 39-68. <https://doi.org/10.35292/ropj.v15i20.769>

- Gordon, S. F. y Turnbul, B. (2024). Adopción de la inteligencia artificial en el campo de la psicología. *Psicología Iberoamericana*, 31(2), 5-7. <https://doi.org/10.48102/pi.v31i2.547>
- Grondona-Opazo, G. y Rodríguez, M. (2020). Dimensión ética y política en la psicología comunitaria: análisis de la formación académica y la praxis profesional en Ecuador. *Psykhe*, 29(1), 1-17. <https://dx.doi.org/10.7764/psykhe.29.1.1224>
- Juárez, J. R. y Lira, 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. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872020000200004&lng=es&tlang=en.
- Macías, F. (2022). Análisis de los principios éticos de los psicólogos y Código de Conducta de la APA y el Código Ético del Psicólogo de la Sociedad Mexicana de Psicología. *Psicología Sin Fronteras*, 5(9), 56-69.
- Martínez, M. del C. y Mondragón, L. (2020). Ética y bioética en psicología. En M. Bermeo e I. Pardo (eds.), *De la ética a la bioética en las ciencias de la salud* (pp. 259-276). Universidad Santiago de Cali.
- Muñoz, J. M., Nagore, A., Campo, M. del, Doménech, M. del C., Rincón, M., Savall, F., Quintero, M. y Jiménez, A. (s. f.). *Guía para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia de género en la pareja grave o letal. Guía de práctica forense*. Asociación de Psicología Forense de la Administración de Justicia.
- Nodal, V. A. (2023). Bases metodológicas para la investigación forense en casos de violencia contra las mujeres por razones de género. *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 6(19), 71-96. <https://doi.org/10.57042/rmcp.v6i19.613>
- Osorio, M. (2024). Generalidades de la psicología de la salud: un enfoque biopsicosocial. *Simbiosis, Revista de Educación y Psicología*, 4(7), 73-86. <https://doi.org/10.59993/simbiosis.v4i7.39>

- Porcelli, A. M. (2020). La inteligencia artificial y la robótica: sus dilemas sociales, éticos y jurídicos. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 6(16), 49-105. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i16.286>
- Puhl, S., Oteyza, G. y Ramírez, A. (2023). *Construyendo saberes y prácticas en psicología jurídica desde Iberoamérica*. Stella Puhl.
- Salazar, L. F. y Velastegui, D. C. (2024). Inteligencia artificial y su impacto en la psicología humana: mini revisión. *Mediciencias UTA*, 8(1), 26-34. <https://doi.org/10.31243/mdc.uta.v8i1.2306.2024>
- Zurita, D., Jiménez, F., Mendoza, I. y Vera, J. (2021). *El informe psicológico pericial en el contexto ecuatoriano*. Universidad Internacional SEK.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

La autora declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Concepción y diseño del trabajo; redacción del trabajo o su revisión crítica al contenido intelectual importante; aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

La autora considera oportuno señalar un agradecimiento a los pares ciegos por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía de la autora

Mónica Alexandra Francis Bone es psicóloga clínica graduada en la Universidad de Guayaquil, magíster en Terapia Familiar Sistémica, titulada por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Tesista del doctorado de Psicología de la Universidad Internacional Iberoamericana de México. Terapeuta femenina certificada por la Escuela de Terapia Femenina Integrativa de Colombia. 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.

Correspondencia

monfranb4576@hotmail.com

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024

ISSN: 2663-9130 (En línea)



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 449-473

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1025

Posibilidades de gestión de conflictos mediante la inteligencia artificial en los sistemas de administración de justicia latinoamericanos

Possibilities of conflict management using artificial intelligence
in Latin American justice administration systems

Possibilidades de gerenciamento de conflitos por meio de
inteligência artificial nos sistemas de administração de justiça
da América Latina

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS

Universidad Tecnológica de Bolívar

(Cartagena de Indias, Colombia)

Contacto: jperilla@utb.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-5283-7601>

RESUMEN

Los sistemas de administración de justicia latinoamericanos se enmarcan en un contexto global cambiante, caracterizado por transformaciones dinámicas desde la tecnología y con el uso de la inteligencia artificial. Y aunque el ejercicio profesional del derecho ha estado un tanto al margen de la adopción de estos avances tecnológicos, resulta relevante analizar desde los debates iusteóricos las posibilidades de implementar la inteligencia artificial para la gestión de situaciones conflictivas que exigen gestión desde la labor judicial. Así, es posible considerar que la inteligencia artificial tiene cinco niveles de complejidad, iniciando por sistemas reactivos y llegando a modelos holísticos que aún no han sido materializados. En consecuencia, en las condiciones actuales de la

tecnología, la inteligencia artificial estaría en la capacidad de conocer, gestionar y decidir casos con bajos niveles de dificultad, mientras que los casos de complejidad avanzada aún requieren de la intervención humana. En ese sentido, este artículo constituye un marco hermenéutico para entender cómo vincular la inteligencia artificial desde sus diferentes niveles en la gestión de casos con variados niveles de dificultad. Para ello se acoge un enfoque de investigación crítico, marcadamente cualitativo y fundamentado en revisión documental.

Palabras clave: inteligencia artificial; administración de justicia; gestión del conflicto; jueces; procesos judiciales.

Términos de indización: inteligencia artificial; administración de justicia; procedimiento legal; juez (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

Latin American justice administration systems operate within a changing global context characterized by dynamic technological transformations and the use of artificial intelligence. Although the legal profession has somewhat lagged in adopting these technological advancements, it is crucial to analyze, from ius-theoretical debates, the possibilities of implementing artificial intelligence in managing conflictive situations that require judicial intervention. Thus, it is possible to consider that artificial intelligence encompasses five levels of complexity, ranging from reactive systems to holistic models that have yet to be realized. Consequently, under current technological conditions, artificial intelligence could manage and resolve cases with low levels of complexity, while cases of advanced complexity still require human intervention. In this sense, this article provides a hermeneutic framework for understanding how to incorporate artificial intelligence at different levels into the management of cases with varying degrees of difficulty. To this end, it adopts a critical research approach, predominantly qualitative and grounded in documentary review.

Key words: artificial intelligence; justice administration; conflict management; judges; judicial processes.

Indexing terms: artificial intelligence; administration of justice; legal procedure; judges (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Os sistemas de administração de justiça da América Latina estão enquadrados em um contexto global em mudança, caracterizado por transformações dinâmicas da tecnologia e do uso da inteligência artificial. E, embora o exercício profissional do direito tenha ficado um pouco à margem da adoção desses avanços tecnológicos, é relevante analisar as possibilidades de implementação da inteligência artificial para a gestão de situações conflituosas que exijam o gerenciamento do trabalho judicial. Assim, é possível considerar a inteligência artificial como tendo cinco níveis de complexidade, desde sistemas reativos até modelos holísticos que ainda não se concretizaram. Consequentemente, nas condições tecnológicas atuais, a inteligência artificial seria capaz de conhecer, gerenciar e decidir casos com baixos níveis de dificuldade, enquanto os casos de complexidade avançada ainda exigem intervenção humana. Nesse sentido, este artigo constitui uma estrutura hermenêutica para entender como vincular a inteligência artificial a partir de seus diferentes níveis no gerenciamento de casos com diferentes níveis de dificuldade. Para isso, é utilizada uma abordagem de pesquisa qualitativa e crítica baseada em uma análise documental.

Palavras-chave: inteligência artificial; administração da justiça; gestão de conflitos; juízes; processos judiciais.

Termos de indexação: inteligência artificial; administração da justiça; procedimento legal; juiz (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 22/7/2024

Revisado: 21/8/2024

Aceptado: 4/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

El contexto global actual se encuentra inmerso en importantes transformaciones mediadas por las tecnologías de la información y la comunicación, algunas de las cuales tienen un alcance propio de la inteligencia artificial. Se trata de un conjunto de programaciones desde la técnica de los sistemas de información para asumir de manera automatizada diferentes tareas, algunas de las cuales pueden ser de repetición técnica y otras de generación de respuestas sustanciales (Barrientos *et al.*, 2023). El primero de los alcances de la inteligencia artificial es el que tiene mayor cantidad de desarrollos, determinados por acciones del campo técnico y que antes eran realizadas de manera exclusiva por el ser humano. Si bien hay muchos ejemplos de estas actividades técnicas, se puede hacer referencia a determinados procesos industriales, de apoyo a las actividades profesionales e, incluso, funciones que tienen interacción directa con personas que hacen solicitudes concretas específicas (Nash, 2024). Sin embargo, el segundo alcance de la inteligencia artificial, y que se refiere a la generación de respuestas según las solicitudes variables de un usuario, cuenta con menores desarrollos porque generalmente son relacionados más con actividades profesionales.

En este sentido, la inteligencia artificial muestra mucho más avance para suplir actividades técnicas que antes eran efectuadas por humanos y cuenta con incipientes debates en torno al desarrollo de funciones generativas que eran exclusivas de profesionales adscritos en la mayoría de las ocasiones a las profesiones liberales (Perilla, 2024a). Tal es el caso del ejercicio del derecho, que ha sido reconocido de manera generalizada como una profesión liberal y esto implica que prima el ejercicio intelectual sobre la mano de obra en las actividades que le son propias. Por lo mismo, la formación de abogados se ha realizado al interior de instituciones de educación superior centradas en el desarrollo de resultados de aprendizaje con altos estándares de calidad, los cuales preparan a los profesionales del derecho para asumir variadas actividades en un marco amplio de áreas del conocimiento jurídico (Perilla, 2021). No obstante, en el contexto actual se han iniciado debates en torno a si esta labor de los operadores jurídicos puede ser abordada por inteligencia

artificial generativa, que pueda ser un apoyo o, eventualmente, desplazar el rol de los abogados hasta este momento.

Sobre el particular, el contexto jurídico tanto profesional como académico ha descartado la posibilidad de que la inteligencia humana sea reemplazada por la artificial en el ejercicio del derecho. El fundamento principal de los argumentos recae en la imprecisión de los diversos problemas jurídicos que deben afrontar los profesionales del derecho, en virtud de los cuales es fundamental vincular elementos fácticos muy variables que no tienen respuestas exactas (Alarcón *et al.*, 2019). Y a este argumento se ha sumado la existencia de lagunas jurídicas, lo cual implica que hay situaciones muy particulares del derecho que no tienen respuesta concreta en normas jurídicas previamente existentes. Por lo tanto, los operadores jurídicos están llamados a consolidar interpretaciones auténticas más allá de la norma escrita y que se adscriben a ejercicios propios del constructivismo antiformalista (Rosero, 2024). No obstante, argumentos muy similares han sido planteados desde otras áreas profesionales del conocimiento y la inteligencia artificial sí ha tenido la oportunidad de asumir tareas que en apariencia eran solo humanas por su alto nivel de sofisticación.

Por tanto, el presente artículo científico acoge como pregunta de investigación la siguiente: ¿en qué medida es posible vincular la inteligencia artificial en los procesos de administración de justicia que actualmente se gestan en diferentes países en un contexto global mediado por permanentes avances en tecnologías de la información y la comunicación? Sobre el particular se formula una hipótesis según la cual la administración de justicia puede vincular de manera generalizada a la inteligencia artificial como un apoyo para la gestión de casos con bajos niveles de dificultad y de manera excepcional la inteligencia artificial generativa para solucionar situaciones complejas, para lo cual se deberá asumir un debate que trascienda la iusteoría del formalismo para adscribirse decididamente al antiformalismo. Para validar esta hipótesis se adopta un enfoque de investigación hermenéutico crítico, fundamentado en métodos de análisis cualitativo y cuya principal estrategia de recolección de información es la revisión documental de materiales bibliográficos especializados en el área que se debate.

En el marco de este diseño metodológico, y con el ánimo de responder a esta pregunta de investigación y validar la hipótesis formulada, este artículo se adscribe al siguiente objetivo general de investigación: determinar en qué medida es posible vincular la inteligencia artificial en los procesos de administración de justicia que actualmente se gestan en diferentes países en un contexto global mediado por permanentes avances en tecnologías de la información y la comunicación. Este objetivo general se alinea con la pregunta de investigación desde el convencimiento de que sí es posible vincular la inteligencia artificial al derecho, por lo cual no se pretende responder si existe esa posibilidad, sino generar lineamientos de implementación concreta. Así, se adoptan los siguientes objetivos específicos de investigación a manera de estructura argumentativa del artículo: primero, delimitar desde la pugna iusteórica entre el formalismo y el antiformalismo el tipo de situaciones jurídica-mente relevantes que está llamada a resolver la administración de justicia en el contexto global actual; y, segundo, analizar críticamente el alcance de la inteligencia artificial desde sus niveles tanto de apoyo como generativo desde la labor de la administración de justicia iusteóricamente delimitada para cada una de las situaciones que es analizada por la administración de justicia en la actualidad.

2. SITUACIONES QUE SON ANALIZADAS POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DESDE LA PUGNA IUSTEÓRICA ENTRE EL FORMALISMO Y EL ANTIFORMALISMO

Cada Estado cuenta con un ordenamiento jurídico en el cual se consolidan sistemas de administración de justicia según los intereses y las necesidades de cada contexto en particular. Así, mientras que a nivel global existen algunos sistemas de administración de justicia que ocupan un rol auxiliar dentro de la producción de normas, hay otros que en sí mismos son las máximas fuentes del derecho que son destinadas a regular las relaciones humanas (Doria, 2023). En tal sentido, la diversidad de alcances para los sistemas de administración de justicia es una realidad que representa la identidad propia de cada una de las realidades estatales de las cuales se trate. Sin embargo, y pese a esta amplia diversidad de

alcances auténticos que pueden tener los sistemas de administración de justicia, lo cierto es que, en una mayoría casi absoluta, todos los Estados cuentan con jueces llamados a dirimir controversias que se presentan entre sujetos y desde variadas ramas del derecho (Sacristán, 2029). Por lo mismo, es excepcional la inexistencia de operadores jurídicos llamados a materializar la justicia y, consecuentemente, se trata de una de las actividades más generalizadas en el contexto global actual.

En el marco de esta diversidad que caracteriza a los sistemas de administración de justicia, en el caso de Latinoamérica se ha consolidado como un proceso de trasplante de la teoría jurídica que le da un alcance ecléctico. Así, los países latinoamericanos se han establecido como sitios de recepción de teorías extranjeras, las cuales provienen usualmente de lo que se denomina como Norte Global; se hace referencia a contextos occidentales ubicados mayoritariamente en Europa y una influencia reciente proveniente de Estados Unidos (Cely, 2014). En este sentido, el Norte Global se consolida como un sitio de producción de teorías en torno al diseño sustancial y procesal de la administración de justicia, justificado en gran medida por el tiempo prolongado que han desarrollado estas actividades en comparación con Latinoamérica. Y cuando los países ubicados en el sur americano empiezan a consolidar sus propios sistemas de administración de justicia, toman como referente los avances que desde el norte se encuentran en una dinámica de trasplante teórico.

Lo relevante de este asunto es que los trasplantes teóricos en torno a la administración de justicia no son pacíficos ni tampoco lineales, en el sentido en que una teoría es formulada según condiciones extratextuales y metatextuales a las que puede evidenciar un texto en sí mismo. Por ello, cuando un sujeto del sur global lea los avances que desde el norte se han producido para la teoría jurídica, carecerá de conocimientos que aseguren una comprensión completa de las instituciones jurídicas respectivas. Por lo tanto, en el momento en que los países receptores de teorías acogen los desarrollos teóricos construidos en otros contextos, difícilmente tendrán la posibilidad de generar una reproducción exacta de la situación. Esta falta de exactitud ha sido tachada como incorrecta o anormal por parte de quienes generan la teoría original bajo el término de *misreading*, pero puede considerarse como una derivación

que puede dar lugar a una nueva teoría en sí misma (Perilla, 2024b). En consecuencia, desde el contexto latinoamericano se ha consolidado un sistema de administración de justicia con su propio enfoque teórico, inspirado en referentes extranjeros y complementado con condiciones contextuales propias.

A este respecto, y considerando los avances que en su momento tenía la teoría jurídica, los sistemas de administración de justicia latinoamericanos conjugaron en su diseño tanto a la escuela del positivismo como a la del naturalismo. Se trataba de escuelas provenientes del contexto alemán y francés, respectivamente, que al haberse formulado por separado llegan a conjugarse en una nueva teoría jurídica denominada formalismo (Bautista, 2020). Así, el formalismo es una iusteoría que considera que el derecho es un entramado de normas con aspiración de perfección, según las cuales el derecho tiene la vocación para resolver cualquier situación que se llegue a presentar en el conglomerado social. Esto es justificado en gran medida por el rol de los legisladores tradicionales en la creación de las normas jurídicas, pues se cree que tienen una legitimidad suficiente desde la soberanía popular, que lleva a que hagan las mejores leyes escritas desde aspiraciones de seguridad jurídica (Álvarez, 2023). En consecuencia, el formalismo considerará que los operadores jurídicos están llamados a realizar interpretaciones miméticas, según las cuales los métodos exegéticos, teleológicos, sistemáticos e, incluso, históricos, deben centrarse en el legislador tradicional más allá del criterio personal de quien está llamado a aplicar el derecho.

Esta iusteoría formalista fue aplicada tiempo atrás en los contextos latinoamericanos y aún está vigente en buena parte de la cultura jurídica actual, y ha llevado a que el ejercicio del derecho pretendiera analizarse desde una perspectiva científica que asegura soluciones objetivas que dejan de lado la política, la moral u otras variables reprochadas desde los sitios de producción mencionados (Vigo, 2021). Como es de esperarse, este fundamento acogido de manera generalizada en los contextos jurídicos tiene un impacto directo en los sistemas de administración de justicia y ha implicado que los jueces sean concebidos como meros repetidores miméticos de la ley; se ha estimado que la jurisprudencia es una fuente auxiliar del derecho, dado que solo le está permitido aplicar la

ley sin crear derecho (Bejarano y Jaimes-Suárez, 2021). Parecería de esta manera que los jueces pueden ser considerados como sujetos que desde actividades técnicas de aplicación de disposiciones normativas no tienen exigencias creativas para resolver casos, sino que solo deben dar sentencias según lo permite, en teoría abstracta, el marco normativo creado por el legislador tradicional.

Este enfoque formalista en el ejercicio de la administración de justicia llevó a que las situaciones de conflicto que debían ser analizadas por los jueces fuesen catalogadas como casos, es decir, situaciones relevantes para el derecho que tienen respuestas exactas (Perilla, 2023). En este sentido, la iusteoría del formalismo es coherente con la idea de que los jueces deben resolver casos fáciles (Mora, 2019; Suenaga, 2022), pues solo deben acudir a ejercicios silogísticos según los cuales se debe aplicar la ley en calidad de premisa mayor a un conjunto de sucesos en calidad de premisa menor para tener una conclusión que es materializada en una sentencia (Monroy, 2024). Y no se debe negar que el derecho sí debe gestionar ocasionalmente casos que tienen este alcance denominado como fácil, puesto que hay condiciones fácticas cuyo conflicto está claramente previsto en las normas jurídicas de rango constitucional y legal (Galbán, 2024; García, 2020). Por lo tanto, los operadores jurídicos sí pueden hacer ejercicios miméticos para que una situación que contiene una disputa pueda ser solucionada en el marco de los principios propios de la justicia.

Se evidencia de esta manera que algunas situaciones jurídicamente relevantes pueden ser solucionadas desde ejercicios silogísticos con bajo nivel de dificultad, se abre así la posibilidad para que la justicia pueda ser considerada como un asunto técnico con posibilidades de automatización. Sin embargo, es fundamental considerar que la generalidad de las situaciones que analiza el derecho no son casos de baja dificultad con respuestas derivadas de ejercicios miméticos (Botero y Guevara, 2022). Y es en este punto en el cual aparece el antiformalismo en el contexto latinoamericano, particularmente con las más recientes reformas constitucionales que se han gestado en los diferentes países, inspiradas en escuelas como el realismo, el utilitarismo y el funcionalismo. Así, la iusteoría del antiformalismo establece que el derecho no es un entramado

de normas perfecto, sino que tiene una naturaleza abierta marcada por un número permanente de lagunas jurídicas (Perilla, 2024c). Esto no implica que se crea que el derecho es imperfecto o que se pueda catalogar como negativo, solo que se es consciente de que las normas creadas por el legislador tradicional son un marco hermenéutico que no tiene la capacidad de responder a todas las variables que desde la realidad puedan derivarse de las relaciones humanas.

Y como consecuencia de esa naturaleza abierta reconocida para el derecho por parte del antiformalismo, el alcance de las fuentes del derecho es diversificado para que no se limite solo a las normas de rango legal. Por lo tanto, se problematiza la idea según la cual hay normas principales y otras auxiliares de manera predeterminada, dado que en realidad el rol de las normas dependerá de la naturaleza de la situación que se esté analizando desde el derecho (Briz, 2022). Así, por ejemplo, si el caso que se analiza tiene una respuesta de rango legal por parte del marco jurídico, no será necesario diversificar las fuentes. Pero si, por el contrario, el marco hermenéutico existente no tiene la posibilidad de solucionar una situación concreta, se deberá proceder a buscar la respuesta a través de la vinculación de otras fuentes jurídicas como la jurisprudencia, los contratos, la doctrina o, incluso, la costumbre (Yañez *et al.*, 2023). Es aquí donde es transformada la interpretación meramente mimética, para que los operadores jurídicos tengan la posibilidad de realizar interpretaciones auténticas aplicadas a la realidad de cada situación. Hay circunstancias que requieren niveles de creatividad avanzados, donde los criterios jurídicos necesitan trascender las prácticas tendientes a simplemente repetir una norma escrita.

En este punto se adicionan a la categoría de los casos fáciles las situaciones de carácter difícil o imposible. Lo difícil se refiere a aquellas situaciones para cuya resolución se deben conjugar normas jurídicas de diversa naturaleza que ya existen, por ejemplo, leyes con sentencias de tribunales o sentencias judiciales con doctrina existente (Pérez, 2023). Y lo imposible, o también conocido como trágico, se refiere a aquellos sucesos que para ser resueltos requieren la creación de normas jurídicas, pues ninguna de las existentes otorga la posibilidad de generar respuestas exactas a lo que es pretendido (Chávez-Fernández, 2019; Rosero, 2024).

Estos dos nuevos alcances para las situaciones jurídicamente relevantes no deberían ser llamados casos, pues esta denominación se ha adoptado desde el enfoque formalista para el ejercicio silogístico del derecho. Se propone que estas situaciones de mayor nivel de dificultad sean consideradas como problemas, pues al carecer de respuestas exactas desde las normas jurídicas existentes requieren de ejercicios hermenéuticos complejos por parte de los operadores jurídicos. Y son este tipo de problemas a los que más se enfrentan los operadores jurídicos en la administración de justicia, por lo cual los ejercicios profesionales trascienden la técnica para exigir la creación auténtica de argumentos estratégicos para la gestión del conflicto.

Se evidencia hasta este punto que en el contexto global actual existen sistemas de administración de justicia muy diversos entre sí, los cuales pretenden aplicar el derecho desde las propias condiciones contextuales en las que se encuadre cada situación. En el marco de esta diversidad se encuentran los sistemas de administración de justicia latinoamericanos, que son resultado de un proceso de trasplante teórico desde el norte global en calidad de sitio de producción. Como consecuencia de estos fenómenos transfronterizos, la administración de justicia latinoamericana ha acogido un espectro iusteórico desde el formalismo y hacia el antiformalismo. Desde el formalismo se considera que la naturaleza del derecho es suficiente para solucionar miméticamente cualquier caso, dado que la ley tiene la capacidad de dar respuestas exactas que solo requieren del operador jurídico la realización de un silogismo desde una perspectiva técnica. Por su parte, el antiformalismo ha cuestionado recientemente este alcance y ha propuesto la existencia de situaciones jurídicamente relevantes sin respuestas exactas por parte del derecho, lo cual exige ejercicios creativos desde el desempeño profesional. Con este panorama contextual es posible proceder a determinar a continuación cuál debería ser el alcance que pueda tener la inteligencia artificial en estas condiciones propias de la administración de justicia latinoamericana.

3. POSIBILIDADES PARA QUE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GESTIONE LAS SITUACIONES IUSTEÓRICAMENTE DELIMITADAS DESDE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Considerando los debates iusteóricos que se han dado desde el formalismo y hacia el antiformalismo en el contexto latinoamericano, el sistema de administración de justicia actual cuenta con tres niveles en los cuales se pueden analizar las situaciones jurídicamente relevantes. El primer nivel corresponde a los casos fáciles, los cuales tienen una respuesta exacta por las normas de rango legal y pueden solucionarse con interpretaciones miméticas centradas en ejercicios silogísticos. Por su parte, el segundo nivel corresponde a los problemas difíciles, cuya solución no puede obtenerse de la lectura exclusiva de la ley como fuente principal del derecho y requiere vincular con el mismo nivel de obligatoriedad a otras normas como la jurisprudencia. Y, por último, el tercer nivel corresponde a los problemas imposibles, denominados de esta manera porque no hay una respuesta plena que pueda ser obtenida desde normas jurídicas previamente existentes. Para las dos últimas categorías de problemas se requiere hacer interpretaciones auténticas, las cuales deben conjugar criterios de argumentación estratégica para alcanzar una solución de fondo para la situación.

Frente a estas tres categorías de situaciones relevantes para el derecho es posible determinar el rol que puede cumplir la inteligencia artificial dentro de los sistemas de administración de justicia encargados de gestionar estos conflictos. Sobre el particular, lo primero que se debe hacer es considerar que la inteligencia artificial es entendida como un conjunto de sistemas informáticos que se organizan por niveles de complejidad, que como regla general simulan procesos cognitivos humanos para realizar diversas tareas con la posibilidad de generar adaptaciones contextuales (Becerril, 2021). Estos niveles de complejidad de la inteligencia artificial son categorizados en un primer momento en dos alcances: el convencional y el disruptivo. Los niveles convencionales de inteligencia artificial se refieren a aquellos que cuentan en la actualidad con desarrollos tecnológicos implementados de manera generalizada desde diferentes áreas del conocimiento, incluyendo la posibilidad de solucionar

situaciones conflictivas con análisis de datos basados en múltiples variables (Jalón *et al.*, 2021). Por su parte, los niveles disruptivos de la inteligencia artificial hacen referencia a aquellos que requieren un alto grado de autonomía y adaptabilidad, que lleguen a igualar o superar la inteligencia humana en asuntos de creación que trascienden instrucciones predeterminadas.

Cada una de estas dos categorías agrupa diferentes niveles de desarrollo de inteligencia artificial, que no deben ser entendidos como prerequisitos unos de otros, sino como desarrollos tecnológicos que responden a diferentes objetivos (Bolaño-García y Duarte-Acosta, 2023). Se advierte que esta clasificación es resultado de la revisión de diferentes fuentes de información, por lo cual pretende ser una sistematización a manera de propuesta que bien puede seguir siendo fortalecida. Así, la categoría convencional de la inteligencia artificial agrupa los siguientes tres niveles. El primero es el nivel básico propio de la inteligencia artificial reactiva, que se limita a responder a determinadas entradas realizadas por los usuarios con acciones programadas de manera previa (Lopezosa, 2023). Un ejemplo son los juegos de ajedrez, en los cuales el usuario tiene múltiples posibilidades de mover las fichas y el desarrollo tecnológico debe estar en la capacidad de responder a los diferentes movimientos respetando las reglas básicas. Esto implica que la inteligencia artificial desde el nivel más básico debe tener la posibilidad de analizar múltiples variables para tomar decisiones acertadas, sin limitarse a desarrollar tareas que siempre son iguales en todos los casos. Aunque se trata de un conocimiento técnico, tiene una posibilidad de decisión real en cada una de las acciones que son realizadas desde la programación informática.

A este nivel básico, y en el marco de la misma categoría convencional de la inteligencia artificial, se adiciona un segundo nivel conocido como intermedio y que se refiere a la inteligencia artificial basada en conocimiento. En este caso el desarrollo tecnológico no solo realiza acciones, sino que tiene la posibilidad de tomar decisiones o responder preguntas con fundamento en bases de conocimiento especializadas (Porcelli, 2020). En este segundo nivel se encuentran algunos ejemplos efectuados en el campo de la medicina, los cuales han evidenciado la posibilidad de que la inteligencia artificial determine diagnósticos para

recomendar tratamientos. El éxito de estas acciones está determinado en la medida en que los síntomas que son presentados al aplicativo tienen la posibilidad de enmarcarse en situaciones sistematizadas expresamente por las bases de conocimiento en las que se sustenta la actividad que se va a desarrollar (Lanzagorta-Ortega *et al.*, 2022). Y es por eso que el segundo nivel se diferencia del tercero, dado que este último es considerado como avanzado al requerir que la inteligencia artificial genere aprendizaje automático. Así, el desarrollo tecnológico es capaz de aprender nuevos datos desde su propia experiencia, sin limitarse a aquellos que son cargados desde bases de datos especializadas. Al respecto se tienen ejemplos como los asistentes virtuales que con el tiempo conocen las dinámicas de los usuarios, por lo que generan experiencias de interacción personalizadas.

Por las anteriores razones, la categoría convencional de la inteligencia artificial contempla acciones reactivas desde reglas generativas a partir de bases de conocimiento y de aprendizaje automático con base en las experiencias de cada usuario. Es importante resaltar que estos tres niveles están suficientemente desarrollados en el contexto global actual, aunque no en áreas meramente jurídicas y, en consecuencia, se empieza a avizorar una posibilidad de vinculación tecnológica a la administración de justicia. Sin embargo, para poder establecer con cierto nivel de confiabilidad el uso que podrían tener estas tecnologías en el campo del derecho, se constituye como fundamental comprender que en la categoría disruptiva de la inteligencia artificial se encuentran dos niveles adicionales que aún no se han analizado (Paladino, 2021). Continuando con la numeración mantenida hasta este punto, el cuarto nivel de inteligencia artificial, que hace parte de la categoría de lo disruptivo, se refiere a un nivel sofisticado de inteligencia artificial cognitiva. En este es posible simular procesos de pensamiento humanos complejos, como el razonamiento y la percepción más allá de datos evidentes (López, 2023). Hay algunos desarrollos como generadores de respuestas automáticas capaces de mantener conversaciones de niveles complejos, pero aún existen marcadas necesidades de fortalecimiento.

A estos cuatro se agrega el quinto y último nivel disruptivo de la inteligencia artificial, el cual se designará como puntero, que puede ser

denominado como inteligencia artificial holística. Este término hace referencia a que los desarrollos tecnológicos que aquí se alcancen pueden tener la competencia para realizar cualquier tarea humana en un nivel incluso superior al ser humano (Mejía *et al.*, 2016). Se trata de alcances que puedan vincular emociones y sentimientos, donde la experiencia humana pueda ser replicada en gran medida por desarrollos tecnológicos rigurosamente programados. Para que esto sea posible, se requiere conjugar todas las funciones de los anteriores niveles y otorgarles un alcance de abstracción tal que pueda dar paso a la imaginación (Barrios *et al.*, 2020). A la fecha no se encuentra un desarrollo de inteligencia artificial que materialice un ejemplo inequívoco del carácter holístico aquí presentado, aunque existen androides que se aproximan en gran medida a estos niveles. No obstante, aún están en etapa de pruebas no generalizadas para el uso amplio de la humanidad. Por lo tanto, bien puede ser considerado como un nivel en desarrollo piloto.

Con fundamento en cada uno de estos niveles de inteligencia artificial propios de las dos categorías con alcance convencional y disruptivo, es posible proponer en cuál de los niveles podrían ubicarse los diferentes tipos de situaciones jurídicamente relevantes que son conocidos por los sistemas de administración de justicia. Retomando la categoría de casos fáciles concebida desde las ideas miméticas del formalismo iusteórico, es posible afirmar que se trata de aquellas situaciones que bien pueden ser asumidas por la inteligencia artificial, como una estrategia para tecnificar la justicia en algunas situaciones con respuestas exactas. Estos casos fáciles podrán ser asumidos desde la inteligencia artificial convencional, en particular desde los dos primeros niveles: el reactivo y el de base de conocimiento. Así, se podrían construir desarrollos tecnológicos a fin de que sean alimentados por los contenidos de la ley y otras normas con reglas concretas, para que en caso de configurarse esa situación se otorgue una respuesta automática. Un ejemplo de esto puede ser un proceso ejecutivo en el cual existe un título valor que es analizado desde las reglas de la inteligencia artificial reactiva y en caso de presentarse excepciones, que son expresas en la ley, sean resueltas por la inteligencia artificial basada en conocimientos. Una vez verificado el título valor desde el primer nivel y analizadas las excepciones desde el segundo, se

podrá determinar si existe la obligación de pagar, para ordenar cobros, embargos o lo que corresponda. Aunque sería posible analizar con detenimiento cada una de las etapas procesales de este caso, es una orientación inicial que se usa solo a manera de ejemplo.

Se evidencia de esta manera una importante posibilidad de que los casos fáciles sean asumidos por los dos primeros niveles de la inteligencia artificial, para lo cual se requerirá una programación rigurosa según las reglas jurídicas aplicables a cada una de las situaciones. El debate en este punto corresponde a los problemas considerados difíciles, es decir, aquellos en que no basta con hacer mimesis de una norma, pues precisan de la conjugación sistemática de varias. En este punto se propone como una posibilidad tangible que estos problemas sean resueltos por el tercer nivel de la categoría convencional y que se refiere a la inteligencia artificial de aprendizaje automático. Esto se explica al considerar que, por ejemplo, al analizar una situación jurídicamente relevante, el aplicativo evidencie la falta de información que fundamenta su decisión o que el usuario identifique una falencia normativa por parte del aplicativo concreto. En esta eventualidad, el aplicativo debería encontrarse en la capacidad de generar investigaciones adicionales entre múltiples fuentes de información más amplias y aceptar las sugerencias normativas que un usuario pueda darle. Una vez validadas las fuentes, los desarrollos tecnológicos podrían estar en la capacidad de generar respuestas contextualizadas a situaciones y en el marco de la diversidad de normas jurídicas involucradas. Lo interesante del asunto es que ya existen aplicativos en diversas áreas profesionales del conocimiento, por lo cual pueden ser un referente para consolidar asuntos análogos para la administración de justicia.

Y, por último, los problemas calificados como de nivel imposible deberían ser abordados por la inteligencia artificial propia de la categoría disruptiva. De manera específica, aquellas situaciones jurídicamente relevantes que no tengan soluciones desde las normas jurídicas existentes necesitarán en un primer momento del cuarto nivel referente a la inteligencia artificial cognitiva. Así, se tendrá la posibilidad de simular procesos de pensamiento humano complejo en el marco hermenéutico existente. Para ello se deberá asegurar que la programación desde derecho esté en la capacidad de determinar con exactitud los límites

constitucionales y legales para la solución de esos casos, a fin de que en un ejercicio de aplicación de principios generales del derecho, desde el razonamiento, sea posible materializar estas posibilidades. La limitante es que los desarrollos actuales aún se encuentran lejos de alcanzar esta propuesta, por lo cual es aún complejo poder materializar esta posibilidad. Y en este mismo sentido limitante se encuentra la inteligencia artificial desde su nivel holístico, dado que a través del tiempo se ha debatido sobre si los operadores jurídicos deben vincular sus emociones, sus sentimientos, sus afectos, etc., para la gestión de los conflictos. En general, se ha pretendido plantear que el derecho es un asunto que requiere de mayor objetividad, de manera que el nivel holístico estaría descartado por lo pronto.

Con fundamento en los planteamientos de esta sección ha sido posible determinar que la inteligencia artificial sí tiene vocación de ser vinculada a la actividad propia del sistema de administración de justicia, ello depende de manera directa del tipo de situación jurídicamente relevante que se analice. Tomando en cuenta que estas situaciones pueden ser consideradas como fáciles, difíciles e imposibles, se debe reparar en que tanto las situaciones fáciles como las difíciles pueden ser asumidas por la inteligencia artificial desde su categoría de convencional. Así, los alcances reactivos y basados en conocimientos pueden resolver casos de nivel fácil, al tiempo que el nivel referente a la inteligencia artificial avanzada puede resolver los casos difíciles desde condiciones de autoaprendizaje. Sin embargo, en el estado actual de avance, los problemas imposibles no tienen la vocación inmediata de ser asumidos por la inteligencia artificial, dado que requieren de niveles propios de la categoría disruptiva que aún no se han desarrollado a plenitud. Por lo tanto, solo este último tipo de situaciones jurídicamente relevantes aún deben ser asumidas por la inteligencia humana, dentro de los parámetros de objetividad esperables. Se formula de esta manera un marco hermenéutico que permitirá orientar futuros desarrollos tecnológicos, desde iniciativas mediadas por inteligencia artificial que permitan fortalecer los sistemas de administración de justicia más allá de la dependencia directa a operadores jurídicos que tienden a estar actualmente desbordados en el cumplimiento de sus funciones.

4. CONCLUSIONES

En el contexto global actual, una amplia generalidad de Estados ha establecido sus propios sistemas de administración de justicia y ellos responden a características diversas. En el marco de esa diversidad, los sistemas de administración de justicia latinoamericanos pueden ser entendidos como resultado de un proceso de trasplante desde los avances de la teoría jurídica producidos en el norte global y adaptados a la realidad de cada uno de los contextos receptores. Así, la administración de justicia latinoamericana ha conjugado de manera dinámica escuelas como el positivismo, el naturalismo, el realismo, el utilitarismo, el funcionalismo, entre otras, que conforman la identidad jurídica en la cual se ejerce justicia. Producto de estas adaptaciones jurídicas se tiene actualmente un espectro iusteórico para la administración de justicia latinoamericana desde el formalismo y tendiente hacia el antiformalismo. Cada una de estas teorías del derecho tiene comprensiones en torno a la naturaleza del derecho con respecto a las relaciones humanas, las fuentes del derecho desde su obligatoriedad y las interpretaciones que han de hacerse para gestionar los conflictos por parte de los operadores jurídicos.

En este sentido, desde la perspectiva del formalismo como iusteoría se ha considerado que el derecho tiene una aspiración de perfección, dado que es realizado por un legislador tradicional que exhorta a la realización de interpretaciones miméticas. Así, se considera que las situaciones jurídicamente relevantes que son decididas por los jueces han de ser casos de dificultad sencilla, en virtud de los cuales basta con hacer un análisis silogístico para aplicar a unas situaciones fácticas determinadas reglas expresas contenidas en la ley escrita. Sin embargo, desde el antiformalismo se cuestionará tal alcance dado a los casos y se propondrá que existen problemas que no cuentan con soluciones expresamente formuladas en la ley. Esto lleva a considerar que hay problemas difíciles que requieren vincular otras fuentes del derecho adicionales a la ley, por lo cual todas adquieren un nivel de fuente principal del derecho. Al tiempo que también existirán casos imposibles que carecen de respuesta en la diversidad de fuentes del derecho y exigen ejercicios creativos por parte

de operadores jurídicos, siempre dentro del marco mínimo de los acuerdos constitucionales y legales que sean aplicables.

Ahora bien, con este panorama de situaciones que son conocidas por la administración de justicia latinoamericana, es relevante analizar el alcance que pueden tener los avances de las tecnologías de inteligencia artificial para el ejercicio profesional del derecho. En principio se debe considerar que el derecho ha sido entendido como una profesión liberal, en la cual el ejercicio intelectual humano prevalece sobre las actividades meramente técnicas. Por lo mismo, se ha descartado la posibilidad de vincular la inteligencia artificial en la administración de justicia. Sin embargo, estas negaciones comprenden a la inteligencia artificial como un todo generalizado y desconocen en gran medida que hay diferentes niveles de avance tecnológico sobre el particular. Por lo mismo, y para entender estos niveles de avance tecnológico, lo primero que se debe hacer es comprender que hay dos categorías principales de inteligencia artificial: la convencional, que se refiere a lo que ya existe aplicado a diferentes áreas del conocimiento; y la disruptiva, que incluye desarrollos incipientes para alcanzar ejercicios que puedan ser superiores a la inteligencia humana.

Estas dos categorías de inteligencia artificial contemplan un total de cinco niveles, donde los tres primeros corresponden a un asunto convencional y los dos últimos a un asunto disruptivo. El primero de los niveles hace referencia a la inteligencia artificial reactiva y el segundo a la fundamentada en bases de conocimiento, las cuales pueden abordar los casos de nivel fácil identificados a propósito del formalismo. Estos dos niveles pueden vincular referentes jurídicos fijados a través de reglas normativas, que son aplicadas automáticamente por sus condiciones fácticas ajustadas a los supuestos de hecho positivizados. Por su parte, el tercer nivel hace referencia a la inteligencia artificial de aprendizaje automático, el cual puede aportar a resolver los problemas de nivel difícil por tener la posibilidad de formular soluciones que van más allá de las normas preexistentes, dado que puede respetar un marco hermenéutico mínimo de actuación. Y, finalmente, se encuentra el nivel de inteligencia artificial cognitivo y holístico, que podría ser aplicado a los problemas

imposibles que carecen de suficiente información jurídica previa para lograr una solución. Sin embargo, estos últimos dos niveles disruptivos aún no tienen suficiente desarrollo tecnológico, por lo cual los problemas imposibles aún deberían ser gestionados por el trabajo profesional de los operadores jurídicos humanos.

De este modo se responde a la pregunta de investigación de este artículo al haber alcanzado el objetivo general, por lo cual se acepta la hipótesis según la cual la administración de justicia puede vincular de manera generalizada a la inteligencia artificial como un apoyo para la gestión de casos con bajos niveles de dificultad y de manera excepcional la inteligencia artificial generativa para solucionar situaciones complejas; para ello se deberá asumir un debate que trascienda la iusteoría del formalismo para adscribirse decididamente al antiformalismo. De este modo, se abre la posibilidad antiformalista para que el derecho acoja los avances en tecnología para la gestión de conflictos, aportando en el fortalecimiento de los procesos de administración de justicia presentes en contextos como el latinoamericano. No se trata de una iniciativa con el fin de reemplazar a los profesionales del derecho, sino una forma de apoyar los procesos jurídicos que adelantan para centrarse en los debates más avanzados del conocimiento actual. En la medida en que la inteligencia artificial pueda asumir debates fáciles y difíciles, se podrá aportar a la descongestión de la justicia y que los operadores jurídicos se centren en crear derecho desde los casos imposibles. Se trata de una posibilidad que, por lo pronto, está siendo formulada desde el alcance teórico del antiformalismo, pero que se constituye en un reto para transformar las prácticas de los diversos sistemas de administración de justicia presentes en el contexto global actual.

REFERENCIAS

- Alarcón, A., Villalba, J. C. y Franco, J. F. (2019). La inteligencia artificial y su impacto en la enseñanza y el ejercicio del derecho. *Prolegómenos*, 22(44), 7-10. <https://doi.org/10.18359/prole.4353>

Álvarez, J. M. (2023). Colombian legal formalism or how to prevent the protection of public interest in public-private arbitration. *Revista Derecho del Estado*, (57), 161-202. <https://doi.org/10.18601/01229893.n57.07>

Barrientos, F., Bozzo, S. y Jequier, E. (2023). Nuevas tecnologías para el acceso a la justicia del consumidor: diagnóstico de la situación en Chile y una propuesta a la luz de la plataforma europea online de resolución de conflictos. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 12, 1-35. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2023.69963>

Barrios, H., Díaz, V. y Guerra, Y. (2020). Subjetividades e inteligencia artificial: desafíos para «lo humano». *Veritas*, (47), 81-107. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732020000300081>

Bautista, J. (2020). Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial. *Díkaion*, 29(2), 336-351. <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>

Becerril, A. (2021). Retos para la regulación jurídica de la inteligencia artificial en el ámbito de la ciberseguridad. *Revista IUS*, 15(48), 9-34. <https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.705>

Bejarano, H. C. y Jaimes-Suárez, D. C. (2021). Corrupción: una lectura entre el derecho y la moral. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 21(40), 101-112. <https://doi.org/10.22518/jour.ccsch/2021.1a08>

Bolaño-García, M. y Duarte-Acosta, N. (2023). Una revisión sistemática del uso de la inteligencia artificial en la educación. *Revista Colombiana de Cirugía*, 39(1), 51-63. <https://doi.org/10.30944/20117582.2365>

Botero, L. A. y Guevara, L. J. (2022). El precedente judicial en Colombia enfrentando a la teoría expuesta por Michele Taruffo. *Novum Jus*, 16(3), 133-160. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.3.6>

Briz, M. J. (2022). El desafío de la gestión de conflictos en la actualidad, la necesidad de un abordaje integral. *Revista de Derecho*, (26), 1-2. <https://doi.org/10.22235/rd26.3119>

Cely, L. (2014). El carácter especulativo de la iusteoría periférica. *Prolegómenos*, 17(34), 33-41. <https://doi.org/10.18359/dere.793>

- Chávez-Fernández, J. (2019). El enfoque argumentativo de Manuel Atienza y la teoría estándar: dos problemas y un ensayo de solución. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(13), 129-160. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2019.13.13718>
- Doria, T. (2023). El acceso a la administración de justicia y a la defensoría pública en el posconflicto. *Revista de Derecho*, (60), 132-156. <https://doi.org/10.14482/dere.60.519.516>
- Galbán, L. (2024). Valores constitucionales: su relación y distinción con los derechos y principios para la resolución de casos en materia civil. *Revista de Derecho Privado*, (46), 43-75. <https://doi.org/10.18601/01234366.46.03>
- García, J. (2020). La noción de derrotabilidad en H. L. A. Hart. *Ius et Praxis*, 26(2), 125-146. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-0012202000200125>
- Jalón, E., Ponce, D., Arandia, J. C. y Arriás, J. C. (2021). Las limitaciones de la aplicación de la inteligencia artificial al derecho y el futuro de la educación jurídica. *Conrado*, 17(83), 439-450.
- Lanzagorta-Ortega, D., Carrillo-Pérez, D. L. y Carrillo-Esper, R. (2022). Inteligencia artificial en medicina: presente y futuro. *Gaceta Médica de México*, 158(1), 17-21. <https://doi.org/10.24875/gmm.m22000688>
- López, D. M. (2023). Retos de la inteligencia artificial y sus posibles soluciones desde la perspectiva de un editorialista humano. *Biomédica*, 43(3), 309-314.
- Lopezosa, C. (2023). La inteligencia artificial generativa en la comunicación científica: retos y oportunidades. *Revista de Investigación e Innovación en Ciencias de la Salud*, 5(1), 1-5. <https://doi.org/10.46634/riics.211>
- Mejía, S., Quintero, O. L. y Castro, J. (2016). Dynamic analysis of emotions through artificial intelligence. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 34(2), 205-232. <https://doi.org/10.12804/apl34.2.2016.02>
- Monroy, A. (2024). La teoría de la interpretación de Dworkin: un presupuesto de la respuesta correcta. *Justicia y Derecho*, 11, 25-41.

- Mora, F. (2019). H. L. A. Hart: vida y contexto filosófico. *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (13), 273-319. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2019.13.13723>
- Nash, C. (2024). Derechos humanos, redes sociales y protección judicial: criterios para resolver conflictos entre derechos a la luz de las obligaciones internacionales del Estado. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 13, 1-19. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2024.67197>
- Paladino, M. S. (2021). Cuidado e inteligencia artificial: una reflexión necesaria. *Persona y Bioética*, 25(2), 1-18. <https://doi.org/10.5294/pebi.2021.25.2.8>
- Pérez, J. (2023). Soluciones digitales en el Poder Judicial de Uruguay: retos, soluciones, avances y perspectivas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 15(20), 19-38. <https://doi.org/10.35292/ropj.v15i20.866>
- Perilla, J. (2021). Los centennials como un reto antiformalista para las Facultades de Derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 8(1), 11-28. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2021.61529>
- Perilla, J. (2023). Los niveles del conocimiento para el diseño curricular de las facultades de derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 10(1), 71-90. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69799>
- Perilla, J. (2024a). Lineamientos para implementar la inteligencia artificial en el derecho privado. *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 7(1), 1-20.
- Perilla, J. (2014b). El misreading como posibilidad creadora de iusteorías en un contexto globalizado desde la trasnacionalidad. *Estudios de Derecho*, 81(177), 1-20.
- Perilla, J. (2024c). La enseñanza del derecho procesal penal desde el constructivismo antiformalista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 10(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.899>
- Porcelli, A. M. (2020). La inteligencia artificial y la robótica: sus dilemas sociales, éticos y jurídicos. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 6(16), 49-105. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i16.286>

- Rosero, C. (2024). Coligación de métodos y reglas de la interpretación jurídica constitucional y ordinaria para efectivizar derechos. *Revista InveCom*, 4(2), 1-22. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10562965>
- Sacristán, E. B. (2019). ¿Jueces legisladores? *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(2), 93-115. <https://doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44512>
- Suenaga, Y. (2022). Hart, H. L. A. El concepto del derecho (capítulos III y V): una aproximación a la propuesta de reglas primarias y secundarias de H. L. A. Hart. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(16), 389-398. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17041>
- Vigo, R. (2021). Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del Estado de derecho constitucional. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (15), 53-96. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2021.15.16119>
- Yañez, D. A., Ramírez, D. y Rangel, D. V. (2023). Configuración de la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia: problemas y desafíos a partir de la complejidad del sistema normativo y los medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades. *Revista de Derecho*, (60), 54-89. <https://doi.org/10.14482/dere.60.407.897>

Financiamiento

La investigación se realizó con financiamiento de la Universidad Tecnológica de Bolívar, a través de su grupo de investigación en Justicia Global.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Las etapas de investigación fueron desarrolladas en su totalidad por el autor, las cuales incluyen: recolección de información documental, interpretación de los datos y redacción del trabajo. La validación académica fue realizada por pares académicos con la metodología doble ciego y su aprobación final fue dada por el equipo editorial. El contenido de la obra es responsabilidad exclusiva del autor.

Agradecimientos

El autor agradece los alcances brindados por Jesús Alberto Bermúdez Soche, quien siempre está atento a validar mis ideas desde debates académicos rigurosos. También es oportuno señalar un agradecimiento a mis estudiantes del Semillero en Inteligencia Artificial y Administración de Justicia de la Universidad Tecnológica de Bolívar por su interés en aprender juntos sobre estos temas.

Biografía del autor

Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados es doctor en Derecho (Ph. D.), magíster en Derecho Privado y en Educación, especialista en Derecho Comercial y abogado de la Universidad de los Andes. Actualmente es investigador *senior*, según el reconocimiento otorgado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Se desempeña como director de Posgrados de la Facultad de Derecho, en su calidad de profesor invitado en la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena de Indias, Colombia).

Correspondencia

jperilla@utb.edu.co



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 475-497

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1018

La inteligencia artificial en la justicia: protocolos para la presentación y la valoración de prueba digital obtenida mediante IA

Artificial intelligence in justice: Protocols for the submission and assessment of AI-generated digital evidence

Inteligência artificial na justiça: protocolos para a apresentação e avaliação de evidências digitais derivadas de IA

DENIS ADAN AGUILAR CABRERA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: denis.aguilar@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1129-410X>

RESUMEN

La integración de la inteligencia artificial (IA) en el derecho penal marca un progreso significativo con amplias implicaciones en la gestión de pruebas digitales en los procesos judiciales. La IA proporciona herramientas que pueden mejorar la eficacia, la calidad y la transparencia de la justicia penal, al mismo tiempo que plantea desafíos éticos y legales que necesitan ser abordados con cautela. En efecto, la incorporación de algoritmos y sistemas de IA puede contribuir a establecer criterios más objetivos y coherentes en la toma de decisiones. Es de vital importancia analizar a fondo las implicaciones éticas y legales al integrar la IA en el proceso penal, para asegurar la salvaguarda de los derechos fundamentales y el respeto a la presunción de inocencia, puesto que la protección de los derechos individuales y la responsabilidad de los sistemas

automatizados son elementos críticos que deben ser considerados al establecer un marco normativo claro, que regule el uso de la inteligencia artificial en el proceso penal. Asimismo, los algoritmos de IA deben seguir principios básicos como el *in dubio pro reo*, y los jueces deben tener la capacidad de apartarse de las recomendaciones de la IA si justifican adecuadamente sus decisiones, manteniendo un equilibrio entre la automatización y la discreción judicial. Es esencial comprender que la IA no pretende reemplazar la labor del juez humano, sino más bien complementarla como un recurso de apoyo para asegurar una justicia efectiva y equitativa en la era digital.

Palabras clave: inteligencia artificial; proceso penal; pruebas digitales; implementación de protocolos; herramientas IA; ética en IA.

Términos de indización: inteligencia artificial; procedimiento legal; aplicación informática; ética de la tecnología (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The integration of artificial intelligence (AI) into criminal law marks a significant advancement with broad implications for the management of digital evidence in judicial proceedings. AI provides tools that can enhance the efficiency, quality, and transparency of criminal justice, while also posing ethical and legal challenges that need to be addressed with caution. In fact, the incorporation of algorithms and AI systems can contribute to establishing more objective and consistent criteria in decision-making. It is crucial to thoroughly analyze the ethical and legal implications when integrating AI into criminal processes, ensuring the protection of fundamental rights and respect for the presumption of innocence. The safeguarding of individual rights and the responsibility of automated systems are critical elements that must be considered when establishing a clear regulatory framework governing the use of artificial intelligence in criminal proceedings. Moreover, AI algorithms must adhere to basic principles such as *in dubio pro reo*, and judges must have the ability to depart from AI recommendations if they adequately justify their decisions, maintaining a balance between automation and

judicial discretion. It is essential to understand that AI is not intended to replace the role of the human judge but rather to complement it as a support tool to ensure effective and equitable justice in the digital age.

Key words: artificial intelligence; criminal process; digital evidence; implementation of protocols; AI tools; ethics in AI.

Indexing terms: artificial intelligence; legal procedure; computer applications; ethics of technology (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A integração da inteligência artificial (IA) ao direito penal marca um desenvolvimento significativo com implicações abrangentes para o gerenciamento de provas digitais em processos judiciais. A IA fornece ferramentas que podem melhorar a eficiência, a qualidade e a transparência da justiça criminal, ao mesmo tempo em que levanta desafios éticos e legais que precisam ser abordados com cautela. De fato, a incorporação de algoritmos e sistemas de IA pode ajudar a estabelecer critérios mais objetivos e consistentes para a tomada de decisões. É de vital importância analisar minuciosamente as implicações éticas e jurídicas da integração da IA ao processo criminal, garantindo a salvaguarda dos direitos fundamentais e o respeito à presunção de inocência, pois a proteção dos direitos individuais e a responsabilidade dos sistemas automatizados são elementos essenciais que devem ser considerados ao estabelecer uma estrutura regulatória clara que regule o uso da inteligência artificial no processo criminal. Além disso, os algoritmos de IA devem seguir princípios básicos, como o *in dubio pro reo*, e os juízes devem ter a capacidade de se afastar das recomendações da IA se justificarem adequadamente suas decisões, mantendo um equilíbrio entre a automação e a discrição judicial. É essencial entender que a IA não se destina a substituir o trabalho do juiz humano, mas sim a complementá-lo como um recurso de apoio para garantir uma justiça eficaz e justa na era digital.

Palavras-chave: inteligência artificial; processo criminal; provas digitais; implementação de protocolos, ferramentas de IA; ética de IA.

Termos de indexação: inteligência artificial; procedimento legal; aplicativo de computador; ética da tecnologia (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 1/7/2024

Aceptado: 10/12/2024

Revisado: 16/8/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

El creciente uso de la tecnología ya es parte de la rutina diaria, con ello se evidencia un aumento significativo de la actividad delictiva asociada con los dispositivos electrónicos y las plataformas digitales. En tal sentido, el uso de la prueba digital en los procesos penales continúa siendo restringido debido a los desafíos inherentes a su adquisición, su análisis y su presentación; ello es en mérito a la carencia de conocimiento especializado, la ausencia de un marco metodológico claro y eficaz para la aplicación de la inteligencia artificial en la recolección y el análisis de pruebas digitales (con el riesgo de lesionar derechos), así como la inexistencia de criterios uniformes sobre el uso de pruebas digitales.

La implementación de la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos en el proceso penal constituye un tema de gran complejidad que diversos países reconocen como indispensable para perfeccionar la administración de justicia; pues bien, el diálogo en torno a la justicia digital adquiere relevancia en razón a la capacidad de adelantarse a las acciones que los interesados puedan emprender con el uso de la IA (Gómez *et al.*, 2023). Además, se debe considerar que la cibercriminalidad impulsa la actualización de los métodos de investigación del crimen. En tal sentido, Ahmad (2021) sugiere que las autoridades judiciales deben orientar sus esfuerzos a la búsqueda de nuevas evidencias en los lugares del delito, específicamente pruebas de índole electrónica, asegurando su autenticidad en los procesos penales para así identificar a los responsables de tales infracciones. Del mismo modo, Muñoz (2020), en referencia al informe

emitido por el Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo en enero de 2017, destaca el crecimiento de la tecnología en el ámbito judicial, que se consolida como una presencia constante, donde enfatiza la incipiente regulación sobre la inteligencia artificial en los procedimientos judiciales, así como las herramientas de inteligencia artificial más comúnmente empleadas.

Dentro del panorama de investigaciones destaca el trabajo de Calderón y Cueto (2022) acerca del análisis de la prueba mediante inteligencia artificial, el cual tuvo como propósito la formulación de directrices probatorias para la presentación de evidencia generada por inteligencia artificial en el marco del proceso judicial en Colombia, mediante el uso del dictamen pericial científico. Asimismo, señaló que la normativa actual requiere que el porcentaje probabilístico generado por la inteligencia artificial sea plasmado en un documento por medio de un mensaje de datos, lo cual restringe la posibilidad de contradicción y la evaluación de la evidencia. Como propuesta, sugirió la aplicación de normas inherentes a la prueba pericial científica, con el fin de asegurar la integridad de la cadena de custodia de la información digital, la explicación detallada del funcionamiento de los algoritmos de inteligencia artificial y su pertinencia en el proceso.

Por su parte, Cano *et al.* (2020) centraron su investigación acerca de la inteligencia artificial aplicada al análisis forense digital en diversas técnicas como el aprendizaje automático, las máquinas de soporte vectorial, las redes neuronales artificiales, así como en los sistemas expertos y los agentes inteligentes; concluyeron que la IA puede desempeñar un rol significativo en el análisis forense digital, al posibilitar la automatización, la correlación, la detección y la identificación de pruebas digitales relevantes para la investigación de eventos informáticos. Del mismo modo, Castellano (2021) propuso indagar en las oportunidades que ofrecen los sistemas de IA en la evaluación de evidencias en el ámbito judicial, particularmente en la esfera penal; enfatizó en que la incorporación de la IA en la valoración de la prueba puede brindar numerosas ventajas, como la imparcialidad, la eficiencia, la celeridad y la transparencia; no obstante, también plantea diversos desafíos, como la

protección de los derechos fundamentales, la independencia judicial, la explicabilidad y la auditabilidad de los algoritmos.

El propósito de este estudio reside en examinar los fundamentos que respaldan la adopción de dicho protocolo en el contexto del proceso penal, con el objetivo de potenciar la eficacia, la eficiencia y la equidad del sistema de justicia penal. Se pretende identificar los argumentos legales, técnicos y sociales que abogan por la integración de la inteligencia artificial en la recolección, la preservación y el análisis de evidencias digitales; con ello se busca determinar los estándares específicos de admisibilidad que deben regir las pruebas digitales generadas con IA, teniendo en cuenta las características propias del entorno peruano y las directrices internacionales. Asimismo, se justifica en la necesidad de abordar los retos y las posibilidades derivados de la integración de la inteligencia artificial en el ámbito del proceso penal y la gestión de pruebas digitales, puesto que es esencial comprender el potencial de la IA para mejorar la eficiencia, la calidad y la transparencia del sistema judicial, al mismo tiempo que se garantiza la protección de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas. La implementación de un protocolo que incorpore la IA en la recolección, la preservación y el análisis de pruebas digitales se presenta como una medida clave para asegurar la equidad y la justicia en el procedimiento legal.

El artículo contiene las secciones de contextualización, prueba digital, inteligencia artificial en la justicia, algoritmos en la prueba penal, análisis de la literatura y conclusiones.

2. LA PRUEBA DIGITAL

2.1. Noción de la prueba

La prueba se erige como un pilar fundamental para determinar la veracidad o la falsedad de un hecho, y se logra a través de diversos medios como razones, argumentos o instrumentos; así, la prueba constituye la validación de los hechos en disputa en un proceso judicial, llevada a cabo de conformidad con los métodos autorizados por la ley. No obstante, la prueba no se limita únicamente a confirmar o contradecir una

aseveración sobre un hecho en disputa, sino que también incluye el resultado de la evaluación de dichos medios por el juez (Turiel y Mata, 2020, pp. 108-109).

En el proceso penal, la relevancia de la prueba radica en la labor que realizan las partes ante el tribunal con el propósito de llevarlo a una convicción certera acerca de ciertos elementos en controversia; esta convicción puede alcanzarse cumpliendo las exigencias de la norma y, en ocasiones, mediante una evaluación racional y fundamentada de una serie de medios respaldados legalmente (Herreros, 2022, pp. 364-365). Por tanto, las pruebas desempeñan un papel fundamental como cimiento conceptual para cumplir con los objetivos establecidos, del mismo modo que para cumplir con determinadas garantías procesales esenciales, como el respeto a la dignidad humana, la libertad, la convencionalidad, la igualdad, la legalidad y la imparcialidad, entre otras. En consecuencia, la prueba ocupa un lugar central en el procedimiento al garantizar que cada acontecimiento se respalde con pruebas concretas para asegurar su veracidad (Maiguel, 2022, p. 31).

2.2. Prueba digital

La evidencia digital comprende toda la información en formato digital que corrobora la veracidad de un acontecimiento alegado por las partes y que resulta relevante para el caso en discusión en el contexto judicial. Esta evidencia engloba cualquier tipo de datos digitales que serán presentados de manera oportuna utilizando medios electrónicos. En el proceso de presentación ante el juez, esta información se transmite en un código binario a través de un sistema que convierte señales eléctricas o fotosensibles, las cuales se desglosan y vuelven a combinarse mediante procedimientos informáticos para crear y conservar la información. La representación del texto en la pantalla se traduce a un lenguaje alfabético comprensible, que facilita su lectura y su interpretación por parte de las personas involucradas en el proceso judicial (Puetate *et al.*, 2021, pp. 10-11).

El propósito de la prueba digital es proporcionar al juez información precisa sobre los hechos y las circunstancias tal como sucedieron, con el

fin de determinar la posible implicación del acusado en el delito del que se le acusa, estableciendo así su responsabilidad penal, ya sea como autor o como partícipe del delito en cuestión. La presentación de evidencia digital puede realizarse mediante peritajes especializados o la identificación de documentos electrónicos, comunicaciones digitales, imágenes digitales, videos digitales, entre otros medios. Aunque la evidencia no se limite únicamente a lo digital, su inclusión en el proceso penal está permitida, pueden emplearse también otros tipos de pruebas siempre que hayan sido adquiridos de manera lícita y sean relevantes y necesarios para el caso en cuestión (López, 2023, p. 206).

Es crucial considerar que la información digital puede estar alojada en ubicaciones remotas, como servidores en la nube, además de los dispositivos físicos; pues bien, la obtención de evidencia digital presenta desafíos, dado que los dispositivos electrónicos pueden encontrarse en lugares resguardados, lo que podría requerir una orden judicial para su secuestro. Adicionalmente, los datos contenidos en estos dispositivos pueden estar encriptados o eliminados, por lo que podría ser necesario recurrir a expertos en informática forense para acceder a su contenido (Rodríguez, 2018, pp. 10-11).

Lewulis (2022, p. 43) considera que para abordar el uso de materiales en línea y otros datos digitales como pruebas en casos penales es necesario tener en cuenta los principios clave que rigen el proceso de obtención de pruebas. La particularidad de la información digital, al no poseer una forma física, plantea un desafío en su inclusión dentro de la clasificación tradicional de tipos de pruebas. La evidencia digital engloba toda información con valor probatorio extraída de datos en línea de acceso público, las consideraciones generales sobre el uso de pruebas digitales abarcan tanto los datos encubiertos como los de fuente abierta, a menos que se establezca lo contrario.

3. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA JUSTICIA

3.1. Digitalización de la justicia

La transformación digital de la justicia ha generado una dinámica judicial que tiende a ser impersonal y procedural, ha planteado barreras

para el acceso a la justicia y ha generado dudas sobre la priorización del debido proceso (Loo y Findlay, 2022, pp. 9-10). El desafío al digitalizar el sistema judicial no radica únicamente en lograr eficiencia administrativa y reducción de costos, aspectos que sin duda se valoran, sino en implementar tecnologías informadas y adaptables que pongan énfasis en las personas y fomenten la inclusión. La digitalización de la justicia debe ser concebida como parte integral de la solución a estos desafíos (Loo y Findlay, 2022, p. 37).

3.2. Impacto de la IA en la administración de justicia

Los sistemas que incorporan inteligencia artificial (IA) presentan una oportunidad para mejorar y acelerar la administración de justicia, contribuyen así a la optimización de recursos que suelen ser limitados en el contexto judicial. Con la supervisión adecuada por parte de profesionales del derecho y garantizando la fiabilidad técnica y la seguridad en la obtención de resultados, los procesos legales pueden ganar en transparencia y evitar demoras superfluas. En este sentido, los avances alcanzados a través de la implementación de IA se dividen en dos enfoques esenciales: (i) el enfoque de IA asistencial o complementaria, que facilita a las partes involucradas, los mediadores neutrales o los magistrados la preparación y el desarrollo de diversas tareas legales relacionadas con el caso, al ofrecer datos, orientaciones o predicciones, como por ejemplo el sistema Pacer en los Estados Unidos y Sherlock-Legal en Argentina; (ii) el enfoque de IA decisoria, que capacita a sistemas para resolver casos de forma autónoma, con la capacidad de analizar el entorno y tomar decisiones con cierto nivel de autonomía para alcanzar un objetivo específico, como por ejemplo Xiao Fa, el primer asistente artificial implementado en China, y Prometea, un sistema diseñado para agilizar procedimientos judiciales y administrativos (Spositto *et al.*, 2021).

En este nuevo enfoque tecnológico denominado inteligencia en la interfaz, se destaca la capacidad de la interfaz para poseer un conocimiento extenso sobre el usuario, comprender su entorno, actuar proactivamente y perfeccionarse a través de la interacción. Desde esta perspectiva, la inteligencia en la interfaz permite al usuario interactuar de manera

sencilla (mediante voz o chat, similar a WhatsApp) mientras la tecnología resuelve cuestiones mediante conexiones con diversos sistemas que son capaces de satisfacer las necesidades del usuario, basándose en experiencias previas. Un ejemplo de esta aplicación se encuentra en los dispositivos iPhone de Apple, que cuentan con un asistente de voz llamado Siri, capaz de responder a diversas consultas una vez activado. En este sentido, el Ministerio Público de Argentina ha implementado una inteligencia denominada Prometea, que se alinea con esta nueva tendencia tecnológica (Corvalán, 2018, pp. 301-302).

Muñoz (2020, p. 701) resalta las ventajas de la IA en el sistema judicial, tales como facilitar el análisis de leyes, jurisprudencia e investigaciones académicas, agilizar la revisión de contratos y documentos a través de mecanismos eficientes, emplear soluciones de e-Discovery para la identificación automatizada de documentos relevantes y análisis asistido por tecnología, y automatizar la generación de documentos legales.

En consecuencia, el interés por la integración de tecnologías de IA en el ámbito judicial surge de la necesidad de mejorar la eficiencia en el sistema legal; de algún modo, es importante reconocer que esta cuestión puede generar cierta controversia, aparentemente por los riesgos asociados con la aplicación de la IA en el proceso judicial. Sin embargo, la evaluación de la viabilidad de utilizar inteligencia artificial en el proceso penal (aunque controvertida) debe ser llevada a cabo, por los beneficios que ofrece esta herramienta (Pérez, 2021, pp. 1397-1398).

La inteligencia artificial tiene el potencial de revolucionar de manera significativa el sistema judicial, esto se debe a la capacidad de aprender de datos y realizar predicciones, con ello la IA facilita la toma de decisiones judiciales. Empero, es esencial considerar principios éticos al integrar la inteligencia artificial en el entorno jurídico para garantizar que las decisiones sean equitativas y transparentes (Ferrario *et al.*, 2020).

3.3. La IA y los derechos fundamentales

La inteligencia en la interfaz, respaldada por sistemas de IA, puede desempeñar un papel fundamental en la protección de ciertos derechos de acceso, especialmente en el caso de individuos vulnerables o con

discapacidad. En este contexto, una persona puede iniciar un expediente y, al estar lista para redactar un documento, activar a Prometea a través de comandos de voz en un teléfono móvil o mediante un chat, simulando una conversación al estilo de WhatsApp. El proceso completo se lleva a cabo a través de la IA: desde un simple saludo inicial, seguido de una serie de preguntas y respuestas entre Prometea y el usuario, que incluyen la búsqueda y la presentación de leyes y decretos relevantes para el informe solicitado, hasta culminar con Prometea indicando «informe completado». Posteriormente, se ofrece la opción de imprimir, descargar el informe o enviarlo por correo electrónico o a una red interna para su revisión adicional (Corvalán, 2018, pp. 304-305).

En el uso de algoritmos inteligentes para la recopilación de datos personales u otros, es de vital importancia asegurar el respeto de los derechos fundamentales. Conforme a las recomendaciones de Corvalán (2018, pp. 307-308): (i) es esencial comprender el funcionamiento de esta tecnología; la adecuada regulación no puede establecerse si se carece de conocimiento sobre la operatividad del objeto a regular, especialmente en un contexto donde los sistemas de inteligencia artificial evolucionan de manera acelerada y requieren una actualización constante sobre las nuevas metodologías empleadas; (ii) se debe analizar de manera diferenciada áreas y derechos específicos; existe una clara distinción entre los sistemas de IA que personalizan recomendaciones de música en plataformas como Spotify o YouTube, y aquellos algoritmos avanzados que realizan predicciones sobre el desarrollo de enfermedades o la concesión de libertad condicional a individuos privados de libertad; (iii) se destaca la limitación de los sistemas de inteligencia artificial más sofisticados en uso actualmente, como Watson de IBM, Alexa, Quid, Siri, entre otros, que pueden carecer de la capacidad de ofrecer una explicación detallada sobre el proceso que los lleva a un resultado específico; (iv) resulta imperativo salvaguardar los principios de igualdad y no discriminación en las predicciones realizadas por la inteligencia artificial en relación con los derechos fundamentales.

De otro lado, el *big data* comprende las bases de datos presentes en entidades tanto públicas como privadas, esta situación plantea un análisis más detallado en el ámbito jurídico. Al evaluar la fuerza probatoria

de los mensajes de datos, se aplicarán los principios de la sana crítica y otros criterios reconocidos legalmente para la valoración de pruebas. Se ponderará la fiabilidad en la creación, el almacenamiento y la transmisión del mensaje, así como la preservación de la integridad de la información y la identificación del emisor, entre otros elementos relevantes. En síntesis, *el big data*, al representar una fuente primordial de información, contribuye al progreso de los principios procesales de celeridad y economía, los cuales buscan optimizar la eficiencia en la administración de justicia de acuerdo con las garantías procesales establecidas (Pineda, 2021, pp. 117-118).

3.4. La IA en el proceso penal

La inteligencia artificial se refiere a la capacidad de sistemas para mostrar un comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar decisiones de manera autónoma con el objetivo de alcanzar metas específicas. A pesar de que la inteligencia artificial aún no ha alcanzado su pleno potencial, su prometedora capacidad ofrece herramientas excepcionales. Por ende, resulta crucial considerar la factibilidad de incorporar estas herramientas inteligentes en la fase de prueba del proceso penal, es esencial examinar los dos pilares fundamentales que sustentan el funcionamiento de la inteligencia artificial: la gestión de grandes volúmenes de datos y el uso de algoritmos (Pérez, 2021, pp. 1390-1391).

La inteligencia artificial implica la capacidad de las máquinas para replicar las funciones cognitivas humanas e incluye la resolución de problemas. Su avance está estrechamente vinculado a la disponibilidad y la manipulación de grandes cantidades de datos, conocidos como *big data* o macrodatos. Esta última denominación, adoptada por el Parlamento Europeo, comprende la recopilación y el análisis continuo de extensos conjuntos de datos, que abarcan información personal, a través de algoritmos informáticos avanzados; esta tecnología innovadora forma parte de las tecnologías emergentes o convergentes y representa un enfoque nuevo en el procesamiento y el análisis de datos a nivel global. Mediante el procesamiento de estos datos masivos, es posible extraer conclusiones y patrones que no se podrían identificar utilizando

métodos tradicionales de análisis de datos, lo que conlleva a una comprensión más profunda y completa de la información disponible (Pérez, 2021, pp. 1392-1393).

4. LA IA EN LA PRUEBA PENAL

En el ámbito probatorio, se toman en cuenta aspectos como la evidencia en sí misma, los métodos de obtención, las garantías procesales, el criterio de la sana crítica y la aplicación del precedente judicial (relacionado con el *big data* jurisprudencial). A pesar de que las nuevas tecnologías se han establecido como herramientas en el ámbito legal, es crucial reconocer que estas no pueden reemplazar el juicio valorativo del juez en su apreciación crítica. Por consiguiente, el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable» requiere el uso de dos recursos específicos: la inteligencia artificial y el *big data* jurisprudencial, con la finalidad de enriquecer los fundamentos científicos de la sana crítica al delimitar la información jurisprudencial y aplicar el precedente obligatorio (Pineda, 2021, p. 119).

La inteligencia artificial desempeña un papel fundamental como base algorítmica para el análisis de evidencia, particularmente en lo que concierne a la valoración de testimonios. Al tener en cuenta las limitaciones de la memoria humana, la inteligencia artificial se enfoca en examinar aspectos relevantes presentes en los relatos personales, para ello se basa en la psicología del testimonio y la evaluación de circunstancias. Programas como Advokate consideran una serie de factores, como la distancia entre el observador y los hechos, la visibilidad, el nivel de conocimiento previo entre el testigo y la persona observada, el período de observación y la capacidad mental, con el fin de determinar la credibilidad testimonial en un proceso judicial (Pineda, 2021, p. 120).

Es verdad, hoy en día se encuentran disponibles diversas herramientas de inteligencia artificial que pueden asistir al juez en la evaluación de la evidencia, o al menos en la estructuración de su argumentación. Es un hecho irrefutable que cada asunto judicial guarda similitudes con casos anteriores que el juez toma en consideración al emitir su dictamen, lo que establece límites y marcos para un control razonado de la

evidencia. Por ejemplo, se ha implementado la opción de realizar autopsias virtuales, las cuales complementan y mejoran la eficacia y la precisión de las autopsias convencionales; expertos de la Universidad de Berna han desarrollado un *software* que permite escanear en tres dimensiones la anatomía del cuerpo humano, y han creado un detallado mapa interno del fallecido mediante imágenes precisas, han facilitado así la determinación de la causa del deceso. Asimismo, existen algoritmos como COMPAS, que pronostican el nivel de riesgo o la posibilidad de reincidencia de un individuo con antecedentes penales, y programas como Alibi, que ofrecen explicaciones sobre la conducta del acusado, así como Stevie, que elabora narrativas cohesivas a partir de datos disponibles. Se han logrado avances notorios en la valoración de testimonios, lo que destaca la importancia de la inteligencia artificial en la esfera jurídica (Suárez *et al.*, 2023, pp. 16-17).

De otro lado, aún existe cierta resistencia en el uso de la IA en el sistema judicial, puesto que no se ha explorado la posibilidad de utilizar sistemas de IA para la evaluación y la argumentación de pruebas en los tribunales. En efecto, la IA podría contribuir a ofrecer resultados fundados en datos objetivos en concordancia con los medios de prueba empleados. Esto plantea un enfoque más sofisticado para la apreciación de pruebas, especialmente en jurisdicciones donde la valoración es discrecional. En un proceso penal basado en una concepción racionalista de la prueba, es imperativo proporcionar al juez las herramientas necesarias para que su análisis se sustente en gran medida en criterios objetivos y comprensibles, en lugar de conceptos generales que a menudo se ven oscurecidos por la inmediatez del contexto judicial (Simón, 2021, pp. 287-288).

5. ANÁLISIS DE LA LITERATURA

Tabla 1

Análisis de la prueba digital

Autor y año	Ideas principales	Aporte
Schumann (2021)	<ul style="list-style-type: none">La intangibilidad y la mediación de la prueba digital requiere procesos informáticos y dispositivos electrónicos para su obtención, su incorporación y su valoración.La opacidad y la manipulabilidad de la prueba digital dificultan el control y la contradicción de las autoridades y de las partes.La prueba digital puede contribuir a la eficacia, la rapidez y la transparencia del proceso penal, siempre que se garantice su calidad, su seguridad y su accesibilidad.	<p>Resalta la importancia de adoptar tecnologías y prácticas que aseguren la confiabilidad y la integridad de la evidencia digital, así como el acceso equitativo a esta para todas las partes.</p>
Xavier (2023)	<ul style="list-style-type: none">La obtención lícita de información digital, la autenticidad y la integridad de los datos, la cadena de custodia y la pericia informática son desafíos clave.Es necesario establecer criterios de confiabilidad científica, pertinencia procesal y respeto al debido proceso para dotar de eficacia probatoria a la prueba digital.Se debe fomentar la colaboración entre operadores jurídicos, expertos informáticos y organismos internacionales.	<p>Identifica los principales problemas relacionados con la prueba digital y la necesidad de una regulación adecuada que garantice los derechos fundamentales.</p>
Íñigo y Pérez (2019)	<ul style="list-style-type: none">La prueba digital debe cumplir con principios como legalidad, pertinencia, utilidad, contradicción, inmediación y libre valoración.Los jueces deben estar capacitados para evaluar la evidencia digital de manera justa e imparcial.La prueba digital puede tener valor probatorio completo o indiciario, y puede ser complementada con otros medios de prueba.	<p>Destaca la importancia de un enfoque integral en la recolección y la presentación de pruebas, que considere la diversidad de fuentes de evidencia y garantice la solidez del caso.</p>
Hernández (2019)	<ul style="list-style-type: none">La prueba digital debe obtenerse, conservarse y valorarse respetando los principios fundamentales y los derechos de los implicados.Se requiere la intervención de expertos peritos para garantizar la confiabilidad y la veracidad de la prueba digital.La prueba digital puede complementarse con herramientas de inteligencia artificial, siempre que se respeten los límites legales y éticos.	<p>Subraya la necesidad de una implementación cuidadosa y sistemática de tecnologías digitales y el uso de inteligencia artificial en el proceso penal.</p>
Goñi (2023)	<ul style="list-style-type: none">Acceso anticipado a la fuente de prueba digital y su aseguramiento en el orden jurisdiccional social.	<p>Destaca la importancia de garantizar la integridad y la confiabilidad de las pruebas digitales para su presentación en el tribunal.</p>
Molina (2019)	<ul style="list-style-type: none">La prueba digital debe respetar principios como licitud, lealtad, transparencia, proporcionalidad y calidad de los datos.La prueba digital obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser excluida, salvo que existan razones de interés público que la justifiquen.La violación de derechos fundamentales por prueba digital ilícita genera un derecho indemnizatorio automático.	<p>Destaca la importancia de garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en la obtención y el uso de la prueba digital.</p>

Tabla 2*La IA en el proceso penal*

Autor y año	Idea principal	Aporte
Goñi (2023)	La inteligencia artificial (IA) en el proceso penal plantea oportunidades y desafíos. Es necesario un marco jurídico claro y preciso que regule su uso, respetando los derechos fundamentales.	Destaca la importancia de establecer un marco jurídico específico y garantizar la calidad, la fiabilidad y la seguridad de los datos y los algoritmos utilizados en la prueba digital.
Molina (2019)	La prueba digital en el ámbito laboral plantea desafíos y oportunidades. Se propone una reforma legislativa para garantizar el acceso, la conservación y la autenticidad de la prueba digital.	Propone una regulación específica y adecuada para la prueba digital en el ámbito laboral, incluyendo la intervención de expertos en informática forense y criterios de proporcionalidad y transparencia en el uso de la inteligencia artificial.
Valero (2021)	La prueba digital debe respetar principios como transparencia, justificación y proporcionalidad. La prueba digital ilícita debe ser anulada y reparada.	Destaca la importancia de establecer un protocolo legal para asegurar la legalidad, la autenticidad y la aceptación científica y técnica de la prueba digital, así como la necesidad de anular y reparar la prueba digital ilícita.
Caterini (2022)	La inteligencia artificial puede mejorar la eficiencia y la precisión en la justicia penal, pero plantea riesgos para los derechos fundamentales. Es necesario establecer un marco jurídico y ético claro.	Enfatiza la importancia de establecer un marco normativo claro que regule el uso de la IA en el proceso penal, y que se asegure la transparencia, la rendición de cuentas y la supervisión adecuada de las decisiones basadas en la IA.
Vargas y Jaramillo (2022)	La inteligencia artificial puede ser una herramienta útil para asistir al juez en la valoración de la prueba digital, siempre que se respeten los principios del debido proceso.	Destaca la importancia de respetar los principios y las garantías del debido proceso al utilizar la inteligencia artificial en la valoración de la prueba digital.
Díaz (2019)	La prueba digital requiere criterios y estándares específicos para su incorporación y su valoración en los procesos judiciales. La inteligencia artificial busca emular capacidades cognitivas humanas.	Destaca la relevancia de establecer criterios claros y rigurosos para evaluar la fiabilidad científica, la transparencia, la explicabilidad y la responsabilidad de los algoritmos utilizados en la evidencia digital en procesos penales.
Merlo y Ulloa (2023)	La inteligencia artificial en la prueba digital transforma la manera en que se recopilan, se analizan y se presentan evidencias en el proceso penal. Plantea desafíos en términos de privacidad, seguridad y garantías procesales.	Destaca la importancia de establecer un marco jurídico y ético que garantice el uso adecuado y responsable de la inteligencia artificial en relación con la prueba digital, así como fomentar la cooperación y el diálogo entre los diferentes actores involucrados en el ámbito de los delitos informáticos.
Saca-Condo <i>et al.</i> (2023)	La prueba digital es clave en la investigación de delitos informáticos. Ecuador carece de una normativa específica para regularla. La inteligencia artificial puede facilitar la gestión y el análisis de la prueba digital.	Destaca la necesidad de una regulación adecuada para la prueba digital en el contexto de los delitos informáticos, así como el aprovechamiento de la inteligencia artificial para mejorar la calidad y la eficiencia de la justicia penal.

Tabla 3

Propuesta de protocolos para la recolección, la conservación y el análisis de pruebas digitales generadas por inteligencia artificial (IA)

Protocolo para la recolección de evidencias digitales con IA	Protocolo para la conservación de evidencias digitales con IA	Protocolo para el análisis de evidencias digitales con IA
<p>Identificación de evidencias relevantes</p> <ul style="list-style-type: none"> Utilizar algoritmos de IA para identificar y seleccionar automáticamente las evidencias digitales relevantes para el caso. 	<p>Almacenamiento seguro asistido por IA</p> <ul style="list-style-type: none"> Implementar sistemas de almacenamiento de seguros asistidos por IA para garantizar la integridad y la confidencialidad de las evidencias digitales. Utilizar técnicas de cifrado y control de acceso basadas en IA para proteger las evidencias contra alteraciones y accesos no autorizados. 	<p>Análisis forense con IA</p> <ul style="list-style-type: none"> Utilizar herramientas de IA para el análisis forense de las evidencias digitales, permitiendo una identificación más precisa de patrones y relaciones en los datos. Emplear algoritmos de aprendizaje automático para la detección de anomalías y la extracción de información relevante de las evidencias.
<p>Recolección asistida por IA</p> <ul style="list-style-type: none"> Implementar herramientas de IA para asistir en la recolección de evidencias digitales de manera automatizada y eficiente. Mantener supervisión humana durante el proceso de recolección para garantizar la integridad y la legalidad de las evidencias obtenidas. 	<p>Gestión de la cadena de custodia con IA</p> <ul style="list-style-type: none"> Utilizar IA para mantener un registro detallado de la cadena de custodia de las evidencias digitales, incluyendo todas las manipulaciones y las transferencias realizadas. Generar automáticamente informes de custodia que documentan cada etapa del proceso de conservación de las evidencias. 	<p>Validación de resultados por expertos humanos</p> <ul style="list-style-type: none"> Establecer un proceso de revisión y validación de los resultados obtenidos mediante IA por parte de expertos forenses humanos para garantizar su interpretación correcta y evitar sesgos.
<p>Preservación de la integridad de las evidencias</p> <ul style="list-style-type: none"> Aplicar técnicas de IA para asegurar la integridad y la autenticidad de las evidencias digitales recopiladas, como el uso de algoritmos hash. Documentar detalladamente el lugar y el momento de la recolección. Utilizar herramientas forenses especializadas para preservar la integridad de los datos. 	<p>Detección de alteraciones con IA</p> <ul style="list-style-type: none"> Emplear algoritmos de IA para detectar posibles alteraciones o manipulaciones de las evidencias digitales durante su conservación. Implementar sistemas de alerta temprana que notifiquen cualquier cambio o acceso no autorizado a las evidencias. 	<p>Registro de procesos y decisiones de la IA</p> <ul style="list-style-type: none"> Documentar detalladamente los procesos realizados por la IA en la recolección y el análisis de evidencias digitales, incluyendo los criterios utilizados y las decisiones tomadas. Registrar la participación de la IA en el proceso de recolección y el análisis de evidencias para garantizar la transparencia y la trazabilidad de las acciones realizadas. <p>Validación cruzada</p> <ul style="list-style-type: none"> Realizar pruebas de validación cruzada para verificar la consistencia y la fiabilidad de los resultados obtenidos mediante IA en el análisis de evidencias digitales. Comparar los resultados automatizados con análisis manuales realizados por expertos forenses para corroborar la precisión de la IA. <p>Actualización continua de modelos de IA</p> <ul style="list-style-type: none"> Implementar un sistema de retroalimentación para mejorar los modelos de IA utilizados en el análisis de evidencias digitales, mediante la incorporación de nuevos datos y el ajuste de parámetros según sea necesario. Mantener una actualización periódica de los algoritmos de IA para garantizar su eficacia y su adaptabilidad a los cambios en el entorno forense digital.

6. CONCLUSIONES

La introducción de la inteligencia artificial en el ámbito judicial representa una evolución significativa en la forma en que se manejan las pruebas digitales, pues agiliza los procedimientos y mejora la calidad de las decisiones judiciales. La eficiencia y la confiabilidad mejoradas de las pruebas a través de la inteligencia digital pueden fortalecer la administración de justicia y garantizar un proceso más justo y transparente.

La prueba digital se posiciona como un elemento central en el proceso penal y es fundamental para respaldar cada hecho alegado durante el juicio; en efecto, garantizar la autenticidad, la integridad y la veracidad de las pruebas digitales es esencial para asegurar un proceso judicial justo y basado en evidencias sólidas. El acceso a grandes cantidades de información a través de herramientas como la inteligencia artificial puede ser crucial para resolver dudas sobre la culpabilidad o la inocencia de un acusado, y se convierte en un valioso recurso para fortalecer la sana crítica judicial. Asimismo, su uso eficiente y ético es fundamental para garantizar la justicia y la protección de los derechos fundamentales. Por ello, la posible implementación de un protocolo específico para la recolección, la conservación y el análisis de pruebas digitales con el uso de inteligencia artificial puede optimizar los procedimientos y garantizar la integridad de la evidencia.

Es crucial garantizar la protección de los derechos fundamentales, la privacidad y la seguridad de las partes involucradas en el proceso penal. Por ello, la necesidad de regular el uso de la inteligencia artificial en el ámbito judicial se vuelve imperativa para asegurar su aplicación ética y legal, a fin de evitar posibles violaciones del debido proceso y garantizar la transparencia y la equidad en los juicios.

De otro lado, es imperativo definir estándares (protocolos) claros de admisibilidad para las pruebas digitales obtenidas con inteligencia artificial, adaptados a nuestra realidad y en línea con las recomendaciones internacionales. Estos estándares deben garantizar la validez, la integridad y la relevancia de las pruebas digitales procesadas con IA, así como asegurar su aceptación en los procedimientos judiciales. Igualmente, deben implementarse medidas específicas para garantizar la integridad

y la autenticidad de las pruebas digitales durante su recolección, su conservación y su análisis con inteligencia artificial. Esto incluye el establecimiento de protocolos de cadena de custodia digital, la verificación por peritos especializados y el uso de herramientas tecnológicas seguras que preservan la autenticidad de las evidencias.

REFERENCIAS

- Ahmad, F. M. (2021). Electronic evidence and its authenticity in forensic evidence. *Moussa Egyptian Journal of Forensic Sciences*, (11), 1-10. <https://doi.org/10.1186/s41935-021-00234-6>
- Calderón-Ortega, M. A. y Cueto, C. A. (2022). Prueba por inteligencia artificial: una propuesta de producción probatoria desde el dictamen pericial científico en Colombia. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 22(42), e20220106. <https://doi.org/10.22518/jour.ccsch/20220106>
- Cano, J. J., Miranda, J. D. y Pinzón, S. (2020). Inteligencia artificial aplicada al análisis forense digital: una revisión preliminar. En V. Gauthier, R. A. Méndez, J. Cano, J. Ramió y L. E. Sánchez (eds.), *Seguridad Informática. X Congreso Iberoamericano, CIBSI 2020* (pp. 19-37). Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/si9789587844337.02>
- Castellano, P. S. (2021). Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control. *THĒMIS Revista de Derecho* (79) 283-297. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.015>
- Caterini, M. (2022). El sistema penal en la encrucijada ante el reto de la inteligencia artificial. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, (35), 1-19. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i35.392754>
- Corvalán, J. G. (2018). Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades. Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 295-316. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55334>
- Díaz, J. A. (2019). Incorporación de la prueba cibernética e informática: electrónica y digital. *Iudicium: Revista de Derecho Procesal*, (7), 13-30.

- Ferrario, A., Loi, M. y Viganò, E. (2020). In AI we trust incrementally: A multi-layer model of trust to analyze human-artificial intelligence interactions. *Philosophy & Technology*, 33, 523-539. <https://doi.org/10.1007/s13347-019-00378-3>
- Gómez, M. del M., Bazzani, V. y Londoño, P. V. (2023). *La inteligencia artificial como medio de prueba: retos para su trámite y contradicción* [Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana]. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/65686>
- Goñi, A. (2023). El acceso anticipado a la fuente de prueba digital y su aseguramiento en el orden jurisdiccional social. *Revista Justicia & Trabajo*, (3), 101-119. <https://doi.org/10.69592/2952-1955-N3-DICIEMBRE-2023-ART5>
- Hernández, M. (2019). Inteligencia artificial y derecho penal. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (10), 792-843.
- Herreros, M. A. (2022). Breves consideraciones de la prueba digital en la LRJS. *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, (1), 364-381.
- Iñigo, M. B. y Pérez, M. J. (2019). La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados. *Revista de Derecho UNED*, (25), 531-561. <https://doi.org/10.5944/rduned.25.2019.27013>
- Lewulis, L. (2022). Collecting digital evidence from online sources: deficiencies in current Polish criminal law. *Criminal Law Forum*, (33), 39-62. <https://doi.org/10.1007/s10609-021-09430-4>
- Loo, J. y Findlay, M. (2022). Digitised justice: the new two tiers? *Criminal Law Forum*, 33, 1-38. <https://doi.org/10.1007/s10609-022-09431-x>
- López, Z. A. (2023). Validez jurídica de la prueba digital en Guatemala. *Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI*, 7(2), 203-214. <https://doi.org/10.36314/cunori.v7i2.238>
- Maiguel, C. A. (2022). Cláusula de exclusión de pruebas y verdad judicial en manos de la inteligencia artificial. *Advocatus*, 19(37), 29-41. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.37.8165>

- Merlo, G. y Ulloa, J. R. (2023). Inteligencia artificial. Su impacto en la justicia penal y en las ciencias forenses: desafíos y oportunidades. *Revista Pensamiento Penal*, (475), 1-11.
- Molina, C. (2019). Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (150), 331-354.
- Muñoz, A. B. (2020). El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36), 695-728. <https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.695>
- Pérez, M. J. (2021). La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(2), 1385-1410. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.505>
- Pineda, J. S. (2021). Garantías procesales en la aplicación de la inteligencia artificial y el Big Data en el estándar de la prueba penal. *Revista CES Derecho*, 12(1), 108-125. <https://doi.org/10.21615/cesder.12.1.6>
- Puetate, J. M., Coka, D. F. y Méndez, C. M. (2021). La prueba digital en procesos judiciales aplicables al Código Orgánico General de Procesos (COGEP), a partir de la pandemia COVID-19. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, (8), 1-22. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2696>
- Rodríguez, M. (2018). *La prueba digital en el proceso penal* [Tesis de maestría, Universidad de La Laguna]. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/7290/LA%20PRUEBA%20DIGITAL%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Saca-Condo, H. D., Marquez-Barreto, A. I. y Arciniegas-Castro, C. L. (2023). La inviabilidad de la prueba digital por falta de regulación en los delitos informáticos. *593 Digital Publisher CEIT*, 8(4), 21-34. <https://doi.org/10.33386/593dp.2023.4.1887>
- Schumann, G. (2021). La inteligencia artificial aplicada al proceso penal desde la perspectiva de la UE. En S. Pereira y F. Ordóñez (dirs.), *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos* (pp. 517-539). Aranzadi.

- Simón, P. S. (2021). Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control. *THĒMIS Revista de Derecho*, (79), 283-297. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.015>
- Spositto, O., Ledesma, V., Procopio, G., García, S., Conti, L., Frega, G. y Pérez Villar, G. (2021). Inteligencia artificial. Un ejemplo de su aplicación práctica: experticia. *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (11), 33-50. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8397894>
- Suárez, W. Y., León, G. I. de y Monsalve, J. J. (2023). Un análisis sobre la aplicabilidad de la inteligencia artificial en el derecho colombiano. *Revista Prolegómenos*, 26(52), 11-23. <https://doi.org/10.18359/prole.5625>
- Turiel, A. y Mata, M. T. (2020). La prueba digital en el ordenamiento tributario. *Nueva Fiscalidad*, (1), 107-147.
- Valero, C. D. (2021). Derecho e inteligencia artificial en el mundo de hoy: escenarios internacionales y los desafíos que representan para el Perú. *THĒMIS Revista de Derecho*, (79), 311-322.
- Vargas, O. y Jaramillo, A. F. (2022). Evidentiary reasoning and artificial intelligence in the assessment of the judicial proof. *Opinión Jurídica*, 21(46), 1-25.
- Xavier, T. F. (2023). Inteligencia artificial y responsabilidad penal de personas jurídicas: un análisis de sus aspectos materiales y procesales. *Estudios Penales y Criminológicos*, 44, 1-39. <https://doi.org/10.15304/epc.44.8902>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Acopio, análisis, redacción y revisión del trabajo; aprobación final de la versión que se publicará.

Biografía del autor

Denis Adan Aguilar Cabrera es abogado por la Universidad San Pedro (Chimbote), ha concluido sus estudios de maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es autor de los libros *Derecho penal en la sociedad del riesgo. Sobre la discusión en torno al derecho penal del enemigo y derecho penal funcional* (2014) y *La insostenible inseguridad en el derecho penal de excepción. Fundamentos de legitimidad* (2019); de igual modo, es autor de varios artículos publicados en revistas indexadas. Ha sido, asimismo, docente universitario y funcionario público.

Correspondencia

denis.aguilar@unmsm.edu.pe



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

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 499-524

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i22.1015

La aplicación de la inteligencia artificial en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales

The application of artificial intelligence in constitutional processes for the protection of fundamental rights

A aplicação da inteligência artificial nos processos constitucionais de proteção de direitos fundamentais

JHONNY HERNÁN TUPAYACHI SOTOMAYOR

Universidad de San Martín de Porres

(Lima, Perú)

Contacto: jtupayachis@usmp.pe

<https://orcid.org/0000-0002-2012-6271>

RESUMEN

En el presente artículo se busca hacer una reflexión en razón a la implementación de la inteligencia artificial en los procesos constitucionales, en específico a los procesos de amparo y *habeas corpus* contra resoluciones judiciales, y con ello, la aporía que significaría tal fin, en la medida que en la actualidad resulta una tarea compleja para los accionantes la determinación de la afectación a los derechos fundamentales en su contenido constitucionalmente protegido en los procesos judiciales ordinarios. Ello supone que dichos procesos al ser constitucionalizados no lleguen a merecer una sentencia fundada, pues en muchos de los casos la improcedencia se convierte en un factor determinante. Bajo tal perspectiva, es interesante preguntarnos ¿sería efectiva la implementación de la inteligencia artificial para la resolución de los procesos constitucionales

que cuestionen resoluciones judiciales, desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales y la tutela procesal efectiva? Responder dicha pregunta supone poner de manifiesto la relación entre el derecho y la inteligencia artificial (IA) e identificar los problemas en los procesos constitucionales señalados a efectos de verificar si la IA se convierte en la respuesta al problema existente.

Palabras clave: inteligencia artificial; derechos fundamentales; procesos constitucionales; procesos de tutela de derechos; Poder Judicial.

Términos de indización: inteligencia artificial; derechos humanos; procedimiento legal; derecho a la justicia; administración de justicia (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

This article aims to reflect on the implementation of artificial intelligence in constitutional processes, specifically in amparo and *habeas corpus* proceedings against judicial rulings, and the aporia that such an approach would entail, given that it is currently a complex task for claimants to determine the violation of constitutionally protected fundamental rights within ordinary judicial processes. This implies that when such processes are constitutionalized, they may fail to merit a substantiated judgment, as inadmissibility often becomes a decisive factor. From this perspective, an intriguing question arises: Would the implementation of artificial intelligence be effective in resolving constitutional processes that challenge judicial decisions, particularly from the standpoint of protecting fundamental rights and ensuring effective procedural safeguards? Answering this question requires examining the relationship between law and artificial intelligence (AI) and identifying the issues within the mentioned constitutional processes to assess whether AI could provide a solution to the existing problem.

Key words: artificial intelligence; fundamental rights; constitutional processes; rights protection processes; Judiciary.

Indexing terms: artificial intelligence; human rights; legal procedure; right to justice; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O presente artigo busca refletir sobre a implementação da inteligência artificial nos processos constitucionais, especificamente os processos de amparo e *habeas corpus* contra decisões judiciais, e com isso, a aporia que esse fim significaria, na medida em que na atualidade é tarefa complexa para os autores determinar a efetivação dos direitos fundamentais em seu conteúdo constitucionalmente protegido nos processos judiciais ordinários. Isso significa que esses processos, quando constitucionalizados, não merecem uma sentença fundamentada, uma vez que em muitos casos a inadmissibilidade se torna um fator determinante. Nessa perspectiva, é interessante nos perguntarmos se a implementação da inteligência artificial seria efetiva para a resolução de processos constitucionais que questionam decisões judiciais, sob a ótica da defesa dos direitos fundamentais e da efetiva proteção processual? Responder a essa pergunta significa destacar a relação entre o direito e a inteligência artificial (IA) e identificar os problemas nos processos constitucionais indicados para verificar se a IA se torna a resposta para o problema existente.

Palavras-chave: inteligência artificial; direitos fundamentais; processos constitucionais; processos de proteção de direitos; Judiciário.

Termos de indexação: inteligência artificial; direitos humanos; procedimentos legais; direito à justiça; administração da justiça (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 1/7/2024

Revisado: 19/9/2024

Aceptado: 5/12/2024

Publicado en Línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos de amparo y *habeas corpus* contra resolución judicial se han convertido hoy en día en aquellos que enervan la celeridad y la eficacia de los procesos constitucionales, no solo por la cantidad de procesos que se generan anualmente, sino también por el alto grado de improcedencia que merecen. Ello no se materializa solamente en sede judicial, sino

que se ve refrendado en sede constitucional, cuando el propio Tribunal Constitucional desestima los recursos de agravio en forma indirecta con la no admisión de estos o al declarar improcedentes los recursos admitidos; son muy pocos aquellos que tienen pronunciamiento de fondo, ya sea declarando fundada o infundada la pretensión.

La improcedencia de los procesos constitucionales que cuestionan resoluciones judiciales tiene como principal causal la poca calidad postulatoria de las demandas incoadas, dentro de ello la poca capacidad de identificar la afectación al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales invocados y el marco legal procesal constitucional vigente que hoy en día se ha convertido en un factor determinante para evitar un adecuado fin concreto de dichos procesos. Actualmente, lejos de la dogmática constitucional en donde se busca construir y deconstruir posiciones en razón a la lesión de derechos de connotación procesal, se tiene como objetivo la reducción de la carga procesal, en la medida del cumplimiento de metas y de la celeridad procesal.

El cambio de diversos artículos del Código Procesal Constitucional original (Ley n.º 28237) y la expedición del mal llamado nuevo Código Procesal Constitucional (Ley n.º 31307) han generado diversos cambios en el ámbito procesal constitucional, que en muchos de los casos han afectado la defensa jurídica del Estado. Ello en la medida que la redacción del cuerpo procesal constitucional vigente está enfocada en forma desequilibrada en los beneficiarios cuando la contraparte es el Estado. Esto último se ve complementado al recurrir a los procesos constitucionales en forma indiscriminada gracias a la implementación de un proceso de «puertas abiertas» y de aglutinación de resoluciones judiciales, a causa de la nueva modalidad de proceso de amparo contra resoluciones judiciales, donde «se modificó las instancias de competencia» sin ningún criterio técnico.

Si bien el panorama es claro desde el punto de vista procesal y sobre ello nos hemos pronunciado en ensayos precedentes, el cuestionamiento que se plasmará en el presente artículo es si la implementación de la inteligencia artificial tendría repercusión en el trámite y la resolución de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, si el

empoderamiento tecnológico en la administración de justicia es la respuesta para la defensa de los derechos fundamentales y si esta responde a la necesidad de rediseñar el proceso y el aparato jurisdiccional en aras de una verdadera tutela procesal efectiva. Lo mencionado obliga a reflexionar respecto a si la discrecionalidad propia del juez que administra justicia constitucional puede automatizarse basándose en parámetros rígidos programados, que impliquen una configuración de valoración y, por ende, un resultado en favor de la protección de los derechos fundamentales.

2. DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Es imposible negar que vivimos en una sociedad tecnificada en la que el uso de la tecnología se ha convertido en un complemento de vida, desde lo más sencillo como es un computador hasta lo más complejo con el uso de sistemas operativos y aplicaciones en el quehacer personal y laboral que son tan comunes que hacen imperceptible su extraordinariedad. Sin embargo, pensar en la implementación de la inteligencia artificial como un medio para iniciar, encausar, tramitar y resolver procesos judiciales y sobre todo procesos constitucionales, nos hace imaginar la referencia de robots inteligentes capaces de elaborar demandas, resoluciones y sentencias, simulando así el comportamiento humano y reemplazando en su totalidad la cualidad cognitiva del derecho y su aplicación al caso en concreto.

Para la International Business Machines Corporation (IBM, s. f.), «la inteligencia artificial, o IA, es tecnología que permite que las computadoras simulen la inteligencia y las capacidades humanas de resolución de problemas» (párr. 1). En tal sentido, la IA implica el desarrollo de múltiples algoritmos modelados en razón a la «toma de decisiones del cerebro humano, que pueden “aprender” de los datos disponibles y realizar clasificaciones o predicciones cada vez más precisas con el tiempo» (IBM, s. f., párr. 3), conforme lo establece esta empresa de orden mundial. Existen múltiples definiciones que van cambiando según los alcances que va consiguiendo la IA; por ello, determinar una apropiada definición es una tarea compleja, pero podríamos aseverar que se refiere a

la ciencia de recrear la inteligencia humana a través de la tecnología, a través de dispositivos que, siguiendo la evolución de su programación, imitan la inteligencia humana y tienen la capacidad de solucionar situaciones de razonamiento complejo o de deducción taxativa, basándose en la información proporcionada fundamentada en la experiencia acumulada en circunstancias parecidas. Esto implica la generación de deducciones racionales abstractas y concretas en la respuesta proporcionada por la inteligencia artificial, superando así a lo resuelto por el ser humano.

Si llevamos la conceptualización bosquejada al ámbito del derecho, podríamos suponer la existencia de una máquina que se encargue de formular demandas y otra que desarrolle el trámite procesal, expida resoluciones de gestión de proceso y finalmente emita sentencia. Lo señalado nos obligaría a preguntarnos si el derecho se encuentra preparado para ya no solo cuestionar teorías o concretizarlas, sino que mediante la IA puedan resolverse conflictos de orden legal. ¿El derecho está listo para ello?, ¿nuestra implementación procesal y normativa nacional se encuentra preparada? Es innegable el avance de la tecnología y es injustificable rehusarse a utilizarla, pero llevarla a la administración de justicia es una tarea compleja, más aún, tratar de dirigirla como un mecanismo necesario de implementación en el desarrollo o la evolución de dicha tarea.

La relación entre derecho y tecnología se ha hecho cada vez más frecuente y necesaria, es muy antigua (Casanovas, 2015), desde la incorporación de las computadoras y por ende las bases de datos, la implementación de mecanismos electromagnéticos de ordenamiento procesal en el trámite (casillas, notificaciones electrónicas, salas de audiencias, etc.) de procesos judiciales obliga a reconocer tal vinculación, conforme lo señaló oportunamente Richard Susskind (1996) cuando distinguió la «subestructura informacional» de un proceso judicial y estableció que este comprende: (a) oralidad; (b) escritura; (c) imprenta; y (d) tecnología de la información, todas ellas condiciones que han merecido la implementación de mecanismos tecnológicos para hacer efectiva la administración de justicia. En el año 2021, el Poder Judicial del Perú mediante un acuerdo aprobado por el Consejo Ejecutivo aprobó el plan

para implementar un proyecto denominado Tucuy Ricuy, que implicaba la aplicación de un *software* jurídico con la finalidad de reducir de manera efectiva la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar a través de la automatización y la innovación tecnológica empleando la inteligencia artificial.

La relación entre derecho y tecnología en nuestros días es recíproca, la implementación de la IA en la administración de justicia también involucra el cumplimiento de un mandato constitucional. Ello se advierte de la necesidad de cumplir con principios constitucionales, como el acceso a la tutela procesal efectiva y la celeridad procesal. Para tal caso, podemos traer a cuenta la reseña comparada del trabajo presentado por Wilson Suárez Manrique y Georgina De León Vargas (2018), para cuyo efecto consignamos la siguiente cita:

El sistema Tuomas de Finlandia «contiene de manera virtual toda la información importante respecto a cada acción o causa ingresada al tribunal». Holanda ha sido un líder en el uso interno de tecnologías para brindar apoyo a la administración del tribunal y a jueces, y para el intercambio de información entre los tribunales y el público general. En Portugal «H@bilus» permite que el flujo del procedimiento judicial esté cubierto por aplicaciones informáticas; todas las notificaciones se hacen de forma electrónica y los operadores cuentan con una zona dedicada a las notificaciones recibidas en sus procesos con alertas automáticas. En Israel el NGCS es una red en la que se cargan los documentos y comunicaciones judiciales mediante un sistema de ingreso electrónico con el objeto de mejorar la eficiencia del sistema judicial. En Inglaterra el sistema XHIBIT permite la coordinación entre los diversos actores que lo componen, haciéndolo más rápido en el flujo de información esencial producida en la audiencia. (p. 77)

Ciertamente, la existencia de la experiencia comparada nos permite identificar finalidades que han sido parte de la implementación de las IA en la administración de justicia. Por un lado, podemos encontrar aquella tecnología que ha servido como mecanismo para un mejor

acceso a la justicia y trámite de esta; y, por otro lado, para mejorar el desempeño de las instituciones en su administración interna. Si bien es cierto no podemos negar dichos avances, estos han sido fruto de situaciones que en muchos de los casos no respondieron a una valoración de los fines y los beneficios de la tecnología, sino a la obligación que impone el avance de la modernidad o de situaciones extremas que forzaron la implementación de tecnología para adecuarse a esta. En el primer caso, el cambio del milenio y los beneficios de la tecnificación laboral se convirtieron en un argumento que venció la reticencia tecnológica de aquellos servidores acostumbrados al trabajo manual; y, por otro lado, la pandemia de la COVID-19 llevó a que el Poder Judicial pusiera en funcionamiento de forma urgente un proceso judicial virtual, lo que no solo supuso la digitalización de los expedientes y la documentación concerniente a su trámite, sino también el recurrir al ámbito virtual para el desarrollo de actuaciones procesales, se venció así la concepción clásica y restringida del principio de inmediación procesal. El cambio en la percepción del derecho y la tecnología hoy en día no solo conlleva la apreciación efectiva de la norma escrita, sino que involucra un cambio mental en la aplicación y el impacto de la IA en la aplicación del derecho y como medio orientador en el ejercicio de la profesión.

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como hemos citado en el punto precedente, la inteligencia artificial utilizada en la administración de justicia se ha dado inicialmente en la creación de bases de datos. Si bien el SPIJ, Compuleg u otros servicios informáticos prestados por servidores privados han sido implementados desde hace muchos años para el servicio de la administración de justicia, estos han cumplido un rol de acceso, suministro o almacenamiento de información, pero no necesariamente como IA específica en la administración de justicia.

La tarea real de implementar modernidad tecnológica en la administración de justicia involucra la aplicación de la IA y el *big data* como herramientas judiciales en un primer paso. Este último implica la identificación de aquellos macrodatos existentes que son organizados y que

generan la acumulación masiva de datos, así como los procedimientos que se utilizan para reconocer patrones frecuentes dentro de esos datos que superan los límites y las capacidades de ser tratados de modo habitual. El uso del *big data* conlleva a optimizar resultados considerando aquellos beneficios que implica su empleo por encima de aplicaciones analíticas y de gestión tradicional, ello por las 3 v (velocidad, volumen y variedad) conforme lo estableció Doug Laney en el año 2001.

Con la implementación de un *big data* adecuado por una institución (Poder Judicial) es posible que los usuarios puedan encontrar en la jurisprudencia recogida y sistematizada la respuesta al problema planteado, y así puedan identificar una línea jurisprudencial que les permita sustentar adecuadamente su demanda o recurso impugnatorio. Para tal caso, la tratativa de los datos y su selección diferencia el *big data* como base de programación de una IA de aquella que simplemente cumple un rol de base sistematizada jurisprudencial.

Son muchos los países que recurren a la IA para administrar justicia, pero desde la perspectiva de configurar algoritmos que permitan prever conductas que puedan ser judicializadas y estas sean pasibles de decisiones judiciales. Si bien existen casos que pueden ser programados mediante algoritmos, estos tienen que basarse en condiciones de taxatividad expresa; la IA no es útil para todos los casos, ello porque no existe la garantía de fiabilidad, sesgo o desigualdad que pueda generarse por los algoritmos utilizados y que siguen siendo de potestad humana. Sistemas como Compas o Harmony son usados para predecir la reincidencia o el riesgo para la comisión de un delito en los Estados Unidos y el Reino Unido; RisCanvi busca analizar condiciones para el otorgamiento de beneficios penitenciarios y es empleado en España; Case Law Analytics requiere modelos matemáticos y una vasta información condensada (*big data*) a efectos de proporcionar al abogado la posibilidad de anticipar decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el Tribunal de Internet es utilizado en China, este almacena los datos y con ello la IA emite decisiones supervisadas por un juez que la controla, este puede apartarse de la decisión emitida por la IA, pero debe justificar ello, entre otros casos (Castope, 2023).

Indistintamente de cuál sea el modelo o la experiencia comparada que se quiera citar, es innegable que la IA es de utilidad para casos específicos y de configuración estándar, repetitivos y de poca complejidad, que al ser analizados baste un *big data* para determinar una decisión sobre estos. Es obvio que los casos complejos requieren de condiciones que aún la IA no puede suplir, pero también es importante desentrañar la importancia de las condiciones humanas que permitan la resolución de dichos casos. La creencia de estandarizar y sistematizar jurisprudencia y marcos teóricos del derecho no necesariamente hace que la aplicación de la IA sea infalible en la administración de justicia, y muy al contrario de lo señalado por Guastini (2018):

el derecho es un discurso, una secuencia de enunciados. Un enunciado a su vez es una secuencia de palabras dotada de forma sintáctica y sentido completo. Los enunciados de los cuales está compuesto el Derecho son enunciados de un lenguaje normativo o preceptivo o, dicho de otra manera, directivo. (pp. 27-28)

Es indeterminable la potestad de humana de analizar aquellas situaciones enmarcadas en derecho que requieran de cierta sensibilidad humana que permita una decisión motivada y llena de humanidad, como lo señaló en su momento Luis Recasens Siches (2003).

Si bien Guastini le da a las palabras un efecto causalista en la toma de decisiones como elemento propio de la lógica jurídica, esto no puede llevarse en forma exegética y rígida al momento de expedir una resolución judicial. Ello porque existen factores externos ajurídicos que influyen en el juzgador, tales como la situación política, el contexto social, la ética del juzgador y otros elementos, que si bien pueden ser cuestionados como indebidos, ciertamente son parte de la lógica humana, puesto que de no ser así, estaríamos automatizando al juez en su rol y regresaríamos al recordado «boca de la ley». Esto último es aquello que un algoritmo no puede contemplar ni mucho menos emular pese a la programación que quiera dársele, considerando que el razonamiento y la lógica empleada por el juez no solo es formal (jurídica), sino que también es racional (valoración de hechos).

Elementos adicionales que deben tomarse en cuenta al momento de emitir sentencias con la IA son la formación y el perfil profesional de los operadores del derecho, esta situación debe ser considerada, pues si la IA establece un algoritmo de análisis de casos y resolución de estos, no solo debe basarse en el marco normativo imperante al momento de resolver. Un factor complejo por considerar en el algoritmo es la forma en que se formula la pretensión del accionante, que puede conllevar un debate teórico o un cuestionamiento jurisprudencial. En ambos casos, la formación de abogado o el perfil profesional es relevante en la medida que pueda establecerse un contenido homogéneo al plantear un problema jurídico y que este pueda ser leído, analizado y resuelto por la IA. Esta circunstancia en la realidad es una condición compleja y diversa, dados los déficits de formación teórica en las escuelas de Derecho y el limitado conocimiento jurisprudencial del abogado, lo cual ocasionaría que por algoritmo programado —y en ausencia de la racionalidad humana— las pretensiones en rígida lectura del cumplimiento de la ley sean desestimadas.

En un sistema de administración de justicia basado en jurisprudencia, por ejemplo, en Estados Unidos, donde se ha implementado la IA para resolver casos, resaltamos el *software* Ross, cuyo sistema permite absolver consultas al nivel de un abogado y analiza resoluciones a fin de establecer una estrategia legal. Si bien Ross se contrató para temas de orden fiscal, esto parte de un algoritmo que contempla la existencia de una norma y hechos taxativamente determinados, es decir, frente al incumplimiento de una obligación deviene una sanción, decisión motivada en una resolución. El trabajo de la IA es determinar la concreción de los hechos en el ámbito normativo y por ende la correspondiente sanción.

La experiencia peruana en el uso de la IA tiene como muestra al asistente virtual Amauta Pro, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con el cual se implementó un sistema que recoge la data documental obrante en el Expediente Judicial Electrónico (EJE) del Poder Judicial. En este caso, el algoritmo recoge la información obrante en el expediente remitido por la Policía Nacional del Perú y permite editarla, lo cual hace posible seleccionar, editar y mejorar la redacción del texto

para que sirva de insumo para elaborar proyectos de resolución. Como informó el presidente de dicha sede judicial, la base de datos del EJE y la Plataforma de Interoperabilidad del Estado (PIDE) se interconectan y permiten extraer los párrafos y los datos necesarios que integrados consolidan las plantillas de resoluciones estandarizadas, sobre todo en casos donde se conceden medidas de protección para las mujeres y los integrantes del grupo familiar en riesgo de violencia.

4. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS

4.1. Situación procesal en materia constitucional y derechos fundamentales

La primacía de la Constitución en un Estado constitucional de derecho pone de manifiesto el imperio del texto constitucional y los principios que ella comprende en el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, la valoración del texto constitucional hoy en día comprende que no sea considerado un mero cuerpo político, sino que se consolide como una carta fundamental de principios, derechos y garantías, que sumado al alto contenido valorativo que encierra, le otorga una condición adicional al valor normativo que tiene. La percepción de la Constitución hoy genera que se le atribuya un fin circunscrito en el desarrollo de la persona a través de limitantes de orden valorativo al poder político, en la medida que prioriza a la persona como el fin supremo de protección del Estado. Esto implica el reconocimiento de los derechos fundamentales, así como también la exigencia del cumplimiento de su protección, lo cual hace que las exigencias formales y políticas convivan en forma efectiva y plena en la Constitución.

Si el contenido constitucional tiene como finalidad la protección de la persona, con mayor razón las normas de desarrollo constitucional deben estar orientadas a dicho fin, considerando que la Constitución no se somete a los fines o intereses del Estado, sino en relación con la protección de la persona como fin en sí mismo. En esa perspectiva podemos asumir que dentro de la Constitución se encuentra un contenido teleológico que está comprendido por el reconocimiento de derechos

(parte dogmática) y por otro de carácter instrumental u organizativo del Estado (contenido orgánico). La coexistencia de ambos contenidos constitucionales obliga a una conexión que repercuta en la protección de derechos fundamentales mediante garantías brindadas y reconocidas por la Constitución y que lleven a materializar dicha protección por los órganos constitucionales reconocidos por el Estado (Castillo, 2023).

La forma en que los Estados establecen los mecanismos de protección de los derechos fundamentales se materializa en el ámbito procesal de la Constitución; para tal caso, muchos Estados reconocen en sus constituciones mecanismos procesales o garantías, como es el caso peruano, donde el texto constitucional distingue cuatro garantías que se plasman en procesos constitucionales enmarcados y desarrollados en la norma procesal que es el Código Procesal Constitucional.

Si bien es cierto todos los códigos procesales tienen como base el cuerpo normativo procesal general (Código Procesal Civil), la justicia constitucional se convierte en la excepción a la regla, puesto que sus institutos procesales cuentan con una lectura distinta de las categorías clásicas que encontramos en el derecho procesal. Tal referencia encuentra sentido porque el derecho procesal constitucional en el ordenamiento jurídico peruano es un derecho constitucional concretizado; a diferencia de otros derechos procesales que encuentran su base en los valores y los principios inmersos en la teoría general del proceso, nuestro ordenamiento procesal se cimienta en la teoría constitucional y es una concretización de esta¹.

1 El Tribunal Constitucional establece un criterio de cómo debe percibirse el derecho constitucional concretizado:

el Código Procesal Constitucional tiene que ser entendido como un derecho constitucional concretizado. Esto es, al servicio de la «concretización» de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una «interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una interpretación del Código Procesal

En esa línea, desde la aparición del primer Código Procesal Constitucional en sede nacional, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de imponer su autonomía procesal, con lo cual no solo conduce la adopción de institutos procesales, sino que tiene potestad de crear jurisprudencia e «institutos procesales constitucionales» que vayan en sintonía de los fines de los procesos constitucionales existentes. Dicha «dictadura» constitucional ha sido bien recibida, en la medida que ha generado una clara diferencia de la justicia ordinaria, más aún porque refleja la relevancia de la protección de la persona y sus derechos por encima de la norma que muchas veces contraviene una lectura garantista.

La amenaza que enfrentan los cuerpos procesales no es tanto su inoperancia en la práctica procesal, ello es remediable con los procesos de adecuamiento *vacatio legis*, el peligro está en el activismo político del legislador, quien, en muchos de los casos, por populismo o desconocimiento, implementa cambios en los cuerpos procesales sin conocer la implicancia de estos en los procesos, este efecto es más gravoso cuando se trata de procesos de defensa de derechos fundamentales. Sobre ello cabe recordar el caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; si bien los extremos del caso citado y la sentencia que emite la Corte Interamericana se dan sobre una situación extrema, no podemos olvidar que en dicha sentencia la Corte resaltó que los Estados parte tienen la obligación de brindar recursos judiciales efectivos a quienes sean víctimas de transgresión de sus derechos humanos (art. 25), dichos recursos deben estar inmersos dentro de la protección del debido proceso (art. 8.1), a efectos de que los ciudadanos puedan ejercer con plenitud y resguardo los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4.2. Procesos constitucionales contra resoluciones judiciales

El cambio de diversos artículos del Código Procesal Constitucional original (Ley n.º 28237) y la expedición del nuevo Código Procesal

Constitucional desde la Constitución» (Häberle habla de una «interpretación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal —alemán— desde la Ley Fundamental». (Exp. n.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f. j. 15)

Constitucional (Ley n.º 31307) han generado diversos cambios en el ámbito procesal constitucional. Si bien es cierto, no se han dado modificaciones en la naturaleza de los procesos, se han cambiado algunas reglas procesales que afectan la defensa jurídica del Estado (entiéndase Poder Judicial), ello se justifica en la mayor protección de los derechos fundamentales. En los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, los beneficiarios recurren a estos en forma indiscriminada gracias a la implementación de un proceso de «puerta abierta» (eliminación de rechazo liminar) y de la congestión indiscriminada de procesos dentro de una nueva modalidad de proceso de amparo contra resoluciones judiciales, donde «se modificó la instancia de competencia» sin ningún criterio técnico. Esto ha ocasionado el incremento de demandas sin fundamento y que la respuesta del órgano jurisdiccional sea la improcedencia de estas (Tupayachi, 2022, p. 55).

Los efectos de la eliminación del rechazo liminar pueden verse materializados al momento de revisar los resultados que nos dan las estadísticas. No requiere mucha lógica suponer el incremento de la carga procesal en los juzgados constitucionales, ello por el uso indiscriminado y la apertura de los procesos constitucionales. Para tal efecto, en las líneas siguientes, recurriendo al Sistema Integrado Procesal (SIP) de la Procuraduría Pública del Poder Judicial (área Constitucional), procederemos a analizar el incremento de los procesos constitucionales de acción de amparo y *habeas corpus* contra resoluciones judiciales (CRJ), lo cual incrementará en forma adicional la carga procesal en los juzgados constitucionales.

Tabla 1

Demandas de amparo y habeas corpus CRJ presentadas por año

Proceso/Año	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Amparo	2716	2980	2791	1479	3361	4554	6298	7372
<i>Habeas corpus</i>	2628	2921	3251	3500	3887	5124	5167	4071
Total	5344	5901	6042	4979	7248	9678	11 465	11 443

Nota. Data actualizada al 30 de octubre de 2024.

Como puede apreciarse del cuadro precedente, el 2023 ha sido el año en el que se ha tenido mayor carga procesal en los procesos de amparo y *habeas corpus* contra resoluciones judiciales (CRJ), a diferencia de los últimos cinco años. Esto es algo preocupante considerando que la nueva norma procesal constitucional entró en vigencia recién a mitad del 2021.

Si ello no fuera suficiente, podemos ver en forma más exacta el incremento de las demandas de amparo y *habeas corpus* desde la medición por año contado desde la fecha de expedición de la Ley n.º 31307, conforme se observa:

Tabla 2

Demandas de amparo y habeas corpus CRJ por año de vigencia del CoProConst.

Proceso /Año	2017-2018	2018-2019	2019-2020	2020-2021	2021-2022	2022- 2023	2023- 2024
Amparo	2774	3092	2199	2418	4205	4165	7621
<i>Habeas corpus</i>	2541	3303	2985	3606	4992	3441	4268

Nota. Data actualizada al 30 de octubre de 2024.

El cuadro precedente debe leerse en el período de julio a julio. Llama nuestra atención que desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional el incremento de las demandas de *habeas corpus* es de 72.3 % más que las del período anterior, mientras que las demandas de amparo aumentaron en un 73.9 % en contraste con el año 2021. Estamos hablando de un total de 3476 procesos adicionales que ingresaron a la judicatura constitucional y sobre los cuales los jueces constitucionales tuvieron o tendrán que pronunciarse.

Los resultados expuestos en los cuadros nos llevan a preguntarnos: ¿cuántas de las demandas constitucionales presentadas realmente obtuvieron un pronunciamiento de fondo de parte de un juez constitucional?; y, por otra parte, ¿cuál es el principal factor que conduce a la improcedencia de las demandas constitucionales iniciadas?

Si bien el ánimo —más que la razón— del legislador para eliminar el rechazo liminar se justificó en la apertura de los procesos constitucionales para la salvaguarda de los derechos fundamentales y por ende

el garantizar un mayor acceso a la justicia constitucional, toda vez que en los últimos tiempos se ha podido observar una escasa o casi nula protección de los derechos fundamentales debido a que los jueces han exagerado su visión de los procesos constitucionales como supletorios. (Expediente n.º 00030-2021-PI/TC, f. 64)

Tal lectura no ha sido del todo cierta, en la medida que el problema no es la limitada accesibilidad a los procesos constitucionales, sino, por el contrario, la «calidad postulatoria de las demandas». Manifiesto ello en la inadecuada identificación del acto lesivo, la errada postulación de los derechos fundamentales afectados y la falta de determinación de la afectación al contenido constitucionalmente protegido; situación que ha venido dándose en los procesos existentes, lo que ha generado altos índices de sentencias con fallos que declaran improcedente o infundada la demanda, conforme puede verse:

Tabla 3

Sentencias de amparo CRJ (2023)

Sentencias	Fundada	Infundada/Improcidente	Total
1.ª instancia	118	2902	3020
2.ª instancia	13	1575	1588
Agravio constitucional	18	375	393
Total			5001

Nota. Data actualizada al 30 de mayo de 2024.

Tabla 4
Sentencias de habeas corpus CRJ (2023)

Sentencias	Fundada	Infundada/Improcedente	Total
1. ^a instancia	16	3761	3777
2. ^a instancia	14	1657	1671
Agravio constitucional	16	342	358
Total			5806

Nota. Data actualizada al 30 de mayo de 2024.

Como es apreciable de los cuadros precedentes, la gran cantidad de rechazos *in limine* y sentencias infundadas de las demandas constitucionales no son producto de un mero capricho judicial por no asumir carga procesal, sino que tal decisión se ve confirmada en segunda instancia, con lo cual se cumple con la garantía de revisión en instancia superior imparcial. En tal sentido, consideramos que el ánimo del legislador queda solo en una buena intención, pero no implica una decisión técnico-jurídica, dado que no se avizoró el problema en forma real.

El problema ocasionado por la eliminación del rechazo liminar también alcanza al Tribunal Constitucional, que reconoció en la STC n.^o 00030-2021-PI/TC, lo siguiente:

198. Si a este incremento se suma la necesidad evidente de tiempo, medios técnicos y personal que hay que dedicar a las audiencias públicas con informe oral, se genera una sobrecarga de casos pendientes por resolver, menoscabando no solo el derecho de tutela judicial efectiva de un amplio sector de justiciables, sino la propia legitimidad institucional del Tribunal Constitucional. Así, al 20 de enero de 2023, conforme a las estadísticas sobre la actividad del Tribunal Constitucional, **la cifra de expedientes pendientes de resolver es de 5310, que comprende procesos ingresados al Tribunal Constitucional desde el año 2015** [énfasis añadido].

199. De otro lado, la carga procesal prevista para el año 2023 será superior a los 10 000 expedientes. A los 5310 que se encuentran en trámite, se debe añadir los aproximadamente 5000 que ingresarán desde el 20 de enero hasta el 31 de diciembre de 2023. **Así, se prevé que, cuando menos, la carga procesal para el año 2023 será de 10 000 procesos** [énfasis añadido].

En la gráfica siguiente elaborada por el propio TC, se observa que el sistema de puerta abierta instaurado con el vigente Código Procesal solo ha servido para cargar a los órganos jurisdiccionales, y ha generado procesos en retardo y acumulativos que hoy significan 5310 causas pendientes de resolver.

Tabla 5

Expedientes pendientes de resolver en el TC

AÑO	TOTAL	PROCESOS DE TUTELA										PROCESOS ORGÁNICOS						
		AA			AC			HC			HD			Q				
		S1	S2	P	S1	S2	P	S1	S2	P	S1	S2	P	S1	S2	P	PLENO	
2015	1			1														
2016	1				1													
2017	4			1	3													
2018	20			7	10						2		1					
2019	44			5	11	23		1			1		1	1				
2020	32			1	1	12		1			5	3	6		2	1		
2021	331			43	78	106		2	3	1	19	6	35		4	4		
2022	4516			1054	1010	533		86	95	3	619	508	349		79	74		
2023	361			91	94	11		12	13		51	52	21		5	5		
TOTAL	5310			2900				192			1553		166		108		8	22

Fuente: STC Expediente n.º 00030-2021-AI/TC.

Como se advierte, la eficacia de la administración de justicia constitucional se ve comprometida por la alta carga procesal, ello implica que los fallos no sean oportunos en la inmediatez de su necesidad. Además, la carga innecesaria lleva a reflexionar en un mecanismo de doble filtro, uno de estos es la admisión de las demandas al inicio del proceso constitucional (retornar al rechazo liminar) por los jueces constitucionales, y posteriormente desarrollar un filtro más objetivo para el recurso de agravio constitucional (RAC) ejecutado por el Tribunal Constitucional, ello para la admisión de los fallos.

En ese orden de ideas, identificado el problema que se viene suscitando surge la pregunta: ¿puede ayudarnos la implementación de la inteligencia artificial en los procesos constitucionales? Sobre esta cuestión, es necesario identificar los escenarios que pueden generar filtros de selección de información mediante algoritmos y aquellos en los cuales pueda brindar celeridad al proceso y por ende al órgano jurisdiccional, ello comprende la valoración de los factores de viabilidad de que la IA pueda elaborar resoluciones de trámite y finales.

4.3. La implementación de la inteligencia artificial en los procesos constitucionales de tutela de derechos

El uso de la IA en el Perú no está regulado en marco normativo alguno, quizá ello responda a que no se han dado hechos o condiciones trascendentales que a la fecha impliquen su necesidad. Si bien se apunta la existencia de *softwares* que ayudan en múltiples tareas o los *big data*, no existe una IA que pueda reemplazar al aparato jurídico en su integridad, por los motivos expuestos precedentemente. No obstante, sí se pueden sustituir ciertas condiciones procesales que ayuden a acelerar el proceso y por ende generar una tutela procesal efectiva, sobre todo en los procesos constitucionales. Se hace interesante y apropiado analizar la procedencia de la IA en los procesos constitucionales, pues a diferencia de otro tipo de proceso, no existe valoración o actuación probatoria (salvo rarísima excepción), lo que indica que es un proceso de puro derecho y de valoración directa de las lesiones a derechos fundamentales.

Reemplazar al juez por la IA es una idea de larga data. Al respecto, Fernando de Trazegnies (2013) señala:

[podríamos] imaginar un sistema experto que, por sí solo, sin participación de juez alguno, emitiera una sentencia debidamente fundamentada en primera instancia. En una gran parte de los casos, esta opción adoptada por la inteligencia artificial sería difícilmente discutible [...].

Sin embargo, a nivel de las instancias superiores, las resoluciones en apelación o casación corresponderían necesariamente a jueces. (p. 129)

Si llevamos a la IA a un proceso constitucional CRJ podríamos utilizar el sistema de algoritmos en los siguientes casos:

- a) Analizar la pretensión (petitorio) de las demandas presentadas**, para identificar el objeto del proceso y por ende la determinación de alguna causal de improcedencia contemplada en el Código Procesal Constitucional. Para ello debe establecerse una fórmula de invocación de pretensión que identifique el acto lesivo, el derecho fundamental, la afectación al contenido constitucionalmente protegido y la pretensión reivindicadora. Dicha medida supone retomar el rechazo liminar.
- b) Emisión de auto admisorio y notificación a las partes**, considerando la legislación vigente, donde la admisión de las demandas es automática (salvo cuestiones formales), la IA puede elaborar la resolución correspondiente, establecer la fecha de audiencia única y generar el directorio correspondiente para el proceso de notificación a los demandados.
- c) Emisión de resoluciones y autos de impulso procesal**, como traslado de excepciones y contestación de demanda, requerimiento de documentos o actuados, elevación de autos a instancia superior, etc.

Lo que es difícil imaginar es que la IA pueda valorar ciertas condiciones que requieran un alto grado de discrecionalidad, por ejemplo, la procedencia de una medida cautelar en procesos de amparo, no solo porque el artículo 19 del Código Procesal Constitucional exige «que el pedido sea adecuado o razonable, que tenga apariencia de derecho y que exista certeza razonable de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable». Estas circunstancias son complejas de programar bajo un algoritmo que responda a una fórmula variable, pues la condición de amenaza puede comprender situaciones ciertas o inminentes.

Determinar con exactitud la pretensión en una demanda constitucional CRJ es complejo hasta para el mismo magistrado, porque al no existir uniformidad en las pretensiones y haber una lectura diversa de las resoluciones judiciales cuestionadas, la IA tendría que determinar una

improcedencia por oscuridad, ambigüedad o incongruencia. Para esto dejaría de lado principios como la suplencia de queja suficiente o la relevancia de la tutela urgente de los derechos fundamentales, los cuales son condiciones discretionales del juez. Y es que debe hacerse evidente la diferencia de razonamiento que pueda tener la IA en la medida que los datos que le son proporcionados en su data generan un razonamiento delimitado y determinado, mientras que el juez constitucional humano obtiene los datos de los hechos leídos en su expediente y la experiencia de situaciones similares, sin perder la individualización de los derechos al caso en concreto.

Incorporar la IA a la revisión de amparos CRJ significaría que exista un estándar en la motivación y la argumentación de las resoluciones judiciales (sentencia), considerando que el juez ordinario deba cumplir sí o sí determinados parámetros que puedan convertirse en algoritmos para ser identificados posteriormente por la IA. Lo que podría establecer la IA es la urgencia de atención del caso según la determinación de la afectación a los derechos fundamentales invocados, como sucede en Colombia, donde la Corte Constitucional, utilizando la IA Pretoria, ha reducido el tiempo en la evaluación de casos urgentes y ha pasado de noventa y seis días a dos minutos, para lo cual cuenta con revisión humana y establece rangos de prioridad.

El carácter evolutivo de los derechos fundamentales, las valoraciones de su ponderación y su proporcionalidad, las variaciones de la jurisprudencia del TC, las excepciones en los precedentes vinculantes, las connotaciones de carácter político en algunas decisiones asumidas por el TC y su autonomía hacen que existan múltiples variables que se deben considerar en la predictibilidad de un proceso constitucional CRJ. Si bien existen procesos constitucionales de amparo ordinarios, como pago de pensiones (ONP), condiciones de baja (Fuerzas Armadas), la lógica en su resolución no es compleja, pues debe tomarse en cuenta que en muchos de estos la negativa administrativa se fundamenta en errores de cálculo de pensión, causal extraordinaria de baja en las Fuerzas Armadas o la negativa simple de la entidad administrativa a reconocer un derecho por factores presupuestales. Sobre estos últimos casos, donde existan las condiciones concretas del derecho invocado y la denotación del agravio

generado, es posible recurrir a una IA para resolverlos, más aún cuando no hay actuación probatoria. Así, principios como la imparcialidad (que elimina los sesgos humanos y prima el algoritmo programado); la formalidad de precedentes (uniformiza los criterios en razón a la pluralidad de casos recurribles y se genera un algoritmo que identifique un fallo recurrible); y finalmente la predictibilidad en la justicia (que hace posible prever resultados sin la necesidad de recurrir a la instancia judicial) son herramientas que sumarían a la administración de justicia.

Es útil y correcto diferenciar los procesos constitucionales ordinarios de aquellos que se inician CRJ, estos últimos contienen criterios valorativos de mayor discrecionalidad, el debate que esto genera podría materializarse en la pregunta ¿son distintos el razonamiento y la valoración en los procesos constitucionales CRJ y esto debe ser permisible? Para responder dicha pregunta cabe recordar lo señalado por el propio Tribunal Constitucional. Sobre ello, en la STC del Exp. n.º 03179-2004-AA/TC se permite al juez constitucional examinar todo el proceso ordinario sin actuar como una tercera o cuarta instancia judicial, sino como aquella que proteja derechos fundamentales. Para tal efecto se establecieron diferentes tipos de examen que debe cumplir el juez a fin de determinar la afectación de derechos fundamentales dentro de una resolución judicial².

Es evidente la diferencia en las condiciones para la resolución de los diferentes tipos de procesos constitucionales (amparo y *habeas corpus*)

2 Sobre ello, el TC ha establecido los siguientes criterios:

- a) El **examen de razonabilidad** obliga al juez evaluar si es relevante revisar todo el proceso ordinario para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.
- b) Por su parte, el **examen de coherencia** exige precisar si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna. De lo contrario, no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.
- c) Finalmente, en el **examen de suficiencia** se debe determinar la intensidad necesaria del control para precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

y la aplicación de la IA en ellos (sobre todo CRJ). Los últimos requieren mayor discrecionalidad humana y allí es donde aterrizamos a lo señalado por el maestro De Trazegnies, quien reconoció en su momento que una visión futurista no niega el reemplazo de los jueces, decisión que quizá pueda solucionar el problema de la carga procesal y la mora judicial y hasta que se emitan sentencias. Sin embargo, no puede dejarse de lado el ideal de justicia humano que empaña las últimas decisiones en un razonamiento sentido, lo cual no buscará dejar de lado el reemplazo de jueces, sino que el valor justicia y lo que se desprende de ella está lejos del alcance de los algoritmos, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales y donde la permisibilidad de estos no es excepción sino regla.

5. CONCLUSIONES

La evolución de la tecnología y su uso es innegable en todas las actividades humanas, la administración de justicia no es la excepción. La forma en que se vaya a aplicar esta, ya sea un *software*, *big data* o una IA, requiere tener apertura al cambio de aquello a lo que estamos acostumbrados tradicionalmente, sobre todo sin caer en el facilismo y sin perder humanidad en la toma de decisiones o acciones.

La implementación de la IA en la administración de justicia se convierte en una salida inmediata para aquellos procesos de índole no contencioso en los que la competencia y las condiciones que se deben valorar estén taxativamente determinadas. Allí el algoritmo se convierte en una herramienta de predictibilidad, genera menor carga procesal, inmediata en la administración de justicia y sobre todo una tutela procesal eficiente, lo cual no significa que deba eliminarse el factor humano, cuyo rol puede ser de supervisión.

Sin embargo, en los procesos constitucionales donde no hay actuación probatoria y donde el debate es de puro derecho, la implementación de la IA tiene un carácter diferenciador, ello porque la afectación al derecho fundamental es evidente y no requiere mayor complejidad frente a aquellas situaciones en las cuales se requiere de un alto nivel discrecional y de factor humano para evaluar rasgos o sesgos subjetivos

propios del ser humano y que ningún sistema o algoritmo puede reemplazar. Debe considerarse que sentimientos y emociones son ineludibles en la persona y que de estar alejados de un magistrado al momento de administrar justicia lo convertiría en lo que se desterró siglos atrás: un juez boca de la ley.

REFERENCIAS

- Casanovas, P. (2010). Derecho, tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno. En J. Fabra (coord.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 1, pp. 825-887). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castillo, L. (2023). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como conjunto de normas constitucional. *Athina*, (15), 29-52. <https://doi.org/10.26439/athina2023.n015.6483>
- Castope, L. (2023, 11 de abril). Suplemento Jurídica: Los desafíos de la inteligencia artificial en el sistema de justicia. *Diario Oficial El Peruano*. <https://www.elperuano.pe/noticia/209807-suplemento-juridica-los-desafios-de-la-inteligencia-artificial-en-el-sistema-de-justicia>
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo*. Palestra Editores.
- IBM (s. f.). ¿Qué es la IA? <https://www.ibm.com/mx-es/topics/artificial-intelligence>
- Laney, D. (2001). *Tres V del Big Data*. The Gartner Group.
- Recasens, L. (2003). *Vida humana, sociedad y derecho*. Biblioteca Virtual Universal.
- Suárez, W. Y. y De León, G. I. (2018). Inteligencia artificial y su aplicación en la administración de justicia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 11(21), 71-83.
- Susskind, R. (1996). *The future of law*. Oxford University Press.
- Trazegnies, F. de (2013). ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Ius et Veritas*, (47), 112-130.

Tupayachi, J. (2022). Ni urgente ni necesario, más bien: desastroso. Reflexiones sobre los efectos del Código Procesal Constitucional a más de un año de vigencia. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (14), 55-85.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Expediente n.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC Lima (2005). Tribunal Constitucional (28 de octubre de 2005).

Expediente n.º 00030-2021-PI/TC (2023). Tribunal Constitucional (31 de enero de 2023).

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

El autor agradece los alcances brindados por Ángel Chávez Huamán, por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Jhonny Hernán Tupayachi Sotomayor es magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia, Italia. Profesor de pre y posgrado en diversas universidades del Perú, entre las que cabe mencionar a la Universidad Católica de Santa María y la Universidad de San Martín de Porres. Autor y coordinador de diversas obras de su especialidad, entre las cuales destacan: *Código Procesal Constitucional comentado*, *Juicio político en el Perú* y *Control político de actos legislativos del jefe de Estado*. Ex asesor parlamentario y actual procurador público en materia constitucional del Poder Judicial.

Correspondencia

jtupayachis@usmp.pe





BICENTENARIO DE LA JUSTICIA
Legado con valor



PODER JUDICIAL DEL PERÚ