

REVISTA
QUAESTIO IURIS
N.º 8

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA QUAESTIO IURIS

AÑO VII - N.º 8 - 2019

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

- María Isabel Pimentel Tello
- José Luis López Núñez
- Sandra Verónica Manrique Urteaga
- Yorecka Torres Torres

GRILEY



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza

Rector

Dr. Ángel Dávila Rojas

Vicerrector Académico

Dr. Juan Chávez Rabanal

Vicerrector de Investigación y Responsabilidad Social

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Decano

Mg. Julio Alejandro Villanueva Pastor

Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho

Mg. José Pedro Cerdán Urbina

Director del Departamento Académico de Derecho

Mg. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Directora de Unidad de Posgrado Derecho

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Directora del Instituto de Investigación Jurídicas y Políticas, IIJUP.

Abg. Juan Carlos Miranda Rodríguez

Secretario Académico

Abg. Susy Rodríguez Ravines

Coordinadora Consultorio Jurídico Gratuito

© 2020, Revista QUAESTIO IURIS • N° 8

© 2020, Universidad Nacional de Cajamarca

© 2020, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Atahualpa N° 1050 - Edificio 4 f - 102

Ciudad Universitaria - Cajamarca - Perú

Telefax: 076-369293

e-mail: jorgeluisalazar@hotmail.com

© 2020, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Diseño y diagramación e impresión:

Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Jr. Azángaro 1075 - Of. 207 - Lima

T: (51-1) 337-5252

e-mail: elay_grijley@hotmail.com

Hecho el Depósito Legal

en la Biblioteca Nacional del Perú

Registro N.° 2016-12693

ISSN N.° 2664-3960

Tiraje 1000 ejemplares

® **DERECHOS RESERVADOS**

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio,
sin autorización del director de la revista o sus autores.

Cajamarca - Perú

DOCENTES PRINCIPALES

Castillo Román, José
Cerdán Urbina, José Pedro
Nacarino Carrión, Julio

Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Villaueva Pastor, Julio Alejandro

DOCENTES ASOCIADOS

Castillo Montoya, Nixon
Grández Odiaga, José
Manrique Urteaga, Sandra

Nue Sessarego, Ivy
Tantaleán Odar, Reynaldo
Miranda Rodríguez, Juan Carlos

DOCENTES AUXILIARES

Araujo Vera, José
José Luis López Núñez

DOCENTES CONTRATADOS

Bobadilla Grados, Luis
Cerna Pajares, Cinthya
Chávez Rosero, Fernando
Corolado Huamán, William
Fanny Godoy Boy, Fanny
Gutiérrez Roque, Walter
Mejía Saucedo, Crhistian Pabel
Muñoz Oyarce, Bruce Eugenio
Ordóñez Bringas, Isaac Ricardo
Pimentel Tello, María Isabel

Quito Coronado, Lorena
Rojas Torres, Luis Ángel
Rubio Barboza, Eduar
Ruiz Bazán, Edgar
Tello Villanueva, Juan Carlos
Terán Ramírez, Teresa
Torres Torres, Yorcka Uliana
Valdivia Díaz, Franklin
Villegas Salazar, Saúl Alexander

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Melgar Alva, Maruja
Secretaria de Facultad

Arias Silva, Isabel
Secretaria de Notas y Registros

Ramírez Herrera, Carmela
Secretaria de Escuela Académica Profesional

Miranda Zapata, Amparo
Secretaria de Departamento Académico

Chico Huamán, Rosa Elisabeth
Asistente Administrativo

SERVICIOS DE BIBLIOTECA

Mantilla Moreno, Kathya
Bravo Ayay, Analí

SERVICIOS LOGÍSTICOS

Moya Linares, Julio

Índice

Presentación rectoral	13
Editorial. Un año que cambio la historia del mundo y del país.....	15

Derecho Constitucional

Regímenes de excepción ¿dictadura en democracia? Exception regimens dictatorship in democracy? SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis.....	19
La teoría del estado, la teoría de la constitución y otros artificios en la historia constitucional peruana The theory of the state, the theory of the constitution and other devices in the peruvian constitutional history LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis	37
Estado de excepción y estado de rebelión. Excepción, servidumbre y rebelión desde Agamben, La Boetie y Dussel State of emergency and state of rebellion. Exception, servitude and rebellion from Agamben, La Boetie and Dussel GIRÓN MEGO, Frank.....	53
Democracia digital: alternativa en épocas de aislamiento social Digital democracy: an alternative in times of social solation GODOY BOY, Fanny Jaquelyn / VÁSQUEZ CASTILLO, Yeison Baltazar	75
El derecho a la educación y sus desafíos en época de pandemia The right to education and its challenges in a time of pandemic TORRES TORRES, Yorcka Uliana	91

Protección de los derechos humanos de las personas mayores Protecting the human rights of the elderly MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica	105
Derecho a la recreación de los niños en época de la COVID-19 Children's right to play during the COVID-19 pandemic QUITO CORONADO, Lorena	119
Evaluación a la medida de declaración de estado de emergencia instituida como respuesta jurídica estatal a consecuencia de la COVID-19 en el Perú Evaluation to the emergency status declaration measure instituted as a state legal response as a result of COVID-19 in Peru TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel	131
La ley de identidad de género en el Perú y su necesidad ante el Estado de emergencia de la COVID-19 The law on gender identity in Peru and its need for the state of emergency by COVID-19 GALLARDO BARDALES, Augusto David	147

Derecho Administrativo

La nueva normalidad en las contrataciones del estado: análisis sobre la aplicación de la normatividad de contrataciones públicas en los tiempos de pandemia The new normality in government procurement: analysis on the application of public procurement regulations in pandemic times ZAMBRANO NAVARRO, Kathia Aurora	167
--	-----

Derecho Civil y Procesal Civil

Proceso civil y tecnología The civil process and the technology DE LA CRUZ CHALÁN, José Abelardo	187
--	-----

Impactos jurídicos de la pandemia y declaratoria de emergencia en los contratos de mutuo dinerario y prestación educativa Legal impacts of the pandemic and emergency declaration on mutual money and educational benefits contracts RUIZ BAZÁN, Edgar	203
Efectos del COVID-19, en la tenencia compartida y el derecho de vistas Effects of COVID-19, on shared tenure and the right of views COLORADO HUAMÁN, William	219
¿Se suspende la obligación alimentaria en el actual estado de emergencia instaurado por parte del gobierno peruano ante el brote de la COVID-19? Is the food obligation suspended in the current state of emergency instituted by the peruvian government in the face of the COVID-19 outbreak? ORDÓÑEZ BRINGAS, Isaac Ricardo	235
Derecho de reembolso de mejoras del arrendatario irregularmente desalojado durante el estado de emergencia nacional The reimbursement of improvement of the tenant irregularly evicted during the state of national emergency RODRÍGUEZ URTEAGA, Marcia Patricia	251
Efectos jurídicos de la pandemia de la COVID-19 en las uniones homoafectivas en el Perú Legal effects of the COVID-19 pandemic on homoaffective unions in Peru CERDÁN BLANCO, Deyci Marleni	263
Responsabilidad civil extracontractual derivada del tratamiento de datos sensibles sin el consentimiento de pacientes infectados con la COVID-19 Legal liability arising from the treatment of sensitive information without the consent of patients infected with COVID-19 MUÑOZ PERALTA, Hugo Miguel	281

Derecho Penal y Procesal Penal

Una breve aproximación al garantismo penal A brief approach to criminal guarantee VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander	301
--	-----

Justicia juvenil: derechos y garantías de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en el contexto de la declaración de estado de emergencia sanitaria por COVID-19 en el Perú	
Juvenile justice: rights and guarantees of adolescents in conflict with criminal law, in the context of COVID-19's state of health statement in Peru	
PIMENTEL TELLO, María Isabel.....	311
Los sujetos procesales en el proceso de extinción de dominio	
The procedural subjects in the extinction of domain process	
CHACÓN NÚÑEZ, Edwin Sergio	331
Causas que justifican el comportamiento antijurídico de las fuerzas policiales y militares	
Causes that justify the antilegal behavior of the police and military forces	
MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio.....	345

Derecho Laboral y Procesal Laboral

La pretensión de reposición al empleo en el Perú: algunas observaciones desde el <i>quaestio iuris</i> y <i>quaestio facti</i>	
The request for reposition to employment in Peru: some observations from the <i>quaestio iuris</i> and <i>quaestio facti</i>	
VALDIVIA DÍAZ, Franklin.....	361

Derecho Empresarial y Tributario

Juntas generales virtuales: análisis de nuestra ley general de sociedades	
Virtual general meetings: analysis of our general company law	
DÍAZ SÁNCHEZ, Juan Carlos	375
Estado de emergencia nacional y suspensión del plazo de prescripción de la acción para cobrar la deuda tributaria	
National state of emergency and suspension of the limitation period for the action to collect the tax debt	
CÉSPEDES PAISIG, Luis.....	393

Presentación rectoral

Nos complace presentar la Revista Quaestio Iuris N.º 8 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad. Antes que nada, quiero felicitar este esfuerzo investigativo y de publicación al que ya nos tiene acostumbrados la Facultad de Derecho.

Esfuerzo loable que se valora mucho más, cuando se materializa en este contexto tan difícil para el mundo y el país entero, cual es la pandemia del coronavirus que no solo ha afectado en la salud y vida a millones de personas, sino que ha paralizado naciones, empresas e instituciones, alrededor del mundo.

A pesar de estas circunstancias de salud pública y con los escasos recursos que como universidad pública contamos, la Universidad Nacional de Cajamarca viene enfrentando exitosamente estos desafíos que nos ha puesto por delante la pandemia. Hemos iniciado la enseñanza virtual en todos los niveles y carreras profesionales de pre y posgrado. Se han distribuido medios informáticos a los estudiantes que posibilitan que la inmensa mayoría de estudiantes tengan acceso a su educación digital, y lo que es muy importante hemos adecuado el sistema de enseñanza y trámite académico a la virtualidad.

La UNC seguirá librando esa batalla académica e intelectual por consagrar, pese a todo, carreras acreditadas, formando con estándares de calidad a sus alumnos, promoviendo la investigación y responsabilidad social.

Considero que esta publicación de la docencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, así como de las demás carreras profesionales son una prueba que la comunidad universitaria de la UNC, es capaz de seguir trabajando por la educación científica y tecnológica, mostrando resultados, fortaleciendo la investigación y promoviendo el debate académico.

Estoy seguro que este esfuerzo y contribución quedará en la historia de la UNC y será positivamente evaluada cuando pasada la pandemia, nos volveremos a ver «desayunados todos», alrededor de nuestros alumnos, aulas y libros.

Cajamarca, Perú. Octubre 2020

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza

Rector de la Universidad Nacional de Cajamarca
República del Perú.

Editorial

Un año que cambio la historia del mundo y del país

Hoy presentamos QUAESTIO IURIS N.º 8, Revista de Investigación Jurídica de los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, en tiempos históricos para la humanidad y en particular para nuestro país y la región de Cajamarca.

El año 2020 ha marcado definitivamente a la humanidad con la pandemia y sus efectos globales. Millones de contagiados y muertos por un virus desconocido y difícil para la ciencia médica de encontrar un paliativo, o una vacuna. Pero no solo son los efectos sobre la salud de las personas, además ha generado millones de desempleados en el mundo, miles de empresas quebradas, crisis económica y financiera en todo el orbe, afectaciones psicológicas por largos encierros, regímenes de excepciones durísimos con prolongados aislamientos sociales, comportamiento inmorales y angurrientos, pugnas internacionales por el control político de las pruebas médicas. En fin, la pandemia ha cambiado la historia del mundo.

Pero no solo han sido los efectos directos en la salud de las personas, sino que ha desnudado los modelos económicos constitucionales que por décadas han promovido la ley del mercado y la inversión privada como única garantía del desarrollo y que paradójicamente han creado o duplicado riqueza a cambio de olvido de los derechos sociales, en especial de la salud y la educación.

Los ciudadanos hemos sufrido pérdida de familiares, amigos, o conocidos lo cual ha originado un dolor acumulado, que se ha incrementado al ver hospitales colapsados, sin mínimos recursos médicos para atender a los infectados, personal

médicos escasos y con deficiente capacitación, con medicamentos escasos. Quedará en nuestra memoria las colas inmensas, de cientos de personas buscando oxígeno médico, o clamando apoyo para adquirir medicamentos escasos, caros y acaparados. La pandemia desnudó el sistema y puso en jaque el modelo. Falta que saquemos lecciones.

Pero otro impacto que ha tenido la pandemia ha sido en la educación. En particular en la educación universitaria. La Universidad en casi todo el mundo paralizó su enseñanza presencial y cambió a la estrategia de la enseñanza no presencial y virtual. Gran desafío que asumimos a pesar de las limitaciones de conectividad, de ausencia de servicios de electricidad de gran parte de los estudiantes que viven en zonas de pobreza y extrema pobreza.

Los docentes de la facultad, en este número de *Quaestio Iuris* quieren dejar evidencias de los impactos de este fenómeno en los derechos, en las regulaciones constitucionales, civiles, familiares, contractuales. Por ello la mayoría de artículos y ensayos giran en torno a los efectos jurídicos de las situaciones que ha originado esta pandemia. Espero que cuando circule la versión física de esta revista podamos tener la opción de recuperar la relación humana directa y fraterna para poderla comentar en toda su magnitud.

Agradecemos a todo los que han colaborado en esta edición. Un agradecimiento especial al Rectorado de la UNC que, a pesar de las difíciles circunstancias de salud pública, han hecho posible la publicación de la presente Revista.

Cajamarca, Perú, octubre de 2020

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Decano de la Facultad de Derecho y ciencias Políticas
Director

Derecho Constitucional



Regímenes de excepción ¿dictadura en democracia?

Exception regimens dictatorship in democracia?

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El dictador romano producto de una excepción. III. Estado o régimen de excepción. IV. Tipología de los regímenes de excepción. V. Regímenes de excepción en el Derecho Internacional. VI. Elementos constitutivos de los regímenes de excepción. VII. Regímenes de excepción en la Constitución peruana. VIII. Límites a los regímenes de excepción. IX. Estado de emergencia por pandemia y propuesta. X. Conclusiones. XI. Lista de referencias.

Resumen: Este breve artículo trata sobre las medidas de defensa constitucional, específicamente referidas a los regímenes de excepción. Inicia con una sumaria historia sobre sus orígenes. Asimismo, se aboca a identificar el *nomen iuris* que los regímenes de excepción adoptan en el Derecho Constitucional comparado, identifica su justificación a partir de las normas y convenciones internacionales. Precisa someramente los requisitos y características de los regímenes de excepción y sus límites. Además, se refiere a los regímenes de excepción estipulados en la Constitución peruana, y plantea la modificatoria

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magister por la Universidad de Bruselas. Estudios Doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Derecho. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú.

de la norma correspondiente, para incluir el estado de alarma que involucre situaciones no previstas en los momentos constituyentes de 1992.

Palabras claves: Defensas constitucionales, regímenes de excepción, limitaciones de derechos, estado de alarma, estado de emergencia y estado de sitio.

Abstract: *This brief article deals with constitutional defence measures relating to derogation schemes. Start by doing a summary story about the origins. It also calls for identifying the nomen iuris adopted by exception regimes in Constitutional Law, identifying their justification on the basis of international standards and conventions. It briefly specifies the requirements and characteristics of exception schemes, their limits. In addition, it refers to the exception regimes stipulated by the Peruvian Constitution, and proposes an amendment to the corresponding rule to include the state of alarm involving situations that were not foreseen at the time constituting the 1993 constitution.*

Keywords: *Constitutional defenses, exception regimes, rights limitations, alarm status, state of emergency and state of siege.*

I. Introducción

El constitucionalismo moderno establece que, la Constitución no solo es un orden normativo (ley fundamental), además es un orden social, material y cultural (Haberle, 2002). La finalidad de la norma constitucional es darle un derrotero, un camino, un modelo para que ese orden social se desarrolle bajo determinadas premisas fundamentales.

Ese orden normativo constitucional contiene una serie de mecanismos para garantizar su existencia: las defensas constitucionales. Sin ellas, la Constitución fuera solo una mera proclama política, sin carácter obligatorio ni vinculante. Sin concreción práctica.

En una situación de convivencia normal, donde las relaciones sociales, políticas, económicas, nacionales e internacionales son estándares o corrientes, en el sentido de no conflictivas, estas defensas constitucionales se expresan en las garantías constitucionales: institucionales y procedimentales, tales como la independencia y autonomía de los poderes, la existencia de órganos autónomos de control de la constitucionalidad y de la legalidad, en especial en los derechos fundamentales incluyendo las garantías judiciales, pero centralmente en los procesos constitucionales diseñados justamente para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, la independencia de los poderes y la legalidad.

En cambio, frente a situaciones excepcionales que encierran graves anomalías sociales, económicas políticas o militares, nacionales o internacionales, llámense revueltas sociales, rebeliones, graves protestas, catástrofes, terrorismo, guerras in-

ternas y externas, calamidades naturales, epidemias, golpes de estado, entre otras situaciones anómalas, también ese orden normativo constitucional ha diseñado respuestas o defensas justamente para mantener el *statu quo* político constitucional.

Estas defensas constitucionales frente a graves anomalías que sufre el Estado y la sociedad, adoptan una serie de denominaciones y están regulados por las propias normas fundamentales. Así tenemos, entre otros, los regímenes de excepción, las potestades legislativas especiales otorgadas al ejecutivo, la suspensión individual de derechos y garantías, y el derecho de rebelión, configurados para que el orden constitucional, a partir de la decisión del poder ejecutivo, enfrente a situaciones anormales o excepcionales que se presenten, o que el soberano, es decir el pueblo ejerza el estado de desobediencia, insurgencia y de rebelión popular en caso de que el gobierno o un poder fáctico contravenga el orden constitucional, pues todos los ciudadanos somos portadores de un poder soberano en defensa de la constitución (Haberle, 2003, p. 290).

En ese sentido, en este pequeño trabajo abordaremos el tema de los regímenes de excepción, el mismo que tiene el contexto del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM que ha dictado el gobierno peruano del presidente Martín Vizcarra, frente a la pandemia ocasionada por el Corona Virus, pandemia que afecta con graves consecuencias a casi todo el mundo.

II. El dictador romano resultado de una excepción

En particular, los estados de excepción están diseñados constitucionalmente para defender un orden, supuestamente constitucional. Esta situación, otorga facultades extraordinarias al poder político para cuidar el orden del Estado, limitando derechos y concentrando poder. Es una figura histórica que data desde las prácticas gubernativas del derecho greco-romano.

En aquel contexto histórico aparece la figura del dictador (*magister populi*), no como lo conocemos generalmente en la realidad latinoamericana como el tirano deshacedor de las formas que concentra todos los poderes estatales, el legislativo, ejecutivo y judicial. No, el dictador romano era el salvador del imperio cuando este entraba en crisis por los disturbios internos o la guerra.

Fue en la época republicana y democrática del imperio romano donde aparece esta figura como el ejercicio excepcional del poder. El dictador era un magistrado designado por los cónsules a propuesta del senado romano, tal designación se meritaba en el reconocimiento a las habilidades de conducción de guerras y labores pacificadoras, y significaba que el designado ejercía el poder con todos los poderes de legislar y conducir la guerra sin pedir y rendir cuentas al senado. Su mandato duraba 6 meses, luego del cual renunciaba y se elegía a otro.

El primero dictador registrado en la historia es Tito Larcio, reconocido por sus habilidades de conducir las milicias romanas. Luego siguieron los generales Sila y Julio Cesar, que por decisión del senado se convirtieron en dictadores para salvar el imperio republicano y democrático. Como el poder corrompe, esos mismos generales luego de triunfar y restablecer el orden social y militar de Roma, se negaron a reintegrar el poder y convirtieron la dictadura en un estado permanente. Julio Cesar, terminó como dictador vitalicio hasta que el senado planificó y ordenó su asesinato.

Esta institución perduró por mucho tiempo en las diversas constituciones del imperio romano y ha servido para argumentar justificaciones históricas a los modernos estados de excepción. (Chirinos Soto, 1994, p. 281). Y que, en los inicios de la vida republicana, fue el argumento para que, en medio del caos, Simón Bolívar, sea considerado como dictador vitalicio.

Estas medidas excepcionales del ejercicio del poder de quien debía conducir a los Estados o imperios, luego se trasladó a las constituciones medievales europeas y posteriormente se establecieron medidas de excepcionalidad de gobierno en las constituciones liberales francesa y americana. Así, quedó consagrado, en la Constitución francesa y de Estados Unidos, la posibilidad de que ante graves situaciones que pusieran en riesgo a los Estados federados o a la vida de la república, en caso de Francia, el presidente podría dictar medidas extraordinarias, suspendiendo o limitando derechos, incluyendo la de disponer la intervención de las fuerzas armadas para concretizar sus órdenes.

Por el lado del ámbito hispanoamericano, la primera constitución liberal de España y sus colonias, la llamada Constitución de Cádiz de 1802, estableció la posibilidad de que las Cortes podían dictar medidas de emergencia cuando así lo exigía la seguridad del Estado, limitando los derechos (artículos 306 y 308).

III. Estado o régimen de Excepción

Decíamos en la introducción a este breve trabajo, que los Estados enfrentan circunstancias particulares sociales, políticas, economías o naturales que pueden calificarse de graves o muy graves y que ponen en peligro la viabilidad política del propio Estado, su unidad, su poder de administración y gobierno, o afectan gravemente el ejercicio de los derechos constitucionales o impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos, afectando a la población.

Ante estas circunstancias o anomalías sociales o naturales, las constituciones han diseñado un mecanismo normativo que justifica el ejercicio del poder político con competencias excepcionales, limitando el ejercicio de los derechos constitucio-

nales y concentrando competencias que en situaciones normales las ejercen otros entes, utilizando incluso la coacción y represión para enfrentar justamente esas anomalías. A estos mecanismos normativos constitucionales se les denomina regímenes de excepción.

Estos regímenes de excepción son mecanismos de defensa de la Constitución (Haberle, p. 291) mediante los cuales frente a hechos graves o eminentes que pongan en peligro al Estado, la seguridad o el orden público, y que no pueden resolverse a través de las medidas normales previstas en el ordenamiento, es que se dictan medidas jurídicas extraordinarias, concentrando el poder de decisión y regulación en el poder ejecutivo, suspendiendo derechos constitucionales, e incluso, en algunos casos, empleando la represión para hacerlos cumplir. Los regímenes de excepción van dirigidos a limitar derechos constitucionales como también a restringir la división de poderes.

IV. Tipología de los regímenes de excepción

Si bien la doctrina y los sistemas constitucionales utilizan diversas denominaciones, podemos establecer cierta tipología de los regímenes de excepción ateniendo a los hechos que los origina y al criterio de gradualidad de los efectos que conllevan la limitación de derechos constitucionales y a la concentración de competencias de la autoridad ejecutiva (presidente o primer ministro). Esa tipicidad de hechos y gradualidad de afectación de derechos, puede configurar la tipología siguiente:

- a. Tipología conforme a la naturaleza de los hechos y gradualidad de los derechos limitados
 - **Estado de calamidad o catástrofe**
Situación que se presenta cuando la población de un Estado se enfrenta a graves consecuencias de acontecimientos naturales, climáticos o enfermedades, que ponen en riesgo la salubridad pública u otros servicios públicos. Está previsto, por ejemplo, en el artículo 41 de la Constitución de la República de Chile.
 - **Estado de Alarma**
Coyuntura anómala motivada por catástrofe, crisis sanitaria, paralización de servicios públicos o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, que hace imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes. Esta situación produce grave alteración del orden público, que obliga a

suspender las garantías constitucionales. Esta tipología está prevista, por ejemplo, en el artículo 116 de la Constitución de España.

— **Estado de prevención**

Utilizado en algunos sistemas constitucionales para mantener la tranquilidad pública sin limitar derechos constitucionales, pero si empleando las fuerzas policiales para mantener el orden público. Otros consideran que es una antesala para el estado de sitio.

— **Estado de crisis económica, necesidad o emergencia**

Esta tipología proviene de las decisiones ante graves conflictos sociales o económicos que requiere medidas excepcionales y en donde el poder ejecutivo, asume competencias legislativas para adoptar medidas excepcionales. Un ejemplo de ello, fueron las leyes de emergencia que dictó el presidente de los EEUU para paliar la crisis financiera de los años 1929 (Roosevelt) y 2009 (Obama). En el ámbito latinoamericano, fueron el caso de los decretos del shock económico en el Perú de 1992 (Fujimori). En Argentina en 2001, cuando el gobierno De la Rúa, ante la imposibilidad de pagar la deuda externa por la grave crisis financiera que sufría el país, restringió el retiro de dinero de los bancos por parte de los titulares de las cuentas que excedieran de una cantidad pequeña por semana en dólares o en pesos (entonces equivalentes), o las transferencias al exterior, medidas que se popularizaron con el nombre de «corralito financiero», y que originó la caída del gobierno y una crisis de representación política y división de la nación argentina, que se mantienen hasta la fecha.

— **Estado de emergencia**

Esta tipología de la anormalidad constitucional se configura ante los supuestos de alteración de la paz o del orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afectan la vida de la nación. En algunos casos se asemeja al estado de alarma, pero en otros modelos constitucionales, al estado de prevención. Es, así como las otras medidas excepcionales, transitorio y tiene un plazo perentorio de vigencia. Esta denominación la sigue la Constitución peruana (artículo 137).

— **Estado de asamblea**

Situación surgida por anomalía grave que, si bien no se configura como conflicto armado externo, se puede parecer a una «situación de guerra» o de preparativos para ello, en donde se prohíbe el derecho de reunión, de trabajo, la libertad de comunicaciones, y se puede disponer la requisa

de bienes. Está previsto, por ejemplo, en el artículo 439 de la Constitución de Chile. Llama la atención la denominación estado de asamblea, para algunos autores esta denominación tiene que ver con los efectos emocionales que podría generar en la población, una situación de guerra.

— **Estado de sitio**

Esta denominación aparece en la doctrina constitucional desde 1791, cuando el gobierno francés a través de una ley dispuso que las fuerzas militares sitiaron o cercaran a los enemigos del régimen. Otros asumen que el estado de sitio es un agravante del estado de guerra cuando la plaza está acosada por el enemigo «como en los sitios de antaño, en que las trágicas circunstancias empujaban a conceder al jefe de la defensa las máximas atribuciones sobre la conservación o destrucción de las cosas y sobre la vida y muerte de los sitiados» (Cabanellas, pp. 573 y sgtes.)

Algunos consideran que el estado de sitio se declara por la producción o amenaza de producirse de una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia del Estado, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, anomalías que no pueden resolverse por otros medios. En esta situación excepcional, la autoridad militar prevalece sobre cualquier otra, excepto la del presidente.

— **Estado de guerra**

Conjuntamente con el estado de sitio, configuran los más graves regímenes de excepción. Estado de guerra se dicta ante una beligerancia efectiva, en donde las hostilidades en un conflicto armado con otra nación o internamente (guerra civil o movimiento guerrillero) ya se están dando. En estas circunstancias excepcionales, a la autoridad civil se le otorga atribuciones militares.

Estos regímenes de excepción que limitan derechos constitucionales, están previstos en las constituciones de Argentina, Brasil, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

— **Toque de queda**

Es una situación prevista para los estados de emergencia, estados de sitio o estado de guerra, en donde las fuerzas armadas asumen el control absoluto del patrullaje de los espacios públicos para asegurar que las personas no salgan de sus casas. Con ello se dispone la restricción de las libertades de movimiento, de circulación de personas, vehículos y la inmediata detención de los infractores.

b. Tipología conforme a la concentración de poderes y competencias, además de la afectación de los derechos constitucionales

La segunda tipología se establece teniendo en cuenta los efectos normativos que produce la disposición del régimen de excepción sobre las competencias de los órganos que concentran el poder en un Estado. Así, podemos identificar en aquellos regímenes de excepción que no solo limitan derechos constitucionales, además suspenden la división de poderes, concentrando las competencias legislativas en el poder ejecutivo o gobierno, este último es quien asume el rol de legislador aprobando y promulgando leyes o decretos de urgencia. Es el caso de la Constitución de Bolivia, Cuba, Chile, Colombia y México que, además de limitar derechos constitucionales, sus estados de excepción otorgan al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar.

V. Regímenes de excepción en el Derecho Internacional

La mayoría de convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos desarrollan normas que disponen limitaciones o restricciones a los derechos y garantías procesales cuando el Estado confronta una situación grave de inseguridad o cuando exista una situación que ponga en peligro la continuidad del propio Estado. Esta regulación de los regímenes de excepción ha quedado clara y específicamente establecida en el Derecho Internacional.

Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948, si bien establece una norma genérica, al respecto ya indica que:

Artículo 9.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 4:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones

contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece en su artículo 15:

1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, de la cual el Perú es parte, establece en su artículo 27:

Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Esta posibilidad de suspender las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos humanos en caso de graves hechos que pongan en duda la seguridad, se le denomina Derecho de Derogación, que se distingue de la denuncia al tratado por el cual un Estado comunica oficialmente a los otros Estados con los que hubiera suscrito un acuerdo, que a partir de una determinada fecha dejará sin efectos el tratado acordado, es decir actuará al margen de lo que haya firmado; mientras que en el Derecho de Derogación, el Estado firmante de un tratado frente a determinadas circunstancias de hecho, puede inaplicar cláusulas pactadas, esta inaplicación se realiza respetando el procedimiento y requisitos que establece el propio tratado. En la práctica, es una suspensión de sus obligaciones debidamente motivada y utilizando el procedimiento establecido en el propio instrumento internacional.

VI. Elementos constitutivos de los regímenes de excepción

La doctrina y jurisprudencia nacional e internacional concuerdan que existen determinados elementos que deberían configurar un estado de excepción. Así tenemos que, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que para configurar un régimen de excepción:

«Se presentan los siguientes elementos: situación de anormalidad (circunstancia fáctica peligrosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado); acto estatal necesario (respuesta imprescindible, forzosa e inevitable, para enfrentar la situación de anormalidad); y, legalidad excepcional (existencia de marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad)» STC 0017-2003-AI/TC.

«La restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos está fundamentada si es que ésta se considera como el medio para hacer frente a situaciones de emergencia pública con el fin de salvaguardar los principios democráticos y de un estado de derecho, siempre y cuando estén justificados a la luz de la Constitución y tratados» (STC 0002-2008-PI/TC)

Asimismo, el Tribunal Constitucional de Colombia ha resuelto que:

«La Corte Constitucional de Colombia considera que la declaración de estado de excepción no puede sustentarse en la manifestación genérica de «hechos de violencia». La estabilidad institucional y la seguridad del Estado, se ven en este caso concreto afectados por hechos independientes de la confrontación armada, para lo cual el Gobierno dispone de recursos materiales y de suficientes facultades jurídicas para repeler agresiones y ataques (Sentencia N.º C-092/96. Del 7-3-1996. Ver Comisión Andina de Juristas: Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 13, Lima, 199, pp. 319.)

Entonces, podemos identificar los elementos que configurarían los regímenes de excepción, estos serían:

- Existencia o peligro inminente de grave circunstancia o la situación de anormalidad. No se admite el argumento de la generalidad, la mera suposición de un apremio, inseguridad o una posibilidad para establecer el estado de excepción. Es necesario que exista el hecho determinado o la amenaza eminente que se produzca para decretar tal medida.
- El acto estatal necesario, es decir la imposibilidad que tiene el gobierno de enfrentar la situación de anormalidad por otros medios.

- Restricción de derechos constitucionales.
- Plazo determinado de vigencia.
- La comunicación a la Organización de Estados Americanos, OEA, u otros organismos internacionales del decreto del régimen de excepción.
- La legalidad excepcional.
- Concentración del poder.
- Aplicación de los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad en las medidas restrictivas de derechos.
- Funcionamiento de los demás órganos del Estado sujetándose al régimen de excepción.
- Factor axiológico, el fin que persigue en relación a la paz, tranquilidad, vigencia de los derechos, de la unidad territorial o del orden constitucional.
- Control jurisdiccional de los actos legislativos y administrativos que se han producido durante el periodo de vigencia del régimen excepcional.

VII. Regímenes de excepción en la Constitución peruana

Rápidamente podemos decir que la evidencia normativa más concreta sobre los regímenes de excepción en el Perú, la encontramos en la Constitución de 1933. Constitución peruana con mayor vigencia en el siglo XX, que estableció en su artículo 70 la suspensión de garantías con el texto siguiente: «cuando lo exija la seguridad del Estado podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56, 61, 62, 67 y 68. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediatamente cuenta de ella. El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto. La ley determinará las facultades del poder ejecutivo durante la suspensión de garantías».

Como en tantas ocasiones en la vida constitucional, esta norma que establecía la suspensión de los derechos constitucionales nunca se reguló y, por el contrario, la suspensión de garantías y los estados de emergencia dictados por los diferentes gobiernos militares y civiles han sido fuente de arbitrariedad y abuso, lo cual justificaba la incuria del poder político y legislativo al omitir aprobar esa ley que mencionaba el párrafo final del mencionado artículo de la Constitución de 1933. El maestro Orbegozo nos recuerda que fue el 29 de abril de 1963, durante el gobierno

de los generales Pérez Godoy y Lindley López, que se expidió el Decreto Supremo N.º 14-63.CC.FFA aprobando el reglamento elaborado por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas que reguló los estados de emergencia y el cual se convirtió en la base legal para implementar los sistemas de represión en los años 60 y 70. Aquel reglamento, como era de esperarse, nunca se publicó, pero si se invocó pues era cuestión o razón de Estado. (Orbegozo, 1995, p. 54)

En la Constitución vigente de 1993, los regímenes de excepción están previstos en el Capítulo VII, precisamente en el artículo 137 que reitera el artículo 70 de la Constitución de 1979, el mismo que establece los regímenes de excepción.

El artículo en mención, prescribe que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por un plazo determinado, en todo el territorio nacional o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: estado de emergencia y estado de sitio

1. Estado de emergencia

El primer párrafo del artículo indicado establece que el estado de emergencia se decreta cuando se presentan:

- a) Perturbación de la paz o del orden interno
- b) De catástrofe, o
- c) Ante graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

En esta situación, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales establecidos en los incisos 9, 11 y 12, y apartado f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, relativos a:

- 1. La libertad y seguridad personal
- 2. La inviolabilidad del domicilio
- 3. El derecho de reunión
- 4. La libertad de tránsito en el territorio

La norma constitucional establece una prohibición a la limitación de derechos, en el sentido que: *En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie*. De igual forma, determina el plazo de vigencia de sesenta días del estado de emergencia. Su prórroga requiere nuevo decreto. Asimismo, establece que las fuerzas armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio

El segundo párrafo del mismo artículo 137 prescribe el estado de sitio, el mismo que se establece en caso de:

- a) Invasión
- b) Guerra exterior
- c) Guerra Civil, o
- d) Peligro inminente de que se produzcan.

Se decreta con mención a los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo de vigencia del estado de sitio no excederá de cuarenta y cinco días. Al declararse el Estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

VIII. Límites a los regímenes de excepción

La gran mayoría de constituciones en el mundo han establecido límites a los regímenes de excepciones, restringiendo las competencias del gobierno sobre los derechos constitucionales que se ven afectados, o estableciendo procedimientos para que los actos de gobierno realizados durante el estado de excepción puedan ser revisados por los órganos de control constitucional.

En ese sentido, rescatamos la reforma constitucional de México (2011), que ha establecido el recurso de revisión de toda la legislación producida por el presidente durante el estado de excepción, revisión que se produce ante la Corte Suprema de Justicia, que es la instancia de control constitucional de México.

En otra experiencia, como en el caso peruano, esa posibilidad de revisión no existe; el control político y de legalidad de los actos gubernativos durante el estado de emergencia se resume en una frase dispuesta en el artículo 137, que «el presidente dará cuenta al congreso». Aspecto que, hasta la fecha, no tiene desarrollo constitucional.

Sin embargo, los límites a los regímenes de excepción se configuran respecto a la vigencia y ejercicio de los derechos constitucionales y provienen de las convenciones internacionales de derechos humanos, de las cuales la mayoría de los Estados en el mundo son parte.

Así, por ejemplo, los Estados no pueden suspender los derechos que tiene carácter de inderogables conforme al Derecho Internacional, bajo cualquier circunstancias o estado de excepción. En particular, aquellos derechos referidos al recono-

cimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos.

De igual forma, los Estados no pueden suspender los procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y las libertades. Entre ellos, por ejemplo, los procesos de hábeas corpus y amparo dirigidos a controlar la actuación de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías seguirán ejercitándose en el marco y principios del debido proceso legal.

Aquel núcleo duro de derechos constitucionales que no pueden afectarse en los regímenes de excepción está establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 27.2), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.2), en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15.2), en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (artículo 27.1).

Concordante con estas disposiciones, el artículo 200 de la Constitución peruana, ha establecido que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia, ni de sitio.

IX. Estado de emergencia por pandemia y propuesta

A inicios del año 2020, una rara enfermedad empezó a contagiar a la población de Wuhan, una mediana ciudad en las costas de la República Popular China. El gobierno chino luego de decisiones administrativas muy severas, aislamiento y confinamiento estricto de su población, pudo controlar el contagio. Con la intervención la Organización Mundial de la Salud, el gobierno y sus expertos, determinaron que esa enfermedad causante de infección a los pulmones, agotamiento, fiebre, y debilitamiento generalizado y que podía generar la muerte de la persona, era causada por una especie del virus que provendría de una familia de virus del Oriente Medio (MERS) y del síndrome respiratorio grave, llamado SAR. Entonces a este nuevo virus se le denominó Corona Virus 19, al ser la versión diecinueve de los virus SAR.

Si bien el contagio de la COVID-19 se pudo controlar en China, esta se expandió en toda Europa, Estados Unidos, África, Rusia y en Latinoamérica, causando millones de contagios y muertes. Convirtiéndose la infección en una pandemia de alcance global que, sin tener aún vacuna o medicación, ha originado a la fecha, una catástrofe sin precedentes en el área de la salud, empleo y empresa, y el cierre mundial de fronteras.

Ante la llegada de los primeros infestados al Perú y debido a la precariedad del sistema de salud y los mínimos stocks de medicamentos y personal de salud que pudieran atender un masivo contagio, el Gobierno decretó el 15 de marzo 2020, el D.S. 044-2020-PCM, estableciendo el Estado de Emergencia Nacional por quince días. Estado de emergencia que, conforme a la Constitución, limita el ejercicio de los derechos a libertad individual, libertad de reunión, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito.

Consideramos que este Estado de Emergencia, sin bien cumple con los requisitos y elementos previstos en la doctrina y normatividad para los regímenes de excepción (artículo 137 de la Constitución) agrega un elemento no previsto en la norma fundamental: la cuarentena, «el distanciamiento social». Situación limitante de derechos que sí está previsto en una norma infra constitucional, Ley de Salud N.º 26842 (artículos I y VI de su Título Preliminar). Pero ello, no es lo resaltante, lo más grave es que este «distanciamiento social», en la práctica, suspende el ejercicio de derechos laborales, (trabajo dependiente y autónomo, artículo 2.15, artículos 22 y 23 de la CP), afecta la libertad de asociarse, libertad de empresa y de contratación (artículo 2, incs.13,14 y artículo 59); el uso y disfrute de la propiedad (artículo 2.16 y artículos 70 y 72) y una serie de derechos que provienen de las relaciones sociales y culturales, tales como el ejercicio de la libertad de culto y creencia (artículo 2.3), el bienestar individual y el libre esparcimiento (artículo 2.22). Estado de emergencia que, posteriormente, justificó «la suspensión perfecta de labores», que ha ocasionado miles de despidos en todo el país, y la intervención represiva de las fuerzas policiales y militares para hacer cumplir la orden del ejecutivo.

En conclusión, este Estado de Emergencia limita o suspende el ejercicio de derechos mucho más de lo previsto por la actual Constitución y que podría estar generando situaciones arbitrarias e inconstitucionales, pues en base a una interpretación extensiva de los derechos que pueden limitarse, el Ejecutivo aplica restricciones a derechos distintos a lo expresamente permitido por la norma fundamental, utilizando en la práctica, un argumento político que el constitucionalismo democrático ha desterrado: la razón de Estado.

Situación, como lo adelantamos en el título de este breve trabajo, que si bien es originada como reacción a una pandemia, renueva la discusión si el concepto de dictadura no solo debe desmitificarse sino que debe ser abordado para identificarla y criticarla cuando el propio sistema democrático, ante la desesperación de los gobernantes, traza e implementa medidas que deben ser lo más formalizadas posibles, para que, precisamente, la democracia no se deforme en tiranía, no solo de las armas sino de la sinrazón.

Consideramos que el Estado de Emergencia en el Perú (artículo 137.1 de la CP), no está diseñado para enfrentar una grave situación sanitaria, o para enfrentar fenómenos naturales y/o producidos por el hombre: cambio climático que origina hechos de magnitud, epidemias globales que se expanden con la migración de las personas y mercancías. Movimiento de personas que puede generar grave deterioro de los servicios públicos e indefensión de miles de personas, como fue el caso de la migración venezolana. Situación que conllevaría a plantear la limitación de otros derechos y no solo de aquellos previstos en el indicado artículo 137.1. Por ejemplo, limitar dada la situación de emergencia, el incremento de los costos de los servicios de salud o de las regulaciones contractuales.

Por ello, consideramos que el estado de emergencia decretado por el gobierno es atípico, no está previsto en la Constitución. En ese sentido, hay una anomia constitucional que los gobernantes, vía principios de interpretación o razones de Estado, puede llegar a resolver, subsumiendo en un estado de emergencia situaciones no previstas en la ley fundamental. Por eso, estamos de acuerdo con la preocupación expresada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en un comunicado público advierte del comportamiento arbitrario que los Estados podrían estar generando al disponer, sin la debida justificación, los regímenes de excepción. Así manifiesta:

Respecto a los estados de excepción, la Comisión ha sostenido en diversas oportunidades que los Estados no pueden utilizar esta figura de manera genérica, sin antes justificar de manera estricta la existencia de una situación de emergencia excepcional. Por ende, la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual. (CIDH, Comunicado del 17 de abril 2020)

Propuesta: el Estado de alarma

El año 2002, hace 18 años, la Comisión de Constitución del Congreso de la República presidida por el extinto Henry Pease García, publicó luego de más de dos años de trabajo con las instituciones de la sociedad civil: sindicatos, universidades, facultades de derecho, entre otros, el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional. En este Proyecto, en su artículo 187, se planteaba tres tipos de regímenes de excepción: el Estado de Alarma, Estado de Emergencia y Estado de Sitio.

X. Conclusiones

- Los sistemas constitucionales han diseñado instituciones, procedimientos, competencias o estatus jurídicos excepcionales para enfrentar situaciones anómalas que ponen en peligro la existencia del Estado, el ejercicio de los derechos y el propio orden constitucional.
- Aquellas defensas constitucionales adoptan diferentes denominaciones y configuraciones legales: regímenes de excepción, legislación de emergencia, suspensión individualizada de derechos, derecho a rebelión o insurgen- cia, entre otros.
- Los regímenes de excepción en el derecho comparado también adoptan una serie de nomen iuris conforme a la situación que pretende combatir o pre- venir, a los derechos constitucionales que se suspenden y a las competencias especiales que se le otorgan al poder ejecutivo.
- Los regímenes de excepción están previstos en la mayoría de convenios y trata- dos internacionales, bajo la figura de la suspensión o derogación de derechos.
- En el Perú la configuración de los regímenes de excepción se concretiza en el estado de emergencia y el estado de sitio.
- El Estado de Emergencia, decretado por la pandemia, no está contemplado en la constitución si nos atenemos a los derechos que limita y suspende, y a la intervención de las fuerzas policiales para hacerlo cumplir.
- Frente a las nuevas circunstancias nacionales y mundiales y la posibilidad que se concreten situaciones no contempladas por los constituyentes, se debe modificar la Constitución para introducir el Estado de Alarma.

X. Lista de referencias

- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. (2002). *Proyecto de Reforma Constitucional*, Editorial: Congreso de la República, Lima: Perú.
- CHIRINOS SOTO, ENRIQUE Y CHIRINO SOTO, FRANCISCO. (1994). *Constitución de 1993, Lectura y comentario*, Editorial: Rhodas, Lima: Perú.
- GARCÍA CAMINO, B. (2013). *La Revisión Constitucional de la Legislación de los Estados de Excepción. Una nueva Figura en el Derecho Procesal Constitucional Mexicano*. En: Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 11, N.º 02, 2013, pp. 547-573.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. (2016). *Las Constituciones del Perú*. 3.ª ed. Editorial: JNE, Lima: Perú.
- GARCÍA TOMA VÍCTOR. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3.ª ed. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima: Perú.
- HABERLE, P. (2002). *La Constitución como cultura*. Editorial. Universidad Externado, Bogotá, Colombia.
- (2003) *El Estado Constitucional*, Edit. PUCP, Lima, Perú.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *La Constitución Política*. 10.ª edición Oficial, Lima: Perú.
- MONTOYA CHAVEZ, V. H. y VILA ORMEÑO, C. (2012). *La Constitución de 1993 y Precedentes vinculantes*, Editorial: Grijley, Lima: Perú.
- ORBEGOZO V. SIGIFREDO. (1995). *Historia y Constitución: Temas Polémicos*, Editorial: Ediciones Vallejanas, Trujillo, Perú.
- REMOTTI CARBONELL, J. C. (2005) *Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*. Editorial: Juristas Editores, Lima, Perú.
- SAR, O. (2004). *Constitución Política del Perú. Con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional*. Editorial: nomos & tesis, Lima, Perú.

La teoría del estado, la teoría de la constitución y otros artificios en la historia constitucional peruana

The theory of the state, the theory of the constitution and other devices in the peruvian constitutional history

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Las construcciones teóricas relativas al Estado y la Constitución. III. Propuesta para el desarrollo de teorías y dogmas propios en pro de la tutela efectiva. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo realiza un recuento de las principales posturas de la teoría del Estado y la teoría de la Constitución, pero no con intención descriptiva, sino, a efectos de comprobar si tales postulados han sido o son vigentes en el discurrir constitucional peruano; así, con el uso de un análisis histórico y otro dogmático, se ha obtenido como resultado que el pueblo peruano nunca ha ejercido un poder constituyente originario, lo que ha pri-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca y Doctorando en la misma casa de estudios.

vado de razones materiales para la conformación de nuestras constituciones, motivo por el cual, estas han sido cambiadas al antojo de los caudillos o los grupos políticos y no expresan el sentir de los peruanos; todo esto da cuenta de la carestía de acuerdos fundantes y la necesidad de que sean ejercidos, pero también, de la corta mirada que tenemos del concepto de Constitución como un formato que contiene normas escritas, cuando en realidad, esta se construye diariamente en los quehaceres de los peruanos; por lo que no tiene asidero el deseo de reforma total de la constitución actual en los mismos términos en que se han presentado las anteriores reformas, puesto que, el concepto de constitución no es formal, sino material.

Palabras clave: Teoría del Estado, Estado Constitucional, teoría de la Constitución, Constitución Política, Poder Constituyente, Constitución formal, Constitución material, reforma total de la constitución.

Abstract: *The present article recounts the main positions of the theory of the State and the theory of the Constitution, but not with descriptive intention, in order to verify if such postulates have been or are in force in the Peruvian constitutional discourse; thus, with the use of a historical and a dogmatic analysis, it has been obtained as a result that the peruvian people have never exercised an original constituent power, which has deprived of material reasons for the formation of our constitutions, which is why these they have been changed at the whim of the caudillos or political groups and do not express the feelings of the peruvians; all this accounts for the scarcity of founding agreements and the need for them to be exercised, but also for the short view that we have of the concept of the Constitution as a format that contains written norms, when in reality, it is built daily in the chores of the Peruvians; reason why the desire for total reform of the current constitution in the same terms in which the previous reforms have been presented has no basis, since the concept of constitution is not formal, but material.*

Key words: *Theory of the State, Constitutional State, theory of the Constitution, Political Constitution, Constituent Power, Formal Constitution, Material Constitution, total reform of the constitution.*

I. Introducción

También la Teoría de la Constitución, como ocurre con otras teorías jurídicas y políticas, deriva de los constructos de la teoría del Estado, mismos que han buscado resolver el problema del abuso de poder político, definir la forma más eficiente de tutela de las libertades fundamentales y, con ello, establecer un cuerpo y procedimiento organizacional de la sociedad a partir de una respuesta política adecuada y relativa a los conceptos de república y democracia, desde sus inicios y, poder constituyente y Constitución, con la evolución del concepto mismo de esta última.

Todas estas elucubraciones, más filosóficas que teóricas, presentaron una nueva opción al tipo de organización conocida hasta el siglo XVIII, originando así las bases para la construcción y materialización del denominado Estado Liberal, mismo que fue el resultado de la evolución del pensamiento en materia de la titularidad y uso del poder del Estado; pensamientos tales como el de Maquiavelo (2012) que aleccionaba sobre los géneros de principados que existen y los motivos por los que se adquieren, por ejemplo, la adquisición por herencia (pp. 30-31) o por soberanía mixta (32-44); así como las maneras para adquirir y mantener el poder que varía según sea por la confianza del pueblo como ocurre con el principado civil (pp. 72-76), por el uso mismo de la fuerza (pp. 56-65) o, por maldades (pp. 66-71). Nótese que la descripción de Maquiavelo corresponde a las constataciones reales de los fenómenos políticos que se presentaban en su época, a fines del S. XV e inicios del S. XVI, las cuales recopiló con un propósito instructivo para un príncipe en particular, Lorenzo de Medici (García Jurado, 2013).

El caso de Maquiavelo, fue más el resultado de una investigación, podría decirse empírica, de las maneras como se presentaba el uso del poder, a partir de la cual extrajo enseñanzas para usanza del príncipe, manteniendo el *statu quo* en dicho uso irrestricto del poder que este tenía, confundiendo el Estado con su gobierno, todavía con el esquema del absolutismo, del que le constó despegarse, incluso a Hobbes (2017) cuando discurrió sobre la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, puesto que la propuesta de pacto social que traía consigo, despojaba de poder a los integrantes de la población, para trasladárselo a la nobleza o al principado, aunque, reconoció que el origen del poder se encontraba en esa misma población, no en el encargo divino (pp. 141-145); idea de pacto o contrato social que fue seguida por Rousseau (2012), aunque ya no basado en el constante estado de guerra de los hombres, sino en su capacidad para socializar y tomar acuerdos (pp. 54-57).

La propuesta del Contrato Social, ubicaba el origen del poder en el Pueblo política y jurídicamente organizado, mecánica que genera, a su vez, al Estado Civil (pp. 60-61) por el que «el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar, ganando, en cambio, la libertad civil y la propiedad de lo que posee» (p. 60), consiguiendo con ello una organización desprendida del pueblo y eficiente para el beneficio del mismo pueblo; es en este sentido que Rousseau define el contenido de la soberanía, como «el ejercicio de la voluntad general» (p. 65), voluntad del Pueblo que «jamás debe alienarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo» (p. 65); de lo que se desprende que dicho soberano es el pueblo, no sus representantes y que, estos deben todas sus actuaciones al beneficio de aquel.

Ideas que no se verían completas sin los aportes de Montesquieu (1906) en el *Espíritu de las Leyes* que, entre muchos otros desarrollos ideológicos y filosóficos, planteó la necesidad del establecimiento de leyes para acabar con el doble estado de guerra en el que se encontraban los hombres (p. 16), es así como surgen las leyes positivas en el mapa de la denominada teoría del Estado, mismas que, en conjunto conformaban el derecho de gentes —entre pueblos—, el derecho político —entre gobernantes y gobernados— y el derecho civil —entre ciudadanos— (pp. 16-17); analizó estas leyes en función a la naturaleza del gobierno (pp. 20-35) y, dentro de estas, las leyes relativas al gobierno republicano y propias de la democracia, «en donde el pueblo en cuerpo ejerce el poder soberano» (p. 21); resulta necesario, imperativo, que sea ejercido en un contexto de separación de poderes, puesto que:

Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares. (p. 228)

La separación de poderes, aquel paradigma que pretendía evitar el abuso del poder y cuyas figuras se mantienen hasta hoy dentro de los textos constitucionales, incluyendo el texto constitucional peruano; fue otro de los aportes ideológicos, que justificaron el derrocamiento del *ancien régime* por la forma de Estado Liberal que, con algunos visos, se mantiene hasta hoy y sigue rigiendo diversos desarrollos teóricos, como ocurre con la teoría de la Constitución, que «tiene por objeto el tipo de las Constituciones democráticas, tal y como se han implantado en el mundo libre (...) sus contenidos y procedimientos esenciales, pero no en la profundidad de sus manifestaciones particulares». (Haberle, 2001, p. 1)

Pero, ¿es posible hablar de Constituciones democráticas?, en el sentido etimológico y coloquial de «gobierno del pueblo» (Eto Cruz, 2015, p. 102), la teoría de la Constitución en su sentido general, sí lo admite, es más, este es el ideal; empero, ¿solo hace falta conocer la teoría para entender que un sistema funciona como debiere?, no, es necesario caminar hacia la constatación fáctica, vale decir que, para el debido funcionamiento de un Estado Constitucional, hace falta conocer los elementos de la teoría del Estado y, con ellos, de la teoría de la Constitución, pero con estos, sumergirnos en la profundidad de cada manifestación particular de la denominada Constitución democrática y, así, descubrir si la cualidad que se le atribuye en abstracto, tiene asidero en concreto; esa es la tarea propuesta para este documento respecto del ordenamiento constitucional peruano.

II. Reflexión sobre los elementos del Estado Constitucional y la Constitución

II.1. El Estado constitucional como fundamento de la constitución democrática

La propuesta de la existencia de un Estado Constitucional corresponde a una elaboración teórica de los años setenta del siglo anterior, propuesta, sin embargo, nada uniforme en sus formulaciones, dado que, el Estado mismo no es un fenómeno uniforme en el mundo, motivo por el cual, cada rincón del planeta en el que se construye una nueva sub teoría relativa a este, tendrá influencia en las particularidades geopolíticas de las que surja; sin embargo, a pesar de dichas particularidades, la propuesta del Estado Constitucional, mantiene elementos generales que resultan comunes a cualquier desarrollo sectorizado:

Una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento fin del Estado y del orden jurídico; un reforzamiento de la noción de Constitución normativa porque la Constitución, no solo debe reconocer los derechos, sino garantizarlos plenamente —unir deber ser con el ser—; una propuesta de democracia constitucional que no está basada en la regla de las mayorías ni de las unidades, sino en el respeto pleno de los derechos humanos —es una formulación a la vez procedimental y sustantiva—; en algunos autores es una insistencia de lograr a través del Estado Constitucional la inclusión, el igualitarismo y la justicia (...); una creciente aceptación de los tratados sobre derechos humanos y de las resoluciones de los organismos supranacionales que los tutelan; una importancia destacada al razonamiento judicial y a la argumentación jurídica, al grado que se considere al Derecho como una práctica interpretativa, y el entendimiento que el Estado constitucional representa un orden jurídico sin soberano y que su papel es expresar la pluralidad jurídica de todos los proyectos jurídicos, políticos y sociales existentes. (Cárdenas Gracia, 2017, pp. 105-106)

Todas estas innovaciones realizadas al inicial Estado Liberal ya comentado, la supremacía de la constitución que se antepone a la antigua supremacía de la ley, la garantía de la eficacia de los derechos humanos y fundamentales y no solo su declaración, la variación de la comprensión de la democracia hacia una constatación de las necesidades reales de mayorías y minorías alejada de la imposición arbitraria de la voluntad de las mayorías y, finalmente, la importancia de la interpretación de las normas en respeto de los derechos humanos fijados convencionalmente; constituyen finalidades sumamente relevantes del Estado Constitucional que se compone de elementos ideales y reales que apuntan «tanto a una situación óptima de lo que

debe ser como a una situación posible de lo que es» (Häberle, 2001, p. 1); aun con la importancia suprema que parece adquirir esta forma de estado contemporánea, se siguen dejando de lado cuestiones básicas, germinales, imprescindibles para el crecimiento de este o cualquier otro tipo de Estado, ¿quién determina o debiere determinar el deber ser de una sociedad?, ¿los filósofos, los teóricos, los políticos, el pueblo, los grupos con poder económico?, ¿quién?

Tal decisión, ¿debe dejarse a la voluntad de quienes se encuentran formalmente legitimados para ejercer la interpretación o la argumentación jurídica?, no, si bien es cierto los valores del Estado Constitucional son loables y buscan la optimización en la tutela de los derechos humanos, no debe dejarse de lado la importancia que reviste, dado que seguimos hablando de los Estados, el «principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato» (Häberle, 2001, p. 1) que tanto defendieron los ideólogos anteriormente comentados.

Ello, porque la idea del Estado Constitucional tiene una pretensión de universalidad y universalización a nivel teórico, filosófico o doctrinario, pero su materialización no tiene por qué ser la misma en todos los Estados; no se trata del alcance de un nivel cultural uniformizado de la civilización occidental como parece plantear Häberle (2001) y de la obligación de que este «nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda» (p. 2); sino de una constante construcción y deconstrucción de los integrantes de cada Estado, no en términos teóricos, sino fácticos y particulares, comunes únicamente a dichos integrantes dentro de sus fronteras geopolíticas; tanto en sus construcciones estructurales del gobierno como en el contenido que le otorguen a los derechos fundamentales.

Esto impedirá los abusos de poder, no solo de los caudillos que se presenten a nivel interno, sino también de las organizaciones que se gestan a nivel internacional y constituye la reafirmación de un postulado que parece haber sido olvidado, la idea de la existencia de un constituyente, pero también su renovación hacia una mirada más allá de la excepcionalidad, así como de otros mecanismos además del mero referéndum o la propia revolución armamentista.

II.2. La clásica propuesta del Poder Constituyente en relación a la idea contemporánea de constitución

La mirada clásica del poder constituyente lo concibe como aquel que se presenta excepcionalmente dentro de la vida política de un Estado, por el que los in-

tegrantes de la población, convertidos en el elemento pueblo, instituyen una nueva manera de organización política que tutele sus propios derechos a través de una ley fundacional en la que se plasmen todas las funciones y procedimientos que den cumplimiento a dicha tutela.

Esta imagen fundacional toma forma a partir de las prácticas de la organización eclesiástica inglesa y escocesa en el siglo XVII británico con «la teoría presbiteriana del pacto eclesiástico o *covenant*, mediante el cual los creyentes se obligaban a mantener sus propias convicciones y la «Constitución» eclesiástica» (Pereira Menaut, 2011, p. 129); situación en que fueron los integrantes de la organización eclesiástica los que determinaron el contenido de esa incipiente constitución a partir de los valores desarrollados dentro de su misma organización; concepto último sobre el que se edifican las ideas del Estado y la Constitución.

El segundo elemento característico del poder constituyente, se halla en el estudio del *Agreement of the people* cromweliano, que ubica al acuerdo o pacto del pueblo por encima de las disposiciones del parlamento (Pereira Menaut, 2011, p. 130) dado que las decisiones del pueblo en su conjunto deben anteponerse a las de sus representantes y sobreponerse en caso se encuentren en antinomia.

Empero, ni la posibilidad de decidir una constitución por el pueblo mismo como la anteposición de los dispositivos constitucionales a los legales parecen felices en el contexto de una democracia representativa o, por lo menos, parecen contradictorios; más, si se intenta conciliar con los postulados del Estado Constitucional de Derecho; sobre todo en los países como el Perú en los que los ideales revolucionarios que les dieron origen, fueron una fiel copia de los ideales de la revolución francesa o, en ocasiones, una contraposición de los principios liberales con los conservadores (Ramos Núñez, 2018) y no en las necesidades y construcciones culturales de la sociedad peruana, lo que lleva a dudar de la eficacia de los postulados constitucionales clásicos y actuales en el Perú.

El Poder Constituyente, en otras latitudes, sí se ha presentado en la realidad con las características teóricas ensayadas abstractamente⁽¹⁾; tal es el caso de las Cartas Constitucionales de Connecticut y Rhode Island cuando todavía existía la Nueva Inglaterra

(1) Por Locke (2005) para el sistema insular, por las que este es capaz de remover o alterar el legislativo, nace en la propia comunidad que es la única que mantiene la titularidad del poder supremo y, cuya configuración puede darse únicamente cuando el gobierno se encuentra disuelto; y por Sieyes (2019) para el sistema continental, quien reserva el poder de otorgar la constitución al pueblo como constituyente, no a los organismos del constituido, los mismos que no se encuentran en la capacidad de cambiar las condiciones de la delegación que se les ha otorgado; característica que hace de las normas constitucionales superiores a la legales o parlamentarias, que las hace fundamentales.

que se lograron gracias a los «acuerdos de las asambleas de colonos, lo que implicaba que estas tenían un poder supremo y especial» (Pereira Menaut, 2011, p. 130).

Sin embargo, esta posibilidad de los inicios de la democracia, no es tan hacedera en las sociedades actuales y con las diversas conquistas que se han generado con la abolición de la esclavitud, el reconocimiento universal de la ciudadanía, así como la universalización de los propios derechos humanos dentro de los cuales está el derecho a la participación ciudadana. Piénsese en el poder constituyente genuino, cuyas características son la originalidad y la inmanencia a una comunidad política, la soberanía y facultad de decisión inapelable, la potestad de generación de un nuevo Derecho Constitucional en un fenómeno de puro poder y, el hecho de que es momentáneo, ocasional (p. 133); vale decir que, este acto constituyente rompe con el Derecho establecido para generar uno nuevo que vaya acorde con los requerimientos y consideraciones de la propia comunidad que lo instituye; todas estas características no se presentan ni se han presentado en la historia constitucional peruana y se hace bastante difícil verificarlas en cualquier otra sociedad.

La titularidad que se otorga teóricamente al pueblo respecto del acto constituyente, no pasa «de ser una declaración de intenciones que sus autores quisieran ver respetada y convertida en realidad» (p. 134), pero tales intenciones no han podido pasar al plano material, tan es así que, en el caso peruano, por ejemplo, la primera constitución del periodo republicano, la Constitución Política de 1823, fue el resultado de la absorción de ideologías extranjeras, vigentes en la época por el éxito de la Revolución del finales del S XVIII en el sistema europeo continental, pero que, no tuvo gran eficacia o significación dado el contexto revolucionario propio, en el que el libertador se convirtió en dictador; por lo que, poco o ningún caso se hizo de las necesidades del pueblo para el establecimiento del sistema político o gubernamental; costumbre última que se ha mantenido en la dación de las 13 constituciones peruanas, incluida la actual Constitución de 1993 que es el producto de un Congreso Constituyente Democrático y no de un poder constituyente genuino comandado por el pueblo mismo.

Los cambios de constitución que hemos mantenido en el Perú, tal y como se observará en su oportunidad, han sido el producto de los proyectos presentados por los ilustres y reconocidos constitucionalistas de la capital o por el emprendimiento de algún caudillo surgido tras el abuso momentáneo de poder en alguno de los gobiernos de turno; nunca de la acción de la comunidad, del sentir nacional o de la voluntad unificada del pueblo; es por ello que, las Constituciones peruanas se amoldan a las intenciones, buenas o perjudiciales, de los emprendedores de turno, cuentan con un cuerpo normativo importando, pero carecen de

alma. No existe en el Perú, entonces, correspondencia entre la idea del Poder Constituyente y el acto u actos materiales que crean la Constitución formal o el texto constitucional.

Pero, ¿constituye esto un problema?, lo será, siempre y cuando se siga pensando a la Constitución como un complejo normativo establecido dentro de un articulado positivado en un texto, como efectivamente muchos lo hacen todavía, sobretudo aquellos que pugnan y vuelven a pugnar por el cambio de constitución, creyendo que la Constitución está compuesta por el texto constitucional únicamente y bajo la ilusión de que es el texto el que regula al pueblo y no el pueblo el que regula al texto.

Con lo dicho, la Constitución ¿debe comprenderse como un documento normativo o como complejo de reconocimientos formales de su virtud material?, no, su contenido sobrepasa los límites de un texto o articulado; existen posturas que proponen «distinguir la Constitución gruesa» o «extensa» (*thick*) de la «fina» o «restrictiva» (*thin*)» (Pereira Menaut, 2011, p. 103); esta última, constituye el núcleo de la primera, los principios de igualdad y libertad que rigen la creación de la Constitución formal y que, en muchas ocasiones, ni siquiera se encuentran regulados en esta.

Aplicando esa visión —distinción entre Constitución Extensiva y restrictiva; uso de un criterio material, evitar nominalismos y formalismos— a un caso como el de España resultaría que algunas partes que se están dentro del texto constitucional no serían Constitución *thin*, mientras que parte de la auténtica Constitución real residiría fuera del documento constitucional: en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en los estatutos de autonomía de las nacionalidades y regiones, en otros documentos, españoles o no, o —como no— la jurisprudencia constitucional. Este enfoque serviría tanto para estudiar la Constitución española como la europea, la norteamericana o la canadiense y es en lo esencial el mismo que propondríamos para cualquier otra, *mutatis mutandis*: combinar un criterio restrictivo, aunque no tanto como el de Tushnet, con un criterio realista que juzgue *ratione materiae*. (Pereira Menaut, 2011, p. 104)

Visión aplicable también al caso peruano en el que la Constitución Material o el denominado Bloque de Constitucionalidad, sugiere que las normas constitucionales se encuentran, además en los 206 artículos del texto constitucional, en el reconocimiento de derechos fundamentales o la definición de su contenido que hace el Tribunal Constitucional, en la parte principista de su Ley Orgánica, así como de las demás leyes que desarrollan principios supremos; en los tratados internacionales vigentes en el derecho nacional en virtud del artículo 55 del propio texto constitucional y de su cuarta disposición final y transitoria; entre otros documentos producidos por actuaciones propias del constituido.

Pero, para que esto no suponga un contrasentido, es menester entender que la cualidad material de la Constitución no se desprende de los actos del constituido ni de la suscripción de tratados internacionales, sino de los fundamentos que permiten y dan legitimidad a tales actos; la actuación diaria del pueblo peruano o de cualquier otro pueblo determinada por su cultura, el elemento dinámico del Estado, el que permite la evolución de su derecho, de sus estructuras políticas y, por consecuencia, el control de las económicas.

Ya no desde la perspectiva que se tenía anteriormente del principio mayoritario como el respeto de lo que es decidido por la mayoría en los comicios electorales o en la votación de un referéndum, sino en la posibilidad de acceder a todos los mecanismos que la democracia actual presta al ciudadano para ejercer la «igualdad política participativa, como valor subyacente de la democracia» (Eto Cruz, 2015, p. 104), pero no en un momento excepcional, sino de manera permanente.

Vale decir, ¿realmente tiene eficacia el principio mayoritario si no toda decisión que se adopta bajo mecanismos democráticos es jurídicamente válida?, sí, en tanto se comprenda al principio mayoritario como la búsqueda de la eficacia de los derechos de una mayor cantidad de personas; para que el principio democrático, así como la idea del poder constituido sigan vigentes, deben modificar su configuración hacia la búsqueda de la satisfacción material de los derechos de las personas; no a manera de democracia directa, sino con el paradigma de la democracia participativa en el plano social —donde se definen los contenidos de los derechos fundamentales—, en el plano político a través de la participación activa en el gobierno, ya sea como integrante o como fiscalizador permanente, o en la limitación del abuso del poder económico.

La Constitución se hace material no por la variedad de regulaciones que permiten reconocer formalmente los derechos fundamentales, sino por la generación dinámica de los mismos en el seno de la sociedad, en las vivencias diarias de los pueblos, en la comprensión de su cultura y de sus necesidades que han de ser recogidas en los diversos textos elaborados por el gobierno, creando una fórmula que sopesa las conquistas de derechos y principios logradas en la evolución del Derecho con los requerimientos de la moral social.

II.3. La historia constitucional peruana en relación con el poder constituyente y la constitución material

En el Perú, los funcionarios públicos, los integrantes del congreso y, hasta algunos integrantes de la judicatura, todavía conciben a la Constitución como un conglomerado de normas positivadas contenidas en un texto que, en este caso,

cuenta con 206 artículos, con una parte dogmática que congrega a los derechos fundamentales y una parte orgánica que estructura al gobierno; dando principal atención a la supuesta función que tiene la Constitución en la organización del gobierno, en su creación o en la corrección del problema del equilibrio de poderes (Guzmán Napurí, 2015, p. 643), centrando la atención en las estructuras de gobierno que, si bien es cierto son importantes, no son el centro de la existencia de la Constitución, como sí lo es la tutela y respeto de los derechos de las personas en tanto integrantes de la población, así como ciudadanos de un Estado o, simplemente, seres humanos que habitan un determinado lugar del globo.

Como se señaló ya anteriormente, la historia del Perú no nos presenta un momento constituyente originario, revolucionario, por el que el pueblo peruano reclame la institución de medidas suficientes para el respeto de sus derechos y necesidades, jamás se ha presentado tal situación, nuestras revoluciones no han sido nuestras, han correspondido a las pretensiones de la corriente libertadora del Sur e, inmediatamente, a las pretensiones de la corriente libertadora del norte.

Tal vez por eso, la Constitución Política de 1823, fue todo menos política, constituyó un esfuerzo académico, una revalidación de las ideas ilustradas, una adopción de otros valores y principios que pintaban como universales, pero no una acción revolucionaria del pueblo peruano por rescatar sus valores y consignarlos en un texto constitucional, fue un reclamo, tal vez, de impetuosos ciudadanos que renegaban contra el régimen regio y que guardaban algún conocimiento de los cambios políticos de la Europa continental, como ocurrió con la reacción contra las posturas de los «copetudos» protagonizada por José Faustino Sánchez Carrión, integrante de la comisión encargada de redactar la Ley de Bases de la Constitución, junto con Luna Pizarro, Tudela, Olmedo, Figueroa, Paredes, Larrea, Arce y Mariátegui (Altuve-Febres, 2005).

Dicha Constitución, entonces, fue el resultado de una naciente aristocracia estudiosa y concedora de las teorías, pero incapaz de formular teorías propias, adecuadas, idóneas para tierra peruana; es por ello que fue tan fácilmente desdeñada por el régimen dictatorial que no la dejó surtir efecto alguno.

En la práctica, la Constitución de 1823 solo llegó a regir a partir de 1827; esto es, desde la caída del régimen de Bolívar hasta la promulgación de la Constitución de 1828. Un tiempo de verdad muy breve. Su transitoriedad se explica por su vocación ideológica. El artículo 4 establecía que si la nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca al pacto social. (Ramos Núñez, 2018, p. 19)

Pacto social que, por lo menos hasta la fecha, no tenía manera de producirse en el territorio peruano; otro ejemplo del fracaso constitucional del país, lo representa la segunda Constitución de nuestra historia, la Constitución de 1826, «caro producto bolivariano, que paradójicamente fue llamada «vitalicia», duró poco menos de dos meses» (p. 25); documento que, al igual que el primero, fue impuesto por los ideales del libertador del norte que, contrario a sus iniciales principios liberales, terminó por convertirse en el dictador del Perú y que, no fue el producto de la acción constituyente del pueblo peruano, sino de la formulación encargada a los colegios electorales provinciales.

Tal vez, la Constitución Política de 1828, puede ser entendida como la primera constitución elaborada en un contexto de descanso de los conflictos armamentistas en el país, «es una de las más importantes en la historia nacional, si en el Perú se creyera en el Concepto de Constitución como sinónimo de tradición histórica esta sería nuestra carta fundadora» (p. 35); no obstante, dicha tradición histórica que se dice lleva en su interior, tampoco es el producto de una actuación popular o del recojo documentado de la cultura peruana, sino del esfuerzo de Javier Luna Pizarro y unos pocos por «conciliar las ideas liberales con las circunstancias que vivía el país» (p. 36).

La misma mecánica para la Constitución de 1834 que fue el esfuerzo particular de Javier de Luna Pizarro quien dijera sobre su obra: «El proyecto trabajado de prisa por mí, encierra cosas y muchas que no eran de mi opinión; pero que tuve que capitular, porque hubiese proyecto pronto, que era mi objeto» (Luna Pizarro, citado por Ramos Núñez, 2018, p. 45); serie de individualismos que se presentó también en la Constitución de 1839, aunque de otro tipo, puesto que esta fue promocionada por Agustín Gamarra para favorecer a la confederación peruano boliviana, que resultaba imposible en la normativa de la Constitución de 1834 (Ramos Núñez, 2018, p. 53) y que establecía un régimen conservador; la Constitución de 1856, fue promulgada por Ramón Castilla luego del triunfo liberal en la batalla de La Palma (Ramos Núñez, 2018, p. 61) que da cuenta del enfrentamiento bélico que se suscitaba entre los grupos políticos, de corte liberal y de corte conservador, otra costumbre instaurada en nuestro país que se encontró detrás del acceso de diversos grupos políticos al ejercicio del gobierno; el enfrentamiento, consenso o imposición de los partidos políticos han originado la dación de las diversas constituciones de nuestro país, la Constitución Moderada de 1860 que buscaba dar un equilibrio al enfrentamiento entre liberales y conservadores, la impronta de la Constitución Liberal de 1867 y su pronta interrupción en 1868 y la vuelta de la Constitución de 1860 cuya vigencia se prolongó casi 60 años hasta la dación de la Constitución de 1920 que marcó un cambio hacia un sistema preocupado por los integrantes del

pueblo, alejándose de la preocupación solo por los intereses aristocráticos, pero que fue también una copia de un sistema extranjero, el constitucionalismo nacional de Querétaro de 1917; lo mismo con el cambio por la Constitución de 1933 que fue el producto del debate del Congreso Constituyente de 1931 y la Constitución de 1993 que fue producto del debate del Congreso Constituyente del mismo año; tal vez, la única excepción que se presenta al respecto, es la Constitución de 1979 que es el producto de una Asamblea Constituyente convocada en 1978, pero siempre desde la plataforma de la democracia representativa.

Todo ello denota que las Constituciones en nuestro país, han sido el producto de la elaboración individual de algún conecedor, un caudillo, o uno o varios grupos políticos, basados en ideologías extrañas e influenciados por estas, que confían que la dación de un texto constitucional supone la solución para la lesión de los derechos de los ciudadanos peruanos pero que, dada la falta de nota en las necesidades reales de la población, no han sido más que un intento momentáneo frágil ante los cuestionamientos de grupos políticos posteriores con pretensiones de derrocar el texto constitucional vigente para reemplazarlo por uno posterior. Como se puede observar de los actuales movimientos políticos y grupos económicos que ven en el cambio de la Constitución de 1993, una solución para los impases sufridos por la sociedad peruana, sin caer en la cuenta que, de lograr su cometido si contar con un verdadero sentimiento constituyente, esta nueva Constitución sería otra vez el reflejo de las voluntades antojadizas de quienes ejercen el poder coyunturalmente y, por tanto, puede augurársele el mismo destino que sus predecesoras.

III. Propuesta para el desarrollo de teorías y dogmas propios en pro de la tutela efectiva

En toda la mecánica mencionada respecto de la evolución de los textos constitucionales peruanos, pueden identificarse diversos fallos que alejan la norma constitucional del sentir y necesidades reales de la población, que ha fomentado la resolución de los conflictos de interés constitucional, por el órgano de control de la constitucionalidad (Vives Andrade, 2018, p. 980) peruano, con la utilización de teorías o principios importados, pero no con la verificación real de las necesidades de la población peruana; vale decir, una justicia constitucional teórica, puesto que se basa en construcciones teóricas doctrinarias extranjeras y normas inspiradas en estas que, no tendrían nada de malo si es que se las contrastara con la realidad peruana.

Con lo que se secunda las afirmaciones sobre la desgracia del Perú que ha sido «víctima de apetitos incontrolados de poder» y que «requiere ordenar, sin dilación su organización como Estado, la cual es indispensable para que su pueblo

pueda acceder a un destino fecundo y venturoso» (Alva Orlandini, 2018, p. 1077), orden que, no puede surgir de las ideas de nuevos ilustrados solamente, sino de la participación activa de la propia población peruana, a través del ejercicio de una forma eficiente de democracia participativa, pero, principalmente, a través de la comprensión, por parte de los organismos del Gobierno que la Constitución no consiste en el documento escrito que contiene una serie de artículos, sino en las vivencias mismas de la sociedad que deben ser recogidas por un constituyente originario y excepcional, pero sobretodo, por aquellos funcionarios y magistrados legitimados para reconocer y resolver materias constitucionales.

En ese sentido, el constituyente puede ser excepcional, pero también permanente; excepcional en tanto se pretenda fundar un nuevo texto que se desprenda de la reacción de la población peruana en su totalidad, pero permanente en tanto las decisiones políticas fundamentales de los integrantes del Estado y, por tanto, de la población, ejercen, fundan, reconocen, justifican, componen, derechos diariamente; esto expresa el carácter evolutivo de la sociedad, pero obliga también al carácter evolutivo del Derecho Constitucional.

Esto no significa que la democracia se oponga al constitucionalismo, sino que, debe lograrse la manera de equilibrar sus postulados para conseguir que esta Constitución —ahora material— siga siendo el límite del poder político y, a la vez, dicha Constitución sea originada por el ejercicio de un poder político, pero no excepcional, sino permanente, extraído de las vivencias de la población, por las discusiones de un Congreso Constituyente, de una Corte Suprema, de un Tribunal Constitucional, de un Tratado Internacional, o de cualquier otro mecanismo que respete los intereses de la población para el establecimiento de la norma suprema y fundamental.

Tómese en cuenta que, la democracia, a pesar de que no pueda ejercerse más directamente por la totalidad de la población, no puede restringirse a la mera representación, y que el ejercicio constituyente no necesariamente tiene su base en la visión electoral del principio mayoritario, pero tampoco en la decisión, arbitraria o no, de pequeños grupos de poder.

Así, debe mantenerse la idea y debe hacerse una práctica, que las Constituciones democráticas resulten de la «conquista cultural» (Häberle, 2001, p. 2) como el resultado de los procesos culturales que se presentan de manera diferenciada en cada sociedad; al respecto, en nuestro caso hemos de preguntar si, ¿es posible argumentar que las Constituciones peruanas son el resultado de conquistas culturales o de las pretensiones de los políticos peruanos por formar parte de la llamada civilización occidental?; dado que, nuestras Constituciones, incluso la última, pretenden

que la población se haga y acostumbre a las figuras en esta reguladas y olvidan que es dicha población y sus convicciones la que debiera encargarse de constituirla.

Nótese que, una comprensión material del derecho constitucional que no se fija únicamente en los organismos del Gobierno, sino, principalmente el en pueblo como elemento del Estado y en su cultura como su elemento dinámico; posibilitaría la construcción de figuras propias, pero, principalmente, esputaría principios que no le son necesarios a nuestra sociedad por no gozar de legitimidad; por más pretensión universal que estos tengan.

Puesto que las antiguas posiciones liberales, mantienen vigencia en tanto no existan otros mecanismos igualmente eficientes para la limitación en el abuso del poder, en los que se podría incurrir, incluso bajo los postulados del Estado Constitucional; por lo que, la democracia debe también desarrollar nuevos mecanismos para hacerse patente, dado que no basta con preferir lo que quieran las mayorías, pero tampoco puede dejarse a la elección de unos pocos grupos de poder el contenido de los derechos humanos o de los principios fundantes, así como tampoco, de la administración o la jurisdicción.

IV. Conclusiones

Las formulaciones teóricas clásicas de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución, son generales y pasibles de ser aplicadas a los Estados y Constituciones de manera particular; no obstante, no constituyen cláusulas obligatorias, sino lineamientos que bien podrían o no ser aplicados en virtud de la particular organización política y jurídica de cada Estado.

El pueblo no ha dejado de ser el titular del poder soberano en las consideraciones teóricas, empero, no es posible señalar ello cuando se habla del pueblo como poder constituyente en el Perú, puesto que sus constituciones han sido siempre el producto de apetitos privados y, en tanto, no se posibilite la participación de la población en la mecánica constituyente originaria, los derechos de los mismos van a ser dejados en segundo plano por privilegiar los intereses de unos pocos.

Con ello, una manera de tutelar efectivamente los derechos de las personas, se presenta con la modificación de la concepción de Constitución formal, hacia una mirada material de la misma, lo que implica la participación de la población en su construcción sin necesidad de ejercer una actuación política concreta, sino dentro de su propio desenvolvimiento social, a manera de un constituyente permanente que genera decisiones políticas fundamentales aun en situaciones ordinarias; mismas que deben ser anotadas por los organismos y órganos competentes para fijar el contenido de los derechos fundamentales.

V. Lista de referencias

- ALTUVE-FEBRES, F. (2005). La Constitución de 1823. Una ilusión de una República Ilustrada. *Pensamiento Constitucional*, pp. 435-461.
- ALVA ORLANDINI, J. (2018). Una nueva Constitución. Exposición de motivos del proyecto de Constitución de Javier Alva Orlandini. En L. A. Roel Alva, *Política y Derecho Constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini* (pp. 1077-1213). Lima: Adrus D&L editores S.A.C.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2017). *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- M. (2015). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- GARCÍA JURADO, R. (2013). Maquiavelo y los Médicis. *Polis*, 9 (2), pp. 151-175.
- GUZMÁN NAPURÍ, C. (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- HÄBERLE, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Autónoma de México.
- HOBBS, T. (2017). *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- LOCKE, J. (2005). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes - Prometeo Libros.
- MAQUIAVELO, N. (2012). *El Príncipe*. Madrid: Editorial Edaf, S.L.U.
- MONTESQUIEU. (1906). *El Espíritu de las Leyes*. Madrid: Librería General de Victoria-no Suárez.
- PEREIRA MENAUT, a.-c. (2011). *En defensa de la Constitución*. Lima: Palestra Editores.
- RAMOS NÚÑEZ, C. (2018). *La letra de la Ley. Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- ROUSSEAU, j.-j. (2012). *El Contrato Social*. Madrid: Edaf, S.L.U.
- SIEYÈS, e.-j. (2019). *¿Qué es el tercer Estado?* Biblioteca Omegalfa - Filodemos.
- VIVES ANDRADE, j. c. (2018). Una polémica en torno a la defensa de la Constitución. El guardián de la Constitución y las propuestas de Kelsen y Schmitt. En L. A. Roel Alva, *Política y Derecho Constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini* (pp. 977-990). Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.

Estado de excepción y estado de rebelión. Excepción, servidumbre y rebelión desde Agamben, La Boetie y Dussel

State of emergency and state of rebellion. Exception, servitude and rebellion from Agamben, La Boetie and Dussel

GIRÓN MEGO, Frank(*)

La felicidad es la redención del destino, pero si el destino es el de la sociedad históricamente establecida, es decir, el de la opresión legalmente establecida, entonces la redención es un concepto político-materialista: el concepto de revolución.

H. MARCUSE, Epílogo a W. BENJAMIN

SUMARIO: I. Introducción. II. Estado de excepción y colonialidad del poder. III. Servidumbre voluntaria laboetiana y estado de rebelión dusseliano. IV. Estado de Rebelión: la potencia liberadora de la vida desnuda. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante en la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, México.

Resumen: La idea de este ensayo gira en torno a tres puntos que básicamente determinarán su estructura y subtítulo. La intención es, en un inicio dar cuenta, de la categoría agambiana de *Estado de Excepción* y su telón de fondo en la estructura y garantía del poder político de estructura colonial más allá del *Estado de Derecho*, que en realidad es la cara menos importante del poder político (negativo). Con esta imagen, que denuncia el *estado de excepción* como forma ya cada vez más normalizada de gobierno, se pretende hacer un pequeño diagnóstico de la realidad mundial tratando, de la mano de *La Boetie*, de realizar una lectura geopolítica y corpolítica para denunciar la actual situación de dominación sobre los territorios y los cuerpos de los «excluidos y oprimidos» del mundo. A continuación, se resalta la actividad de las resistencias a nivel mundial que ha determinado la extensión de las fuerzas en juego por y para la liberación de los pueblos⁽²⁾ frente a la tiranía del capital y el mercado neoliberal en una realidad pandémica en lo que se entiende como el verdadero estado de excepción y más allá de él: el estado de rebelión.

Palabras clave: Estado de Excepción, dominación, territorios, mercado neoliberal, excluidos, geopolítica, realidad pandémica.

Abstract: The idea of this essay revolves around three points that will basically determine its structure and subtitling. The intention is, at first, to account for the agambian category of State of Exception and its backdrop to the structure and guarantee of the political power of colonial structure beyond the rule of law, which is actually the least important face of political power (negative). With this image, which denounces the state of emergency as an already increasingly normalized form of government, it is intended to make a small diagnosis of the world reality by trying, by the hand of *La Boetie*, to carry out a geopolitical and corpolitic reading to denounce the current situation of domination over the territories and bodies of the “excluded and oppressed” of the world. Next, it highlights the activity of resistances at the global level that has determined the extent of the forces at stake by and for the liberation of peoples from the tyranny of capital and the neoliberal market in a pandemic reality in what is understood as the true state of emergency and beyond it: the state of rebellion.

Key words: State of Emergency, domination, territories, neoliberal market, excluded, geopolitics, pandemic reality.

- (2) Se debe aclarar desde ya que *pueblo* es una categoría política que no se sume ni dogmática ni esencialista por cuanto su constitución o concreción histórica depende de las distintas realidades y las fuerzas en juego, lo cual hace distinta su comprensión en Perú que, en Argentina, en América Latina, Medio Oriente o Asia. No obstante, guardan todos los pueblos un contenido profundo que los hace análogos, es decir concretos y a la vez universales, la comunidad y la voluntad-de-vida.

I. Introducción

El planteamiento de este ensayo gira en torno a tres puntos que básicamente determinarán su estructura y subtítulo. La intención es, en un inicio dar cuenta, de la categoría agambiana de Estado de Excepción y su telón de fondo en la estructura y garantía del poder político de estructura colonial más allá del Estado de Derecho, que en realidad es la cara menos importante del poder político (negativo). Con esta imagen, que denuncia el estado de excepción como forma ya cada vez más normalizada de gobierno, se pretende hacer un pequeño diagnóstico de la realidad mundial tratando, de la mano de *La Boetie*, de realizar una lectura geopolítica y corpolítica para denunciar la actual situación de dominación sobre los territorios y los cuerpos de los «excluidos y oprimidos» del mundo.

II. Estado de excepción y colonialidad del poder

Según la comprensión política agambiana, «el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente» (Agamben, 2016, p. 11). Esto le da pie para afirmar que, no obstante, el impulso foucaultiano para abandonar la concepción soberana del poder, habría que atribuirle a este *poder soberano* la producción de un *cuerpo biopolítico*. Es decir, que lo que él denomina *nuda vida* es el núcleo originario (oculto) del poder soberano. Esta excepcionalidad del poder incluye a la *nuda vida* en la política occidental a través de una exclusión (inclusiva). Así, argumenta que lo propio fundamental de la política occidental no es la categoría schmittiana amigo-enemigo, sino nuda vida-existencia política, *zoé-bios*, exclusión-inclusión. Este núcleo del sistema político queda demostrado en los procesos de objetivación (objeto) y subjetivación (sujeto) a los que el *ser vivo humano* queda sujeto, respectivamente, en lo disciplinario y en la política moderna «democrática». Esto, en definitiva, obliga a revisar el horizonte de la estatalidad en que se confunde la doctrina del Estado y del Derecho con la esfera de la vida; y esconde, también, el *arcana imperii* (secreto del poder), que por desconocido incluso la crítica de ese poder termina por caer en las estructuras que denuncia en él⁽³⁾.

- (3) Como le habría sucedido, dice el autor, a la visión marxista ortodoxa que propone la *dictadura del proletariado* sin percatarse que lo hace bajo la forma del estado de excepción. A todas luces el ejemplo resulta cuestionable incluso en el mismo núcleo de la dogmática marxista por cuanto si bien se postula una especie de *estado de excepción*, las condiciones en que se lo postula superan una mera confirmación del orden dominador, pues la intención teórica/práctica es revolucionar las mismas estructuras de poder. Aunque esto no quita el hecho del uso que esta figura recibió en el socialismo real.

A través de la *exceptio* de la *nuda vida* se llega a la paradoja de la soberanía. En cuanto, la esencia de la soberanía es la decisión (el monopolio de esta) sobre la excepción, más que el monopolio de la coacción o del mando, se demuestra que para crear derecho no es necesario tener uno. Es decir, lo normal nada prueba; la excepción, en cambio, lo prueba todo. No solo confirma la regla, sino que evidencia que esta vive de la excepción. La excepción, entonces, «explica lo general y también se explica a sí misma» (Schmitt citado por Agamben, 2016, 29). El autor nos dice que en la «excepción soberana se cuestiona la misma condición de posibilidad de la validez de la norma jurídica y, con ésta, el propio sentido de la autoridad estatal» (Agamben, 2016, 29). Como ya veremos más adelante este mismo momento, invertido en su inversión, puede provocar un estado de excepción cualitativamente distinto.

No obstante, nuestro autor, no ve esta posibilidad y más bien, junto a Schmitt, resalta que el «ordenamiento del espacio» (*nómos soberano*) no es sólo «ocupación de la tierra», fijación de un orden jurídico (*Landnahme*) y territorial (*Ortung*), sino, sobre todo, «ocupación del afuera», excepción (*Ausnahme*). De manera que la relación de excepción expresa sencillamente la estructura formal originaria de la relación jurídica. Con esto, Agamben, como bien se puede hacer en una lectura negativa de Hobbes, propone una disputa esencial por la soberanía, pues concibe al orden del Derecho como necesitado de un «otro orden» que lo garantice. ¿Lo garantice ante qué o de qué? Significa, en términos de Foucault, que la ley no es un espacio u orden ganado, sino el ejercicio mismo del poder que el soberano en cuestión realiza para garantizar su autoridad. Con la ley, que no es normalidad propiamente dicha, sino la normalidad del soberano, este ejerce la autoridad que cree tener. La ley es la estrategia de su conservación y la excepción su paroxismo fundacional cada vez más igualado con lo normal.

Intentando corregir o superar a Foucault, el autor señala que «el estado de excepción, como estructura política fundamental, ocupa cada vez más el primer plano en nuestro tiempo y tiende, en último término, a convertirse en la regla» (Agamben, 2016, pp. 32-33). Esto le hace considerar que «no la cárcel sino el campo de concentración es, en rigor, el espacio que corresponde a esta estructura originaria del *nómos*» (Agamben, 2016, p. 32).

Con esto, entonces, el derecho no es el castigo del primer acto o *acontecimiento* (como le dice Badiou) de la *violencia mítica* (como le llama W. Benjamin) o fundacional, sino su inclusión en el orden jurídico como hecho jurídico primordial. En este sentido, se puede decir que la excepción es la forma originaria del derecho. A todo esto, también es necesario sumar el concepto de culpa, que no es explicado de manera técnica, sino en su acepción de *estar-en-deuda*: en relación con algo de lo que se está excluido. Apreciado correctamente, este concepto tiene múltiples

repercusiones porque lo mismo podría aplicarse para la relación derecho y excepción que a la relación de los gobernados (*nuda vida*) respecto de un sistema de gobierno que ellos no se impusieron, pero aun así se hallan sujetos a su jurisdicción, pues de lo contrario su culpa sería la «posición consciente de fines contrarios a los del ordenamiento jurídico», como una «mala voluntad» (Schmitt citado por Agamben, 2016, p. 42) hacia el orden establecido. Esto nos debe indicar las luces que en el análisis del «poder soberano» tiene Agamben hacia la cuestión del fetichismo del poder o su inversión, por cuanto ve que en su necesidad de excluir-incluir la vida que le falta, la vida que no tiene, la excepción-derecho soberano acude a la culpa como mecanismo para sujetar a sus súbditos.

Esta culpa se ve conceptualizada en la noción de *nuda vida* en donde la vida está dentro y fuera del ordenamiento jurídico. Esto es, propiamente, la *exceptio soberana*. Esta estructura originaria del derecho testimonia que la relación originaria de la ley con la vida es el *Abandono*⁽⁴⁾. Lo cual nos lleva al enigma, ¿dónde se sitúa la soberanía de la ley? Esta se sitúa en una región oscura y ambigua en la que se da la escandalosa indiferenciación o «conjunción de los opuestos»: violencia y justicia. La violencia soberana específica se constituye por la indistinción entre violencia y ley, naturaleza y cultura, incorporación del estado de naturaleza en la sociedad. Sin embargo, como sus mismos defensores (Hobbes, por ejemplo) comprendieron este postulado no hacía referencia a una época real de la humanidad (que devendría de una ontología o antropología negativa), sino que es un principio interno del Estado y del Derecho (fetichistas, tendríamos que agregar). Esto, nos hace decir que esta «exterioridad —el derecho de naturaleza y el principio de conservación de la propia vida— es en verdad el núcleo íntimo del sistema político, del que este vive, en el mismo sentido en que, según Schmitt, la regla [(la ley, el estado, el soberano, el poder)] vive de la excepción» (Agamben, 2016, p. 51).

Un poco más adelante, citando a Schmitt, Agamben realiza el acercamiento que nos permite en este ensayo analogar excepción y colonialidad. «[El] nexo entre localización y ordenamiento jurídico implica siempre una *zona excluida del derecho*, que configura un espacio «libre y jurídicamente vacío», en el que el poder soberano no conoce ya los límites fijados por el *nómos* [territorial]» (énfasis agregado) (Agamben, 2016, pp. 52-53). Así se identificó en la época clásica del *ius publicum Europaeum* al «Nuevo Mundo», como el estado de naturaleza («ámbito temporal y espacial de la suspensión de todo derecho») donde todo era lícito⁽⁵⁾. Agamben

(4) Agamben hace referencia a la *relación de abandono* basado en el término *bando* que significa tanto «a la merced de» como «a voluntad propia». Ver Agamben 2016, pp. 43-44.

(5) Así lo comprende Locke al decir que «en un principio todo era América».

hace un iluminado llamado a centrar la mirada en lo que la justicia no puede debido a que lleva los ojos vendados. Hay en el extremo de la configuración del poder a partir de la dominación colonial una importancia para comprender la realización negativa del poder en Europa. Aunque después vuelve a señalar el escándalo que en el pensamiento occidental produjo la «primera gran guerra», esta visión hacia lo colonial resulta de vital importancia, pues desvendando el eurocentrismo del análisis se reconoce una consumación de la excepción en las periferias colonizadas que más tarde alcanza a las metrópolis coloniales. La misma virtual escisión que se hace evidente en las colonias desde hace siglos atrás lo es «de una forma más clara (para Europa) a partir de la Primera Guerra Mundial» en la cual el nexo entre localización y ordenamiento se rompe «arrastrando a la ruina a todo el sistema». Esto, dice, es lo que ha sucedido y viene sucediendo. Es decir, El espacio «jurídicamente vacío» de las colonias «ha roto sus confines espacio-temporales y al irrumpir [en Europa] tiende ya a coincidir en todas partes con el ordenamiento normal, en el cual *todo se hace posible de nuevo*⁽⁶⁾» (énfasis agregado) (Agamben, 2016, p. 54).

En efecto, en estas tierras, los cuerpos (*nuda vida*) fueron puestos en Estado de Excepción colonial que se volvió la regla de un gobierno biopolítico colonial, incluso a extremos normalizados de necropolítica⁽⁷⁾. El genocidio de los pueblos americanos originarios de sur a norte del continente demuestra este ejercicio del poder. Esa estructura que inaugura la modernidad sería la colonialidad de Aníbal Quijano (2014): la modernidad/colonialidad implementada primero como colonización, sostenida como colonia y después mantenida en su estructura como colonialidad en las «repúblicas independientes». Con esto, se propone un parangón entre lo propuesto por Agamben respecto al Estado de Derecho y el Estado de Excepción (excepción/derecho) y, la modernidad y la colonialidad. Los primeros se fundan, son posibles gracias a los segundos y de hecho las prácticas y discursos empleados bajo el manto de los segundos garantizan el orden de los primeros. Más allá, lo primero sería lo declarado, pero lo segundo lo realmente operante, lo latente: el orden mismo. Así, la normalidad de la dominación capital-trabajo por ejemplo será la realidad en las potencias o centralidades dominadoras (no se desconoce tampoco las situaciones extremas de exclusión y opresión dentro de esas «totalidades»), mientras que situaciones propias de la colonialidad como la

(6) Es acertado decir «de nuevo», puesto que historia está llena de estados de excepción impuestos para conservar el orden dominador racista, sexista, capitalista, moderno, etc. Un ejemplo claro de la lógica que describe Agamben es el dominio napoleónico (1805) que restituyó el orden burgués de manera radical después de las luces revolucionarias del siglo XVIII francés.

(7) El estado de excepción se regiría bajo el discurso de muerte. Contrario a una política de la vida. Ver García Corona 2019, p. 160.

esclavitud, la servidumbre, la explotación, la opresión serían las que gobiernan las periferias mundiales. De tal manera, la norma del Estado de Derecho se muestra como excepción, mientras que el Estado de Excepción colonial emerge a través del mar de interpretaciones sesgadas como la base que sostiene el iceberg sobre el cual se basa la civilización humana occidental-mundial. El incremento del peso histórico hará que el *iceberg* de las contradicciones penetre la historia provocando la emergencia de un nuevo orden u órdenes, pero primero su caos.

La excepción es, para muchas y muchos, desde hace quinientos la regla en América. Herbert Marcuse (1965), al prologar *Para una crítica de la violencia y otros ensayos* de W. Benjamin, reconoce que el estado de excepción «es la regla para los oprimidos». La extensión/expansión de la excepción atiende al núcleo moral-filosófico de su concepción política: el estado de su naturaleza (el *yo conquisto*) y el principio de su conservación (el solo *yo pienso*). Consideraciones que no son otra cosa que la procura de su propia existencia. La conquista del estado de naturaleza de la exterioridad (americana y después mundial), la supuesta violencia de esta, que en realidad le es exterior o ajena, es incorporada mediante *ficción* en un principio interno (de su normalidad) en su ley, en su regla, en su Estado, en su ser soberano (el *espíritu absoluto* le diría Hegel).

En el paradigma político del *campo de concentración* no solo somos «animales en cuya política está puesta en entredicho su vida de seres vivientes, sino también, a la inversa, ciudadanos en cuyo cuerpo natural está puesta en entredicho su propia vida política» (Agamben, 2016, p. 238). Esto, en un contexto de colonialidad del poder, nos permite considerar que el estado de excepción es la herramienta de dominación de lo que se puede denominar el «Estado liberal-colonial» (García, 2019, p. 173). La colonialidad de la que se habla esta entendida como estructura estructurante estructurada que se apuntala a partir de la excepcionalidad colonial. Es decir, la instalación de una nueva normalidad (la colonia) a partir de un proceso también constante (por la oposición permanente que encuentra la invasión en estas tierras), la colonización. Esta realidad persigue a muchas zonas de la periferia mundial debido a la relación de dependencia-abandono que el capital dominante ejerce sobre el capital periférico que a su vez incrementa la dominación laboral, la ex-propiación de la tierra, el expolio de los bienes comunes, etc. con la tutela del Estado liberal-colonial⁽⁸⁾.

(8) No obstante, esta instrumentalidad estatal, es preciso reconocer también que el Estado mismo es un espacio de lucha. Por ello no se puede abandonar la disputa del poder dentro él, pues será copado por la inversión dominadora de la soberanía fetichista que desconoce el servicio y la obediencia crítica al pueblo.

El estado de excepción, entonces, nos permite comprender el *estado de derecho colonial* que inaugura el derecho de conquista, que es básicamente un *derecho de guerra y de motín*. Esto establece no una normalidad, sino una legitimidad exterior al espacio territorial de donde se dicta ese derecho. Por ejemplo, el derecho dictado por el rey en España se traduce en acciones de conquista y reparto del motín de las *nuevas tierras*. En la actualidad es lo que se conoce como *derecho de guerra* (si existe algún derecho para eso), las *reparaciones de guerra* (reparaciones que el vencedor exige al vencido) y contratos de reconstrucción (con *lobbies*) como los aplicó el imperio estadounidense en Irak, valga recordarlo.

La estructura de poder soberano de la actual política, como decíamos en un inicio, a pesar de las recomendaciones de Foucault, se vuelve central en el análisis del poder. Esto no quiere decir que los dispositivos de individuación y totalización que denuncian tanto Foucault como Agamben no tengan sentido en el actual sistema fetichista. Más bien, se trata justamente de un engarce entre múltiples formas de dominación que conducen en un extremo al *campo de concentración* como *paradigma bio-necropolítico* donde la excepción soberana sobre la *nuda vida* define la diferencia entre la vida y la muerte, la desechabilidad o la instrumentalización de lo que este poder denomina sujetos.

Este no solo es un paradigma teórico acerca del poder. Es, en efecto, la razón de la política actual. Los campos de refugiados por todo el mundo, los millones de migrantes (vida a la que el sistema de justicia fetichista considera ilegal), las miles de personas (en especial civiles) asesinados en la guerras imperialistas (por el petróleo, por ejemplo), más millones sometidos a la trata para la esclavitud sexual, laboral y venta de órganos, y un largo etcétera demuestran esta cruda realidad que ha venido a empeorar debido a la evidencia de que el sistema capitalista (y todas las características o esencialidades que se le sumen: patriarcal, colonial, racista, misógino, etc.) y la clase de poder soberano que instrumentaliza no son capaces de hacerse cargo de la vida que intentan excluir-incluir mediante la *excepción*. Es más, confirma lo dicho por Agamben: la relación originaria de la política (fetichista) con la vida es el *abandono*.

III. Servidumbre voluntaria laboetiana y estado de rebelión dusseliano

Esta sección, después de haber realizado el esfuerzo de un acercamiento crítico a la actual situación geopolítica mundial a partir de la categoría *excepción colonial*, será dedicada a una suma de procesos críticos que tanto La Boetie como Dussel

han denunciado para sus tiempos y más allá. Uno (en su *Discurso*) intentando diagnosticar el malicioso vicio de la servidumbre voluntaria adquirido por los pueblos y personas del mundo a través de la costumbre, la mistificación del poder y el interés o la ambición (de poder, de riquezas, de comodidad, etc.) y, otro recordando que un poder (*potestas*) fetichizado puede llegar a pervertir (fetichizar) al mismo pueblo (*potentia*), nos permiten dar las pistas de la dominación actual e ir trabajando en posibles vías de resistencia y/o liberación y su articulación estratégica.

Un sistema fetichizado (fetichista fetichizante) que incluye la vida de la comunidad política a través de la excepción en el orden del derecho ya que no puede basarse en un consenso legítimo va produciendo también una comunidad fetichista. Para esto se vale de grupos⁽⁹⁾ que someten violentamente la voluntad popular o del apoyo de poderes imperiales a los cuales se somete (Dussel, 2006, p. 44), pero además de fetiches. Es decir, el poder soberano (ya un fetiche en sí) confecciona fetiches para el pueblo. Así, llegamos al aporte laboetiano que tiende los rieles para este análisis: la *servidumbre voluntaria*.

Desde la apertura de la excepción colonial al atlántico se fue extendiendo la «ambición del estado moderno [europeo], [que es] penetrar literalmente la sociedad, introducirse en sus articulaciones más finas, hacerse dueño de sus engranajes más íntimos [En pocas palabras:] Civilizar» (Abensour y Gauchet en La Boetie, 2008, p. 29). Así es, la excepción colonial viene con un proyecto civilizatorio. Tarea civilizatoria que no sería posible si no actúa sobre los más pequeños nodos sociales. Esto es una derivación del poder fetichista que en su corrupción arrastra también a quienes lo sufren, si estos no son capaces de negársele, oponérsele o arrebatárle las herramientas con que domina.

La dominación del poder soberano, como asfalto respecto de la tierra, se desarrolla siempre sobre la vida. A pesar de que parezca un sistema cerrado o intente totalizarse fetichistamente no lo logra debido a que tiene un resto que le excede, que procura engullir mediante la excepción, pero que en el proceso se atraganta. La *nuda vida* no puede quedar toda ella puesta en excepción soberana. Por eso los microdispositivos o micropoderes de la dominación son diseminados para someter la *voluntad de vida*, subjetivando, objetivando, incluso desubjetivando, para hacer creer que la vida es disponible (para los fines que la corrupción del poder soberano indica) o desechable.

(9) Son esos «grupos» a los que alude Dussel, por los que La Boetie se preguntaba: ¿cómo se atrevería a imponerse a vosotros si no gracias a vosotros? Para quebrar la leña se usan cuñas de la misma madera. Ver La Boetie 2008, p. 51-67.

Atento a su realidad fue La Boetie que describió estos procesos por los que un pueblo o comunidad política contempla o permite su servidumbre. Nos expresa que tan natural es la libertad como natural también acostumbrarse a cosa distinta. Una vez sometidas las y los antecesores, quienes vienen después ya no sirven por obligación, sino por costumbre. Así lo procuran las celadas, los cebos, la ignorancia o la educación de servidumbre en la que sumen los gobernantes a los pueblos para afirmar su domesticación haciendo «imposible que [lamentaran] una libertad que jamás [tuvieron]» (La Boetie, 2008, p. 57).

Entre acostumbrarse a servir y mistificar el poder hay un escollo que permite cierta relación entre ambos. Como *ficción*, estratagema, el *estado de excepción* del soberano funda la culpa en las personas para que estas acepten su dominación. Agamben, lo mismo que La Boetie, va adentrándose en el enigma de la servidumbre voluntaria. Pero esta, como hizo notar La Boetie (2008, p. 48), no se dejará atrapar tan fácilmente. No obstante, si solo es culpa, para liberarse bastaría con no hacer nada, no entregarle nada al soberano. ¿Es por culpa entonces que nos determinamos servirle? Esta culpa no parece ser un mero estar en deuda es aún mayor, transgrede los límites de lo pensable aquí y se encumbra como tema teológico, político, psicológico, ético y filosófico. Permítasenos volver sobre el tema más adelante.

Otra forma de procurar la despreciable servidumbre voluntaria es la mistificación del poder. Desde antaño, los gobiernos se han valido de un sinfín de estratagemas para convencer de ellos a sus súbditos. Lo más cercano al actual sistema es el derecho divino de los reyezuelos y los conquistadores (que expanden el *espíritu absoluto* en su proyecto civilizatorio), que ahora secularizado reside en la ciencia dominante. Por ejemplo, en la teoría política que justifica la soberanía (invertida) del poder fetichista. Similar cosa sucede en cada ámbito en que se somete la *nuda vida*. En la economía la teoría neoliberal o liberal que justifica el capital y el acaparamiento del plusvalor, etc. También pertenecen a este rubro los discursos de «democracia y libertad» que preceden a las crudas guerras actuales de dominación imperial; la gran maquinaria de manufactura del «consenso» (que refiere Chomsky) que nos hace creer que una guerrilla de liberación es patrocinada por el narcotráfico; la misma educación que acostumbra a servir también mistifica el poder; la religión que hoy sigue siendo abusada para hacer el mal⁽¹⁰⁾, etc. Los mecanismos que procuran una cosa no están exentos de facilitar otra. El punto es que un pueblo

(10) Este papel desempeñó los grupos evangelistas en Brasil con la elección de Bolsonaro, en EUA a favor de Trump o en Bolivia para derrocar a Evo Morales. Este ejercicio de la religión justifica un poder fetichista, además del racismo y la misoginia.

llega a creer de tal manera en el fetiche del poder soberano que lo considera inamovible, está más dispuesto a creer en un apocalipsis zombi que en restarle legitimidad al poder o simplemente, gracias a la domesticación de la costumbre, se cree, primero, «libre» (porque consume lo que quiere), y después indiferente (proceso de despolitización) a las diatribas del poder fetichista.

Sumado a los anteriores, otro de los más potentes factores que permiten operar a un poder fetichista y su excepción es el interés, la avaricia, la ambición de quienes rodean a un gobernante o hacen las veces de sus siervos. El interés personal organizado burocráticamente hace que miles, millones se corrompan en el servicio al poder (fetichista). Es decir, lo que sostiene al gran tirano es el pequeño tirano que muchos llevan dentro. Se hace, por la concesión de favores y ganancias, que la tiranía sea tan deseable para unos como la libertad lo es para otros (La Boetie, 2008, p. 68). A tal grado ha llegado la organización de la burocracia tanto estatal como privada que todo se ha vuelto un negociado, en especial la guerra. Ahí vemos un mercenario estadounidense quejarse con el títere Guaidó por no cumplir con un trato de más de doscientos millones de dólares para derrocar a Maduro en Venezuela. Además de la avaricia personal de los súbditos, también se sostiene el mandato de un tirano o poder tiránico por su alianza, mejor dicho, su complicidad, con otros tiranos (son ejemplos de esto la coalición de potencias invasoras en Libia, Irak, Afganistán, Siria, etc.); el contubernio entre un Estado y el capital extranjero, etc.

Muchos caminos guían a la servidumbre en la excepción. Bartolomé De las Casas (1969, p. 33), nos dice que para que una carga pueda imponerse al pueblo es necesario su consentimiento. Para que un pueblo acepte su servidumbre, es decir, que sea siervo voluntario, tendría que haber sido subsumido de tal manera en los procesos de dominación: costumbre, mistificación, ambición, etc., que le resulta difícil deshacer su servidumbre dado que la aprecia buena o legítima. La Boetie señala algunos caminos hacia esta aborrecible condición, más autores modernos denuncian la objetivación, la subjetivación, la desubjetivación, etc. Importante ante este enigma es, además de acercarse a su núcleo, dar cuenta de los caminos que nos llevan a oponernos a él. Pues, como siempre «no se puede mantener a ningún ser en estado de servidumbre sin hacerle daño» (La Boetie 2008, p. 52) y sin esperar que rete el yugo que se le ha impuesto.

Claramente, La Boetie ya discernía entre soberano y soberanía, entre estructura y simples gobernantes fetichizados, cuando afirmaba que quienes luchan contra la dominación «lo que querían no era suprimir, sino cambiar la cabeza [...], con la intención de echar al tirano, pero de conservar la tiranía». ¿Qué es tiranía? Es la fetichización que desde el inicio de este ensayo venimos citando. La perversión

del poder, la inversión artificial y cruelmente real de su fuente soberana, el pueblo. Pero, como se volverá a reiterar después, la ley no es el fundamento de la justicia, sino la fe. Cuando el pueblo crea lo suficiente en sí mismo y no en los fetiches que lo determinan a servir será el actor colectivo de su historia (Dussel, 2006, p. 115).

Si bien, hay cierto enigma en el poder soberano en cuanto indiferencia entre violencia y justicia en la *exceptio* de la *nuda vida*, del cual, de todas maneras, ya vamos intuyendo su origen como fetichismo. Un enigma aún mayor lo constituye la revuelta, la rebelión, la revolución, la liberación (entendidos como procesos en los que la libertad absoluta no se alcanza, sino que el camino se traduce en fidelidad a una verdad). Foucault también lo vio así mostrando asombro por la aparición de resistencias donde sea que se ejerza poder (fetichista). La ley al asesinar, al abusar, al robar, al confrontar la vida de su propio pueblo demuestra que ha dejado de ser el criterio de justificación del poder soberano, más bien lo denuncia. Ni su excepción más violentamente justa la salva de la deslegitimación en la que ha caído.

En el estado de excepción «el pecado principal se comete cumpliendo la ley y no por violación de la ley»⁽¹¹⁾ (Hinkelammert, 1998, p. 18). Violar la ley (como hizo, por ejemplo, Antígona), no creer en esta, que aquí es fetiche, es no cumplir con el culto de muerte que implanta. En otras palabras, no cumplir con la ley de la excepción implica salir de la lógica sacrificial fetichista del *campo de concentración*. Es decir, dejar de participar como engranaje en la producción de cadáveres. Es lo que hubiese permitido a Eichmman no participar del cuerpo indiferenciado del soberano que ordenaba asesinar, que ahora también ordena o sujeta a ser cómplice mudo o pasivo del rito de inmolación de la vida al capital y al mercado neoliberal o al más bajo ritual de desecho de un sistema que ha comprendido que para sostenerse solo le basta el veinte por ciento de la población mundial, por lo que el otro ochenta por ciento se vuelve desechable para él.

Entonces, que «haya un aspecto subjetivo en la génesis del poder es algo que estaba ya implícito en el concepto de *servitude volontaire* en La Boetie; pero, ¿cuál es el punto en que la servidumbre voluntaria de los individuos comunica con el poder objetivo?» (Agamben, 2016, p. 15) A este fenómeno nos acercamos mediante la categoría de fetichismo. En grado fecundo esta categoría permite dar cuenta de las dos preocupaciones de los dos autores previos. El poder soberano y su *exceptio* como fetichismo del poder y de la *servidumbre voluntaria* como fetichismo del pueblo.

(11) Así lo enseñan Abraham, que no mató a su hijo a pesar de ley semita que ordenaba inmolarse al primogénito, o Jesús, al curar leprosos en los días sábados a pesar de la prohibición de la ley mosaica.

Lo que La Boetie llamó *servidumbre voluntaria*, Dussel denomina la fetichización de los pueblos. Grado este último de la inversión del poder soberano que se extiende hasta corromper a la misma comunidad política. Mientras el pueblo mantenga su creencia en los fetiches del poder, del dinero, de la mercancía, del capital, etc. y no recobre la fe en sí mismo la servidumbre estará triunfante. Hay «espíritus peligrosos» (Abensour y Gauchet en La Boetie, 2008, p. 12), grupos disidentes, a manera de pequeñas comunidades que practican y predicán el mensaje de liberación. Pero mientras el mensaje se mantenga cautivo de las singularidades y no se articule con mayores proporciones de la población, no existirán las condiciones para hablar propiamente de pueblo.

El pueblo es la categoría política que subsume clase, raza, género, etc. No es propiamente un significante vacío, sino una especie de *significante flotante* como diría Laclau (1987), p. 130, pues aún en la peor de las servidumbres se mantiene en función de ciertos nodos que le dan sentido, significación popular, y el potencial para alzarse contra la tiranía hecha ley y la excepción que fundó el derecho y ahora cada vez se le asemeja más.

IV. Estado de Rebelión: la potencia liberadora de la vida desnuda

La Boetie (2008, pp. 53-54) al hablar de las clases de tiranos, en cada uno de ellos recuerda el problema que preocupa en sus estudios políticos a Dussel: la fetichización del poder. Esto sucede cuando la autoridad (delegada), el soberano, el Estado, etc., ya sea elegida por votación popular, se imponga por la fuerza de las armas o por derecho de sucesión⁽¹²⁾, se acostumbra al poder y toma la «firme resolución de no abandonarlo jamás» considerando que los pueblos le están sometidos como siervos o que son su propiedad.

Agamben intuye el problema que Dussel desarrolla al decir acerca de la relación de bando o de abandono de la política respecto de la vida:

¿Pero de qué relación se trata propiamente desde el momento en que este carece de *contenido positivo* alguno y en que los términos que están en relación parecen excluirse (y a la vez incluirse) mutuamente? ¿Cuál es la forma de la ley que en él se expresa? El bando es la pura forma de referirse a algo

(12) La Boetie (2008, p. 54) nos recuerda que «los elegidos por el pueblo lo tratan como a un toro por domar, los conquistadores lo convierten en una presa sobre la que ejercen todos los derechos, y los sucesores lo tienen por un rebaño de esclavos que le pertenece por naturaleza».

en general, es decir, el simple acto de establecer una relación con lo que está fuera de relación. En este sentido, el bando se identifica con la forma límite de la relación. Una crítica del bando tendrá entonces necesariamente que poner en duda la forma misma de la relación y preguntarse si el hecho político no resulta quizás *más allá de la relación*, es decir, ya no en la *forma de conexión*. (énfasis agregado) (Agamben, 2016, p. 44)

Esto es una invocación a pensar el *contenido negativo* de la política que hace de ella un abandono de la vida, además de su instrumentalización, representada en la relación de excepción soberana que consiste en una exclusión-inclusión culposa. Operación que la soberanía fetichista realiza para traer a sí la vida que no tiene, eso que le hace falta para decirse soberana. Si no, ¿de qué sería soberana?, ¿de la nada? Es un te necesito que el poder (negativo) le guarda a la *positividad* (materialidad) *de la vida*.

Si bien Agamben no lo reconoce explícitamente, pues le hace falta justamente una concepción positiva del poder, el «poder soberano» del que él habla en realidad es un poder en apariencias. Esto quiere decir, que en realidad es una inversión del poder. Correctamente comprendida la soberanía reside en la comunidad política y no en un poder externo a ella o constituido. El fundamento para explicar esto es que una comunidad cualquiera se da «instituciones» (no necesariamente estatales y tampoco en la forma moderna burguesa o neoliberal) para su gobierno. El poder (*potestas*) que delega a estas instituciones hace que la legitimidad de estas dependa del consenso de la comunidad (*potentia*). Así, al hablar de inversión o fetichización del poder, nos referimos al proceso por el cual una institución cree tener fundamentada sobre sí misma su «ser soberano» olvidando, ocultando o negando la fuente popular⁽¹³⁾ de la soberanía.

De tal manera, es necesario tener presente que la categoría (abierta) *pueblo* como «actor político» es el agente del real estado de excepción, del *estado de rebelión*. Su importancia aquí deviene justamente de entender la *escisión* del consenso (si alguna vez hubo uno) dominante, lo cual hace que *un resto* (*plebs*) de la comunidad política que deviene en parte del *nuevo pueblo* (*populus*) junto a los no-pueblo (a lo *goim* judío: «gentiles», «bárbaros», «no circuncidados», etc., haciendo un símil religioso) constituyan el actor colectivo de la nueva política.

(13) Al usar el término popular aquí no lo hacemos despectivamente como los críticos del populismo. Aunque, no obstante, guardamos diferencias respecto a la apuesta política en uno de sus principales defensores, Ernesto Laclau. Téngase presente también que aquí se diferencia entre populismo, popular y pueblo siguiendo las líneas en la obra dusseliana, resumidas en *Cinco tesis sobre el «populismo»*.

Entonces, aquí se invierte la propuesta de Agamben:

Si es verdad que el acontecimiento [...] podría parecer un «estado de excepción», en verdad es algo más radical: es el «estado de rebelión» que suprime la Ley cuando mata. En cambio, el Poder fetichizado pone de hecho al «estado de derecho» continuamente como «estado de excepción», pero no desde una voluntad del pueblo, sino lo contrario, desde una voluntad despótica del dominador (el César sobre la Ley romana del senado, que no es ya la «dictadura» según la Ley; Hitler sobre la débil ley de la República) (pie de página en Dussel, 2012, p. 76).

Agamben se pregunta cómo cuestionar esta estructura de excepción o de bando en el que la vida es originariamente abandona a la decisión soberana. Nos dice que habría que «poner en duda la *forma misma de la relación* y preguntarse si el hecho político no resulta quizás *más allá de la relación*, es decir *ya no en la forma de una conexión*» (énfasis agregado) (Agamben, 2016, p. 44). Justamente en este extremo la propuesta del Estado de Rebelión y las categorías que hacen posible pensarlo fundamentan, no solo relacionan, la política y el poder en la vida para suplir una nihilista concepción negativa del poder y su antropología también negativa de la humanidad.

Bajo la propuesta de un poder positivo que se entiende como servicio y obediencia crítica, la crítica dusseliana da en el meollo del asunto. Pues, frente a un soberano (*potentia*) que funda un estado de excepción (*potestas*) como regla en el que dispone de la vida a capricho, se presenta una *hiperpotentia* (pueblo) disidente de lo dado o del orden establecido que es capaz de superar la dominación que campea y fundar una *potestas* distinta, no fetichizada como en el primer caso.

Aquí, el *arcana imperii*, pero no de la dominación, sino de un poder político positivo como pensara Agamben y, por extensión crítica claro, el secreto del poder soberano (negativo⁽¹⁴⁾). Aquí el fundamento del estado de rebelión. Así, hacia la comprensión de un nuevo tipo de poder y de política, se señala que:

El campo político queda siempre delimitado, en su nivel material, por una exigencia primera: el no negar la vida de la comunidad política misma, de los antagonistas políticos, en último término de toda la humanidad. [...] En efecto, la vida humana, como es obvio [...] es el supuesto absoluto y el fin de toda la política. Si los actores políticos mueren (por hambre, por represión, por persecución, por guerra, etc.), el campo político desaparece, porque

(14) El *poder soberano negativo* es la fetichización de las *potestas* que pretende arrogarse la fuente de la legitimidad para gobernar, la *potentia*, que en realidad reside en el *poder soberano positivo* del pueblo, la real *hiper-potentia*.

desaparecen los actores de tal campo, o porque se transforma en otro tipo de campo (por ejemplo, en un campo militar). La vida es la condición absoluta, pero aún más: es el contenido de la política; y es por ello igualmente su objetivo último, cotidiano, el de sus fines, estrategias, tácticas, medios, estructuras, instituciones. (Dussel, 2009, p. 439)

El «soberano» sería entonces un poder político fetichizado que se cree la sede de la *auctoritas*, con voluntad para gobernar, y el pueblo, que es una voluntad ulterior y a la vez anterior (que el mismo poder soberano necesita asumir en su estructura presupositiva⁽¹⁵⁾), viene a restablecer la idea fundamental de todo ejercicio delegado de su poder soberano reemplazando, superando, en ese proceso la dominación del poder fetichizado en *éxodo* hacia un sistema de justicia, nunca perfecto por cierto, pero *perfectible* como toda creación humana.

El estado de rebelión muestra la *nuda vida* agambiana como *voluntad-de-vivir* dusseliana⁽¹⁶⁾. Lo que para la excepción es pura *zoé*, en la rebelión es el mayor impulso biológico de la vida. No es politización de la vida, es la vida dando los criterios de imposibilidad de una (no)política de la excepción, una política de la rebelión al fetichismo. Es decir, la vida que le dice al poder: no me puedes matar porque de lo contrario ni tú mismo no existirías.

El valor del *estado de rebelión*, no solo supera el *estado de derecho* y su última defensa y garantía, el *estado de excepción* (cada vez más igualado al otro), en la práctica provoca el derrumbe de un poder soberano que se ampara en tales procesos. Es decir, como expresión popular mayor, el estado de rebelión es el proceso de subversión del orden vigente (*potestas*) fetichizado (en el que las instituciones del poder delegado se arrojan la *potentia* que otorga legitimidad desde un consenso) en el que una *hiperpotentia* que se funda en un consenso disidente del consenso dominante y reunión suficiente de hegemonía depone al poder soberano (fetichista) mismo y restaura lo invertido: el hecho de que el poder soberano fetichista crea tener a partir de sí mismo la legitimidad desconociendo a la comunidad política. Pone al mundo sobre sus pies. El estado de rebelión es una propuesta ante el estado de excepción y la servidumbre voluntaria como elementos que se entrelazan para producir el estado (de derecho) normalizado de dominación.

(15) Ver Agamben 2016, pp. 33-34.

(16) Sería posible tomarse esta licencia y extraer esta conclusión de la exhortación a «hacer [...] de la nuda vida misma, el lugar en el que se constituye y asienta una forma de vida vertida íntegramente en esa nuda vida, un *bíos* que sea sólo *zoé*». Ver Agamben, 2016, p. 239.

¿Cómo se lleva a cabo esta inversión de la inversión? Esto nos remite a las estrategias que tanto La Boetie como Dussel proponen para desbaratar el poder dominador, uno inclinándose por «no darle nada» al poder (dominador, fetichista) e intuyendo ya la necesidad de sublevarse contra la tiranía y otro apostando por la organización de un *hegemón analógico*, un «proyecto hegemónico de la libertad» (Dussel, 2006, p. 54), entre las resistencias y procesos de liberación mundiales para así constituir los caminos de la hegemonía pluriversal capaz de articular categorías universales (clase, raza, género, pueblo, etc.) para toda la humanidad en procesos liberación. Esto no significa la preeminencia de una estrategia frente a la otra, sino la necesidad de fórmulas que permitan la fructífera posibilidad de que lo micro y lo macro colaboren, que se relacionen en mutua afectación, que la *corpo* y la *geopolítica* sean los dos extremos y las dos caras del proceso de liberación mundial.

En la hegemonía no hay propiamente un significante vacío. El pueblo para existir de una u otra manera necesita que en su seno existan intereses, necesidades de las partes excluidas y oprimidas en un sistema injusto o de los ya disidentes de un consenso disidente crítico. Es decir, lo que se llama significante vacío va cambiando de contenido, pero nunca está propiamente vacío, pues de estarlo no existiría. La política no existe como concepto abstracto sino en la medida que hay praxis humana. Entonces, no hay vacío. Lo que hay es la posibilidad de, en cada momento histórico, coyuntural, atribuirle un significado o significados distintos.

En este sentido, por esta lógica del disenso⁽¹⁷⁾ consensuado que significa la hegemonía del bloque de los oprimidos y excluidos, nos mostramos reacios a sostener que la política tenga por esencialidad el conflicto (lo que no se contradice con la capacidad disruptiva del *pueblo* como subversión del sistema ni reprime la crítica o el debate democrático) y que de su centro sea constitutivo el vacío. Pues, es tal que, «mientras el poder carezca de centro y [sea] en esencia conflicto, se aspira, cuanto más, a regularlo mediante dispositivos [...] que posibiliten controlar su dominio. En el fondo lo que subyace [a esta lógica] se llama guerra. Invirtiendo el aforismo de Clausewitz, Foucault señala que «la política es la continuación de la guerra por otros medios [...]»⁽¹⁸⁾ (García Corona, 2019, p. 170). Por el contrario, delimitar la política y ceñir su núcleo ético, permite concebirla como servicio y a sus inversiones, tergiversaciones, fetichizaciones como modalidades de dominación.

(17) El disenso es la base de la disrupción, lo que para Rancière es el acontecimiento como irrupción democrática del pueblo. Y se produce, básicamente, porque las mayorías no pueden cumplir con sus necesidades.

(18) Esta lógica y esta política invertida le es propia a la excepción soberana, lo que hace posible la estructura de *campo de concentración* de la dominación actual.

Pensar la *hegemonía* es posible gracias, no solo a que se reivindica el pasado y se lucha en y por el presente, sino, en especial, porque se «recupera el futuro (la utopía, los postulados políticos, los proyectos concretos [...])» (Dussel, 2012, p. 67). Existe una peculiar forma que el soberano popular tiene de organizar sus fuerzas, que pocos teóricos han podido sentir y apalabrar en algún acercamiento teórico, nos referimos al *mito* como categoría de un *tiempo-ahora* que mezcla la historia de los pueblos y sus aspiraciones futuras del presente. Dentro de la formación hegemónica de los oprimidos y excluidos, de los sin parte, tiene vital importancia el *mito* (ya anticipado por Jorge Sorel) y reconocido y desarrollado por pensadores latinoamericanos como Mariátegui y Dussel que dotan de una vitalidad nueva al pensamiento crítico y hacen un reconocimiento justo al *imaginario popular*, y dentro de este al *mito* como potencia movilizadora a usanza de un *materialismo mesiánico* a lo Walter Benjamin.

¿Qué sostiene al estado de rebelión? Más allá de la amistad, «supera la *fraternidad*, como amistad de la comunidad bajo la Ley. Es *solidaridad* con «la viuda, el huérfano, el pobre, el extranjero» desde los tiempos del Hammurabi; de los débiles, oprimidos y explotados» (Dussel, 2012, p. 49). Es lo que Levinas llama *deseo metafísico*, «el amor [...] que solidifica al resto «mesiánico», que da ánimo para afrontar el peligro» (Dussel, 2012, p. 49) procurando la *satisfacción del otro* antes que la de uno mismo. Se fractura la lógica de la culpa fetichista a través de la fe y el amor representado en política como solidaridad.

Aquí, el *mito* imprime un *carácter* (la actitud, el espíritu) como «fuerza que cambia a un pueblo» (Taubes en Dussel, 2012, p. 61) y permite la posibilidad de superar el fetichismo del sistema cuando este logra creer en sí mismo, en contra de los fetiches de la dominación y la creencia que a su favor promueve el propio sistema como forma de autoconservación. Es decir, el carácter es la *voluntad-de-vida* que se aparta de la idolatría al sistema, del culto al fetichismo. Tiende de esta manera hacia el éxodo del viejo sistema, injusto, fetichista, hacia uno *nuevo de justicia* (siempre perfectible). Esa que primero es una *débil fuerza mesiánica* como señalaba Benjamin (2008, p. 306), se convierte en el estado de excepción la máxima fuerza que pone en entredicho el poder soberano y su violencia mítica (entiéndase: justa—claro que para el sistema). Justamente aquí, la culpa en la que se basa el *estado de excepción* puede ser superada, de acuerdo a Benjamin, mediante el *carácter* y la *idea de destino (mito)*, no de un destino manifiesto acerca del orden dado, sino uno que redime la violencia que lo ha instaurado y lo rige. En palabras de Marcuse (1965), cuya cita pertinente reproducimos en su totalidad por la estética con que expresa lo que venimos diciendo:

La violencia que se aborda en la crítica de Benjamin no es la violencia que se critica generalmente, y especialmente cuando se trata de la violencia usada (o intentada) por los de abajo contra los de arriba. Es precisamente este tipo de violencia el que Benjamin, en los pasajes más sublimes de sus escritos, considera como una violencia «pura», esa violencia que podría proporcionar un fin a la violencia «mítica» que ha dominado la historia hasta ahora. La violencia criticada por Benjamin es la violencia de lo existente, aquella que en lo existente mismo ha recibido el monopolio de la legalidad, la verdad y el derecho. Aquí el carácter violento de la ley es invisible, aunque se hace terriblemente evidente durante los llamados «estados de excepción» (que de hecho no lo son). Tal estado de excepción es la regla para los oprimidos. Sin embargo, la tarea aquí, según sus *Tesis sobre la historia*, es «provocar el verdadero estado de excepción», que pueda romper el *continuum* histórico de la violencia. Benjamin se tomó demasiado en serio el significado de la palabra «paz» para ser pacifista: vio cómo lo que hoy llamamos paz es inseparable de la guerra, y cómo esta paz es la «sanción necesaria de toda victoria» que perpetúa la violencia de la guerra. En total oposición y contradicción con tal paz, está la paz (en el sentido en que Kant habla de «paz perpetua») que pone término a la prehistoria de la humanidad, que se ha convertido en su historia. La verdadera paz es la «redención» real y materialista, la no violencia, la llegada del «humano justo». Frente a la violencia perpetuada en el bien y en el mal, la no violencia es mesiánica y nada menos. En la crítica de la violencia de Benjamin queda claro que el mesianismo se ha convertido en la manifestación de la verdad histórica: la humanidad liberada se concibe ahora solo como la negación radical (ya no meramente «determinada») de lo existente, porque bajo el poder de lo existente incluso el bien se vuelve cómplice e impotente. El mesianismo de Benjamin no tiene nada que ver con la religiosidad convencional: la culpa y la expiación son para él categorías *sociales*. La sociedad establece el destino, al que luego ella misma cae; en él, el humano debe convertirse en culpable. «El destino se manifiesta así en la contemplación de una vida como condenada, básicamente como una vida que primero fue condenada y luego culpable». Al igual que la violencia, el destino es también la forma de la ley establecida, «en la que solo se aplican la infelicidad y la culpa, una balanza en la que la inocencia y la felicidad resultan tan ligeras que se elevan». La inocencia no aparece en el destino, y la felicidad es lo que «surge de la concatenación de los destinos y de la red de su destino». La felicidad es la redención del destino, pero si el destino es el de la sociedad históricamente establecida, es decir, el de la opresión legalmente establecida, entonces la redención es un concepto político-materialista: el concepto de revolución.

La redención es usada por el filósofo Pablo de Tarso⁽¹⁹⁾, en su origen griego «redención» significa la manumisión del esclavo [...]. Se habla entonces de «*liberación* de los esclavos». [...] El esclavo de Egipto se pone de pie y comienza un camino (Dussel, 2012, p. 57). Jesús, por su parte, también mostró el escándalo de la ley con su muerte, pues al ser un inocente condenado se cumplió la ley. Pablo continúa esta radical tradición abandonada en estos tiempos por la cristiandad (cristianismo invertido), aunque rescatada por grupos disidentes⁽²⁰⁾. Advierte, al igual que Jesús, la maldición que conlleva cumplir una ley injusta que provoca la muerte (Hinkelammert, 2010).

Hay un miedo justificado, aunque exacerbado de hablar de rebelión, de revolución, de redención. Las experiencias del socialismo real y lo que se consideró su caída (1989) nos han hecho reticentes a expresarnos en estos términos. No obstante, la presencia imperial de un poder soberano dominante en el escenario político mundial requiere que la exposición teórica esté a la altura de los tiempos. Es decir, que se ampare en la fuerza liberadora que yace en los dominados del mundo que se alzan por todas partes y se ponen sobre sus pies al invertir el «mundo al revés» (la excepción: la justicia indiferenciada de la violencia, la violencia hecha justicia). Queremos decir con esto que los procesos de rebelión, de revolución, de liberación o como se les quiera llamar seguirán emergiendo mientras exista dominación. Frente a ello, no podemos hacer como el avestruz, la teoría no puede ser indiferente al sacrificio que la vida hace por prevalecer frente a las políticas y estados de excepción. De modo que es necesario posicionarnos en el *bando* de lo que la dominación concibe como *nuda vida*. ¿Cómo puede ser así? Pues solo a través de una exigencia ética. Nadie, en la práctica o en la teoría se mueve a actuar en favor de los excluidos y oprimidos de los pueblos del mundo, si no es por una comprensión profundamente ética. El núcleo de la *praxis* de una ética trascendental e inmanente que no apuesta únicamente por la vida, sino que ve en ella su misma imposibilidad en cuanto sin vida no hay nada, es crucial para los tiempos que restan, en el que la vida está en juego en la política y con ella toda condición y mediación (entre estas la misma política) humana se ve amenazada por el sistema dominador que paradójicamente muchas cabezas y manos humanas sostienen.

(19) Las categorías teológico-soberanas no están agotadas en su contenido ético-filosófico-político. Los aportes de W. Benjamin, Agamben, Hinkelammert, Dussel, y muchos otros, demuestra que en realidad es un campo a resignificar, resemantizar, reterritorializar, desfetichizar y permitir su uso liberador hacia una política y una concepción del poder *positiva* que rescate la materialidad de la vida abandona en la relación de *bando* que la ley injusta establece con ella.

(20) Como las comunidades eclesiales de base y la teología de la liberación.

El estado de rebelión es «sin retorno» (Dussel, 2012, p. 68), es una suspensión perfecta de la ley injusta a través del *acontecimiento* (Badiou) *mesiánico* del pueblo que da paso al éxodo, el *largo proceso de liberación*. Proceso que no está exento de retrocesos, de nuevas fetichizaciones, de nuevos estados de derecho, de estados de excepción, de violencia mítica (mejor dicho, fetichista o violencia a secas para diferenciarla de la fuerza –potencia, voluntad-de-vida– que es liberadora) que se indiferencia con la justicia. Frente a esos sistemas que asesinarán nuevamente a sus mesías (maestros o pueblos enteros) nacerán nuevas rupturas. Esto no cierra ningún sistema, en su lugar, deja abierta siempre la posibilidad infinita de anteponer la justicia como causa suficiente de legitimación para oponerse a todo sistema de poder soberano fetichizado basado en la *exceptio* que nubla la diferencia del adentro/afuera, violencia/justicia, *physis/nómos*.

V. Conclusiones

- En América Latina [y el mundo] un *fantasma* recorre [los continentes]: son los pueblos, los pobres, los marginados, los humillados durante siglos lo que se van poniendo de pie (invirtiendo la inversión fetichista del mundo al revés) en un «Estado de rebelión» que manifiesta un proceso profundo de movimientos sociales. (Dussel, 2011, p. 134)
- El estado de excepción latinoamericano y mundial determinado por la pandemia suspendió temporalmente la ebullición social. Las resistencias y las revueltas populares contra el poder mundial dominador conviven en complejos procesos de un mega-fenómeno global y esperan salir a las calles junto a los que nunca pudieron abandonarlas en *estado generalizado de rebelión*. Esta es la real legitimidad del poder soberano popular, la fe del pueblo en sí mismo, su consenso disidente. Lo que hay que negar, entonces, es la *legalidad* (normalidad) dominadora y su estado de excepción.

VI. Lista de referencias

- AGAMBEN, GIORGIO. (1998). *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textosm, 2016.
- BENJAMIN, WALTER. (2008). «*El concepto de la historia*». En *Obras*. Libro I, vol. 2, 303-318. Madrid: Abada Editores.
- DE LAS CASAS, BARTOLOMÉ. (1969). *De Regia Potestate o derecho de autodeterminación*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- DUSSEL, ENRIQUE. (2006). *20 Tesis de política*. CDMX: Siglo XXI.

- DUSSEL, ENRIQUE. (2009). *Política de la liberación*. CDMX: Trotta.
- DUSSEL, ENRIQUE. (2011). *Carta a los indignados*. CDMX: La Jornada Ediciones.
- DUSSEL, ENRIQUE. (2012). *Pablo de Tarso en la filosofía política actual y otros ensayos*. CDMX: Ediciones Paulinas.
- GARCÍA CORONA, OMAR. (2019). *Hacia una interpretación decolonial de la Teoría Crítica y su recepción filosófica latinoamericana*. Tesis de doctorado. CDMX.
- HINKELAMMERT, FRANZ. (1998). *El grito del sujeto*. San José: DEI.
- HINKELAMMERT, FRANZ. (2010). *La maldición que pesa sobre la ley. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso*. San José: Editorial Arlekin.
- MARCUSE, HERBERT. (1965). Epílogo. En Benjamin, Walter, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze: Mit einem Nachwort von Herbert Marcuse [Para una crítica de la violencia y otros ensayos]*, 99-106. Fráncfort del Meno, Suhrkamp. Recuperado el 20 de abril de 2020, de <https://artilleriainmanente.noblogs.org/?p=1359>
- LACLAU, ERNESTO. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Madrid: Siglo XXI.
- LA BOETIÉ, ETIENNÉ DE. (2008). *El discurso de la servidumbre voluntaria*. Buenos Aires: Terramar.
- QUIJANO, ANÍBAL. (2014). *Colonialidad del poder y Clasificación social*. En *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO.

Democracia digital: alternativa en épocas de aislamiento social

Digital democracy: an alternative in times of social isolation

GODOY BOY, Fanny Jaquelyn(*)
VÁSQUEZ CASTILLO, Yeison Baltazar(**)

SUMARIO: I. Introducción II. Génesis de la democracia participativa en el Perú. III. Breve diagnóstico de la partición y concertación. IV. Democracia digital: fundamentos, posibilidades y límites para una democracia participativa. V. Experiencias de democracia digital: un breve recorrido a nivel internacional y nacional. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: Entender la democracia digital como estrategia de ingeniería social, significa introducir en el debate peruano la noción de políticas de democracia participativa y por lo tanto iniciar procesos de reingeniería de mecanismos de participación ciudadana donde repensar la democracia participativa

(*) Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca. Magister en Ciencia Política (Democracia y Gobierno) en la Universidad Autónoma de Madrid. Psicología. Docente universitario y cofundadora e investigadora del Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo (www.ipcodeperu.com). E-mail: fanny.godoy@ipcodeperu.com.

(**) Magister en Ciencia Política, especialidad asuntos públicos - Ingeniería de la Concertación por la Universidad Panteón Sorbona - París. Graduado en la maîtrise en Ciencias Sociales (Sociología) por la Universidad de Bordeaux - Bordeaux. Licenciado en Sociología por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente universitario y cofundador e investigador principal del Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo (www.ipcodeperu.com). E-mail: yeison.vasquez@ipcodeperu.com

en el Perú debería ser tarea necesaria para las ciencias sociales, la ciencia política y el derecho.

Este artículo nos invita a cuestionarnos los principios teóricos y prácticos de la democracia participativa con la finalidad de entender la verdadera dimensión de la participación y concertación en el Perú. Así como, ver a la democracia digital como una alternativa necesaria en el actual contexto de aislamiento social producto del COVID-19.

Palabras claves: Democracia digital, democracia participativa, espacio público digital, aislamiento social.

Abstract: *Understanding digital democracy as a strategy of social engineering means introducing the notion of participatory democracy policies into the Peruvian debate, and therefore, it initiates reengineering processes of mechanisms of citizen participation where rethinking participatory democracy in Peru should be a necessary task for social sciences, political science and law.*

This article invites us to question the theoretical and practical principles of participatory democracy in order to understand the true dimension of participation and concertation in Peru. It also allows to see digital democracy as a necessary alternative in the current context of social isolation produced by COVID-19.

Key words: *Digital Democracy, Participatory Democracy, Digital Public Space, Social Isolation.*

I. Introducción

La coyuntura sanitaria actual y el aislamiento social producto del COVID-19 nos debe llevar a pensar y cuestionar la Democracia, específicamente sus mecanismos de implantación, en ese sentido, el siguiente artículo busca poner sobre el tapete algunas ideas que permitan iniciar un debate para revitalizar los mecanismos institucionales de participación ciudadana, es decir, repensar la democracia participativa en el Perú, esto significa evidentemente que la variable democracia digital será tratada como una propuesta de ingeniería social que permita a la ciudadanía, sociedad civil, Estado y empresa interactuar digitalmente para tomar decisiones más justas, responsables y consensuadas. Para tal fin, el artículo ha sido dividido en cuatro partes: primero se hace una breve descripción de la génesis de la democracia participativa en el mundo y en el Perú, se abordan nociones de participación y concertación como conceptos naturales descriptores de ella, tal como ha sido desarrollado por los ciencias sociales y políticas en el Perú, pero que no necesariamente significan lo mismo y esto podría haber generado confusión y problemas al momento de su implementación. Segundo, se hace un breve diagnóstico de los mecanismos de participación en el Perú y particularmente en Cajamarca, con la finalidad de entender la necesidad de proponer soluciones frente una problemática

real y nacional. Tercero, se aborda la noción de democracia digital como una estrategia para revitalizar la democracia participativa, este análisis tiene como marco el concepto de espacio público digital. Cuarto, se hace un recorrido muy rápido sobre algunas experiencias de democracia digital en el mundo, en América Latina y en el Perú centrándonos en la experiencia trabajada desde el Instituto Peruano para Concertación y el Desarrollo que podría convertirse en un espacio público digital.

II. Génesis de la democracia participativa en el Perú

En este apartado se pretende demostrar que el movimiento teórico y práctico de la democracia participativa en el Perú, partió de confusiones conceptuales, al asumir que participación y concertación son concepciones descriptivas naturales de la democracia participativa, que en consecuencia resultaron en experiencias participativas de poco impacto y utilidad. Se ha encontrado evidencia teórica que demuestran que participación y concertación no son lo mismo, tal como ha sido desarrollado en el Perú, es más estas obedecen a tradiciones teóricas y prácticas distintas.

Varios autores como Sintomer, 2011; Cohen & Fung, 2011; Bouvier, 2007; Hatfield, 2011 reconocen que el origen de la palabra democracia participativa surgió en los años 60 en los Estados Unidos por las «movilizaciones de masa y de movimientos radicales americanos» (Gaudin, 2010, p. 43) particularmente por el movimiento estudiantil de Port Huron, sin embargo, no es hasta los años 70 que hace su irrupción en el mundo académico con la célebre obra de Carole Pateman (1970) titulada «*Participation and Democracy*» donde reafirma la importancia del valor cívico de la participación como «un valor educativo fuerte» (Sintomer, 2011, p. 116). Mientras que la concertación que forma parte de la democracia deliberativa nace en la década de los 80 por David Held (1987) con su obra titulada «*Models Of Democracy*», por lo tanto, no solamente el origen de las palabras son distintas sino también sus tradiciones teóricas.

Por su parte en el Perú la democracia participativa se instala oficialmente el 18 de enero del 2001, 30 años después de su aparición, con la institucionalización de la Mesa de Concertación de Lucha con la Pobreza – MCLCP en un contexto donde la democracia participativa fue considerada por la comunidad epistémica⁽¹⁾ como una repuesta a la crisis política de los años 90. La MCLCP tiene como objetivo concertar políticas sociales en una perspectiva de desarrollo humano con enfoque de equidad y de género. Para tal objetivo invita a representantes de la sociedad civil

(1) «La comunidad epistémica descentralista municipalista tiene iniciativa legislativa no solo desde fuera – desde las redes de articulación y grupos de apoyo, como RED Perú, Mesa de Concertación de Lucha contra la Pobreza, REMURPE, Grupo Propuesta Ciudadana, etc.- sino desde dentro de los espacios de decisión» (Arroyo & Irigoyen, 2005, pp. 80-81).

y representantes del Estado a dialogar y llegar acuerdos consensuados para luchar contra la pobreza. La segunda oleada de mecanismos de participación y concertación llegaron con la elección de Alejandro Toledo, en su gobierno se promulgó por primera vez la Ley N.º 27683 de Bases de la Descentralización, institucionalizando la democracia participativa con el Art. 17.1 y Art.17.2 donde da por sentado que todo gobierno regional o local están «obligados a promover la participación ciudadana» (Ley de Bases de la Descentralización, 2002). En ese sentido, los mecanismos de participación creados durante el gobierno de transición (Mesa de Concertación de Lucha Contra la Pobreza) y posteriormente por el proceso de descentralización (Consejos de Coordinación Regional y Local y Presupuesto Participativo) nacen con nociones descriptivas naturales propias como concertación, negociación, sociedad civil y buscan incorporar de manera general a la sociedad civil dentro de la gestión pública a través de dispositivos de participación, concertación, control y transparencia.

III. Breve diagnóstico de la participación y concertación

La forma en que la democracia participativa se ha implementado en el Perú ha traído consigo dos impactos importantes: primero, hacemos democracia participativa solo para consultar, para brindar una opinión; segundo, para asociar, justo para buscar compromisos, es decir, para incluir funcionalmente⁽²⁾ a ciudadanos/as y/o sociedad civil en el desarrollo de actividades del Estado. En la práctica, la democracia participativa en el Perú, no ha sido institucionalizada para la toma de decisiones sino para consultar opiniones y como resultado de ello tenemos los siguientes problemas: a) Neocorporativismo entre sociedad civil y Estado, b) escasa representación y representatividad de la sociedad civil, c) concertación sin estructura, d) participación funcional no sustantiva y e) espacios de participación y concertación poco útiles, señalados por Palma (1998), Tanaka (2007), Remy (2005) y Grompone (2005).

Respecto al lugar que ocupa la participación ciudadana, por ejemplo, en el Gobierno Regional de Cajamarca, tenemos que este la concibe como un enfoque metodológico, es decir, como una aproximación metodológica dentro de los mecanismos que promueve. Sin embargo, el juego real es mucho más que eso; no es suficiente tener la intención de adoptarla sino más bien de hacer participar real-

(2) Esta forma de participación fue también llamada participación funcional. Si la «oportunidad de participar se decide solo, o básicamente, en función del incremento de la eficacia o de la eficiencia de la política, entonces los participantes son invitados a incorporarse en aquellos términos (con aquellos conocimientos y responsabilidades) que son funcionales a estos propósitos que se imponen desde la lógica de la política; en estos casos, la política recorta y limita la práctica participativa y, en consecuencia, subordina y disciplina a los incorporados» (Palma, 1998, p. 12).

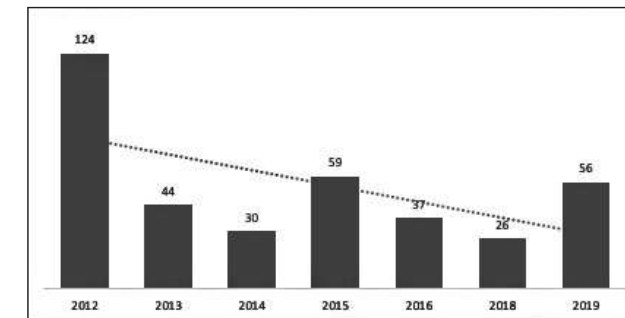
mente a la ciudadanía. Esta forma de gobierno, de *apariencia*, se evidencia en que el Presupuesto Participativo - PP y el Consejo de Coordinación Regional - CCR se encuentran largamente desconectados de la acción pública.

— Una mirada al Presupuesto Participativo (PP)

Respecto a la participación ciudadana, se evidencia, según el gráfico 1, una disminución tendencial progresiva de la participación de agentes participantes en el PP, representantes del Estado, empresa y sociedad civil, pero este problema se agrava aún más cuando analizamos la participación de la sociedad civil⁽³⁾, en ese sentido tenemos que en el 2016 la participación de la sociedad civil fue inexistente, en el 2018 solo participaron 06 representantes (colegios profesionales y ONG's), sin embargo, ningún representante de organizaciones sociales de base que son las agrupaciones que representan a los más vulnerables y los menos escuchados. Para el 2019 han participado 09 representantes (Mesa de Concertación y Colegios Profesionales), pero solamente 03 son de organizaciones sociales de base. Las cifras analizadas nos permiten incluir al Gobierno Regional de Cajamarca en la franja de instituciones que promueven una democracia participativa limitada y meramente formalista, con bajo porcentaje de miembros de organizaciones sociales de base. Esto pone en evidencia el desgaste y el descrédito de este mecanismo de participación ciudadana tiene.

Gráfico 1

Participación de agentes participantes en el Presupuesto Participativo del Gobierno Regional de Cajamarca, período 2012 - 2019



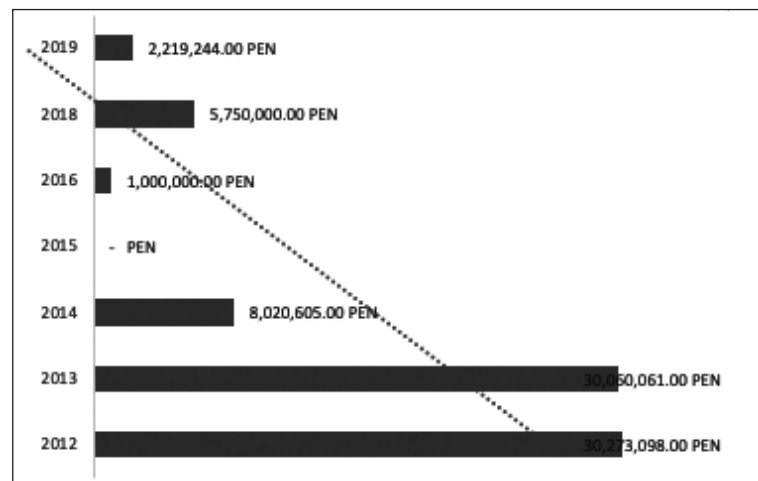
Fuente: Elaboración propia a partir de los informes del Presupuesto Participativo colgados por la Sub Gerencia de Planeamiento y Cooperación Técnica Internacional en el Portal de transparencia del Gobierno Regional de Cajamarca.

(3) Entendiendo sociedad civil como el conjunto de agrupaciones del pueblo más o menos independientes del Estado.

Respecto a la asignación presupuestal del Presupuesto Participativo, se puede evidenciar una disminución importante de esta, según el gráfico 2 en el año 2012 se le asignó 30 millones de soles, en el 2014 8 millones de soles, en el 2016 solo 01 millón de soles, en el 2018 se le asignó 05 millones de soles y en el 2019 solo 02 millones de soles, con estos montos se estaría desacreditando a este importante mecanismo de participación ciudadana, puesto que el Gobierno Regional está obligado a financiar proyecto no menor a 3 millones de soles según Decreto Supremos N.º 097-2009-MEF. A lo mencionado, se suma la baja ejecución de proyectos priorizados en el PP provocando la ausencia de resultados concretos y por lo tanto el desencantamiento de la sociedad civil. En ese sentido tenemos que solo se han concluido hasta el momento el 49.5 % de proyectos priorizados en el presupuesto participativo.

Gráfico 2

Techo presupuestal asignado al Presupuesto Participativo del Gobierno Regional de Cajamarca, período 2012 - 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los informes del Presupuesto Participativo colgados por la Sub Gerencia de Planeamiento y Cooperación Técnica Internacional en el Portal de transparencia del Gobierno Regional de Cajamarca.

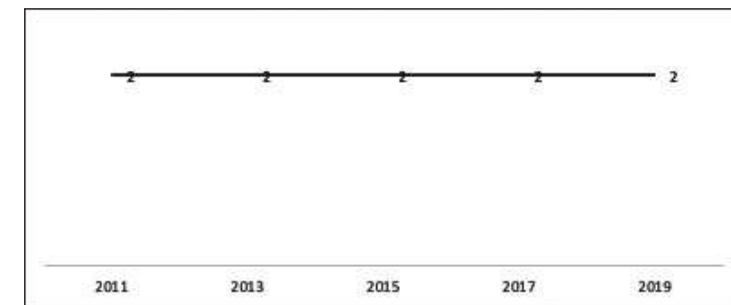
— Una mirada al Consejo de Coordinación Regional (CCR)

Sobre la participación de la sociedad civil en el CCR, tenemos que en el 2019 participaron sólo 08 organizaciones de la sociedad civil, de ellas 05 representan a organizaciones sociales de base, el resto son ONG 's y/o Foros Regionales como

Foro Salud. Respecto al número de reuniones del Consejo de Coordinación Regional de Cajamarca tenemos que en el mejor de los casos solo se los convoca dos veces al año, una para dar su opinión sobre el Plan Operativo Institucional y la otra para dar su opinión sobre el Presupuesto Participativo. Esto evidencia que no hay ninguna intención de colocar al CCR como espacio importante de dialogo y toma de decisiones con la sociedad civil. Entonces el Presupuesto Participativos y los Consejos de Coordinación Regional son en el mejor de las cosas son un mero formalismo, pero la realidad es que no son instrumentos de acción pública.

Gráfico 3

Número de reuniones del Consejo de Coordinación Regional del Gobierno Regional de Cajamarca, período 2012 - 2019



Fuente: Propia a partir de los informes del Plan Operativo Institucional de la Sub Gerencia de Planeamiento y Cooperación Técnica Internacional.

IV. Democracia digital: fundamentos, posibilidades y límites para una democracia participativa

— Fundamentos para una democracia digital: promoción de espacios públicos digitales

A los problemas mencionados en el apartado anterior, se suma el aislamiento social y un conjunto de restricciones producto del COVID-19, que están impactando la manera como entidades públicas, ciudadanía, sociedad civil y el sector privado interactúan, esto significa que en el corto y mediano plazo reuniones, foros, talleres, cabildos, asambleas, etc. estarán totalmente restringidas. Pero ello no debe ser un pretexto ni justificación para que la ciudadanía no forme parte de las decisiones públicas, por lo tanto, y en esta coyuntura, la democracia digital debe ser una estrategia necesaria para el desarrollo de la participación ciudadana y la toma

de decisiones. En este contexto de cambios y adecuaciones, el Internet, las redes sociales, y principalmente el desarrollo de la web 2.0⁽⁴⁾, adquieren un papel central para promover la participación ciudadana y el fortalecimiento de los mecanismos deliberativos. «Acceder a Internet ha transformado la manera como los ciudadanos se relacionan, se comunican, se informan, se agrupan, se movilizan, consumen, realizan trámites, se educan, entre otros temas, sin que esto, necesariamente, reemplace los hábitos tradicionales» (Ford, 2019, p. 33) Esto implica que «durante los últimos años se ha ido constituyendo un nuevo espacio público digital, ligado a Internet y la Web 2.0, claramente inexplorado y con un elevado potencial disruptivo» (Criado & García Alonso, 2012, p. 71). En este sentido, es necesario aclarar algunos términos y principios fundamentales que permitan por un lado abordar desde el pensamiento político la irrupción del internet y las tecnologías de información en la democratización de las sociedades modernas y por otro lado incrementar el desarrollo de esferas públicas digitales autónomas entre los y las participantes «... así, resulta necesario adentrarse en esa relación entre espacio público e Internet de cara a reconocer y reflexionar las consecuencias de estas dinámicas todavía en proceso de construcción» (Criado & García Alonso, 2012, p. 72).

Entonces son los espacios públicos digitales, los que deberían permitir que la democracia participativa y deliberativa puedan legitimarse a través de «discusiones públicas en el marco de prácticas discursivas libres» (Criado & García Alonso, 2012, p. 73). Como diría Habermas, este espacio público digital debe convertirse en el «elemento mediador de un espacio público en el que pueden encontrar resonancia los posicionamientos y contribuciones espontáneas de los ciudadanos. Un espacio público que evalúa, critica e influye sobre la política» (Criado & García Alonso, 2012, p. 75). De acuerdo con Habermas, los espacios públicos digitales deben cumplir con: «...plena inclusión de todos los afectados (al menos potencialmente), de iguales derechos de comunicación, ausencia de represión y manipulación y un sometimiento de la decisión a la fuerza del mejor argumento» (Criado & García Alonso, 2012, p. 76). La pregunta que surge es si, ¿el internet está en la capacidad de crear un espacio público digital? Hay evidencia teórica y empírica que la Web 2.0 tiene toda la capacidad para generar espacios públicos digitales. «La nueva versión (2.0) de la web propone un entorno participativo, con autores y lectores entremezclados. Propone también a un receptor activo que busca, investiga, enlaza, hiperenlaza, opina, contesta, contrasta y crea contenidos a partir de otros

(4) «La Web 2.0 es un término acuñado por Tim O'Reilly, que se refiere a una nueva generación de servicios en la Web basados en el concepto de red, la creación de comunidades, diseño estético de la web y la utilización de una serie de nuevas tecnologías» (Criado & García Alonso, 2012, p. 77)

ya existentes» (Caldevilla Dominguez, 2009, p. 33). Por lo tanto, se habla de una web 2.0 que permita: comunicar (poner en común información), crear un espacio público digital (encontrar e integrar ciudadanos, sociedad civil, estado y empresa) y co-construir (crear y hacer cosas conjuntamente). A continuación, se menciona algunos beneficios de la democracia digital y la web 2.0:

- **Un público más grande y diverso y a menos costo:** está demostrado que los mecanismos participativos en línea permiten abrir un proceso de participación ciudadana a un público más diverso. Por ejemplo: reunir a 2000 ciudadanos para concertar una política pública es posible gracias a un proceso digital. Mientras que, si deseáramos reunir esa misma cantidad de manera física, se debería organizar una veintena de talleres participativos, costear el traslado de participantes y la logística necesaria. Un mecanismo de participación digital nos permitirá economizar en tiempo y dinero, asimismo, permitirá llegar a nuevos grupos sociales distanciados actualmente, como, por ejemplo: jóvenes, estudiantes universitarios, poblaciones en estado de vulnerabilidad que por sus condiciones no pueden trasladarse (Citizenlab, 2020, p. 11)
- **Los participantes pueden estar en el corazón del proceso de decisión:** en el marco de la democracia participativa y deliberativa, es de suma importancia el proceso de participación y concertación, en este sentido los mecanismos de participación digital pueden compartir información de manera más ágil y dinámica, esta información es necesaria para que los ciudadanos puedan interactuar con los tomadores de decisiones de mejor manera, es decir, la plataforma digital permite desarrollar debates estructurados y entregar suficiente información para la toma de decisiones (Citizenlab, 2020, p. 14)
- **Incremento de la eficacia y la capacidad del sistema en su conjunto para reaccionar.** Las ideas de los ciudadanos son datos de la realidad vivida, que pueden ser tratados automáticamente. Problemas tales como ideas repetidas, agrupación de ideas, transferencia de estas ideas a los servicios competentes del estado o la generación de informes sobre el proceso de participación son tareas que pueden ser resueltas gracias a un algoritmo. Asimismo, tener las ideas ordenadas, clasificadas, consensuadas y priorizadas permite a los tomadores de decisiones, reaccionar con mayor claridad sobre las decisiones tomadas. (Citizenlab, 2020, p. 15)
- **Mejora de la calidad de la toma de decisiones y de la innovación política.** La participación y deliberación digital permite registrar, comparar y fundamentar los argumentos de los ciudadanos frente a las decisiones tomadas, a esto se denomina inteligencia colectiva. En ese sentido, el ciudadano puede conocer

en tiempo real y de manera dinámica las opiniones de otros ciudadanos, compararlos, argumentar y tomar decisiones más justas y mejor fundadas. (Citizenlab, 2020, p. 16)

Está claro que el internet y la web 2.0 tienen la capacidad necesaria para generar espacios públicos digitales, pero esto no debe ser lo único, también se debe implementar a la par la noción de políticas de democracia participativa que recaen precisamente en la capacidad de anclarse en registros de acción y de puesta en obra de un proceso de ingeniería implicando un doble proceso: de una parte, la profesionalización de la participación en términos de diseño y de un saber hacer; y de otra parte, la búsqueda de dispositivos e instrumentos innovadores y adecuados que nos permitirá renovar nuestra democracia participativa. Esta reflexión debería permitir, de algún modo, construir una estructura de pensamiento y práctica de la democracia participativa fundada en la consolidación de una profesionalización, de un mercado competitivo y un mercado público de la participación.

— Posibilidades y límites para una democracia digital: Banda ancha, TIC's y una ciudadanía digital.

Penetración de la banda ancha

El Perú, desde el 2012, viene ejecutando el tendido de fibra óptica en todo el territorio, este busca impulsar el desarrollo y masificación del servicio de banda ancha. Según el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática - INEI:

«En el Perú 49 de cada 100 personas de 6 y más años hacen uso de Internet...Del total de la población...que usan internet, el 32,0 % lo hace desde su teléfono celular, 11,5 % desde su hogar, 11,4 % de una cabina pública, 1,2 % del trabajo y colegio, cada uno; y el 42,8 % de otro lugar». (INEI, 2020).

Asimismo, el INEI señala que es el segmento de jóvenes, 17 a 24 años, quienes usan en mayor proporción el internet, siendo este el 77,7 %, mientras que el segmento de 6 a 16 años utiliza en un 48,5 % y el segmento de 25 años a más el 41,4%. Si la información se desagregara por zonas tenemos que en Lima uno de cada dos hogares tiene conexión a la red, y en capitales de provincia uno de cada cuatro, en zonas rurales uno de cada 50. Sin embargo, aún existen «54 mil centros poblados sin acceso a ningún tipo de Internet, lo que equivale a unos cinco millones de peruanos totalmente desconectados, una población que está dispersa por todo el país, con mayor concentración en la sierra y selva» (Ford, 2019, p. 45)

Mayor desarrollo de las Tecnologías de Información y Comunicación

En los últimos años, se ha evidenciado un crecimiento exponencial de la oferta y demanda de las tecnologías de información y comunicación en el Perú, esto se puede contrastar con tres hechos importantes: primero, la creación, en el 2017, de la Secretaría de Gobierno Digital⁽⁵⁾ adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros. Segundo, crecimiento económico más o menos sostenido en los últimos años, «lo que ha permitido que más ciudadanos puedan acceder a mayor tecnología: celulares, *smartphones*, *tablets*, computadoras, entre otros, y, adicionalmente, poder cambiarlos con cierta frecuencia, de acuerdo con las nuevas generaciones de los mismos» (Ford, 2019, p. 45) Tercero, crecimiento exponencial de la tenencia de smartphones en hogares «a nivel país –considerando zonas rurales y urbanas– la penetración es del 73,4 % de hogares, el doble de lo que se tenía en el 2015» (Mendoza Riofrío, 2019). Lo que ha permitido convertirse al smartphone en el principal medio de acceso a Internet; según Osiptel, la cantidad de clientes que contrata Internet móvil a nivel nacional en el plan pospago se pasó del 74,3 % en el 2017 al 90,3 % en la actualidad y en prepago pasaron del 33,3 % al 42,6 %.

Respecto al acceso de internet en el departamento de Cajamarca, según el INEI hemos pasado de 2,5 % de hogares que acceden a internet en el 2008 a 9,3 % en el 2018. Esta información muestra un gran potencial para el uso de la democracia digital como estrategia para revitalizar los mecanismos de participación ciudadana.

Formación y consolidación de una ciudadanía digital

Elaine Ford realizar un análisis interesante sobre la formación de una ciudadanía digital, su análisis hace hincapié en que la ciudadanía se encuentran en permanente interacción y recepción de información a través de diversas plataformas online (Ford, 2019, p. 58) Esta permanente interacción tiene como principal medio el Smartphone, si analizamos la tenencia de *smartphone* por segmentos de edad tenemos que en el 2019 el segmento que más *smartphones* tiene es el de 12 – 17 años con un 95 %, el segmento de 18-24 años con un 87 %, el segmento de 25-39 con un 89 %, el segmento de 40 -54 con un 81 % y el segmento de 55-70 con un 64 %. (Mendoza Riofrío, 2019)

(5) «La Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros lidera los procesos de innovación tecnológica y de transformación digital del Estado. Es el ente rector del Sistema Nacional de Transformación Digital y administra las Plataformas Digitales del Estado Peruano» (Secretaría de Gobierno Digital, 2020).

V. Experiencias de democracia digital: un breve recorrido a nivel internacional y nacional

A continuación, se describe cinco experiencias de democracia digital. La primera está relacionada a la digitalización del Presupuesto Participativo de París – Francia. La segunda a la co-construcción de ley de digitalización en Francia promovida por el Consejo Nacional de Digitalización. La tercera es la construcción del Plan de Desarrollo del Municipio de Floridablanca – Colombia. La cuarta y quinta experiencia han sido tomadas del Observatorio Nacional de Democracia Digital⁽⁶⁾ desarrollado por la organización No Gubernamental «Democracia Digital» liderada por Elaine Ford, la misma que desde ya varios años se dedica a promover el uso responsable del internet⁽⁷⁾.

Presupuesto Participativo 2014 promovido por la Comuna de París – Francia:

La Municipalidad de París, en el 2014, creó un aplicativo web⁽⁸⁾ que permita a la ciudadanía votar por 15 proyectos. Para ello, solo bastaba con registrarse en el sitio web y la única condición era vivir en París. Registrado el ciudadano accedía a información detallada de los proyectos propuestos: nombre del proyecto, descripción del problema, aporte a su solución, costo de Inversión y población a beneficiar.

Las acciones que los ciudadanos/as podían realizar sobre el sitio web eran: comentar, compartir (el proyecto sobre sus redes sociales) y votar por el proyecto. Los ciudadanos tenían 5 votos a realizar, permitiéndoles priorizar cada proyecto. Una vez votados los proyectos, el aplicativo web permitía hacer seguimiento a la ejecución de cada uno de ellos. Los principales resultados de esta experiencia se resumen a continuación:

- 09 proyectos ganadores.
- 40 745 votantes, es decir el 1.8 % de la población de París.
- 21562 ciudadanos abonados al sitio web.
- 8 764 tweets durante la semana de votación.

(6) Para acceder al Observatorio Digital pueden dar clic al siguiente enlace: <https://www.democraciadigital.pe/observatorio/>

(7) Hasta el 2019 se han registrado 74 participantes, la región de Lima es la que más experiencias ha presentado llegando a acumular 265, mientras que Cajamarca solamente 03. Se ha revisado rápidamente este observatorio y ha encontrado muchas aplicaciones ligadas a brindar información, promover la transparencia y medir la opinión pública a través de encuestas virtuales. Sin embargo, son muy pocas las experiencias destinadas a la participación y concertación digital, de la revisión realizada se han encontrado solamente dos propuestas, las que se describirán.

(8) Para ingresar al aplicativo web pueden hacer clic en el siguiente enlace: [https://budgetparticipatif.paris.fr/bp/-](https://budgetparticipatif.paris.fr/bp/)

Co-construcción de la ley de digitalización promovido por El Conseil National du Numerique - Francia: esta entidad puso a disposición, en el 2015, de la ciudadanía un aplicativo web⁽⁹⁾ que permitía la construcción participativa de la ley de digitalización, esta experiencia es sumamente importante porque es una de las primeras iniciativas de espacios públicos digitales. El aplicativo web, permitía al ciudadano/a: brindar opiniones, comentar, modificar y proponer un artículo de ley, así como votar por las diferentes proposiciones de los participantes. Los principales resultados de esta experiencia se resumen a continuación:

- 8490 contribuciones.
- 147 535 votos.
- 1 470 participantes.

Generación del Plan de Desarrollo del Municipio de Floridablanca – Colombia: el municipio de Floridablanca, para la elaboración del Plan de Desarrollo generó dos momentos: el primero físico y el segundo virtual. Respecto a la fase virtual los participantes brindaron su opiniones y necesidades, estas opiniones se agruparon con enfoque diferencial (mujeres, etnias, comunidad LGTBI, Discapacitados, etc.) y paralelamente los problemas y/o necesidades se ubicaron de manera georreferenciada en un mapa interactivo, estas opiniones y necesidades se agruparon y se cruzaron con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, con la finalidad de relacionar las metas del Plan de Desarrollo del Municipio con la gran agenda mundial (Cortés, 2018). Los principales resultados de esta experiencia se resumen a continuación: 3021 participantes es decir el 1.2 % de total de pobladores.

Digitalización del voto del presupuesto participativo promovido por la Municipalidad de Cieneguilla - Perú⁽¹⁰⁾, se trata de un sistema de votación en línea donde el ciudadano/a puede votar por los proyectos sugeridos por la Municipalidad, según el instructivo cada ciudadano/a podía votar hasta dos veces.

Democratie⁽¹¹⁾ promovido por el Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo – IPCODE⁽¹²⁾ - Perú, es un prototipo de aplicativo web casi finalizado

(9) Para acceder al aplicativo web dar clic en el siguiente enlace: <https://www.republique-numerique.fr/project/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation>

(10) Para acceder al instructivo de votación realizado por la Municipalidad de Cieneguilla: http://municipalidad.gob.pe/descarga/Pres_Participativo/2019/Instructivo_Votacion_PP2019.pdf,

(11) Enlace para acceder al aplicativo : <https://democratie.pythonanywhere.com/>

(12) Es una Startup Cajamarquina «que forma actores y decisores para el diálogo y la erradicación de la violencia de género, promoviendo y acompañando procesos participativos y de concertación en espacios públicos y privados. Además, difunde las experiencias exitosas nacionales

que busca generar un espacio público digital, es decir, promover la participación y concertación digital. Este aplicativo web en línea permite aumentar en cantidad y calidad la participación y concertación entre ciudadanos/as y entidades públicas y/o privadas, esto significa lograr que ciudadanos/as, servidores públicos, clientes, entidades públicas y privadas dialoguen/concerten de manera sencilla y estructurada, permitiendo llegar a decisiones más justas, beneficiosas e innovadoras. El proceso se detalla a continuación: 1) Inscripción de participantes a un taller previamente configurado (espacios público digital); 2) asignación de participantes a grupos previamente configurados, esta es realizada por el sistema aleatoriamente; 3) los participantes brindan sus propuestas de manera individual y/o grupal; 4) el sistema permite ordenar y categorizar las propuestas por similitud garantizando mayor reflexión y discusión; 5) el sistema permite el intercambio aleatorio de participantes a otros grupos con la finalidad de tener una visión general de todas las opiniones categorizadas del taller y tener un momento de mayor reflexión sobre las propuestas vertidas, a esto se llama inteligencia colectiva; 6) el sistema permite votar por las propuestas según consideraciones previamente configuradas, con la finalidad de determinar el consenso o disenso en el taller, usamos el método de la planificación prospectiva denominado voto coloreado; 7) luego del resultado del voto, permite reformular aquellas propuestas conflictivas para convertirlas en propuestas consensuadas y validadas por todos/as los/as participantes. Esto garantiza que las decisiones o propuestas sean co-construidas por todos/as en igualdad de condiciones.

VI. Conclusiones

Se ha demostrado que las nociones de participación y concertación no pertenecen naturalmente a la democracia participativa tal como ha sido tratada en el Perú, sino obedecen a tradiciones teóricas distintas, la primera a la democracia participativa y la segunda a la democracia deliberativa, por lo tanto, deberían ser tratadas e implementadas de manera diferenciada. Esta falta de diferenciación en el Perú ha generado problemas que han llevado al desgaste y descrédito de la participación ciudadana, es decir los mecanismos de democracia participativa en el Perú no han logrado institucionalizar la toma de decisiones de la ciudadanía. Frente a esta problemática se ha introducido la noción de democracia digital como instrumento de Ingeniería social, que permita renovar los mecanismos de participación ciudadana en el Perú, asimismo se ha demostrado que la web 2.0 tiene la

que extranjerías que han sido puestas en práctica, permitiendo crear la necesidad de concertar gracias a la inteligencia colectiva» (IPCODE, 2020)

capacidad necesaria para generar espacios públicos digitales, los cuales deben permitir interactuar digitalmente a ciudadanos/as, sociedad civil, Estado y empresa.

La actual coyuntura producto del COVID-19 debe convertirse en una oportunidad para que entidades públicas y privadas en todos sus niveles logren generar propuestas innovadoras que permitan por un lado solucionar los problemas referidos a la democracia participativa y, por otro lado, permitir que ciudadanos y ciudadanas puedan seguir co-construyendo el desarrollo de sus territorios. En este contexto, es de vital importancia que todos los involucrados asuman a la democracia digital como una herramienta viable, accesible, amigable, flexible y que permitirá que más ciudadanos/as participen de forma activa en las decisiones de sus territorios.

VII. Lista de referencias

- ARROYO, J. & IRIGOYEN, M. (2005). *Desafíos de la Democracia Participativa Local en la Descentralización*. Lima: DFID y CARE Perú.
- BOUVIER, A. (2007). Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative. *Revue européenne des sciences sociales*, pp. 5-35.
- CALDEVILLA DOMINGUEZ, D. (2009). Democracia 2.0: La política se introduce en las redes sociales. *Pensar la Publicidad*, III(2), pp. 31-487.
- CITIZENLAB. (15 de 04 de 2020). *Le mode d'emploi de la participation numerique*. Obtenido de www.citizenlab.be: <https://www.citizenlab.co/ebooks-fr/le-mode-demploi-de-la-participation-numerique-fr>
- COHEN, J., & FUNG, A. (2011). Le Projet de La Démocratie Radicale. *Presses de Sciences Po* | « *Raisons politiques* », pp. 115-130.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. (26 de junio de 2002). Ley de Bases de la Descentralización N.º 28950. Perú Lima: Diario Oficial El Peruano.
- CORTÉS, M. (08 de mayo de 2018). *Democracia 3.0: Internet ¿aliado o enemigo de las democracias modernas?* Obtenido de EL Espectador: <https://www.elespectador.com/tecnologia/democracia-30-internet-aliado-o-enemigo-de-las-democracias-modernas-articulo-754535>
- CRiado, I., & GARCÍA ALONSO, R. (2012). ¿DEMOCRACIA 2.0? UN ANÁLISIS DEL POTENCIAL DELIBERATIVO DE LA BLOGOSFERA POLÍTICA. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*(155), pp. 71-99.
- DIGITAL, S. D. (02 de junio de 2020). *Secretaría de Gobierno Digital*. Obtenido de Presidencia del Consejo de Ministros: <https://www.gob.pe/7025-presidencia-del-consejo-de-ministros-secretaria-de-gobierno-digital/>

- FORD, E. (2019). *El Reto de la Democracia Digital. Hacia una ciudadanía Interconectada* (Primera edición). Lima, Perú: Asociación Gráfica Educativa.
- GAUDIN, J. P. (2010). La Démocratie Participative. *Caisse nationale d'allocations familiales*; « Informations sociales », pp. 42-48.
- GROMPONE, R. (2005). Argumentos a favor de la participación en contra de sus defensores. En P. Zárate Ardelá, *Participación ciudadana y democracia. Perspectivas críticas y análisis de experiencias locales* (pp. 13-85). Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos.
- HATZFELD, H. (2011). De l'autogestion à la démocratie participative: des contributions pour renouveler la démocratie. En M.-H. Bacqué, & Y. Sintomer, *La démocratie participative: Histoire et généalogie* (pp. 51-64). París: La Découverte.
- INEI. (29 de Mayo de 2020). <https://www1.inei.gob.pe/>. Obtenido de <https://www1.inei.gob.pe/>: <https://www1.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-075-2018-inei.pdf>
- IPCODE. (03 de Junio de 2020). *Misión*. Obtenido de Instituto Peruano para la Concertación y el Desarrollo: <http://www.ipcodeperu.com/>
- MENDOZA RIOFRÍO, M. (18 de Noviembre de 2019). El smartphone consolida su avance. *El Comercio*, pág. 4.
- PALMA, D. (2000). *La educación para la democracia. Investigación y Crítica N.º 4*, 22.
- PATEMAN, C. (2014). *Participación y Teoría Democrática*. (L. Fernanda, & J. Lenarduzzi, Trans.) Buenos Aires: Prometeo Libros.
- REBER, B. (2011). Évaluer le débat démocratique. En O. Piriou, & P. Lénel, *Les états de la démocratie* (pp. 159-188). Paris: Hermann.
- REMY, M. I. (2005). *Los múltiples campos de la participación ciudadana en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- SINTOMER, Y. (2011). Démocratie participative, démocratie délibérative: l'histoire contrastée de deux catégories émergentes. En M.-H. Bacqué, & Y. Sintomer, *La démocratie participative: Histoire et généalogie* (pp. 113-134). París: La Découverte.
- TANAKA, M. (2007). *La Participación Ciudadana y el Sistema Representativo*. Lima: PRODES-USAID.

El derecho a la educación y sus desafíos en época de pandemia

The right to education and its challenges in a time of pandemic

TORRES TORRES, Yorcka Uliana(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Consideraciones generales acerca del Derecho a la Educación. III. Carácter binario del Derecho a la Educación. IV. El contenido constitucionalmente protegido del Derecho a la Educación. V. Acceso a la educación. VI. Normatividad para la continuidad del servicio educativo en pandemia. VII. Aciertos y desaciertos con respecto al Derecho a la Educación en la pandemia. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: El derecho a la educación está en debate, una vez más, en un contexto complejo como es la pandemia, sin embargo, es importante analizar cómo estamos enfocando los cambios en esta temática, que se están instalando de manera vertiginosa en el sistema educativo.

En ese sentido, el presente artículo ha sido elaborado desde una revisión sistemática cualitativa de diversos materiales bibliográficos relacionados, de manera directa, con la educación como derecho fundamental, desde la normatividad nacional y, específicamente, en su dimensión de acceso a la educación, como parte del desarrollo integral de la persona y la construcción so-

(*) Abogada. Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.

cial, para, finalmente, formular diversos desafíos del derecho a la educación en el marco de la virtualidad.

Palabras clave: Derecho a la educación, acceso a la educación, continuidad del servicio educativo en pandemia.

Abstract: *The right to education is under debate, once again, in a complex context such as the pandemic, however, it is important to analyze how we are approaching the changes in this subject, which are being installed in a dizzying way in the educational system.*

In this sense, this article has been prepared from a qualitative systematic review of various bibliographic materials directly related to education as a fundamental right, from national regulations and, specifically, in its dimension of access to education, such as it starts from the integral development of the person and the social construction, to finally formulate various challenges of the right to education within the framework of virtuality.

Key words: *Right to education, access to education, continuity of the educational service in a pandemic.*

I. Introducción

La pandemia, escenario actual, ha puesto en debate diversos derechos fundamentales y/o humanos, uno de ellos es el derecho a la educación, toda vez que al ser un derecho habilitante y dada su importancia para la construcción subjetiva y colectiva, los cambios que en ella suscitan siempre son motivos de debate.

Más allá de todo, el distanciamiento y aislamiento social generan una imposibilidad para la continuidad del servicio educativo, sin embargo, siendo este un imperativo del Estado, los entes rectores en educación han tomado medidas para no paralizar el servicio educativo, entendiéndolo como un deber y garantía del Estado.

En esta línea de ideas, se han generado normas orientadoras, criterios que básicamente buscan la realización de una educación a distancia, teniendo como eje principal, especialmente en la educación superior, a la educación virtual, situación que ha generado una serie de cuestionamientos.

Si bien es cierto, esta medida adoptada puede ayudar a solucionar el problema de continuidad en el servicio educativo, más cierto aún es que el adagio el remedio puede ser peor que la enfermedad, resulta ser, en nuestros contextos, materialmente posible.

Y es que las normas tienen que ir acompañadas de un soporte bastante amplio, estructurado, organizado y planificado, de carácter interdisciplinario para que no permitan la vulneración de, específicamente en este caso, el derecho a la educación en su dimensión de acceso.

En tal sentido, el presente artículo realiza una revisión acerca del derecho a la educación y los cambios que se han realizado para seguir brindando el servicio educativo, planteando desafíos que deben advertirse y solucionarse, antes de que el acceso a la educación se vea más vulnerado aún, pues este tema antes de la pandemia ya era motivo de consideración urgente, especialmente entre los grupos más vulnerables de nuestra sociedad, y ahora ha cobrado gran importancia, por lo cual es el mejor momento para realizar replanteamientos en nuestro sistema educativo.

II. Consideraciones generales acerca del Derecho a la Educación

Dentro de los derechos fundamentales y como derecho humano, tenemos que considerar el derecho a la educación como un derecho clave, ya que a través de su realización se logran desarrollar plenamente otros derechos, así tenemos que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - UNESCO señala que «El derecho a la educación es uno de los principios rectores que respalda la Agenda Mundial Educación 2030, así como el Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 (ODS 4), adoptado por la comunidad internacional» (UNICEF, 2020), puesto que, el derecho a la educación en este contexto internacional debe permitir promover un desarrollo sostenible.

La importancia del derecho a la educación no es un tema de reciente data, sin embargo su reconocimiento como derecho humano se materializa con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), asimismo, su evolución se puede observar bajo la mirada de Tomasevski K. (2002) quien fue la primera relatora especial del derecho a la educación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a partir de tres etapas, una primera etapa en la cual se le reconocía derecho a la educación a quienes no habían tenido históricamente este derecho, es el caso de las mujeres, niñas, pueblos indígenas, discapacitados, quienes eran confinados en centros especiales para su educación, generando, en tal sentido, discriminación. En una segunda etapa, se apuesta por procesos de integración posibilitando que, la educación tenga un rol amalgamador en las diferencias, y de tal manera, por ejemplo, las niñas sean admitidas en espacios y con planes curriculares habitualmente utilizados para niños, lo mismo sucedía con otros grupos como los pueblos indígenas, discapacitados entre otros colectivos históricamente discriminados. En una tercera etapa, se busca atender a la diversidad, por lo cual, la educación se presenta de una forma más flexible para una real y efectiva inclusión de los distintos grupos (p. 84-85).

Es importante considerar esta evolución, si entendemos el derecho a la educación como un derecho fundamental y humano, en el cual importa un proceso de evolución histórica, pues la educación como sistema formal, fue un aspecto cultural de privilegio y élite, por ello, la propuesta que actualmente se desarrolla en este

ámbito, es la democratización de la educación, pues «democratizar la educación significa hacer posible el acceso al sistema educativo de todos los ciudadanos, con independencia de su raza, idioma, condiciones sociales y edad, tanto en aquellos niveles declarados obligatorios como en los voluntarios» (OEI O. d., 1997), así es que, la democratización de la educación se constituye en un aspecto importante para concretizar una dimensión del derecho a la educación como es el acceso. Asimismo, Muñoz Villalobos Vernos, Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la educación (2004-2010), señaló que desde esta organización internacional existe un compromiso de «impulsar procesos de democratización que permitan erradicar la discriminación y la pobreza» (Muñoz Villalobos, 2014). Estos procesos a los que se hacen referencia están vinculados con el derecho a la educación, pues la democratización en cuanto a la educación supone esfuerzos para consolidar, *prima facie* el acceso a la educación como condición *sine qua non*, para la realización plena de este derecho.

III. Carácter binario del Derecho a la Educación

Al hacer referencia a un carácter binario, debemos analizar dos elementos/caracteres constitutivos, los cuales han sido revisados también por el Tribunal Constitucional del Perú (TC), determinando que el derecho a la educación «tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata además de un servicio público» (Tribunal Constitucional del Perú, 2017).

Estos caracteres señalados por el TC son trascendentes en tanto hacen referencia a su innegable naturaleza como derecho fundamental, pero también el rol de este derecho frente a la sociedad y la competencia declarativa que tiene el Estado; siendo así, entender que el derecho a la educación tiene un carácter de servicio público advierte que se trata de una prestación pública, que además se constituye en una de las funciones y fines que tiene el Estado, por ello, y, en tal sentido, debe «garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de estos» (Tribunal Constitucional del Perú, 2017).

Esto quiere decir que, es el Estado garante de la continuidad del servicio público denominado educación, sin que ello merme la calidad que se brinde; es así como, se advierte que al asumir la educación como un bien público, este enfoque se genera en tres facetas, como visión humanística/integrada de la educación en contraste con un enfoque más utilitaria...[para] preservar el interés público y el desarrollo social/colectivo en contraste con una perspectiva individualista...[y para] reafirma[r] el papel del Estado como garante/custodio/encargado principal de la educación a la luz de la mayor participación de agentes no estatales a todas las escalas de la actividad educativa (Locatelli, 2018).

Es esta última faceta citada por la autora, la cual nos compromete a reflexionar en torno al derecho a la educación desde un aspecto de gobernanza por parte del Estado, especialmente en este escenario de cambio inmediato.

IV. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación

Y si bien, asumimos a la educación como un bien público, en el cual es Estado es garante principal de la educación, es conveniente determinar cuál su contenido constitucionalmente protegido; esto permitirá entender los factores claves que, desde el ámbito constitucional, deben ser objeto de protección y garantía para su efectividad, por tanto, «representa el espacio de tutela directa, inmediata y presta de un derecho fundamental» (Figueroa Gutarra, 2014), es así que el Tribunal Constitucional peruano, desarrolla en el Exp. N.º 00091-2005-PA/TC el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación señalando que está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículo 17 y 18) el mencionado contenido debe realizarse en concordancia con las finalidades constitucionales del derecho a la educación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. (Constitucional, 2018)

Teniendo claridad en cuanto al contenido constitucionalmente protegido detallado anteriormente, y en virtud de las circunstancias advertimos que, de manera inmediata, el acceso a una educación adecuada sería uno de los factores que, en el escenario de la pandemia, ha sido el que mayor atención ha concitado, lo cual se visualiza a través de la normatividad emanada por el Ministerio de Educación y SUNEDU.

V. Acceso a la educación

El acceso a la educación, tal como señala UNICEF, tiene como compromiso «crear un mundo en el que todos los niños y niñas, con independencia de su género, situación socioeconómica o circunstancias, tengan acceso a una educación gratuita, obligatoria y de calidad» (UNICEF, 2020).

Este concepto de acceso a la educación ha sido ampliado por el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00853-2015-PA/TC, siendo que en su parte resolutive dispone en el numeral 2 «Declarar un estado de cosas

inconstitucional en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural» (Tribunal Constitucional del Perú, 2017) y a continuación, numeral 3, ordena al Ministerio de Educación que diseñe, proponga e implemente un Plan de Acción para que el 28 de julio de 2021 asegure la «disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica» (Tribunal Constitucional del Perú, 2017).

Este criterio de disponibilidad y accesibilidad en educación, constituyen elementos importantes para poder hacer referencia a un real acceso a la educación, y deviene como criterios que caracterizan el proceso educativo, los cuales fueron desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referente al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

- a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte.
- b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
 - No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (...).
 - Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).
 - Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos.
- c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13);
- d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados. (Consejo Económico y Social, 1999)

En concordancia con lo expresado anteriormente, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), señala que manera general que, en cuanto a las obligaciones de los Estados el derecho a la educación impone a los Estados tres niveles de obligación: respetar, proteger y cumplir el derecho a la educación.

Asimismo, la obligación de respetar requiere que los Estados eviten tomar medidas que estorben o impidan el disfrute del derecho a la educación.

La obligación de proteger requiere que los Estados tomen medidas para prevenir que una tercera parte pueda interferir en el ejercicio del derecho a la educación.

La obligación de cumplir entraña que los Estados deben tomar medidas positivas que faciliten y ayuden a los particulares y a las comunidades a disfrutar del derecho a la educación (UNESCO, 2019).

Estas obligaciones impuestas a los Estados por compromisos asumidos en el marco del Derecho Internacional, generan que en la normativa nacional se plasmen diversidad de normas a nivel constitucional, legal e infra legal, que reconozcan el derecho a la educación y todos aquellos aspectos concomitantes para que se implemente y ejecuten las acciones que devienen del mismo.

VI. Normatividad para la continuidad del servicio educativo en pandemia

El 11 de marzo del presente año, Tedros Adhanom, Director de la Organización Mundial de la Salud – OMS declara la pandemia por el COVID-19 (OPS, 2020), en tanto existe un nivel alarmante de propagación y gravedad del virus a nivel mundial. Al respecto, son muchas las medidas que los países generaron, básicamente relacionados a un Estado de Emergencia que en el Perú se denominó Estado de Emergencia Sanitario, lo cual traía consigo, medidas como el distanciamiento y aislamiento social, lo cual significa la imposibilidad de realizar reuniones de cualquier clase, en el caso del sector educación, las aulas con estudiantes reunidos para asistir a clases, significan un peligro de contagio inminente, en tal sentido, estas fueron suspendidas.

En los días en los cuales se declara esta pandemia, en el Perú, estaban próximos a iniciar clases en todo el país en sus diferentes niveles educativos, por lo que el Ministerio de Educación (MINEDU) emitió una serie de normas para la continuidad del servicio educativo, en tal sentido, activar la educación remota en todos los niveles educativos

Uno de los documentos que se publicaron con el enfoque de continuidad del servicio educativo en el estado de Emergencia Sanitaria fue la Resolución del Consejo Directivo N.º 039-2020 SUNEDU/CD publicada el 27 de marzo de 2020, en el cual establece los Criterios de supervisión para la supervisión de la adaptación de la educación no presencial, con carácter excepcional, de las asignaturas por parte de las universidades y escuelas de posgrado como consecuencias de las medidas para prevenir y controlar el COVID-19, en el cual establece condiciones de adaptación de la educación presencial hacia la no presencial, estableciendo, además, las responsabilidades que las universidades asumen en este proceso.

Posteriormente, se publica el 01 de abril de 2020 la Resolución Viceministerial N.º 085-2020 – MINEDU, que contiene las Orientaciones para la continuidad del servicio educativo superior universitario, en el marco de la Emergencia Sanitaria por el COVID-19; este documento contiene las pautas básicas a considerar para que, a pesar de las circunstancias, el servicio educativo se siga brindado de la manera más adecuada, para lo cual plantea dos aspectos: suspensión de clases con su correspondiente reprogramación, la recuperación de clases, en ambos casos al tratarse de continuar con una propuesta presencial, pero también la posibilidad de que se desarrollen clases no presenciales, para lo cual brinda los criterios básicos para que sean generados.

Asimismo, el 25 de abril de 2020, el Ministerio de Educación emite la Resolución Viceministerial N.º 00093-2020- MINEDU que contiene las Orientaciones pedagógicas para el servicio educativo de Educación Básica durante el año 2020 en el marco de la emergencia sanitaria por el Coronavirus COVID-19, documento en el cual se establecen orientaciones pedagógicas para un desarrollo de clases a través de modalidad no presencial (a distancia).

A través de la Resolución Viceministerial N.º 097-2020 publicada el 21 de mayo de 2020, se emiten las Disposiciones para el trabajo remoto de los profesores que asegure el desarrollo del servicio educativo no presencial de las instituciones y programas educativos públicos, frente al brote del COVID-19, en el cual se establece criterio con respecto a la Educación a Distancia en nivel de Educación Básica y los derechos y deberes de las instituciones y actores involucrados en este proceso.

Cabe mencionar que, además, se han gestionado otros cuerpos normativos desde el Ministerio de Educación para Educación Básica y Educación Superior, sin embargo, esta muestra representativa de normas, nos permitirá arribar a algunos puntos en común que se han cuestionado, en torno al derecho a la educación desde su contenido constitucionalmente protegido como es el acceso a la educación.

VII. Aciertos y desaciertos con respecto al Derecho a la Educación en la pandemia

El principal tema que debemos considerar es la imposibilidad de desarrollar clases presenciales, para ello, el Estado peruano, a través de los entes correspondientes, ha tomado medidas inmediatas, de tal manera cumplir con su obligación de garantizar la continuidad del servicio educativo, para ello, presenta normas orientadoras o establece criterios, las cuales fueron citadas, en cuanto, principalmente, a la implementación del modelo de educación remota o a distancia. Hay que tener en cuenta que este modelo educativo no es nuevo, a nivel mundial hay diversas experiencias y a nivel nacional, la educación privada, en muchos casos, ha desarrollado esta modalidad con mayor amplitud, sin embargo, al abordarla desde la educación virtual, es decir, utilizar la tecnología y desarrollar sesiones de aprendizaje a través de comunicaciones síncronas y asíncronas (online/offline), en un espacio virtual, la problemática se vuelve más compleja, cuestionando así el acceso a la educación como pilar del derecho a la educación.

La educación virtual implica que se genere el aseguramiento de las herramientas tecnológicas para acceder a esta, y en ello podemos advertir que existe una brecha amplia en la población peruana, pues «según el INEI, solo el 39,3 % de hogares peruanos tiene acceso a internet», pero en áreas rurales esto disminuye a un 4,8 %» (Perú, 2020), siendo así el Estado peruano implementa, para el caso de la educación básica, el programa de televisión «Aprendo en casa» como un servicio multicanal de educación a distancia por televisión, radio e Internet. El objetivo a corto plazo es que los estudiantes de educación básica (inicial, primaria y secundaria), educación básica especial (Prite y Cebe) y educación básica alternativa avancen en el desarrollo de sus clases desde el 6 de abril de 2020, durante el Estado de Emergencia. (Plataforma digital única del Estado peruano, 2020).

De esta manera, la estrategia antes mencionada sirve de apoyo a los estudiantes del sector público, el sector privado tiene que generar procesos acordes a las normas generadas por el ente rector. Y este tema de lo público y privado trae también a colación el rol del Estado frente al servicio educativo privado, en lo cual, por ejemplo, el tema de las pensiones educativas, tal como señaló el titular del MINEDU «el Gobierno no puede intervenir en el precio de las pensiones de los colegios privados, por lo que un descuento en estas debe ser el resultado de un diálogo entre los colegios y los padres de familia» (Peruano, 2020). Esta situación plantea un gran reto, toda vez que, asumiendo el Estado como garante de la educación, ¿podría entonces desligarse de ella en tanto se trate del sector público o privado?, este es un punto importante a leer bajo la mirada de la Constitución Económica; actualmente ese

debate ya se ha extendido también como parte de los reclamos de padres de familia de Universidades, Institutos y otros centros análogos que brindan servicio educativo.

Además del debate antes mencionado, y fuera de los temas de conectividad y acceso tecnológico, existe un gran desafío en las capacidades para desarrollar las denominadas competencias digitales en los diferentes roles: padres de familia, estudiante y docentes y que según el Marco Europeo de Competencias Digitales, también están asignadas según los roles que se asumen: ciudadanía, docentes y estudiantes, en tanto está dirigido a alcanzar los objetivos relacionados con el trabajo, la empleabilidad, el aprendizaje, el tiempo libre, la inclusión y participación en la sociedad y que, por lo tanto, requiere de conocimientos relacionados tanto con el lenguaje específico de estas tecnologías, como de determinadas pautas de comportamiento e, incluso, de programación. Todo ello conlleva el control de las principales aplicaciones informáticas, el acceso a fuentes seguras y el conocimiento de los derechos y las libertades que asisten a las personas en el mundo digital (Digital, 2020).

Este tema de las competencias digitales, trae consigo la revisión de un documento académico muy importante como es el Currículo que, *prima facie*, deben guardar coherencia con el Modelo Educativo del Centro de Estudios, sin embargo, por la premura de los cambios realizados, estos difícilmente responderán al modelo de educación no presencial, lo cual genera incoherencias al interior de la estructura académica, constituyéndose en una limitación sustancial para el desarrollo de la educación virtual.

Se debe considerar que, la educación a distancia, y en especial la educación virtual, se ha constituido en una experiencia nueva para los docentes y la rapidez en el cambio no permite que la transición se realice de manera reflexiva, es decir, cuál es el concepto de educación desde la virtualidad, cuáles son los procesos institucionales que van a modificarse a partir del modelo de virtualidad en educación: procesos misionales, estratégicos y de soporte; cuáles son los perfiles docente/egresado que debemos redefinir a partir de esta nueva modalidad, los planes de estudios, sistema de evaluación y demás elementos constitutivos del Currículo. Todo este anclaje educativo es importante y básico, a partir de este se permite la fluidez en el desarrollo de los cursos, pues lo manifestado debe estar plasmado en un Currículo que permita el desarrollo acorde, planificado, organizado, fluido e interiorizado en las autoridades educativas, y en base a ello, se podrá definir con claridad el significado de calidad educativa para un contexto educativo determinado.

Sin embargo, al parecer, el desarrollo normativo planteado solo refiere a realizar cambios superficiales sin estrategias, ni a corto ni mediano plazo, lo cual coloca en riesgo la sostenibilidad de la educación virtual, y si bien, estas deficiencias se

pueden justificar por la inmediatez de la situación, es cierto también que la educación a distancia ha llegado y luego de la pandemia se ira, lo más probable es que la educación a distancia a llegado para instalarse en el Sistema Educativo.

Por ello, es importante que las políticas de continuidad del servicio educativo que tienen como principal aliado a la educación a distancia, no solo pongan en evidencia desigualdades, sino la capacidad de acción frente a ellas por parte del Estado.

Que si bien, la continuidad de vínculo pedagógico se ha trasladado, básicamente, a los entornos virtuales y/o tecnológicos, para los cuales los docentes no están preparados, en aspectos digitales, pero tampoco lo están en cuanto a las habilidades de comunicación asertiva, empatía y, por otro lado, la atención en cuanto a los servicios conexos a la educación, como la alimentación, salud, entretenimiento, entre otros, que no encuentran lugar en esta nueva modalidad.

Mirar en amplitud el derecho a la educación desde un enfoque holístico, permitirá menguar esta situación, que contenga la gran amenaza de deserción estudiantil, el bajo rendimiento académico, el acceso laboral y el efecto que se generará en los salarios futuros (OEI O. d., 2020), lo cual además afectará de manera desproporcionada a las niñas adolescentes, arraigará las brechas de género en la educación y llevará a un aumento en el riesgo de explotación sexual, embarazo precoz y matrimonio precoz y forzado» (Giannini & Albrechtsen, 2020), más allá de los efectos que se extienden, también, en otros grupos vulnerables o históricamente discriminados en cuanto al derecho a la educación.

VIII. Conclusiones

1. El derecho a la educación constituye uno de los derechos fundamentales habilitantes de otros derechos para el desarrollo de la persona en el marco del principio de dignidad humana.
2. El acceso a la educación, es un pilar central del derecho a la educación, y comprende diversos aspectos a tener en cuenta, y que se complejizan por la modalidad del sistema educativo que el estado asuma.
3. Las normas generadas desde el Estado para la continuidad del servicio educativo deben ser replanteadas considerando contextos, diversidad, estructura y procesos académicos, todo ello, en relación a las características de los actores de este sistema.
4. El rol del Estado frente al derecho a la educación debe ser activo para garantizar este servicio en toda su dimensión entendiendo así al sector privado que desarrolla servicio educativo, entendiendo el derecho a la educación como

derecho fundamental y humano, por tanto, generar respuestas inmediatas a todos niveles, bajo el enfoque de derechos humanos.

5. La educación a distancia está instalada en el sistema educativo, y esta es una realidad que difícilmente va a cambiar al pasar la pandemia, lo implica la revisión, fortalecimiento y cambios en las políticas públicas educativas, y en esa lógica, en la normatividad que sus entes rectores emanen.

IX. Lista de referencias

- APAZA ROMERO, A. (2016). *Breve historia de la educación en el Perú*. Revista Apunt. Univ., pp. 111-124.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, N. (8 de diciembre de 1999). *Naciones Unidas*. Recuperado el 08 de junio de 2020, de https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ONU_Observaci%C3%B3n_General_13_Derecho_Educaci%C3%B3n_es.pdf
- CONSTITUCIONAL, T. (27 de Febrero de 2018). Sentencia del Tribunal Constitucional. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Arequipa, Arequipa, Perú.
- DIGITAL, A. S. (2020). *Somos Digital*. Recuperado el 12 de junio de 2020, de <https://somos-digital.org/disponible-online-y-en-espanol-el-marco-europeo-de-competencias-digitales-para-la-ciudadania/>
- FIGUEROA GUTARRA, E. (2014). *Derechos fundamentales. El contenido constitucionalmente protegido*. *Jurídica*, pp. 20-21.
- GIANNINI, S. & ALBRECHTSEN, A. B. (31 de marzo de 2020). *UNESCO*. Recuperado el 15 de abril de 2020, de <https://es.unesco.org/news/cierre-escuelas-debido-covid-19-todo-mundo-afectara-mas-ninas>
- LOCATELLI, R. (diciembre de 2018). *La educación como bien público y común. Reformular la gobernanza de la educación en un contexto cambiante*. México, México.
- MUÑOZ VILLALOBOS, V. (2014). *El Derecho Humano a la educación*. *Sinética*. pp. 1-10.
- OEI, O. D. (Mayo-Agosto de 1997). *Revista Iberoamericana de la Educación N.º 14 Financiación de la Educación*. Recuperado el 25 de Mayo de 2020, de <https://rieoei.org/historico/oeivirt/rie14a06.htm>
- OEI, O. D. (04 de abril de 2020). *COVID 19 impacto en educación en Iberoamérica*. Recuperado el 15 de abril de 2020, de <https://www.oei.es/covid-19-educacion/educacion-panoramica>.

- OPS, O. P. (11 de marzo de 2020). *OPS*. Recuperado el 02 de junio de 2020, de https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=15756:who-characterizes-covid-19-as-a-pandemic&Itemid=1926&lang=es
- PERÚ, R. P. (2020). *¿Cómo afecta la brecha digital a la educación remota?* Lima: RPP.
- PERUANO, E. (20 de abril de 2020). Jefe del Estado: *Colegios privados deben hacer un ajuste en sus pensiones*. El Peruano, p. 13.
- PLATAFORMA DIGITAL UNICA DEL ESTADO PERUANO. (21 de abril de 2020). Recuperado el 2020 de junio de 06, de <https://www.gob.pe/8858-acceder-a-educacion-a-distancia-aprendo-en-casa>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (20 de setiembre de 2017). *Jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Recuperado el 31 de mayo de 2020, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>
- UNESCO. (2019). *UNESCO*. Recuperado el 06 de junio de 2020, de <https://es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion/obligaciones-estados>
- UNICEF, F. D. (2020). *UNICEF para cada niño*. Recuperado el 19 de mayo de 2020, de https://www.unicef.org/spanish/education/index_access.html

Protección de los derechos humanos de las personas mayores

Protecting the human rights of the elderly

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La Persona Mayor. III. Enfoques sobre protección de derechos de las personas mayores. IV. Instrumentos de protección a nivel internacional. V. Protección constitucional y legal. VI. Análisis y discusión. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: La actual crisis sanitaria generada por la COVID-19, viene afectando gravemente a la población mundial; así de manera directa, se observa su incidencia en los derechos a la vida y la salud; teniendo efectos colaterales como la pérdida del empleo, el desplazamiento forzado, la falta de acceso a servicios básicos. Toda esta situación genera un impacto aún más fuerte con respecto a los colectivos vulnerables, por las especiales circunstancias en las que se encuentran. Y es ello lo que viene sucediendo con las personas mayores, que precisamente desde el inicio del estado de emergencia decretado a nivel nacional se han visto seriamente afectadas con las medidas impuestas, pues, tratando de preservar su salud y vida, ya que en atención a su edad son más propensos a contagiarse con el mortal virus; se prohibió su despla-

(*) Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú. Maestro en Ciencias, Mención Derecho Civil y Comercial y Doctora en Derecho por la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Docente Asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de UNC y Directora de la Unidad de Posgrado de la referida Facultad. Abogada en el ejercicio libre de la defensa. savemanu@hotmail.com.

zamiento, en mayor medida que las demás personas. Un acontecimiento de esta naturaleza, nos obliga a investigar sobre el marco de protección jurídica de los adultos mayores, poniendo especial atención en el contexto que los envuelve, no solo en contexto de la emergencia sanitaria, sino en circunstancias de normalidad; evaluando así, en qué medida se están protegiendo sus derechos, buscando a partir del conocimiento de su realidad y el marco jurídico de protección, exigir a las instancias estatales correspondiente la adopción de acciones inmediatas para la protección eficaz de sus derechos; así como sensibilizar a la población en su conjunto, respecto a la necesidad de un cambio de percepción y respeto a las personas mayores.

Palabras Clave: persona mayor, colectivos vulnerables, emergencia sanitaria protección jurídica, derechos humanos.

Abstract: *The current health crisis generated by COVID-19 has been seriously affecting the world population; thus, in a direct way, its incidence on the rights to life and health is observed; having collateral effects such as loss of employment, forced displacement, lack of access to basic services. All this situation generates an even stronger impact with respect to vulnerable groups, due to the special circumstances in which they find themselves. And this is what has been happening with older people, who precisely since the beginning of the state of emergency decreed at the national level have been seriously affected by the measures imposed, therefore, trying to preserve their health and life, since in attention to their age are more likely to catch the deadly virus; their displacement was prohibited, to a greater extent than other people. An event of this nature forces us to investigate the legal protection framework for older adults, paying special attention to the context that surrounds them, not only in the context of the health emergency, but in normal circumstances; Thus evaluating to what extent their rights are being protected, seeking, based on knowledge of their reality and the legal framework for protection, to demand that the corresponding state authorities adopt immediate actions for the effective protection of their rights; as well as sensitize the population as a whole to the need for a change in perception and respect for older people.*

Key Words: *Older person, vulnerable groups, health emergency, legal protection, human rights.*

I. Introducción

En la dinámica familiar previa a la pandemia, observamos a las personas mayores, siendo recargadas con labores de cuidado y atención a sus nietos; muchas veces sustituyendo a los padres en sus responsabilidades parentales, tratándose de prácticas generalizadas y comunes generadas por la organización actual de las relaciones familiares, en la que normalmente padre y madre desarrollan largas jornadas, labores fuera de casa, asignando la crianza y cuidado de los hijos a los abuelos.

De igual modo, resulta un hecho recurrente, en el ámbito familiar, que los hijos, con el único objetivo de ser beneficiados con la herencia, se «apoderen de su padre o madre anciano», como si se tratase de un objeto, aislándolos, manipulándolos para sacar provecho a través de actos simulados (compraventas que esconden donaciones, anticipos de legítimas que dejan sin patrimonio al adulto mayor); hechos que constituyen violencia psicológica, llegándose incluso al maltrato físico, pero que en la práctica son casi imperceptibles, por la privacidad al interior del entorno familiar; y por la imposibilidad de acceso a la justicia por parte de las personas mayores.

A nivel previsional, las pensiones de jubilación de aquellas personas mayores que las reciben, son en su mayoría de monto mínimo y todo ello condiciona, en el mejor de los casos, situaciones de dependencia respecto a su familia y en los más graves, extrema pobreza y abandono.

A nivel social la percepción de la vejez está relacionada con menoscabo de salud física y/o mental, dependencia, falta de productividad y vulnerabilidad. Esta visión, es tan dominante, que se afirma que la vejez ya no llega con la edad sino con la dependencia.

Esta situación de vulnerabilidad que se evidenciaba en contextos de normalidad, se ha recrudecido aún más con la pandemia; sumándose otros factores. Así, ya no se habla solo de afectación a la salud física, dada la situación de inminente contagio y de no poder recibir atención médica oportuna para los problemas de salud propios de su edad, ante la imposibilidad de asistir a los centros hospitalarios por el riesgo de infectarse; sino que además se está presentando un problema de afectación a su salud mental, producto del aislamiento, pues se trastocan actividades rutinarias, hay alejamiento de los amigos y/o de la familia. Asimismo, se han hecho más evidentes los casos de carencia económica, descuido y abandono. En algunos escenarios, ante el retorno de miembros de la familia al núcleo original; se verifica la pérdida de independencia, por cuanto son desplazados y postergados en su propio espacio.

Es un contexto complejo y preocupante que merece ser visibilizado; así motivados por esta situación; es que en el presente artículo se abordarán aspectos generales relacionados con el envejecimiento, los principales enfoques sobre la protección de derechos de los adultos mayores, describiéndose los instrumentos de protección a nivel internacional y a nivel interno a partir de la Constitución y las normas legales, realizándose algunas reflexiones y propuestas respecto a la problemática que afecta a este colectivo vulnerable; y arribando finalmente a las respectivas conclusiones.

II. La Persona Mayor

La denominación de persona mayor ha sido adoptada a partir de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas

Mayores de junio de 2015, anteriormente se utilizaban las acepciones de adulto mayor o persona adulta mayor.

La edad promedio a partir de la cual se considera a un sujeto como persona mayor, es variable; sin embargo, la Organización Panamericana de la Salud ha establecido los 60 años como edad mínima para el grupo de personas mayores; aunque en algunos países desarrollados la edad aumenta a los 65 años. En el caso peruano, se ha estipulado como edad mínima los 60 años⁽¹⁾.

En nuestra percepción colectiva se asocia a la vejez con carencia, dependencia y sobre todo una serie de estereotipos que tienen incidencia en la imagen negativa de las personas mayores y su marginación en la sociedad.

Así, es común creer que vejez es sinónimo de enfermedad crónica, que vejez es pérdida y falta de producción, que su opinión no es importante, porque generalmente es arcaica, o que se vuelven como niños, que son siempre dependientes y por lo tanto son una carga, que olvidan las cosas, que no tienen interés ni preocupaciones, que su aspecto físico es feo, que sus necesidades personales son mínimas, por lo que necesitan muy poco; en suma que su edad condiciona todos estos factores.

Sin embargo, no es la edad como ciclo natural de vida la que condiciona aisladamente el envejecimiento, sino el entorno social en el que desenvuelven las personas, es decir, cada sociedad produce su propio tipo de envejecimiento y norma el comportamiento de los individuos llegados a determinada edad, generando la vejez.

Ello explica el ¿por qué? para algunas latitudes alcanzar el rango etario mínimo significa acceder a ser beneficiados de una serie de derechos y prerrogativas, con subsidios estatales, priorización en los servicios sociales de atención, pensiones de jubilación dignas, acceso a actividades de recreación, posibilidad de realización de actividad laboral en atención a su especial situación; y sin embargo, para otros espacios, llegar a dicha edad significa pérdida, desplazamiento, abandono, desatención, rechazo, pensiones de jubilación irrisorias, dependencia, falta de acceso a servicios básicos; en suma postergación.

Esta mirada social generalizada respecto a la vejez condiciona como manifiesta Osorio (2006), la existencia de una paradoja respecto a la vejez, aun cuando crece la longevidad como un logro médico, económico y social, las personas no quieren llegar a viejos, pues, les espera la muerte social; que significa la exclusión y discriminación en razón a la edad.

(1) Artículo 2. Persona adulta mayor. Entiéndese por persona adulta mayor a aquella que tiene 60 o más años de edad.

Díaz-Tendero (2019), precisa al respecto que: «la edad a la cual se considera que una persona es mayor ha variado a lo largo de la historia y también cambia según la cultura, la idiosincrasia, el nivel de desarrollo y el tipo de localidad, entre otros múltiples factores estructurales» (p. 19).

Este escenario conlleva a afirmar la existencia de múltiples vejezes, ya que si bien es cierto, la edad es un común denominador; sin embargo, existen aspectos relevantes que los distinguen entre sí; tales como tratarse de mujeres, personas con discapacidad, diversidad de orientación sexual, personas migrantes, individuos sin hogar, afrodescendientes, aquellos en situación de extrema pobreza, nivel de ingreso, tipo de localidad urbana/rural, la ubicación geográfica, pertenencia a poblaciones indígenas o grupos étnicos; entre otros, que condicionan el envejecimiento (Díaz-Tendero 2019).

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)⁽²⁾, la población de adultos mayores va en crecimiento; así según el Censo del 2007 la población de 65 años a más constituía el 6.4 % de una población total de 1 764 687 ciudadanos; para el 2014, la población de 60 a más representaba el 9.4 % de una población total de 2 907 000 personas; y para el año 2021 se calcula que la proporción de personas mayores de 65 años a más se incrementará a 11.2 %.

El Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual del MIMP (2015), en el estudio realizado sobre Violencia Familiar y Sexual en las personas adultas mayores y su demanda de servicios de atención frente a la violencia familiar y sexual; advierte que el respeto y cuidado de las personas mayores es una constante que ha repercutido en la conservación de la sociedad y la supervivencia de la especie humana; así, citando a Vidal (2005) se señala que por ejemplo la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral, en los últimos 25 años, no hubiese sido posible sin la aportación de los abuelos y abuelas en el cuidado del hogar.

III. Enfoques sobre protección de derechos de las personas mayores

3.1. Enfoque tradicional

La concepción predominante ha sido la construcción de la vejez como una etapa de carencias y vulnerabilidades (sobrepotección y paternalismo), asociando forzosamente vejez y carencias; y estableciéndose incluso el binomio vejez-enfermedad.

(2) Información obtenida del Estudio sobre «Violencia Familiar y Sexual en las personas adultas mayores y su demanda de servicios de atención frente a la violencia familiar y sexual», realizado por el MIMP en el año 2015.

Al tratar a las personas mayores de forma paternalista y minar su autonomía; bajo la mirada del principio ético según el cual el Estado tiene la obligación de intervenir en la vida de las personas para protegerlos tanto de los otros como de sí mismos; el derecho fortalece el estereotipo negativo sobre las personas mayores.

3.2. Enfoque de Derechos

El enfoque de derechos humanos no ignora la realidad de carencia, enfermedad y vulnerabilidades a la que está expuesta una persona mayor; sin embargo, busca eliminar estas asociaciones forzosas, procurando el empoderamiento (Díaz-Tendero 2019).

Ser persona mayor no es sinónimo de fragilidad, sin embargo, como lo señala Martínez citado por Díaz-Tendero, «se precisa completar la protección jurídica hacia las personas mayores, sobre todo hacía aquellas que por obvias razones constituyen grupos denominados frágiles, en el sentido de que son más vulnerables y que pueden ejercer con menor facilidad, por diferentes razones, acciones de auto-defensa de sus intereses o derechos lesionados» (p. 25).

El enfoque de derechos promueve posicionar a las personas mayores como sujetos de derecho, en una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad. Esto implica que las personas mayores son sujetos de derecho, no solamente beneficiarios, y que, por lo tanto, disfrutan de ciertas garantías y tienen determinadas responsabilidades respecto de sí mismos, su familia y su sociedad, con su entorno inmediato y con las futuras generaciones.

La perspectiva de derechos humanos aplicada al envejecimiento se caracteriza por: Empoderar a la persona mayor, incluir las múltiples vejezes, conciliar los diferentes principios y visibilizar las necesidades y la contribución de las personas mayores (Díaz-Tendero 2019).

IV. Instrumentos de protección a nivel internacional

4.1. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

- a. **Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas.** Observación General N.º 6, denominada «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad», aprobada en 1995; especificándose en ella las obligaciones que tienen los Estados que son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en temas como: seguridad social, familia, salud, igualdad de derechos entre hombres y mujeres, educación y trabajo, entre otros.

- b. **Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.** En la Recomendación General N.º 27, «Sobre las mujeres de edad y protección de sus derechos», aprobada en el 2010; centrada en mostrar las particulares formas de discriminación que enfrentan las mujeres mayores; articulando con el contenido de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, precisando los compromisos asumidos por los Estados en aras del respeto a los derechos de dicha población. Se realizan recomendaciones a los Estados miembros sobre políticas públicas que permitan la transversalización de respuestas en estrategias nacionales y acciones concretas que aseguren la participación de mujeres mayores en un contexto de igualdad y no discriminación.
- c. **Instrumentos de Política de la ONU.** Se tiene aquí el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento, aprobado por la Asamblea de Naciones Unidas en 1982; caracterizándose por ser el primer instrumento internacional que contiene una base para la formulación de políticas y programas sobre el envejecimiento. Asimismo, se cuenta con la Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento realizado en Madrid en el año 2002; documento en el cual se establece el compromiso de los gobiernos para responder a los desafíos que plantea el envejecimiento; estableciéndose en el Plan de Acción, recomendaciones en tres aspectos prioritarios: las personas de edad y el desarrollo, el fomento de la salud y el bienestar de la vejez y la creación de un entorno propicio y favorable.

4.2. Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos

- a. La Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 refiere a la vejez en su artículo XVI, en la explicación del derecho a la seguridad social:
 - i. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.
 - ii. Se asocia a la vejez como circunstancia que imposibilita mental o físicamente obtener los medios de subsistencia, esto es, una visión de la vejez asociada a la vulnerabilidad y a la dependencia.
- b. **La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969 aunque entra en vigor a partir de 1978,** no hace alusión a la vejez ni a las personas mayores.

c. **El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988).** En el artículo 17 reconoce la situación específica de la persona mayor y es el único instrumento de orden vinculante, estableciendo que: «Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad». Los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular:

- i. Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;
- ii. Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;
- iii. Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

d. **La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM)** firmada el 15-06-2015 en el seno de la OEA, Washington, por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, a los que se sumó Bolivia en 2016. La Convención ha sido ratificada por Costa Rica (12-10-2016), Uruguay (07-11-2016), Bolivia (13-03-2017), y recientemente se adhirieron El Salvador (18-04-2018) y Ecuador (12-02-2019). Por su parte, Argentina (30-06-2017) y Chile (11-07-2017) la han ratificado con reservas. Entró en vigor el 11-01-2017, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, tal y como se establece en la CIPDHPM. Este instrumento internacional se caracteriza por:

- i. Incidir en la eliminación de la discriminación por motivo de edad.
- ii. Reafirmar que los adultos gozan de derechos humanos y libertades.
- iii. La importancia de garantizar un envejecimiento digno, ello implica que en la vejez se pueda disfrutar de vida plena, independiente y autónoma.
- iv. Dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas.

Dentro de los principios⁽³⁾ establecidos se destacan: la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor;

(3) Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM).

la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo, la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor; la igualdad y no discriminación; la participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; el bienestar y cuidado, la seguridad física, económica y social; la autorrealización. Contempla asimismo una serie de derechos, que se pueden resumir en la exigencia de consolidar una vejez digna y autónoma⁽⁴⁾.

e. **Las 100 reglas de Brasilia (2008) sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.** Este instrumento internacional aborda la problemática referida al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, entre ellas ubicamos a las personas mayores; estableciendo directrices para la creación de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia. Así mismo estipula recomendaciones a los servidores y operadores del sistema judicial: Cultura jurídica, asistencia legal y defensa pública, derecho a intérprete, revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia (medidas procesales y medidas de organización y gestión judicial), medios alternativos de resolución de conflictos y sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas⁽⁵⁾.

V. Protección constitucional y legal

5.1. Constitución Política del Perú (1993)

El artículo 4 precisa la protección al anciano en estado de abandono; se resalta aquí su vulnerabilidad, la cual está estrechamente relacionada con las condiciones de vida antes de llegar a esa edad. Torreblanca (2019) precisa «el tema de la vulnerabilidad⁽⁶⁾ está presente en el artículo 4 de la Constitución, en el cual se reconoce que

- (4) Igualdad y no discriminación por razones de edad, derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, derecho a la independencia y a la autonomía, derecho a la participación e integración comunitaria, derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, derecho a la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, derecho a la libertad personal, derecho a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información.
- (5) Conforme se recoge en la Sección 2.1- Beneficiarios de las Reglas: Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad, concordante con el numeral 2.2. parte in fine que establece «El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia».
- (6) El Reglamento de la Ley 30364 (2015), Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer y los Integrantes del grupo Familiar, modificado por D.S. 004.2019-MIMP, establece que personas en condición de vulnerabilidad «Son las personas que, por razón de su

debe existir una protección reforzada a los grupos vulnerables compuesto por niños, mujeres, adolescentes, madres y ancianos en estado de abandono» (p. 277).

Pueden distinguirse situaciones de riesgo, caracterizadas por amenaza de perjuicio en lo social, familiar y personal; por ejemplo, la separación del núcleo familiar o amical; o ingresar en su núcleo familiar, desplazándolos y postergándolos.

Y también se presentan circunstancias de desamparo, expresado en el incumplimiento de deberes de protección: negligencia de atención física o síquica; abandono, situaciones crónicas y sistemáticas de violencia, abuso económico; que a diferencia del riesgo que requiere de acciones preventivas; aquí se exige actuación directa y oportuna por la propia familia y sobre todo por los responsables de cada sector.

5.2. A nivel legal

- a. **Decreto Supremo N.º 010-2000-PROMUDEH**, que aprueba los lineamientos de políticas para las Personas Adultas Mayores; constituyéndose en la primera medida de política pública aprobada a favor de la población adulta mayor.
- b. **Ley 30490, ley de la Persona Adulta Mayor**, promulgada del 30 de junio de 2016, en la cual se establecen los siguientes derechos:
 - i. Igualdad de oportunidades y una vida digna.
 - ii. Acceso a programas de capacitación que le permitan seguir siendo productivo.
 - iii. A participar en la vida social, económica y cultural del país
 - iv. A la atención preferente en los servicios de salud integral, transporte y actividades de educación, cultura y recreación.
 - v. A realizar labores o tareas acorde con su capacidad física o intelectual para que no sea explotada física, mental ni económicamente.

Asimismo, en esta norma, se estipulan los deberes del Estado, relacionados con el establecimiento, la promoción y la ejecución de medidas administrativas, legislativas y jurisdiccionales que sean necesarias para asegurar el pleno ejercicio de los derechos de

edad, género, estado físico o mental, origen étnico o por circunstancias sociales, económicas, culturales o lingüísticas, se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos. Esto incluye, de manera enunciativa, la pertenencia a comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas u originarios, población afroperuana, la migración, el refugio, el desplazamiento, la pobreza, la identidad de género, la orientación sexual, la privación de la libertad, el estado de gestación, la discapacidad, entre otras».

las personas adultas mayores, resaltándose que toda persona adulta mayor tiene derecho a la protección efectiva del Estado para el ejercicio o defensa de sus derechos⁽⁷⁾.

Dicha norma, también regula en el artículo 5, el papel que cumple la familia con respecto a la persona mayor; señalando que «la familia tiene el deber de cuidar la integridad física, mental y emocional de los adultos mayores, en general, brindarles el apoyo necesario para satisfacer sus necesidades básicas».

VI .Análisis y discusión

La protección y defensa de los derechos humanos de la persona mayor exige en principio una mayor concientización a nivel social, reconociendo sus aportes a la familia y a la sociedad en su conjunto. Debe asimilarse por ello, la disociación de la vejez con enfermedad, soledad, pobreza, dependencia, inutilidad; siendo preciso sí reconocer que existen circunstancias que pueden exponer a la persona mayor a ciertos estados de deterioro físico y psicológico; y que los coloca en una situación de mayor vulnerabilidad para el ejercicio y defensa de sus derechos.

Conforme se ha expuesto existe un marco internacional que asume el envejecimiento como una cuestión de derechos humanos, que se centra en la necesidad de la construcción de una sociedad para todas las edades; y que procura reivindicar a la persona mayor como sujeto de derechos con autonomía, independencia en contextos de igualdad y no discriminación por razón de edad. Estos instrumentos internacionales han ido marcando la pauta a los Estados miembros estableciendo una serie de principios y reglas en el ámbito de políticas públicas que garanticen un tratamiento digno y el ejercicio pleno de sus derechos por parte de la persona mayor; incidiendo, asimismo, en la existencia de múltiples vejezes, pues, en atención a ciertas condiciones particulares, las personas envejecen de distinta manera.

A nivel interno, como se ha descrito, se cuenta con una ley específica, que va en la misma línea de reconocimiento de la persona mayor como sujeto pleno de derechos, pero además como un colectivo vulnerable por las circunstancias particulares que lo aquejan; sin embargo, creemos que no se han trabajado de forma adecuada aún, políticas públicas que incidan en la concientización de la población respecto a la defensa de los derechos humanos y al reconocimiento de sujeto de derecho de la persona mayor y a lo invalorable de su aporte a la sociedad en su conjunto; poniendo énfasis en un trato digno, preferencial y no limitado en específico a cuestiones relacionadas con la seguridad social; pues debe generárseles espacios que garanticen una vejez digna con autonomía, respeto, tolerancia.

⁽⁷⁾ Artículo 4 de la Ley 30490

Resulta urgente para ello que el Estado peruano ratifique la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada en la Asamblea de Estados Americanos en el año 2015, pues, como ha quedado expuesto en líneas precedentes constituye un instrumento internacional que asegura el reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos y libertades de la persona mayor; garantizando su inclusión, integración y participación en la sociedad en condiciones de autonomía, igualdad y no discriminación.

De otro lado, es urgente la revisión de la normatividad civil, a fin de identificar aquellas normas en la que aún prevalece esa visión de minusvalía y falta de autonomía e independencia de la persona mayor; y en la cual por ejemplo se lo limita en vida a celebrar ciertos actos jurídicos respecto a su propio patrimonio (actos de última voluntad).

Asimismo, no existe normatividad en materia familiar específica que garantice la protección de la persona mayor, ante situaciones de imposibilidad de comunicación y relacionamiento adecuado con los demás miembros de su familia; cuando por circunstancias de deterioro de algunas facultades motoras no pueden trasladarse por sí solos o son impedidos por uno o algunos de sus hijos; manteniéndolos incomunicados de su entorno; muchas veces por intereses económicos; ante tales circunstancias, no se ha establecido en el Código Civil u otro instrumento legal, el derecho de comunicación y visitas respectivo, en parangón con lo que ocurre respecto a niños, niñas y adolescentes; por lo que sería de mucha utilidad regular al respecto; estableciéndose una pretensión procesal específica que permita accionar a los demás familiares y al propio adulto mayor, la exigencia de ese régimen comunicacional o el desplazamiento por orden judicial a otro espacio que le garantice la protección plena de sus derechos.

De ello se deriva una situación de suma importancia para el adulto mayor, que es el acceso a la justicia; en condiciones adecuadas, evitando dilatar innecesariamente los procesos en los que son parte, sean estos de materia familiar, civil, previsional, laboral; etc. Pues, muchos de ellos se prolongan innecesariamente, por lo que no se les está garantizando el servicio de justicia en tiempo lógico. Así, no es lo mismo obtener una sentencia y ejecutarla en el plazo de un año que en cuatro o cinco, sobre todo, si se tiene en cuenta que el transcurso inexorable del tiempo les impedirá disfrutar oportunamente lo que podrían obtener.

Debe resaltarse, además, la urgente necesidad de que, a nivel procesal, se considere la existencia de un área de Defensoría Pública exclusivamente para la persona mayor, con acceso rápido y sencillo, posibilidad de absolución de consultas de manera directa y asesoría legal gratuita en aquellos procesos administrativos y judiciales para los cuales requieran asistencia.

Finalmente, conforme se recoge en la Convención, se debe propender a un envejecimiento activo y saludable; caracterizado por optimizar las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. Este concepto se aplica tanto a individuos como a grupos de población ⁽⁸⁾.

VII. Conclusiones

- El contexto actual de emergencia sanitaria producto de la COVID-19, ha generado un impacto directo en las personas mayores; sumando nuevos factores de afectación a su salud física y emocional; que los coloca en una situación de alto riesgo y desprotección.
- El envejecimiento como ciclo natural de vida, no está condicionado exclusivamente por la edad, sino por el entorno social en que se desenvuelven los individuos, dependiendo del contexto social en específico, y de variados factores relacionados con el sexo, la situación de discapacidad, la migración, las condiciones económicas y geográficas, el tipo de localidad, entre otros; de los cuales depende el tipo de vejez y crea la necesidad de reconocer que se envejece de múltiples maneras.
- El enfoque tradicional sobre protección de derechos de la persona mayor; se caracteriza por ser sobreprotector y asistencialista, asumiendo la vejez como una situación de minusvalía, que por tanto posterga y mina su autonomía.
- El enfoque de derechos, sin dejar de lado estas circunstancias de vulnerabilidad, pone especial énfasis en empoderar a la persona mayor como un sujeto de derechos con autonomía, posicionándolo como un individuo con responsabilidades respecto a sí mismo, a su familia y a la sociedad; con capacidad para seguir contribuyendo al desarrollo de su entorno.
- El marco de protección de la persona mayor en el plano internacional coloca especial énfasis en el aseguramiento de una vejez digna y autónoma; exigiendo políticas públicas que se encaminen a garantizar los derechos humanos de la persona mayor; garantizándose además el acceso a la justicia en condiciones adecuadas, oportunas y eficaces.

(8) Definición extraída del artículo 2 de la Convención La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

- A nivel interno, desde la Constitución y la Ley de la Persona Adulta Mayor, se procura una protección especial, reconociéndose una serie de derechos; sin embargo; el Perú a nivel internacional aún no ha ratificado la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada en la Asamblea de Estados Americanos en el año 2015, lo cual es una obligación que corresponde cumplirse de manera inmediata.
- Tanto el Estado, como la familia; tienen un deber básico en el respeto, promoción y revaloración de los derechos de la persona mayor; en miras a garantizar su inclusión, integración y participación en la sociedad en escenarios de autonomía, igualdad y no discriminación.

VII. Lista de referencias

- ASAMBLEA DE ESTADOS AMERICANOS. (2015). *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*.
- BERNALES BALLESTEROS, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Editorial RAO.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (30 de junio de 2016). Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor. Lima: Diario Oficial «El Peruano».
- DÍAZ-TENDERO, A. (2019). *Derechos humanos de las personas mayores*. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. (2015). *Violencia familiar y sexual en las personas adultas mayores y su demanda a los servicios de atención frente a la violencia familiar y sexual*. Lima.
- OSORIO, P. Exclusión generacional: la tercera edad. Revista MAD 14. Recuperado de www.revistamad.uchile.cl/14/osorio.pdf.
- PODER EJECUTIVO. (7 de enero de 2019). Decreto Supremo N.º 004-2019-MIMP. *Modificación del Reglamento Ley 30364, Ley para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar*, aprobado por D.S. N.º 009-2016-MIMP. Lima: Diario oficial «El Peruano».
- TORREBLANCA GONZALES, L. (2019). *Sexo, drogas y reggaetón: La vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en el Siglo XXI*, en obra colectiva II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes en Colectivos Vulnerables. Concurso Internacional de Ponencias. PUCP. Lima.

Derecho a la recreación de los niños en época de la COVID-19

Children's right to play during the COVID-19 pandemic

QUITO CORONADO, Lorena(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Derecho de Recreación. IV. Análisis y discusión. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo tiene como propósito conocer de qué manera acceden y ejercen el derecho a la recreación los niños en esta época de la COVID-19, el de reconocer la importancia que tienen en sus vidas, principalmente en el aspecto del desarrollo socio afectivo; sin embargo, en la actualidad dicho derecho se encuentra restringido. Pero, a pesar de ello y dentro de este contexto es una obligación de los padres y de las autoridades, generar todas las condiciones y propiciar las oportunidades para que este derecho sea ejercido a cabalidad.

Para tal fin se acude a lo señalado por la normatividad internacional y nacional, las cuales desarrollan el derecho a la recreación. Ello permitirá comprender la finalidad del derecho a la recreación de los niños.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Maestro en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctoranda de Derecho en la Escuela de Posgrado de la UNC. Correo electrónico lorenaqc23@gmail.com

Palabras Clave: derecho a la recreación, normatividad, COVID-19.

Summary: *The purpose of this article is to know how the children's right to play is accessed and carried out during the COVID-19 pandemic. Particularly, to recognize the importance this right has on their lives, principally when it comes to socio-affective development. However, currently this right is restricted. That being so, and in this context, it is the obligation of both parents and authorities to create the necessary conditions and offer opportunities so that the right can be fully exercised.*

For this purpose, the provisions of international and national regulations, which develop the right to play, are used. They will allow us to understand the purpose of the children's right to play.

Key words: *the right to play, regulations, COVID-19*

I. Introducción

La recreación es un derecho fundamental tan importante como el derecho a la vida, a la salud, a la educación; su práctica trae muchos beneficios en la salud física, emocional y social de un niño o niña.

La recreación y el juego, son actividades que promueven el sentido de la amistad, la solidaridad y el juego limpio. También enseñan autodisciplina y respeto por los demás, fortalecen la autoconfianza, propician el liderazgo y desarrollan habilidades de afrontamiento y la capacidad de trabajar en equipo. (...) enseñan a los niños y niñas a hacer frente a las dificultades, y los preparan para asumir papeles de liderazgo y convertirse en individuos responsables y útiles a su comunidad. UNICEF, 2004, p. 2.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 31, reconoce el derecho del niño, la niña y adolescente al descanso y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas apropiadas para su edad y a participar libremente en la vida artística y cultural. Por ende, dicha convención, es el acuerdo más importante firmado por casi todos los estados del mundo, entre ellos el Perú. Este documento da inicio a una nueva visión de la infancia al reconocer a todos los niños, las niñas y adolescentes del mundo como sujetos de derecho.

En tal sentido, mediante el presente artículo, se dará a conocer la normativa nacional e internacional que protege y/o resguarda el derecho a la recreación de los niños, para luego realizar un análisis y finalmente esbozar algunas conclusiones.

II. Antecedentes

La recreación, como parte de la vida social del ser humano ha tenido presencia en la historia del hombre desde los tiempos más remotos, inicialmente asociada al culto y las ceremonias religiosas. Por lo tanto, es válido decir que la presencia de la recreación en la cultura del hombre se remonta en el pasado histórico a los orígenes mismos de la sociedad humana.

En Egipto, sus actividades recreativas estaban relacionadas con los deportes, entre ellos la gimnasia, la lucha, el levantamiento de pesa, caza, arquería, carreras de carro, música, danza, pintura y escritura.

Es en Grecia, donde florece plenamente el ocio como la recreación. Es esta cultura donde se da el concepto de «Hombre integral», se le dio gran importancia al arte, al conocimiento y a los deportes; pues se consideraba que el hombre ideal tenía que ser una combinación de soldado, atleta, político, artista y filósofo. La recreación se daba a través de diferentes deportes, la escultura, la música, la poesía, el teatro, etc.

En Roma, la recreación y el ocio fueron de gran importancia para esta cultura, las actividades recreativas eran de tipo utilitario, practicaban natación, lucha, saltos, y se recreaban en los anfiteatros, circos, etc.

En la revolución industrial, donde la jornada de tiempo de trabajo diario aumenta para hombres, mujeres y niños, llegando incluso, a puntos agotadores, quedando nada o casi nada de tiempo para realizar actividades de recreación u ocio.

Una fecha muy significativa es el año 1948, en la que la Asamblea de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta declaración proclama en su artículo 24 «el derecho al disfrute del tiempo libre».

Como se ha visto anteriormente, desde la antigüedad hasta el día de hoy, el ser humano ha estado vinculado, de diversas maneras con la recreación, ésta ha tenido sus bases y se ha expresado a través de las diferentes disciplinas deportivas, su práctica era considerada importante en el desarrollo integral del hombre, y desde el año 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos se la reconoce como un derecho de todos los seres humanos.

III. Derecho de Recreación

Cuando se habla de la recreación es necesario referirse al origen etimológico de la palabra: «...el cual viene dado por una raíz latina de la palabra RECREATIO que significa renovar, recuperar y restaurar una situación vivida o vivenciada

que generalmente produce una conducta satisfactoria en el ser humano». (Ramos, 1986, p. 10). Ahora bien, veamos algunas definiciones del derecho a la recreación.

3.1. Definición del derecho a la recreación

La Real Academia Española define recreación como acción y efecto de recrear y como diversión para alivio del trabajo. Además, encontraremos que recrear significa divertir, alegrar o deleitar. En términos populares a esta diversión también le llamamos entretenimiento.

Por su parte, Neumeyers (1958), considera que la «Recreación, es... alguna actividad, tanto individual o colectiva, que se hace durante un período de ocio. Realmente es libre y placentera y tiene su propio atractivo» (p. 33). Por su parte Butler (1976), opina que, «la recreación es cualquier forma de experiencias o actividades a que se dedica un ser social para el goce personal y la satisfacción que le produce directamente». (p. 34).

Asimismo, Sajón, citado en Ramos (1986). La recreación se define como:

«...experiencias humanas, cuya vivencia hace posible la satisfacción, es una dimensión superior y permanente de las necesidades de manifestación plena y armoniosa de su ser biológico, psicosocial y cultural, a la vez que contribuyen a su educación permanente e integral, a su descanso dinámico y renovador de energías físicas, intelectuales y espirituales; y al fortalecimiento y desarrollo de su integración exitosa, solidaria, creadora y transformadora de la vida de su comunidad y de la sociedad». (p.31).

Así pues, la recreación como lo indica Belmonte, G. (1995) «por ser una necesidad del ser humano, se perfila como una de las herramientas para contribuir a lograr el equilibrio físico, mental y social, al participar en actividades y experiencias agradables y placenteras que le permitan satisfacer sus necesidades, para aliviarse de las preocupaciones cotidianas y que al mismo tiempo le generen satisfacciones de plena libertad, sin ningún tipo de presiones, siendo imprescindible para ello, un equilibrio entre las responsabilidades propias de su condición social y el tiempo de libertad para el disfrute de la individualidad de la vida familiar, social y del ambiente».

Por otro lado, se hace referencia al término «derecho al tiempo libre», el cual es originado en la revolución industrial. Según la Organización Internacional del Trabajo OIT- el derecho al descanso está conformado por el derecho a la limitación del horario de trabajo; el derecho a la protección especial para los trabajadores en horario nocturno; el derecho al descanso semanal; el derecho a vacaciones, y el derecho a días feriados. Este derecho al descanso también puede estar considerado como

el derecho a la recreación, pero específicamente de los trabajadores que tienen que cumplir con una jornada diaria de trabajo. Pero, en el presente artículo se está abordando el derecho a la recreación de manera general, es decir, para todo ser humano.

Las ideas antes expuestas suponen que la recreación viene a ser entonces, cualquier tipo de actividades o experiencias que realiza el ser humano de manera individual o colectiva para satisfacer una necesidad; para lograr un equilibrio físico, mental y social; y para el disfrute de su individualidad en el ámbito familiar, social y del ambiente.

Dicho ello, es necesario establecer una nueva orientación para concebir a la recreación, como una de las vías que coadyuva a la formación de un ser humano integral capaz de contribuir con el desarrollo social mediante la utilización positiva del tiempo libre.

3.2. Derecho de recreación de los niños

Para el desarrollo de este punto, se tendrá como referencia lo desarrollado en el punto anterior. Entonces, en base a ello se puede afirmar que la recreación de los niños y niñas, se define como la diversión o descanso durante el tiempo libre, de los beneficios que brinda para el desarrollo psicológico, cognitivo, físico y social. Lo cual contribuye al desarrollo humano y a la construcción de identidades sociales y personales.

En otras palabras, para el niño, el juego es la vida misma. Es su ocupación principal, «su trabajo», «subida». Prescindir por tanto de este elemento vital es atentar contra una pulsión, una necesidad imperiosa que el niño siente y que necesita ser satisfecha. Por este motivo, el juego es para el niño, un derecho fundamental universalmente reconocido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁽¹⁾ que a la letra sostiene en el artículo 31: «El niño tiene derecho al juego, al descanso, a la diversión y a dedicarse a las actividades que le gusten más». Menéndez Trelles, 2009, p. 16.

Vale la pena decir, que los niños cuentan con grandes espacios de tiempo libre, pues por lo general no tienen otras obligaciones que atender, distintas a la preocupación de sus estudios. Es aquí donde la recreación juega un papel fundamental ya que debe estar implícita en la redistribución del tiempo libre con el apoyo de los padres de familia o de la persona que se encuentra a cargo de ellos. Por ende, el Derecho al Juego, Deporte y Recreación constituye un estímulo para el desarrollo afectivo, físico, intelectual y social de la niñez y la adolescencia, además de ser un factor de equilibrio y autorrealización. (UNICEF, 2004, p. 17)

(1) Aprobada por la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano.

Por último, se puede afirmar que la recreación, es reconocida como una necesidad humana básica o fundamental en tanto comparte el mismo nivel discursivo que la salud, la alimentación, la educación, etc.⁽²⁾

3.3. Marco Jurídico Internacional y Nacional

Marco Jurídico Internacional

Fue en el año de 1948, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 24 indica: «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». Se podría afirmar que fue con este documento que se da inicio al reconocimiento legal del derecho a la recreación, que si bien es cierto no lo reconoce como tal, pero, se señala que toda persona tiene derecho al descanso, también habría que resaltar que dicho artículo aborda el derecho a la recreación como un beneficio al trabajador.

Por su lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo artículo 15 señala: «Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre, en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico». Dicho, documento fue aprobado en la Novena Conferencia Internacional American Bogotá, Colombia, en 1948. Tal como, se puede apreciar en este documento ya se hace referencia al término «recreación» a diferencia del anterior que menciona «descanso».

Fue entonces, que el año de 1959 se firma la Declaración de los Derechos del Niño en cuyo documento se reconoce el derecho de los niños a jugar, a divertirse y a las actividades recreativas. Este reconocimiento supuso el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño. Pero, es en el principio VII, de dicho documento donde señala «El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho». Por tanto, el derecho a la recreación de los niños y niñas no solamente es tarea de los padres de familia o de las personas que están a cargo de ellas sino también de la sociedad y de las autoridades.

(2) Otro ejemplo del reconocimiento de la recreación como necesidad en el plano jurídico, lo constituye la Sentencia N.º 99 de Alimentos N.º 143 que rige en Nicaragua, en su art. 2 define como alimentos todo lo indispensable para satisfacer las necesidades alimentos propiamente dichos; atención médica y medicamentos; vestuario; educación e instrucción; cultura y recreación, en el dictamen por cuota de alimentos de un padre hacia sus dos hijos.

Finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, aprueba la Convención Sobre los Derechos del Niño, este es el tratado internacional más importante en materia de derechos humanos de la infancia, el cual en su artículo 31 – Tenemos Derecho a Jugar señala:

- 1) Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas apropiadas para su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
- 2) Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Marco Jurídico Nacional

Por lo que se refiere, al Perú en su legislación se reconoce a la recreación como un derecho. Este reconocimiento en el marco de la legislación internacional y nacional, orienta, por consiguiente, a la recreación, como un derecho inherente a la persona humana. Veamos a continuación en que normas se encuentra regulado el derecho a la recreación.

Nuestra Constitución Política del Perú de 1993, regula el derecho a la recreación en su capítulo I dedicado a los derechos fundamentales de la persona, la cual establece en su artículo 2, inciso 22 lo siguiente: Toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Por su parte, La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Perú de 2002, en su artículo 47, inciso a, señala que es una función específica de los gobiernos regionales, formular, aprobar, ejecutar, evaluar y administrar las políticas regionales de educación, cultura, ciencia y tecnología, deporte y recreación de la región.

Asimismo, La Ley Orgánica de Municipalidades del Perú del 2003, en su artículo 82, inciso 18, señala que es una función específica compartida de las municipalidades con el gobierno nacional y regional en materia de educación, cultura, deportes y recreación. Por tanto, les corresponde normar, coordinar y fomentar el deporte y la recreación de manera permanente en la niñez, la juventud y el vecindario en general, mediante las escuelas comunales de deporte, la construcción de campos deportivos y recreacionales o el empleo temporal de zonas urbanas apropiadas, para los fines antes indicados; coordinan con las entidades públicas responsables y convocan la participación del sector privado.

Por último, se tiene al Código de los Niños y Adolescentes del Perú – Ley N.º 27337 del año 2000, la cual es una ley del gobierno peruano que garantiza y cuida que los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes sean respetados, también, establece en su artículo 20, el Estado estimulará y facilitará la aplicación de recursos y espacios físicos para la ejecución de programas culturales, deportivos y de recreación dirigidos a niños y adolescentes. Los municipios canalizarán los recursos y ejecutarán programas con la colaboración y concurso de la sociedad civil y de las organizaciones sociales. En este documento normativo se puede apreciar que están descritas todas las responsabilidades que tiene el Estado, la sociedad civil, las familias y todas las personas para hacer que no se vulneren los derechos del niño.

De ello resulta necesario decir, que el derecho a la recreación se encuentra regulado desde nuestra carta magna, de ahí que dicho derecho sea considerado como un derecho fundamental, que si bien es cierto nuestra Constitución Política de Perú no lo señala como «derecho a la recreación» si hace referencia al término «disfrute del tiempo libre» «descanso». Cabe señalar que, dentro de las políticas que debe implementar cada gobierno regional una de ellas tiene que ver con el deporte y recreación. De igual forma, entre las funciones que tiene las municipalidades una de ellas es el de normar, coordinar y fomentar el deporte y recreación de forma permanente en la niñez.

Finalmente, es con el Código de niños y adolescentes el cual va a garantizar los derechos de los niños y niñas, en donde el papel del Estado es fundamental ya que este debe propiciar los espacios físicos para la ejecución de programas de recreación dirigidos a niños y adolescentes.

IV. Análisis y discusión

En el marco descrito de los puntos anteriores, se puede apreciar que desde tiempos remotos la recreación siempre ha formado parte de la vida social del ser humano, como ejemplo de ello se tiene a la gimnasia, la lucha, caza, arquería en Egipto; a la escultura, la música, la poesía, el teatro en Grecia; a la natación, lucha, saltos, circos en Roma. Más tarde, en el año de 1948 a la recreación se le empieza a considerar como un derecho de todos los seres humanos. Actualmente, se hace una distinción entre el derecho de la recreación de las personas y el derecho de recreación de los niños, tal como se aprecia este derecho se encuentra regulado tanto en la normativa nacional como internacional donde el rol del Estado es fundamental debido a que debe dotar de los espacios físicos y con una infraestructura adecuada para la recreación de los niños.

Sobre la base de las premisas descritas y considerando la actual crisis sanitaria producida por la pandemia del COVID-19 que fue declarada por la OMS una emer-

gencia de salud pública de preocupación internacional el 30 de enero de 2020 lo que significa que la epidemia se ha extendido por varios países, continentes o todo el mundo. Es por ello que cada país ha tenido que tomar las medidas necesarias para evitar la propagación de este virus.

A raíz de esta crisis, una de las principales medidas que el Estado peruano ha implementado es la del distanciamiento social obligatorio disponiendo una cuarentena nacional mediante el Decreto Supremo N.º 044-2020 que declara Estado de Emergencia Nacional, el cual solo hace mención que se restringen o limitan los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. Sin embargo, en la realidad no solo se han restringido los derechos señalados en dicho decreto, sino que, también se han restringido otros derechos como el del acceso a la salud, a la educación, al trabajo, entre otros. Pero, en el presente artículo se hace referencia al derecho a la recreación de los niños el cual considero que es de vital importancia para un niño, sin embargo, dicho derecho ha sido restringido por la actual crisis sanitaria que se está viviendo a nivel mundial.

En ese sentido, el juego es un derecho de las niñas y niños, el cual era celebrado cada 28 de mayo (Día Internacional del Juego). Por otro lado, todos hemos sido niños y niñas, y como tal, sabemos la necesidad de un niño por salir a jugar con sus amigos o con sus juguetes. Sería muy difícil imaginar la infancia o la niñez ideal sin el juego. Por ello, es importante destacar el rol que como padres se está asumiendo en esta época de pandemia y también de las medidas y/o decisiones que el Estado debe tomar para garantizar que este derecho a la recreación de los niños en esta época de pandemia se cumpla. Por este motivo, los países han autorizado la salida de los niños, pero, con algunas restricciones como son el tiempo, distancia y horarios; ejemplo de ello se tiene a España en donde los niños podrán salir de acuerdo a los horarios establecidos (Diario «El Confidencial»); Italia en donde los niños podrán salir a partir del primero de abril, pero en compañía de un adulto y cerca de sus casas (Prensa «France 24»); Colombia desde el once de mayo los menores entre seis y 17 años de edad (Diario «Tikitakas»); entre otros.

Asimismo, en Perú el presidente Martín Vizcarra anunció que a partir del lunes 18 de mayo podrán salir a la calle todos los niños menores de 14 años (Diario Gestión), acompañados de un adulto y en un radio de 500 metros desde su casa. Por su parte, el Ministerio de Salud recomendó a los padres no alejarse más de 500 metros de sus viviendas y salir con los menores entre el mediodía y las 18:00, no más allá de esa hora.

De ello resulta necesario decir, que el derecho a la recreación es un derecho fundamental del niño conforme al artículo 31 de la Convención Internacional de

los Derechos del Niño, el cual es verdaderamente importante porque van aprendiendo a relacionarse y desenvolverse en un ambiente de respeto y sana convivencia. Además, según la publicación de UNICEF «Deporte, Recreación y Juego», el deporte, la recreación y el juego fortalecen el organismo y evitan las enfermedades, preparan a los niños y niñas desde temprana edad para su futuro aprendizaje, reducen los síntomas del estrés y la depresión. Por todo lo dicho, es innegable que ¡el juego es un derecho!

V. Conclusiones

- La recreación es el término que comprende y designa las prácticas del tiempo libre, del descanso; en donde la persona realiza una serie de actividades ya sea de manera individual o colectiva para lograr un equilibrio físico, mental y social. De ahí que, el derecho a la recreación de los niños sea considerado hoy en día como un estímulo para el desarrollo afectivo, físico, intelectual y social de la niñez.
- El derecho a la recreación es reconocido como un derecho fundamental para los niños tanto a nivel nacional como internacional.
- El Estado juega un papel fundamental porque son ellos quienes tienen la obligación de proveer de espacios físicos y de una infraestructura adecuada para que los niños puedan realizar actividades recreativas apropiadas a su edad.

VI. Lista de referencias

- BELMONTE, G. (1995). *Propuesta de animación y recreación para los trabajadores de la enseñanza en el Hotel Valle Grande IPASME*. Trabajo de Grado de Maestría no publicado, Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Instituto Pedagógico de Caracas. Venezuela.
- BUTLER, G. (1976). *Introduction to Community Recreation*. New York: Mc Graw Hill.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS. (2004). *Deporte, Recreación y juego*. 36(2). Recuperado de http://www.unicef.org/republicadominicana/deporte_recreacion_juego.pdf.
- MENDÍVIL TRELLES DE PEÑA, L. (2009). *Razones para jugar: hacia la comprensión del rol del juego en el proceso de formación de docentes de educación inicial*. *Educación*, 18(35), p. 7-21. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/educacion/article/view/1762>
- NEUMEYER, M. (1958). *Leisure and recreation*. New York: Ronald.

PÉREZ SALDAÑA, G. V. (2016). *El derecho a la recreación como una oportunidad para el desarrollo de las habilidades sociales en niños y niñas de la comunidad de UPIS Huáscar* – San Juan de Lurigancho – 2012. Tesis

RAMOS, F. (1986). *Fundamentos de la recreación*. Venezuela: Imprenta Instituto Pedagógico de Caracas.

Legislación internacional

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

Declaración de los Derechos del niño.

Convención Sobre los Derechos del Niño.

Legislación nacional

Constitución Política del Perú 1993.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Perú de 2002.

Ley Orgánica de Municipalidades del Perú del 2003.

Código de niños y adolescentes del Perú – Ley N.º 27337 del año 2000.

Evaluación a la medida de declaración de estado de emergencia instituida como respuesta jurídica estatal a consecuencia de la COVID-19 en el Perú

Evaluation to the emergency status declaration measure instituted as a state legal response as a result of COVID-19 in Peru

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El Carácter del régimen de excepción en el Perú: Una mirada jurisprudencial. III. Evaluación a la declaración de Estado de Emergencia contenida en el D.S. N.º 044-2020-PPCM. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: Las siguientes líneas constituyen el resultado del estudio que efectuáramos al contenido del DS N.º 044-2020-PCM, su fecha 15 de marzo de 2020, instituido por el gobierno peruano para declarar el Estado de Emergencia Nacional y la Cuarentena —como medida de seguridad—, a consecuen-

(*) Abogada, Maestra en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Conciliadora Extrajudicial y Especializada en Familia. Árbitro. Asesora Legal. Docente, en materia jurídica, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

cia del brote, en su territorio, de la enfermedad causada por el coronavirus (COVID-19). Así, luego de haber examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el exp. N.º 0017-2003-AI/TC, se ha precisado el carácter del régimen de excepción en el Perú, así como hemos efectuado comentario respecto al contenido del Decreto Supremo citado *ut supra*, prescribiendo opinión en cuanto a la legitimidad de su interposición. Ello ha permitido incrementar el conocimiento respecto al instituto del Estado de Emergencia como tipo del régimen de excepción en el Perú, estipulando anotaciones acerca de su legitimidad y reflexionando, básicamente, en cuanto a su carácter singular y de última ratio.

Palabras clave: COVID-19, Estado de emergencia, Régimen de excepción, Tribunal Constitucional.

Abstract: *The following lines constitute the result of the study we carried out on the content of Supreme Decree N.º 044-2020-PCM, dated March 15, 2020, instituted by the Peruvian government to declare a State of National Emergency and Quarantine - as a measure of Safety - as a result of the outbreak in the territory of the disease caused by the coronavirus (COVID-19). Thus, after having examined the Constitutional Court Judgment relapsed in the exp. N.º 0017-2003-AI / TC, the nature of the exception regime in Peru has been specified, as well as we have made a comment regarding the content of the Supreme Decree cited above, prescribing an opinion regarding the legitimacy of its filing. This has allowed increasing knowledge regarding the State of Emergency institute as a type of emergency regime in Peru, stipulating annotations about its legitimacy and reflecting, basically, on its unique and last-rate nature.*

Key words: COVID-19, State of emergency, Regime of exception, Constitutional Court.

I. Introducción

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como Pandemia a la enfermedad causada por el coronavirus (COVID-19)⁽¹⁾, primigeniamente declarada por la OMS como Epidemia con fecha 30 de enero de 2020 y que tuvo su origen en Wuhan-China el 31 de diciembre de 2019. A partir de esta consideración, los distintos países del mundo, incluyendo el Perú, en

(1) Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19. (Organización Mundial de la Salud, 2020)

cuyo territorio se había presentado el brote de la enfermedad COVID-19, adoptaron medidas a efectos de proteger la salud de sus ciudadanos⁽²⁾.

De esta forma, el mecanismo jurídico empleado por el Estado peruano, para contrarrestar la Pandemia por COVID-19, fue la aplicación del régimen de excepción, particularmente del Estado de Emergencia como tipo de aquél, regulado en el artículo 137.1 de la Constitución Política de 1993 y contenido formalmente en el DS N.º 044-2020-PCM, su fecha 15 de marzo de 2020.

En tal sentido, las siguientes líneas tendrán como propósito realizar comentario en relación al contenido de este Decreto; básicamente, a partir de las características del régimen de excepción señaladas por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, a efectos de evaluar tal medida, así como de precisar opinión en relación a su legitimidad.

II. Carácter del régimen de excepción en el Perú: una mirada jurisprudencial

Previamente al tratamiento de este punto, es necesario establecer anotación en relación al concepto del régimen de excepción. Así, en mérito a lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia de fecha 16-03-2004, recaída en el exp. N.º 0017-2003-AI/TC:

El régimen de excepción conceptualmente hace referencia a aquellas «competencias de crisis» que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política. (FJ. 15)

Asimismo, en opinión de Siles (2015), el Estado de excepción «supone una disciplina jurídica especial, distinta de la vigente durante la situación de «normalidad constitucional», que apunta a conjurar una grave emergencia que amenaza la propia vida de la nación o la continuidad del Estado» (p. 74). De esta forma, el Estado de excepción se configura como una «medida de reacción estatal», de inmediata realización —dada la presencia de circunstancia inminente— y, acudida de *ultima ratio* —en mérito a que existen otros mecanismos de defensa a la integridad

(2) Véase: Aşkın Kıyağan (16 de marzo 2020).

de la comunidad política— pues, conforme lo anotara Schmitt en Flores (2014, p. 52), «(...) el estado de excepción es la última garantía para conservar el orden».

Entendido ello, el régimen de excepción en el Perú ostenta singulares características, las cuales han sido puntualizadas por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Así, el régimen de excepción se caracteriza por lo siguiente:

- a) *Concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador* —normalmente el jefe del Ejecutivo—, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía.
- b) *Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad*, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. Tales los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.
- c) *Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios*.
- d) *Transitoriedad del régimen de excepción*. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [La libertad y sus problemas. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina], «lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla».
- e) *Determinación espacial del régimen de excepción*. La acción del Estado, premunido de competencias reforzadas, se focalizará en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.
- f) *Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales*.
- g) *Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional*. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción.

- h) *Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica*.
- i) *Control jurisdiccional* expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del íter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18) (Cursiva agregada)

Precisando comentario a lo anotado, el régimen de excepción debe ser establecido en el marco de la legitimidad; ello debido a que, en principio, este régimen configura la singularización del tratamiento del poder pues consiente que, este, sea ejercido y detentado por el Poder Ejecutivo, por supuesto, de modo definido y limitado por el marco jurídico constitucional, «ya que la finalidad de la normativa constitucional en regímenes de emergencia es la de restablecer la normalidad de ciudadanos e instituciones, todo bajo los lineamientos del Derecho» (Torrealba, 2017); por ello, según se lee del art. 137 del texto constitucional, el Jefe de Estado, con acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, se encuentra no solo facultado para decretar el establecimiento del régimen de excepción, sino también, se encuentra autorizado para disponer que en un estado de emergencia sean las Fuerzas Armadas quienes puedan asumir el control del orden interno. No obstante, el rol del Presidente de la República puede extenderse a la posibilidad de que, según sus atribuciones, por cuenta propia y/o solicitando al Poder Legislativo facultades para legislar, establezca propuestas de carácter jurídico que tengan como finalidad el reponer la situación de normalidad vivida hasta antes de la vigencia del régimen en mención. Como es de verse, en el marco del régimen de excepción, el poder se encuentra concentrado y, su ejercicio, se halla legitimado por la autorización constitucional.

Asimismo, el régimen de excepción presupone la existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, la cual encuentra su origen, según opinión del Tribunal Constitucional, en aspectos de naturaleza político-social, de fuerza mayor, de crisis económicas. Así, nótese que, para el establecimiento de un régimen de excepción, no solo es preciso que exista un incidente de anormalidad, sino que, es imperioso que el mismo revista gravedad, esto es, que se trate de un «daño que comprometa la estabilidad o supervivencia del Estado» (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 19). Bajo esta perspectiva, el art. 137 de la Constitución

Política establece las siguientes circunstancias: perturbación de la paz o del orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan; además, de las establecidas por el Tribunal Constitucional, tales como: revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc. Por tanto, la presencia o peligro inminente de acontecimiento grave que impida el normal funcionamiento estatal es característica de este régimen; empero, a nuestra consideración, debe pormenorizarse, mediante la regulación interna, el significado y el alcance del término «circunstancia grave», no únicamente para «construir» su delimitación; sino, esencialmente, para que se evite acudir a tal régimen de manera injustificada, e incluso, de modo abusivo o arbitrario.

Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional deja indicado, como lo precisáramos líneas arriba, el carácter de última ratio exigido para la aplicación de este régimen; pues, este solo tendrá lugar cuando la situación de anormalidad no haya podido ser corregida por mecanismos legales existentes de carácter ordinario. Consideramos que esta peculiaridad solidifica al régimen de excepción y consolida su carácter de «extraordinario».

También, el régimen de excepción tiene carácter temporal, es decir, ostenta duración determinada; misma que depende de la existencia de la situación de anormalidad, esto es, de la circunstancia grave. Respecto a la temporalidad, esta se encuentra definida normativamente y su prórroga debe encontrarse justificada y establecida de cara a «detener» la situación de anormalidad; así como, según lo inscribe el Tribunal Constitucional, para no vulnerar la autoridad política y no desvirtuar la razón de ser del régimen. En el caso peruano, el art. 137 de la Constitución Política establece los periodos máximos de 60 y 45 días correspondientes al Estado de Emergencia y al Estado de Sitio, respectivamente; pudiendo admitirse la prórroga de los plazos señalados y, requiriéndose, para la prórroga del Estado de Sitio, la intervención del Congreso para emitir su aprobación.

A su vez, el régimen de excepción se caracteriza por definir el espacio en el cual se concentra la situación de anormalidad; ello es necesario pues permitirá no sólo conocer este espacio para efectos de delimitación territorial (nacional, regional, local) sino, además, para que el Estado oriente sus esfuerzos inmediatos al restablecimiento del orden en la comunidad política. Al respecto, la Constitución Política en su art. 137 dispone que podrá establecerse el régimen de excepción sobre espacio determinado, es decir, en todo o parte del territorio nacional.

Otro de los aspectos del régimen de excepción es la restricción del ejercicio de determinados derechos constitucionales, la cual es transitoria y se encuentra en

función de la duración establecida del régimen. En el caso del Perú, el artículo 137 de la Constitución Política puntualiza los derechos constitucionales comprendidos; así, durante la eventualidad de un estado de emergencia se pueden restringir o suspender el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del art. 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo⁽³⁾, indicándose que, en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. En este sentido, consideramos relevante que el constituyente haya precisado qué derechos constitucionales pueden, en su ejercicio, ser objeto de restricción o suspensión; toda vez que, parafraseando y considerando la opinión de Peces-Barba (1999), son los derechos constitucionales, también denominados fundamentales, los presupuestos éticos y jurídicos esenciales que, de un lado, instituyen normas básicas del ordenamiento jurídico y, de otro lado, son instrumento inexcusable para el desarrollo de las potencialidades del individuo en sociedad. Por tanto, solamente, bajo un régimen de excepción se otorga la permisión para la suspensión o restricción del ejercicio de derechos. No obstante, también, es de anotarse que existen otros derechos fundamentales que, indirectamente o en alguna medida, se ven comprendidos en este plano de restricción o suspensión en cuanto a su ejercicio; verbigracia, citando algunos, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho al disfrute del tiempo libre, el derecho a un medio sano y ecológicamente equilibrado. Si bien ello no es materia de investigación en el presente documento, es oportuno instar, a los estudiosos en el ámbito jurídico, dar una mirada y establecer, coherente y analíticamente, opiniones y propuestas respecto a este tema.

- (3) Los artículos en mención, precisan lo siguiente:
- Art. 2.9 Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él 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. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley».
- Art. 2.11 Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería».
- Art. 2.12 Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas».
- Art. 2.24.f Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia – (...) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito».

Aunado a lo acotado, bajo opinión del Tribunal Constitucional, el régimen de excepción supone el establecimiento de medidas que permitan el restablecimiento de la normalidad constitucional, las cuales deben revestir proporcionalidad, razonabilidad y coherencia, en este último caso, deben tener relación con las circunstancias graves que motivan el régimen. Respecto a los aspectos de razonabilidad y proporcionalidad, se precisa lo siguiente:

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente «creador» o «motivador» del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

- (...) La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 05-07-2004, recaída en el EXP. N.º 0090-2004-AA/TC. F.J. 35)

Entonces, toda medida a establecer, dentro del régimen de excepción, debe observar coherencia y fundarse en la connivencia de la circunstancia grave que supone la situación de anormalidad; máxime si, la finalidad del régimen de excepción que, a su vez es determinante de éste, es la defensa «de la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica» (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18. Literal h).

Al mismo tiempo, el régimen de excepción se caracteriza por la existencia de control, de tipo tanto jurisdiccional como político parlamentario. Así; de un lado, según el primero de ellos, se controlará la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la restricción o suspensión de derechos fundamentales de la persona, que el propio régimen presupone, y en relación al aspecto procedimental del establecimiento del régimen de cara a la Constitución Política; de otro lado, el establecimiento de este régimen habilita el control político parlamentario para los casos de rendición de cuentas y de responsabilidad política; que pudiera dirigirse, según el caso, a funcionarios públicos que detentan autoridad y poder de decisión en el marco de la vigencia del régimen de excepción, claro está, como consecuencia del ejercicio de sus competencias y de sus atribuciones.

En consecuencia, el régimen de excepción se compone de sendas peculiaridades definidas por la jurisprudencia constitucional. Si bien el Alto Tribunal no refiere acerca de un orden de prelación entre ellas, consideramos que son concurrentes, incluíbles y observables, tanto para su establecimiento como para su vigencia y su prórroga, temporales; pues permiten dotar de legitimidad y, por ende, de validez al propio régimen; mismo que, bajo esta perspectiva, despliega su singularidad y su razón de ser.

III. Evaluación a la Declaración de Estado de Emergencia, D.S. N.º 044-2020-PCM

El siguiente cuadro se elabora considerando las características del régimen de excepción en el Perú, con énfasis en el Estado de Emergencia como tipo de aquél, acotadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC; así como, lo que concierne el contenido del D.S. N.º 044-2020-PCM que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote de la COVID-19. De esta forma, mediante la precisión de comentarios, se efectuará evaluación del Estado de Emergencia como tipo del régimen de excepción en el Perú; lo cual, además, permitirá conocer, con practicidad, este instituto jurídico constitucional.

Cuadro N.º 01

Evaluación a la declaración de Estado de Emergencia
contenida en el D.S. N.º 044-2020-PCM

1	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PCM
	Concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador	Los considerandos refieren a la facultad del Estado, particularmente del Poder Ejecutivo, para el establecimiento de la medida de Estado de Emergencia. Se establecen los arts. 7, 9, 44, 118.4, 118.14 y 137.1 de la Constitución Política.
	COMENTARIO	
	El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República, acude a sus atribuciones ordinarias señaladas en los arts. 118.4 (Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República) y 118.14 (Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional) del texto constitucional; así como al art. 137.1 de la misma norma, que establece la facultad exclusiva para decretar el Estado de Emergencia, tipo del régimen de excepción. De este modo, el Jefe del Ejecutivo, constitucionalmente se encuentra facultado para decretar el Estado de Emergencia; lo cual, trae consigo, según Bernardino Gonzáles, citado por el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, «competencias especiales que asume, para poner fin, por medios jurídicos, a la particular situación de excepción». En el presente caso, se observa este carácter del régimen de excepción.	

2	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M
	Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad	Uno de los considerandos señala: «Que, la Organización Mundial de la Salud ha calificado, con fecha 11 de marzo de 2020, el brote del COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea».
COMENTARIO		
El Poder Ejecutivo considera como circunstancia de anormalidad grave, la existencia de la Pandemia por la enfermedad COVID-19, la cual afecta a los ciudadanos peruanos y constituye, en caso se propague, un peligro para la vida y la salud pública. Por tanto, bajo su miramiento, este hecho supone una circunstancia que afecta la vida de la nación. Empero, consideramos que el Poder Ejecutivo debió no solo enunciar sino justificar, argumentativamente, respecto a la afectación a la vida de la nación; toda vez que este aspecto es determinante para la aplicación del régimen de excepción, el cual trae consigo, entre otros efectos, la suspensión o restricción de derechos fundamentales de la persona, cuya observancia es ineludible en un Estado Democrático. Asimismo, tal justificación permitirá que el régimen de excepción «mantenga» su carácter extraordinario en cuanto a su aplicación; para así, no «normalizarlo» y, por ende, no desnaturalizarlo.		
3	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M
	Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios.	Los considerandos establecidos en el Decreto, precisan: «Que, mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19; Que, no obstante, dicha medida, se aprecia la necesidad que el Estado adopte medidas adicionales y excepcionales para proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, sin afectarse la prestación de los servicios básicos, así como la salud y alimentación de la población».
COMENTARIO		
De los considerandos anotados se aprecia que, previamente a la aplicación del régimen de excepción (Estado de Emergencia), el Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, emitió —con fecha 11 de marzo de 2020, mismo día que la OMS declaró la Pandemia por COVID-19— el DS. N.º 008-2020-SA mediante el cual, teniendo en cuenta la existencia de la Pandemia, decretó Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el periodo de 90 días calendarios y estableció una serie de medidas de prevención y control a ser observadas en espacios públicos y privados. No obstante, conforme se desprende del D.S. N.º 044-2020-PCM, que motiva el comentario, el Poder Ejecutivo realiza una apreciación a la medida establecida por D.S. N.º 008-2020-SA, indicando que, para «proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19» (D.S. N.º 044-2020-PCM; resaltado agregado), se hace necesaria la intervención estatal para establecer medidas adicionales y excepcionales. De ello se aprecia que, de un lado, el Poder Ejecutivo instituyó como medida previa a la aplicación del régimen de excepción, la emergencia sanitaria a nivel nacional que, reiteramos, fuera establecida normativamente en el D. S. N.º 008-2020-SA (11-03-2020). Empero, con posterioridad		

(15-03-2020), al considerar necesario fijar medidas excepcionales y adicionales para la protección eficaz de la vida y la salud, acudió a la aplicación del régimen de excepción (declaratoria de Estado de Emergencia) contenido en el art. 137.1 de la Constitución Política; de este modo, si bien consideró el carácter de ultima ratio del régimen de excepción; no obstante, discurrimos que el Poder Ejecutivo ni siquiera tuvo la posibilidad de evaluar la efectividad y el cumplimiento de las medidas interpuestas en el D.S. N.º 008-2020-SA pues declaró Estado de Emergencia cuatro días después de haber decretado la Emergencia Sanitaria; además, dicho decreto —por cuanto establecía una Emergencia Sanitaria a nivel nacional— debió contener, con características propias y previamente analizadas, la medida de seguridad Cuarentena contenida en el art. 130.b de la Ley N.º 26842-Ley General de Salud; para que así, se acuda como último mecanismo jurídico de respuesta, al régimen de excepción. Agregado a lo anotado, puntualícese que, en el Perú no existen mecanismos legales ordinarios destinados a corregir y/o prevenir una circunstancia grave cuya existencia ponga en peligro la vida de la nación; por lo que, se hace imperioso diseñar un marco normativo particular que tenga la finalidad de constituir una medida de aplicación previa al régimen de excepción, dado el carácter de extraordinario y de última ratio que el mismo supone.		
4	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M
	Transitoriedad del régimen de excepción	El art. 1 precisa la declaración de Estado de Emergencia, tipo del régimen de excepción, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, por el periodo de quince (15) días calendario.
COMENTARIO		
El periodo erigido se efectúa en observancia de lo dispuesto en el art. 137.1 de la Constitución Política, mismo que fija la transitoriedad del régimen de excepción. Asimismo, el D.S. no establece la justificación de la adopción del plazo de 15 días; no obstante, deducimos que este tiempo ha sido fijado según necesidad para conjurar la situación de anormalidad. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18). Además, a la fecha (junio 2020), la vigencia del Estado de Emergencia ha sido prorrogada en cinco oportunidades, cuyo detalle es el siguiente: a) D.S. N.º 051-2020-PCM (trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo de 2020), b) D.S. N.º 064-2020-PCM (catorce (14) días calendario, a partir del 13 de abril de 2020 hasta el 26 de abril de 2020), c) D.S. N.º 075-2020-PCM (catorce (14) días calendario, a partir del 27 de abril de 2020 hasta el 10 de mayo de 2020), d) D.S. N.º 083-2020-PCM (catorce (14) días calendario, a partir del 11 de mayo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020); y, e) D.S. N.º 094-2020-PCM (a partir del 25 de mayo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020); tales periodos han sido fijados atendiendo a las graves circunstancias que afectan la vida de la nación por el brote de COVID-19 y no exceden a 60 días calendarios por cada prórroga; este último aspecto ha sido considerado por el Decreto Supremo N.º 083-2020-PCM, de fecha 9 de mayo de 2020, que a la letra indica: «Que, el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución establece que la prórroga del estado de emergencia requiere nuevo decreto, que no puede exceder en cada caso de sesenta (60) días» (cursiva agregada). Al respecto, debemos comentar que, el art. 137.1 de la Constitución fija el plazo máximo de 60 días como duración del Estado de Emergencia, pudiendo ser prorrogable; en tal medida, el texto constitucional no establece el plazo máximo de prórroga ni los periodos o momentos en los que se daría la misma; empero, si bien el Tribunal Constitucional no ha sentado opinión sobre el particular, sí ha indicado que, «la prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política» (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18); a su vez, la prórroga al régimen de excepción de Estado de emergencia, obedece a la existencia de la circunstancia grave, que es de carácter eventual; y que, en el caso peruano es la Pandemia por COVID-19, la cual atenta contra la vida de la comunidad política y que, al mismo tiempo, reiteramos, es razón para la aplicación del régimen de excepción.		

	Por consiguiente, bajo tales miramientos, se hace necesario que normativamente se regule acerca de la prórroga del régimen de excepción, básicamente, en cuanto a la especificación de criterios para acudir a esta medida; ello permitirá no desvirtuar la naturaleza del propio régimen, definida entre otros aspectos, por su carácter extraordinario. Por otra parte, existe incertidumbre respecto a la duración de la Pandemia por COVID-19 —circunstancia que ha motivado el establecimiento y la prórroga temporal del Estado de Emergencia en el Perú—; ello, por cuanto —sin perjuicio de que, hasta la fecha (junio 2020), científicos de distintas nacionalidades vienen trabajando para encontrar una vacuna o un medicamento efectivo contra tal enfermedad—, en opinión de Michael Ryan, director ejecutivo del Programa de Emergencias Sanitarias de la OMS, «existe la posibilidad de que la enfermedad COVID-19 nunca desaparezca y se convierta en un padecimiento endémico» (Sierra, 2020); además, en opinión de José Antonio López Guerrero, virólogo y catedrático de Microbiología en el Departamento de Biología Molecular de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) de España, el virus «está tan extendido que se va a quedar. Tiene tal capacidad para dispersarse que ya no va a desaparecer» (La República, 18 de mayo 2020). Siendo esto así, nos encontramos ante una situación de anormalidad carente de tiempo definido y que, por ende, no reviste la peculiaridad para ser considerada como causal para la aplicación del régimen de excepción en el Perú pues, reiteramos, —conforme señala el art. 137 y la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC—, para acudir a un régimen de excepción se requiere, entre otros presupuestos, existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad que afecte la supervivencia del Estado y que, a su vez, este régimen sea temporal o eventual en tanto se logre conjurar la situación de anormalidad. Por tanto, se haría necesario, —si no se quiere desnaturalizar la institución del régimen de excepción en el Perú— que se observe, de un lado, reformular íntegramente los presupuestos y las características de este régimen; que, nos atrevemos a decir, tendrá que hacerse considerando su naturaleza jurídica para así respetar su sentido como instituto jurídico constitucional; o, de otro lado, conservar el tratamiento normativo que tenemos, pero respetando su razón de ser en tanto mecanismo extraordinario, cuya aplicación no solo genera particular escenario respecto a los derechos fundamentales, elementos esenciales subyacentes del ordenamiento jurídico; sino que, exige, no sea «normalizada».	
5	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC) Determinación espacial del régimen de excepción.	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M El DS señala que el ámbito de aplicación es a nivel nacional.
	COMENTARIO La determinación espacial del régimen de excepción se encuentra establecida en el art. 137.1 de la Constitución Política y es definida considerando el ámbito en el cual se presenta la situación de anormalidad a fin de que los esfuerzos del Estado se orienten a la restitución de esta última.	
6	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC) Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M El art. 3 del D.S. señala la suspensión del ejercicio de derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del art. 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú. Asimismo, el art. 4 especifica las limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas durante la vigencia del Estado de Emergencia, permitiéndose la circulación en vías públicas únicamente para la prestación y acceso a servicios y bienes esenciales.

	COMENTARIO Se observa la aplicación de lo regulado en el art. 137.1 del texto constitucional en relación a la consideración de suspensión o restricción, en el ejercicio, de determinados derechos constitucionales. Recuérdese que un régimen de excepción trae como consecuencia la restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos constitucionales, particularmente de aquellos que la norma indica. Además, según lo indicado en el art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), del año 1969 y reconocida por el Perú, en caso de amenaza a la independencia o seguridad del Estado, no se encuentra autorizada la suspensión de los siguientes derechos: Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, vida, integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y de retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección a la familia, nombre, derechos del niño, nacionalidad y derechos políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De esta manera, corresponde formular la interrogante: ¿qué sucede con los demás derechos constitucionales que no se ven restringidos o suspendidos durante la vigencia del Estado de Emergencia como régimen de excepción? ¿Pueden ser ejercidos por su titular durante este contexto excepcional? Por supuesto, tales cuestionamientos tienen respuestas lógicas; pues, los derechos constitucionales no comprendidos en el art. 137.1 de la Constitución, mantienen su eficacia; no obstante, se puntualizan tales interrogantes para comentar respecto a que existen derechos constitucionales que, debido al contexto, no pueden ser plenamente ejercidos, tal es el caso, por citar algunos, de la educación y al disfrute del tiempo libre. Como puede apreciarse, el aspecto de suspensión o restricción en el ejercicio de derechos fundamentales es consecuencia de la aplicación del régimen de excepción; por tal razón, dicho régimen debe aplicarse como última medida para restablecer el orden interno ante presencia de situaciones de anormalidad que pudieran atentar contra la estabilidad política.	
7	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC) Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional.	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M El D.S. establece diferentes medidas; tales como: a) El aislamiento social obligatorio (cuarentena) (art. 1), b) Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales (art. 2), c) Medidas para circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a determinados servicios y bienes esenciales (art. 4), d) Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional (art. 5), e) Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública (art. 6), f). Restricciones en el ámbito de la actividad comercial, actividades culturales, establecimientos y actividades recreativas, hoteles y restaurantes (art.7), g) Cierre temporal de fronteras (art.8), h) Del transporte en el territorio nacional (art 9), i) De la intervención de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas (art.10), j) Entidades competentes para el cumplimiento del presente decreto supremo (art.11).
	COMENTARIO No es nuestro propósito establecer análisis sobre cada una de las medidas, ello será materia de otro trabajo. Sin embargo, debe indicarse que, en el marco del régimen de excepción, el Poder Ejecutivo se encuentra investido de la facultad para instaurar lineamientos o medidas, que son estrategias concretas cuyo propósito es restablecer el orden y garantizar, así, la vida de la nación. El art. 137.1 de la Constitución otorga, al Presidente de la República, la posibilidad para que durante el Estado de Emergencia pueda disponer que las Fuerzas Armadas realicen control del orden	

	interno; no obstante, no es la única medida a esgrimir sino que pueden implantarse otras medidas, las cuales no se fijan a discreción sino bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que importa esencialmente, cohesión entre la medida y la circunstancia de anormalidad; máxime si el propósito de las medidas impuestas es el restablecimiento a la situación de normalidad. Así, las medidas impuestas por el gobierno peruano son tendientes a controlar la propagación de la COVID-19 a efectos de encontrar la estabilidad en la comunidad política.	
8	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M
	Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica.	El D.S. señala en uno de sus considerandos que: «(...) se aprecia la necesidad que el Estado adopte medidas adicionales y excepcionales para proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, sin afectarse la prestación de los servicios básicos, así como la salud y alimentación de la población».
	COMENTARIO	
	El Poder Ejecutivo entiende que la Pandemia por COVID-19, presente en el país desde el 06-03-2020, es circunstancia que afecta la vida de la nación, esencialmente, porque la vida y la salud pública se ven afectadas; razón por la cual, precisa que, con su actuación, consistente en declarar Estado de Emergencia, podrá tutelar a la población ante la referida amenaza. Sin embargo, debe indicarse que la finalidad de aplicar el régimen de excepción es defender a la organización político-jurídica, en otros términos, tutelar a la nación en casos en los que se vea conminada; por tanto, si este es el fin, el régimen de excepción es legítimo.	
9	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M
	Control jurisdiccional y control político parlamentario.	El D.S. no menciona respecto a los controles jurisdiccional y político-constitucional.
	COMENTARIO	
	Pese a la no precisión respecto al control, aspecto que no enerva la legitimidad del DS, la aplicación del régimen de excepción abre la posibilidad para el ejercicio del control de tipo jurisdiccional y de tipo político parlamentario; el primero, conforme lo indicáramos previamente, «expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del iter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento»; y, el segundo, para el cumplimiento de los principios de rendición de cuentas y responsabilidad política; ello, conforme lo prescribiera el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. Consideramos pertinente este carácter del régimen de excepción; por cuanto, al ser una medida jurídica extraordinaria, en la cual el ejercicio del poder se encuentra concentrado en el Ejecutivo, la existencia de control se hace necesaria pues, de esta forma, no solo se evita arbitrariedades en su empleo sino, además, se garantiza la naturaleza de este instituto y, por ende, la seguridad jurídica.	

De lo anotado, corresponde señalar que, la medida de declaración del Estado de Emergencia como tipo del régimen excepción, decretada por el Poder Ejecutivo, responde a los criterios señalados en el art. 137.1 de la Constitución Política; así como, reúne los aspectos configurativos que caracterizan a un régimen de excepción, los cuales se encuentran definidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0017-2003-AI/TC. Por tanto, la entendemos una medida legítima;

no obstante, como lo hemos puntualizado, de un lado, requiere mayor perfilamiento a través de la normativa jurídica interna; y, de otro lado, importa entenderla como una medida de última ratio; evitando, así, normalizarla en su aplicación.

IV. Conclusiones

1. En el Perú, el régimen de excepción encuentra regulación constitucional en el art. 137 de la Constitución Política peruana y tiene su perfilamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, órgano de control e interpretación de la Constitución.
2. El órgano de gobierno del Perú ha acudido al régimen de excepción Estado de Emergencia, como respuesta jurídica para la prevención y el control de la Pandemia por COVID-19, presente en su territorio en el año 2020.
3. El gobierno peruano ha emitido el D.S. N.º 044-2020-PCM, mediante el cual declara el Estado de Emergencia Nacional; mismo que, después de haberlo comentado a la luz de las características del régimen de excepción, encuentra legitimidad.
4. El Estado de Emergencia, como tipo del régimen de excepción en el Perú, requiere tratamiento normativo; particularmente en cuanto a la precisión de sus características de temporalidad y de última ratio. No obstante, pese a ser una facultad exclusiva del Ejecutivo, su aplicación no debe ser normalizada sino estrictamente *excepcional*.

V. Lista de referencias

- AŞKIN KIYAĞAN, M. (16 de marzo 2020). Los países que en las últimas 24 horas han declarado estados de emergencia por el COVID-19. *Anadolu Agency. Traducido por Aicha Sandoval Alaguna*. Recuperado de: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/los-pa%C3%ADses-que-en-las-%C3%BAltimas-24-horas-han-declarado-estados-de-emergencia-por-el-covid-19-/1768173>
- DECRETO SUPREMO N.º 008-2020-SA. (2020). *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-en-emergencia-sanitaria-a-nivel-decreto-supremo-n-008-2020-sa-1863981-2/>
- DECRETO SUPREMO N.º 044-2020-PCM. (2020). *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-estado-de-emergencia-nacional-po-decreto-supremo-n-044-2020-pcm-1864948-2/>

- DECRETO SUPREMO N.º 083-2020-PCM. (2020). *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-prorroga-el-estado-de-emergencia-nacional-decreto-supremo-n-083-2020-pcm-1866214-1/>
- FLORES DÍAZ, C. (2014). El Estado de excepción en la época actual. *Apuntes electorales*. (50). Pp. 43-86. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6426349.pdf>
- LA REPÚBLICA. (18 de mayo de 2020). «No va a desaparecer»: virólogo dice que el coronavirus se quedará y será estacional. Recuperado de: <https://larepublica.pe/ciencia/2020/06/04/coronavirus-4-virus-potencialmente-mortales-y-como-aprendimos-a-convivir/>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2020). Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Recuperado de: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- PECES-BARBA, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO recaída en el Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, de fecha 16-03-2004.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, de fecha 05-07-2004
- SIERRA, M. (14 de mayo de 2020). La esperanza de vida mundial podría reducir a partir de los efectos de la COVID-19. *Sumedico*. Recuperado de: <https://sumedico.lasillarota.com/especialidades/la-pandemia-podria-durar-hasta-5-anos-oms-covid-19-coronavirus-pandemia-sars-cov-2/323343>
- SILES VALLEJOS, A. (2015). La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *THEMIS-Revista de Derecho*. (67). pp. 73-84.
- TORREALBA DUGARTE, J. (2017). Los estados de excepción a nivel hispanoamericano como mecanismo de suspensión y limitación de derechos y garantías ante situaciones extraordinarias. Recuperado de: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/clase_7_-_estados_de_exc_\(judicias_torrealba\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/clase_7_-_estados_de_exc_(judicias_torrealba).pdf)

La ley de identidad de género en el Perú y su necesidad ante el estado de emergencia por el COVID-19

The law on gender identity in Peru and its need for the state of emergency by COVID-19

GALLARDO BARDALES, Augusto David(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo doctrinario del derecho a la identidad de género. III. El derecho a la identidad en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos. IV. Marco jurídico que regula el derecho a la identidad de género en el Perú. V. La experiencia latinoamericana en el reconocimiento del derecho a la identidad de género. VI. Alcances de una Ley de Identidad de Género en el Perú. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo de investigación expone y justifica la necesidad de contar con una ley que proteja el derecho a la identidad de género de las personas trans en el Perú, lo que constituye un tema de relevancia legal que ha sido advertido como consecuencia del estado de emergencia

(*) Abogado. Magister en Estudios Legales Internacionales, con mención en Derechos Humanos y Género, por American University – Washington College of Law (EE. UU.). Becario Fulbright. Maestrante en Derecho Penal por la Escuela de Postgrado UNC. Especialización en Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza – España. Becario del IIDH - CIDH en la Especialización en Derechos de la Infancia y Litigio Estratégico frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fiscal Adjunto de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho UNC. Correo electrónico: agallardob@unc.edu.pe

declarado por el Presidente de la República ante la pandemia mundial por el COVID-19, en donde, se permitió la salida atendiendo el género de cada persona, lo que devino en una serie de actos de discriminación ejercidos por agentes estatales y privados, hacia las personas transgénero, develando así una carencia en el ordenamiento normativo peruano, ello a pesar que el sistema internacional de derechos humanos viene reconociendo este llamado derecho a la identidad de género.

Palabras clave: Identidad de género, personas LGBT, persona transgénero, derechos humanos, derecho a la identidad de género.

Abstract: *This research presents and justifies a Gender Identity Law, aimed to protect transgender people in Peru. It is a outstanding legal topic which was noticed when Peruvian President enacted the national emergency and lockdown due to COVID-19, which led that some private security agents, as well as government staff, committed discrimination against trans people. This situation reveals a lack in the legal frame in Peru, despite international system of human rights is recognizing this gender identity right.*

Key words: *Gender identity, LGBT people, transgender person, Human Rights, identity right.*

I. Introducción

La pandemia mundial por el COVID-19 es uno de los eventos de la historia de la humanidad que ha impactado con mayor fuerza no solamente en el campo económico de los Estados y sus ciudadanos, sino que viene develando una serie de cuestiones legales pendientes de resolver, tanto en el derecho interno como en el internacional. Así, en lo que respecta a los derechos humanos de los peruanos y peruanas, esta pandemia mundial se ha constituido en un reto al que los agentes jurídicos no podemos estar ajenos. En ese sentido, temas como el derecho a vida y la integridad de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, a la libertad de expresión, a la salud y seguridad en el trabajo, a la protección de los pueblos indígenas, entre muchos otros, han sido puestos en relieve por la población, individual y organizada, quienes vienen exigiendo una actuación y respuesta del Estado Peruano, el cual deberá tratar de encontrar un equilibrio y brindar dentro de sus máximas posibilidades una adecuada protección de estos derechos humanos en concordancia con la protección de la vida de las personas ante la propagación del virus COVID-19.

De esta manera, con fecha 15 de marzo de 2020, se dicta el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, mediante el cual el Presidente de la República ordena el inicio del Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, ello conforme el artículo

137 de la Constitución, con la finalidad de proteger la salud de las personas por la propagación del COVID-19, lo que contempla la inmovilización social obligatoria y se restringe la libertad de tránsito, entre otros derechos fundamentales, durante este periodo (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020).⁽¹⁾ Luego, mediante Decreto Supremo N.º 057-2020-PCM, publicado el 2 de abril de este año, que estuvo vigente desde el 3 hasta el 10 de este mismo mes, se estableció que debido al estado de inmovilización social, solamente se permitía salir a una persona por familia con la finalidad de proveerse de víveres y productos farmacéuticos, estableciendo una división por género para organizar dichas salidas. Así, esta normativa específica que «... Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día...». Finalmente, se establece claramente que esta división por géneros no debía propiciar actos de discriminación (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020, p. 01)⁽²⁾.

No obstante la decisión del Poder Ejecutivo, la realidad nos mostró que durante dicho período de ocho días, se reportaron en medios de prensa, episodios de discriminación hacia las personas trans, en diferentes ciudades del país, donde agentes de seguridad privada de supermercados, además de determinados agentes policiales y militares, desconociendo la identidad de género de estas personas, atentando el sentido del Decreto Supremo N.º 057-2020-PCM, los sometían a hechos de discriminación y vulneración de sus derechos humanos y fundamentales, específicamente a su derecho a la identidad, exigiéndoles regresar a sus domicilios, valiéndose de frases peyorativas debido a una supuesta infracción al referido decreto supremo por parte de las personas trans, quienes efectivamente se salieron de su domicilio a fin de proveerse de víveres en los días que les corresponde de acuerdo su identidad de género, el llamado sistema de «pico y género». Cabe resaltar que estos agentes privados y estatales que vulneraron el derecho a la identidad de las personas trans, alegaban guiarse por la información contenida en el documento nacional de identidad, es decir, por el nombre y el sexo que ahí señala (France 24, 2020)⁽³⁾; lo cual nos lleva a analizar estos hechos bajo la luz que la doctrina jurídica propone, además de la normativa nacional e internacional al respecto, para finalmente establecer conclusiones que permitan proteger este derecho humano.

(1) Ver <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566447/DU026-20201864948-1.pdf>

(2) Ver https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574872/DS_057-2020-PCM.pdf

(3) Ver <https://www.france24.com/es/20200417-peru-fallo-pico-y-genero-coronavirus-confinamiento>

II. Desarrollo doctrinario del Derecho a la Identidad de Género

En la doctrina internacional sobre derechos humanos, podemos identificar prima facie que estos derechos se encuentran agrupados para efectos académicos y prácticos en los sistemas internacionales que los protegen; así, tenemos los Derechos Civiles y Políticos, reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, que se refieren a «aquellos que protegen las libertades individuales y garantizan que cualquier ciudadano pueda participar en la vida social y política en condición de igualdad y sin discriminación» (ONU, 2020)⁽⁴⁾. Luego, encontramos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocidos en su respectivo Pacto Internacional, su protocolo facultativo y otros pactos posteriores, referidos a ese grupo de derechos socioeconómicos que permiten el desarrollo integral de las personas. Es en este último bloque, en donde la doctrina de los derechos humanos ubica derechos tales como el derecho a la identidad personal e identidad de género, reconocimiento de la personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, proyecto de vida, derecho a la intimidad, derecho a la libertad de expresión, y los derechos sexuales y reproductivos (Domínguez, 2006).

Ahora bien, respecto a la identidad, indica Fernández Sessarego (1999): «La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir «yo» al referirse a un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales, la que se va forjando en el tiempo» (p. 889). En esa misma línea, debemos tener presente que, en una dimensión social, cada persona de identifica como tal en tanto mantiene características diferentes de otro, con quien por mayores similitudes que presenten, siempre concluiremos que se trata inevitablemente de otro ser diferente al yo (Lamas, 1995).

Por eso entendemos que el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, es un derecho a la proyección y reconocimiento del autoconstrucción personal (Silverino, 2016, p. 231).

Por ende, podemos reconocer un doble aspecto del derecho a la identidad, el interno y el externo, siendo que el primero de ellos está representado por la autoidentificación, o ser para sí, y el segundo que trata sobre la interrelación del ser con el otro, ser en el otro y ser en el mundo, en donde el cuerpo viene a ser el quien soy y desde donde soy, mediante el cual se produce la coexistencia con ese otro. Es así que surgen dos conceptos que la doctrina los ha diferenciado claramente, la iden-

tidad y la identificación, en donde esta última es un proceso que forma parte del aspecto externo de la identidad, es decir, una actividad donde terceros reconocen la identidad del sujeto, ello como consecuencia de un imperativo social, como elemento de orden y control que ejerce por ejemplo el Estado. Es así que, el derecho a la identidad no deberá reducirse únicamente al proceso de identificación por el Estado sino también está comprendida la identificación de cada uno, luego de lo cual podemos afirmar que el cuerpo es finalmente la expresión de esa identificación, cuyas características físicas y visibles son recogidas en un momento específico por el Estado, usualmente en el nacimiento, ejecutando de esta manera el proceso de identificación, dando carácter público a este registro efectuado. Sin embargo, se precisa que esta identificación, en tanto forma parte de la identidad en sentido amplio, debe ir en congruencia con la identificación de cada persona, lo que genera el derecho a modificar los datos que el Estado perennizó en un momento, en el supuesto que identidad e identificación no se encuentre en concordancia, y que, de no existir tal posibilidad de modificación, ello constituye una violación al mencionado derecho a la identidad. (Silverino, 2016, p. 232).

Asimismo, la identidad como concepto amplio, comprende la identidad sexual, la cual «Posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales. La sexualidad es el elemento organizador de la identidad total de las personas, entendiendo que las coordenadas de identificación se establecen, en primer lugar, en referencia al cuerpo, comprendiendo a la distinción sexual -morfológica- como una primera evidencia de la diferenciación humana». (Lamas, 1995, p. 62-65). Esta identidad, también comprende la identidad de género, que ha sido definida como «aquella vivencia interna individual del género, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y el comportamiento» (MIMP, 2016). Es así que este derecho a la identidad, tanto en su aspecto externo como interno, y en lo que respecta a la identidad de género, han sido materia de análisis y protección en el sistema internacional de los derechos humanos, tal como exponemos a continuación.

III. Derecho a la Identidad en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos

El sistema internacional de los derechos humanos está conformado por aquellos grupos de instituciones que forman parte del Derecho Internacional Público, abogados precisamente al seguimiento de las acciones u omisiones de sus Estados miembros, con el objeto de que se respete, garantice, proteja y promueva los de-

(4) Ver <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/tipos-de-derechos-humanos-segun-la-onu>

rechos humanos de todas las personas que viven bajo dichas jurisdicciones. Para efectos prácticos del presente artículo nos centraremos en tres áreas del sistema internacional, en los cuales se ha amparado el derecho de identidad de género relacionándolo con otros derechos humanos; es así que, en primer lugar, el Sistema Universal de los Derechos Humanos, es decir, aquellas que dependen directamente de la Organización de las Naciones Unidas. Luego, nos referiremos a las experiencias en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, y, finalmente a nuestra área regional, me refiero al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

a) Derecho a la identidad en el Sistema Universal de los Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos, como órgano de las Naciones Unidas que vela por la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que formula observaciones al cumplimiento de los derechos humanos en los Estados parte de este pacto (ONU, 2020)⁽⁵⁾, concluyó en el caso *G. Vs. Australia*, que la identidad de género es una categoría cubierta por el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos, 2017)⁽⁶⁾. Asimismo, este comité ha observado al Estado Peruano respecto al reconocimiento legal que requiere el derecho a la identidad de género, así señala que: «el Estado deberá declarar clara y oficialmente que no tolerará ninguna forma de estigmatización social de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad, ni la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género» (Comité de Derechos Humanos, 2013)⁽⁷⁾.

De otro lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a su vez vela por el cumplimiento del Pacto Internacional con el mismo nombre, ha concluido en su Observación General N.º 20, que la identidad de género debe entenderse

(5) En <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>

(6) Comité de Derechos Humanos. Comunicación N.º 2172/2012 (CCPR/C/119/D/2172/2012). 15 de junio de 2017, párr. 7.2. El artículo 17 del PIDCP señala que: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques». En: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_SAR_8304_S.pdf

(7) Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Perú (CCPR/C/PER/CO/5) (2013), párr. 8. En: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG-1d%2FPPRiCAqhKb7yhsg3%2FP07L6ZZiTIIfqu6cHLZHXLsvAJ7%2FJ5XTVDGh%2BRW-p8Uj67CrRsKtjBP2sKGyYtFNOi1jRDd0DAsPH69DoFWOF5odbm7dVAiGBZUHR6ohv>

dentro de la expresión «cualquier otra condición social» del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC, 2009)⁽⁸⁾.

En esa misma línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha explicado en las Recomendaciones Generales N.º 27 y N.º 28, que la orientación sexual y la identidad de género deben ser consideradas por los Estados miembros como categorías de discriminación⁽⁹⁾. Es pertinente rescatar los denominados Principios de Yogyakarta, sobre Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, cuyo principio nro. 18 indica: «La orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberían ser tratadas, curadas o suprimidas» (ONU, 2006)⁽¹⁰⁾.

De esta manera, se advierte que diferentes organismos del sistema universal vienen reconociendo a la identidad de género como un motivo factual por el cual se ejerce discriminación, por ende, el principio de no discriminación nos permite concluir la existencia y vigencia de un derecho a la identidad de género, que si bien es cierto no es especificada como tal en el sistema universal, si ha sido desarrollada en los sistemas regionales, el que al mismo tiempo importa en la generación de una obligación de los Estados de proscribir todo tipo de discriminación basada en tal situación.

b) El derecho a la identidad en el sistema europeo de derechos humanos

En este sistema regional, encontramos la sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2002, en el caso *Goodwin vs. Reino Unido*, donde se supera el argumento de la falta de consenso favorable al reconocimiento de las cirugías genitales, y, considerando una interpretación evolutiva del Convenio Europeo, se establece que la protección de la esfera individual de la persona, incluido

(8) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (E/C.12/GC/20). 2 de julio de 2009, párr. 32. El artículo 2.2 del PIDESC señala que: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Tomado de <https://www.right-to-education.org/es/resource/observacion-general-n-20-la-no-discriminacion-y-los-derechos-economicos-sociales-y>

(9) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N.º 28: Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW/C/GC/28). 16 de diciembre de 2010, párr. 18. Tomado de <https://www.right-to-education.org/es/resource/cedaw-recomendacion-general-28>

(10) Ver <https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>

el derecho a determinar su identidad como ser humano, forma parte del derecho a la vida privada (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002)⁽¹¹⁾. Asimismo, el Tribunal Europeo, en los casos *Y.Y. vs. Turquía y A.P., Garçon y Nicot vs. Francia*, analizó la vulneración del derecho a la vida privada, dado que los Estados demandados exigían cirugías genitales como forma de acreditación de haber pasado por un proceso de esterilización, el que no permitiría la procreación (Zelada, 2017). Es así que, destacamos que el Tribunal Europeo considera que la construcción de la identidad sexual de las personas es consecuencia de un acto que se desarrolla en la esfera privada, analizando esta identidad sexual bajo el enfoque del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, el derecho a un juicio justo y el derecho a no ser discriminado.

c) El derecho a la identidad en el sistema interamericano de derechos humanos

En el sistema interamericano de derechos humanos, comprendido por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sus respectivas relatorías, se ha amparado el derecho a la identidad principalmente en las sentencias recaídas en los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, y *Duque vs. Colombia*; asimismo, es sumamente relevante la Opinión Consultiva N.º 24 de la Corte, documentos que pasamos a detallar.

En primer lugar, en la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, del año 2012, la Corte estableció por primera vez en su historia que la orientación sexual y la identidad de género constituían categorías especialmente protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciéndola dentro de los alcances del principio de no discriminación. En este caso, la Corte se pronuncia respecto de la privación de la tenencia de las hijas de una mujer lesbiana debido a su orientación sexual, lo cual consideró como un hecho de discriminación en los siguientes términos:

«Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término «otra condición social» para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas ... la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son

(11) TEDH. *Goodwin vs. Reino Unido*, párr. 90. En: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1899&RootFolder=*

categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual» (CIDH, 2012)⁽¹²⁾. Luego, en el año 2016, la Corte Interamericana se reafirma al emitir la sentencia del caso *Duque vs. Colombia*, en donde se analizó la posibilidad de brindar derechos pensionarios a una pareja del mismo sexo, concluyendo que:

«La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. En ese sentido, el instrumento interamericano proscribía la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana» (CIDH, 2020)⁽¹³⁾.

Después, tenemos la Opinión Consultiva N.º 24, del año 2017, la que constituye un histórico hito en el reconocimiento de la Identidad de género, y la igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, siendo la primera oportunidad en la que la Corte Interamericana establece que los Estados miembros tienen la obligación de reconocer el nombre y la identidad de género. Aquí, la Corte ha reconocido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la identi-

(12) Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N.º 239, párrs. 85 y 91. El artículo 1.1 de la Convención Americana señala que: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

(13) Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C N.º 310. párrs. 104 y 105. En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

dad, tratándolo como un derecho complejo que comprende a otros derechos. Asimismo, se establece que el derecho a la identidad está relacionado estrechamente con los derechos a la dignidad, a la vida y al principio de autonomía. En ese sentido, la Corte ha establecido que el «reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal, es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 ... También se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada», sin que deba estar sujeta a su genitalidad; sino que son más bien «rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada ... Ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017)⁽¹⁴⁾.

Es en esta opinión consultiva, en donde la Corte afirma que los derechos humanos se deben interpretar bajo un enfoque progresivo, atendiendo a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, siguiendo la línea trazada en las sentencias de los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, la Corte reafirma que los motivos de prohibición de discriminación del artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado cerrado, por lo que el término «cualquier otra condición social», comprende a la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, prohibiendo toda practica discriminatoria en los Estados miembros. Aunado, en el párrafo 32, la Corte establece conceptos para términos relacionados al género y su relevancia

(14) Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, párr. 92 al 95 - 101. En: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

legal, tales como género, sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, persona trans, homofobia, cisgeneridad, LGBTI, entre otros, lo cual constituye un referente en el abordaje de los asuntos de género por parte de un tribunal internacional de protección de derechos humanos. Cabe precisar que se define a la persona transgénero o trans, a aquella:

«Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual» (CIDH, 2017, p. 15)

En este punto quiero resaltar otros dos aspectos de la Opinión Consultiva N.º 24 que guardan relación con el presente artículo académico, el derecho a la identidad de género que es abordado por la Corte en relación al reconocimiento de personalidad jurídica y el derecho al nombre, y, la justificación que la misma Corte realiza al establecer el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto percibida.

Así, la Corte ha identificado que el derecho a la personalidad jurídica se encuentra protegido en el artículo 3 de la Convención Americana, estableciendo que este derecho importa en tanto fundamenta la existencia efectiva de un sujeto titular de derechos, permitiendo ejercerlos ante la sociedad y el Estado; en el sentido contrario, se dicta que, si se negase el reconocimiento de la personalidad jurídica, se estaría lesionando la dignidad humana y por ende la condición de sujeto de derechos. Ahora, respecto a la identidad de género y la personalidad jurídica, la Corte afirma que estas dos se relacionan en cuanto se refieren a la capacidad de una persona de poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, incluyendo lo que respecta su orientación sexual, identidad y expresión de género. Es así que entra a tallar el derecho al nombre, el cual es la manifestación de la individualidad, por lo que el respeto a estos tres derechos humanos se hacen efectivos cuando una persona define de manera autónoma su propia identidad sexual y de género, y el Estado garantiza que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en sus registros y documentos de identidad,

permitiéndose por ende, la posibilidad de modificarlas cuando estos datos no concuerden con dicha identidad de género.

En lo que respecta al procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto percibida, la Corte ha establecido que cada Estado deberá decidir el procedimiento judicial o administrativo más adecuado que garantice dicha modificación en sus registros y documentos de identidad, sin embargo, si se recomienda establecer procedimientos administrativos o notariales dado que son los que mejor se ajustan a estos requisitos obligatorios: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones medicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Ante ello, nos corresponde analizar si la normativa interna peruana protege el derecho a la identidad de género conforme ya lo ha establecido el sistema internacional de los derechos humanos.

d) Marco jurídico que regula el derecho a la identidad de género en el Perú

El marco normativo peruano que regula el derecho a la identidad de género en el Perú es relativamente reciente, teniendo como escalafón más alto el referido a la Sentencia N.º 06040-2015-PA/TC, caso Romero Saldarriaga, expedida por el Tribunal Constitucional, a través de la cual se apartó del criterio establecido por el mismo Tribunal, pero con otros miembros, en la Sentencia N.º 00139-2013-PA/TC. Así, la decisión primigenia establecía que el sexo era un elemento inmutable y que por tanto no cabe su modificación en los documentos de identidad. Además, consideró que cualquier persona que se considerase de un sexo diferente al cual fue inscrito al nacer, debería ser considerado como un trastorno y/o patología; en otras palabras, consideraba que las personas transgénero sufrían dicho trastorno o enfermedad. Este criterio negacionista de la existencia de un género y una identidad de género, fue radicalmente sustituida por el actual Tribunal Constitucional, entre cuyos miembros encontramos a la jueza Marianella Ledesma Narváez, en donde se garantiza el derecho de acceso a la justicia de las personas transgénero referente a la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, precisando que es el Poder Judicial aquel que tiene competencia y jurisdicción para tutelar el derecho a

la identidad y a la personalidad jurídica de las personas trans, a través de un proceso judicial sumarísimo (Zelada, 2017), ello en concordancia con el marco normativo internacional antes expuesto. Asimismo, se reconoce expresamente que existe un derecho a la Identidad de Género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la Identidad Personal (Rodríguez, 2018).

Así también, el Tribunal analiza correctamente la situación de las personas trans, descartando toda concepción que situaba el transexualismo como una enfermedad, más aún si la misma Organización Mundial de la Salud ha descartado el transexualismo de trastornos mentales de su Clasificación Internacional de Enfermedades, desde junio de 2018. Asimismo, el Tribunal reconoció que el sexo y el derecho a la identidad no son de forma alguna un componente exclusivamente estático y relacionado solamente a la genitalidad, sino que por el contrario es cambiante y construido además con realidades culturales, sociales e interpersonales, identificando dicho error conceptual como la causal de errores en la labor interpretativa de los jueces al momento de resolver solicitudes de cambio de sexo y nombre demandadas por las personas trans. De otro lado, el Tribunal acertadamente establece que la modificación del sexo de una persona en el registro civil y en los documentos de identidad no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral y no afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal (Rodríguez, 2018).

No obstante, el precedente establecido por el Tribunal Constitucional, a la fecha aún no se cuenta con un criterio judicial uniforme, tal como se expone en el Informe Los estándares internacionales para el reconocimiento de las identidades trans*. Así, se advierte que en los procesos judiciales de cambio de nombre existe aún una incertidumbre probatoria, referida a que las personas trans no tienen claro que documentos probatorios deben presentar, ni tampoco los jueces que conoce estos casos tienen certeza de lo que el derecho exige, que a la fecha del estudio se presentaban como medios de prueba una serie de certificados médico-físico y psicológico-psiquiátrico, buscando acreditar que la persona trans demandante se ha realizado una reasignación genital quirúrgica y que padecería de un trastorno psiquiátrico. Aunado, este estudio ha evidenciado que en los procesos de cambio de nombre de solicitantes cisgénero, se verifica que la sola declaración de los demandantes resulta suficiente para que los magistrados amparen la demanda; sin embargo, en los casos incoados por personas trans, los juzgados han fijado un estándar probatorio que exige a estas personas probar con sus cuerpos su pertenencia al sexo requerido, inclusive en casos en los que solamente solicitan el reconocimiento de su nombre social, lo que el informe denomina una cisgeneridad privilegiada, lo cual podría ser considerado como un trato discriminatorio en

lugar de ser diferenciado (Zelada, 2017). Ante estos hechos, se advierte que aún se requiere implementar y aplicar la decisión del Tribunal Constitucional en el caso Romero Saldarriaga, dado que aún se vienen emitiendo sentencias judiciales en los procesos por cambio de nombre y sexo, de personas trans, alejándose del criterio constitucional establecido por este Tribunal, motivo por el cual es también importante que la Corte Suprema se pronuncie al respecto, estableciendo criterios adecuados y bajo un control de convencionalidad, para generar certeza y certidumbre tanto para las personas trans que incoen estos procesos, como para los jueces y juezas que resolverán dichos pedidos. No obstante, ello, conviene recordar que en la Opinión Consultiva N.º 24 de la Corte IDH, se recomienda implementar procesos administrativos y notariales para mejor proteger los derechos a la identidad de género, nombre y personalidad jurídica de las personas transgénero, lo cual ya ha sido implementado por diversos Estados Latinoamericanos.

V. La experiencia latinoamericana en el reconocimiento del Derecho a la Identidad de Género

Tenemos el caso de Uruguay, en donde se emitió una la Ley que reconoce el derecho a la identidad de género y al reconocimiento de nombre y sexo en documentos identificatorios (Ley N.º 18620 del año 2009), derogada por la Ley N.º 19684 (Ley Integral para Personas Trans). Luego, en Argentina, se tiene la Ley de Identidad de Género (Ley 26743 del año 2012). Después, en Colombia se ha emitido el Decreto N.º 1227 del año 2015, mediante el cual se agrega una sección al Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. De otro lado, en Bolivia se ha emitido la Ley N.º 807 del año 2016, Ley de identidad de género. En Ecuador se han modificado los artículos 76 y 94 de la Ley Orgánica de Gestión de la identidad y Datos Civiles (MINJUS, 2019).

VI. Alcances de una ley de identidad de género en el Perú

Como hemos expuesto, en nuestro país, no se cuenta con un procedimiento administrativo que permita a las personas trans la actualización de sus datos, nombre y sexo, ante el RENIEC, motivo de ello, estas personas han venido recurriendo a procesos judiciales atendiendo al artículo 29 del Código Civil⁽¹⁵⁾, procesos en

(15) Artículo 29 del Código Civil: Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita. En: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

donde el Procurador Público del RENIEC se opone y formula recursos ante demandas amparadas, contraviniendo lo establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Romero Saldarriaga (Rodríguez, 2018). Frente a esta circunstancia que confronta directamente no solo con el precedente constitucional sino también con la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, consideramos adecuado la necesidad de contar con una Ley de Identidad de Género a través de un Decreto Supremo, mediante el cual se reconozca expresamente el derecho a la identidad de género de las personas trans, y que, a fin de proteger este derecho y amparado en un control de convencionalidad, el Poder Ejecutivo modifique el Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 015-98-PCM, en razón a que el sentido del artículo 29 del Código Civil regula solamente el cambio de nombre, no establece ninguna certeza en la decisión judicial y resultaría discriminatorio aplicar este criterio para casos de las personas trans, en donde finalmente la demanda judicial tiene como objeto el reconocimiento no solamente de un nombre, sino que se busca el reconocimiento de la nueva identidad de la persona trans mediante el proceso de identificación estatal, esta falta de certeza y la aplicación inadecuada del art. 29 del Código Civil ha traído consigo que las decisiones judiciales impongan mayores cargas probatorias a las personas trans cuando recurren a estos procesos judiciales en busca del reconocimiento a su identidad. Esta propuesta ha sido evaluada y expuesta por la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional contra la Discriminación, adscrita al Ministerio de Justicia, en su Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú, del año 2019.

Cuando las autoridades exigen a las personas trans tramitar el cambio de su DNI a través de un proceso judicial, están vulnerando su derecho a la identidad, dado que el Código Civil no exige que las personas trans tengan que realizar un proceso judicial para tal efecto. Por lo tanto, dado que el supuesto de hecho no está regulado en ningún instrumento normativo, y debido a que la situación de las personas trans no ha sido considerada aún por el legislador peruano, es necesario que el Poder Ejecutivo reglamente un procedimiento especial para el reconocimiento de la identidad de personas trans, siendo que ello no contradice en absoluto lo contenido en el Código Civil ... CONACOD considera que la decisión del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 06040-2015-PA/TC no es incompatible con la instauración de un procedimiento administrativo de rectificación de datos del DNI que debe permitir acceso en igualdad de condiciones a todas las personas trans, sin necesidad de esperar la promulgación de una ley. Esta conclusión se desprende de las competencias constitucionales que habilitan a RENIEC a emitir el DNI como garantía del derecho a la identidad de todas las personas sin distinción de género (MINJUS, 2019, p. 29).

VII. Conclusiones

Es necesario finalizar este trabajo haciendo hincapié en que el presente artículo busca informar y analizar la situación legal de las personas transgénero en el Perú, fomentando el debate jurídico y la búsqueda de soluciones conforme el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional peruano, por tanto, se necesita una investigación más extensa que desarrolle las ideas planteadas. Así, a manera de colofón, comparto tres ítems como conclusiones que espero permitan brindar una luz sobre este asunto de relevancia actual surgido en esta circunstancia de pandemia global por el COVID 19.

Primero, tanto el sistema internacional de los derechos humanos como la normativa constitucional peruana, amparan el derecho a la identidad de género, entendiéndola como una interpretación evolutiva de los derechos humanos, y en relación con otros derechos como el derecho al nombre y a la personalidad jurídica, que de no ser respetados ni garantizados por los Estados, se estaría violentando el principio de no discriminación contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú.

Segundo, es correcto afirmar que a la fecha no existe un criterio uniforme en el sistema judicial peruano, que proteja efectivamente el derecho a la identidad de género de las personas trans, lo cual deviene en una serie de vacíos e incertidumbres al momento de resolver las demandas de cambio de nombre y sexo. Por ello, se requiere desterrar conceptos arcaicos como el considerar a la transgeneridad como una patología psiquiátrica y relacionada únicamente a la genitalidad, expresado cuando determinados jueces requieren exámenes psiquiátricos y certificados de alteraciones quirúrgicas de los órganos sexuales de las personas trans demandantes; para lograr entender esta interpretación de los derechos fundamentales se necesita no solo un pronunciamiento de la Corte Suprema del Poder Judicial, sino también una socialización de información en el sistema de justicia, tanto de la Sentencia N.º 06040-2015-PA/TC, caso Romero Saldarriaga, emitida por el Tribunal Constitucional, como de la Opinión Consultiva N.º 24 y las sentencias de los casos Atala Riffo y niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tercero, el Estado Peruano en cumplimiento de los principios de buena fe y «pacta sunt servanda», conforme los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se encuentra en la obligación de cumplir con los términos que el Sistema Internacional de Derechos Humanos requiere para la efectiva protección del derecho a la identidad de género de las personas trans. Para ello se necesita una Ley de Identidad de Género que permita a estas personas acceder

a un eficaz proceso de identificación en el RENIEC, en donde se garantice el reconocimiento de su identidad y por ende de sus derechos humanos, evitando futuros nuevos casos de discriminación y violencia, como los ocurridos los ocho días del pico y género, ordenado por el Decreto Supremo N.º 057-2020-PCM durante el estado de emergencia nacional por motivo del COVID-19. Finalmente, llamo a la reflexión sobre este tópico con esta cita tomada de una obra literaria que abordar los retos legales y sociales de una persona en el Perú.

«Tenemos que ser inclusivos», aseguran algunos; «no podemos ir en contra de lo establecido por Dios», defienden otros. Pero quién puede definir lo que es y no es, lo malo o bueno. La sociedad delimita, pero, ¿puedo acaso saltar esas barreras?, ¿decidir no pertenecer ni a uno ni a otro? Me dijeron que tengo derechos, que debo de luchar por ellos, así que no pienso rendirme. Mientras debatan si puedo encajar en esta sociedad y vivir sin limitaciones, mientras tanto, seré ARAMY» (Salazar, 2016).

VIII. Lista de referencias

- COMISIÓN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN-MINJUS, & GRÁNDEZ CASTRO, P. (2019, enero). *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú* (2). En https://observatoriodechoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/Informe_CONACOD_Identidad_de_G%C3%A9nero.pdf
- DEMUS, & ZELADA, C. (2017, noviembre). *Los estándares internacionales para el reconocimiento de las identidades trans**. En: <https://up-pe.academia.edu/CarlosJZelada>
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1999). *Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual*. JA - IV.
- LAMAS, M. (1995). *Cuerpo e identidad*. En Género e Identidad. Aragón, León y Viveros, (Comp). 63. Bogotá: TM editores, Uniandes, UN Facultad de Ciencias Humanas.
- RODRÍGUEZ CAMPOS, R. (2018). *La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos: avances, retrocesos y desafíos (2014-2018)*. *persona y familia*, 7(2018), 165-187. En: <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1256>
- SALAZAR, J. (2016). *Aramy, intimidad despojada en busca del derecho a la identidad* (Vol.1). Lima, Perú: GRIJLEY.
- SIVERINO BAVIO, P. (2016, octubre). *Propuesta para una ley de Identidad de Género peruana*. *Derecho & Sociedad*, 47 (2016). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/>

Derecho Administrativo



La nueva normalidad en las contrataciones del estado: análisis sobre la aplicación de la normatividad de contrataciones públicas en los tiempos de pandemia

The new normality in government procurement: analysis on the application of public procurement regulations in pandemic times

ZAMBRANO NAVARRO, Kathia Aurora(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Régimen general de las contrataciones públicas en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento. III. Fases de las contrataciones y métodos de contratación IV. ¿Cómo contrató el Estado durante el estado de emergencia? V. Marco normativo y problemas concretos de la reactivación de las contrataciones públicas. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: Este artículo parte de un análisis respecto de la finalidad de las contrataciones públicas como parte del Sistema Nacional de Abastecimiento; así también, brevemente, se desarrolla las fases de las contrataciones y

(*) Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría en Gestión Pública por la Universidad San Martín de Porres, con experiencia profesional y especialización en Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado y Arbitraje en Contrataciones con el Estado.

sus principales actores, quienes están obligados a realizar sus funciones en el marco de una gestión por resultados y cumpliendo los principios que regula la normatividad aplicable. En base a ello, se analiza el impacto del COVID 19 en las contrataciones públicas, la modalidad de contratación utilizada por las Entidades a fin de satisfacer las necesidades estrictamente necesarias durante el estado de emergencia y asilamiento social obligatorio; y, finalmente se reflexiona sobre las principales medidas de la reactivación de los procedimientos de selección, de la ejecución contractual y el inicio o reinicio de la ejecución y consultoría de obras respetando los protocolos y normas sanitarias emitidas en razón del COVID 19.

Palabras Clave: Fases de las contrataciones del Estado, finalidad pública, contratación directa, procedimientos de selección, ampliación extraordinaria de plazo, ejecución y consultoría de obras, COVID 19.

Abstract: *This article starts from an analysis regarding the purpose of public procurement as part of the National Supply System; likewise, briefly, the contracting phases and their main actors are developed, who are obliged to carry out their functions within the framework of results-based management and complying with the principles that regulate the applicable regulations. Based on this, the impact of COVID 19 on public contracting is analyzed, the contracting modality used by the Entities in order to satisfy the strictly necessary needs during the state of emergency and compulsory social isolation; and, finally, the main measures of the reactivation of the selection procedures, the contractual execution and the start or restart of the execution and consultancy of works respecting the protocols and sanitary regulations issued by reason of the COVID 19 are reflected.*

Keywords: *Phases of State contracting, public purpose, direct contracting, selection procedures, extraordinary extension of term, execution and works consulting, COVID 19.*

I. Introducción

Al analizar las contrataciones públicas desde la óptica del derecho administrativo, se nos revela que estas son realizadas por el Estado con el propósito de cumplir sus funciones y acorde con políticas públicas definidas a largo plazo; así, toda compra que realizan las entidades no importan en sí mismas, sino que su relevancia está en que el uso de los recursos estatales se utiliza para «alcanzar las tareas públicas en diversos sectores como infraestructura, seguridad, educación, salud, saneamiento o minería. Con ese fin, las entidades adquieren bienes y servicios, crean infraestructura y se valen de colaboradores privados para que asumen cometidos públicos. En conjunto, la intervención de las entidades con sus relaciones contractuales, tiene

un alto impacto en el desarrollo de la economía del país, pues a través de ellos se busca satisfacer las necesidades de la población, se dinamiza el tráfico comercial, se genera empleo y se incide directamente en el producto bruto interno del país» (Moron Urbina & Aguilera B., 2019)

Ergo, resulta de gran trascendencia toda afectación al normal desarrollo de las contrataciones públicas; y dado que la declaratoria de estado de emergencia ocasionó la suspensión de la gran mayoría de contrataciones, tal circunstancia así como su actual reactivación y la forma en que se contrató durante el estado de emergencia, son materia de análisis en este artículo, procurándose aportar tanto a las Entidades como a los proveedores a asumir la responsabilidad que corresponda para lograr satisfacer las variadas y constantes necesidades del Estado, así también se busca contribuir a la comprensión de la finalidad, fases y modalidades de las contrataciones estatales reguladas en el régimen general.

Por ello, es menester de este artículo, centrarnos en el impacto del COVID 19 respecto de las contrataciones públicas del régimen general; es decir, de aquellas comprendidas dentro del ámbito de aplicación del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado⁽¹⁾, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF⁽²⁾ (vigente desde el 30 de enero de 2019) en adelante el Reglamento, así como directivas y opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE⁽³⁾, que denominaremos genéricamente normativa de contrataciones⁽⁴⁾.

- (1) El TUO de la Ley fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, y comprende al texto de la Ley N.º 30225 (vigente desde el 09 de enero de 2016) modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341 (vigente desde el 03 de abril de 2017) y por el Decreto Legislativo N.º 1444 (vigente desde el 30 de enero de 2019)
- (2) El Reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y modificado por el Decreto Supremo N.º 377-2019-EF (vigente desde el 14 de diciembre de 2019), reemplaza al Decreto Supremo N.º 350-2015-EF modificado por el Decreto Supremo N.º 56-2017-EF.
- (3) Organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) encargado de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, promoviendo las mejores prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones.
- (4) De conformidad con lo indicado en el numeral 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC, la Ley de Contrataciones del Estado conjuntamente con el Reglamento y las demás normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado (2004).

II. Régimen general de las contrataciones públicas en el marco del sistema nacional de abastecimiento

El Perú, procurando su modernización⁽⁵⁾ y el cumplimiento de su función administrativa, ha puesto especial interés en el desarrollo de los sistemas administrativos, cuya finalidad es regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública promoviendo la eficacia y eficiencia (Ley N.º 29158, 2007) así, el Sistema Nacional de Abastecimiento⁽⁶⁾ busca asegurar que las actividades de la cadena de abastecimiento público se ejecuten de manera eficiente y eficaz, promoviendo una gestión Inter operativa, articulada e integrada, bajo el enfoque de gestión por resultados (Decreto Legislativo N.º 1439, 2018) Cabe agregar que la cadena de abastecimiento público contempla, entre otras actividades, la gestión de adquisiciones y administración de bienes, servicios y ejecución de obras para el cumplimiento de la provisión de servicios y logro de resultados en las entidades del sector público (Decreto Legislativo N.º 1439, 2018)

Teniendo presente que el Estado adquiere bienes, servicios y ejecuta obras para cumplir con su función administrativa, también debemos tener en cuenta que las contrataciones que se realizan no se limitan a la satisfacción de una necesidad propia de cada entidad, sino que existe un fin mayor que trasciende a la compra, lo que constituye la finalidad pública, por medio de la cual el Estado –a través de las entidades– busca satisfacer las necesidades de la sociedad (Hernández Diez, 2015), lo que encuentra respaldo jurídico en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución; justamente, en razón de ello, la normativa de contrataciones, busca maximizar el valor del dinero para lograr contrataciones oportunas y bajo las mejores condiciones de calidad y precio en el marco de un conjunto de principios previstos en el propio texto normativo incorporando la gestión por resultados y la repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos (Hernández Diez, 2015) Precisándose que, la gestión por resultados implica la evaluación de la compra en función de su contribución a las metas institucionales (Zapico Goñi, 2003); lo que conlleva la priorización del logro de los objetivos estratégicos generales y específicos en el proceso de gestión de los recursos públicos y la evaluación de los resultados se guía, en general, por criterios de eficacia, eficiencia, economía y calidad de la intervención del Estado (CLAD-BID, Albert Serra, 2007)

(5) Un hito en la modernización del Estado peruano es la promulgación de la Ley N.º 27658 - Ley de Modernización del Estado (enero de 2002)

(6) Actualmente regulado por el Decreto Legislativo N.º 1439 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 217-2019-EF.

En tal sentido, la finalidad de la Ley es establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos Decreto Supremo N.º 82-2019-EF, 2019. De ello se evidencia la finalidad pública en las compras estatales, de manera que lo trascendente e importante sea el cumplimiento del objetivo y la utilidad de la contratación y no el procedimiento mismo (Hernández Diez, 2015)

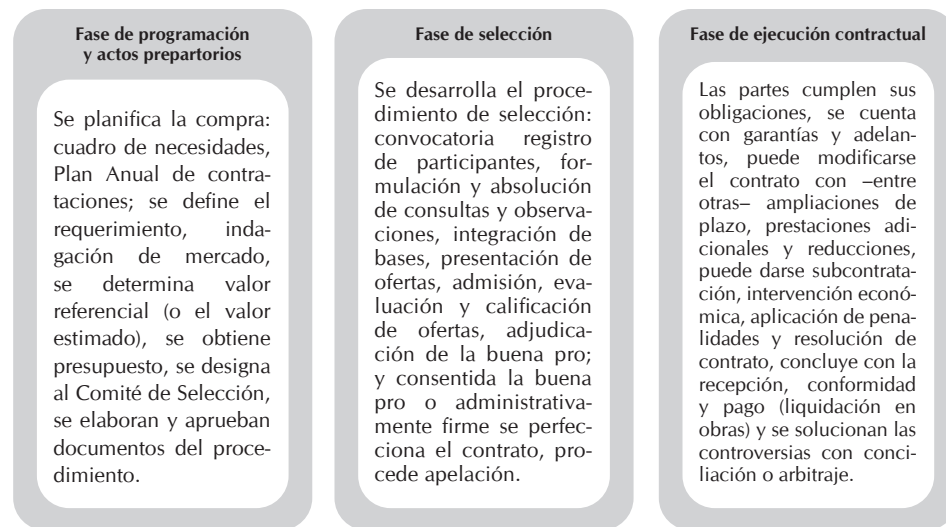
Asimismo, debemos tener presente que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene se fundamenta en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal, así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú (OSCE, 2018) considerándose éstos como directrices para la compra pública dado que sirven de criterios interpretativos e integradores y sobre todo como parámetros para las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones (OSCE, 2016); siendo los principios desarrollados por la normativa de contrataciones el de libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental, equidad e integridad.

III. Fases de las contrataciones y métodos de contratación

Independientemente de la estructura orgánica de cada Entidad, existen actores principales, dentro de las Entidades, que intervienen activamente en la gestión de las contrataciones; siendo éstos: i) el titular de la Entidad como máxima autoridad ejecutiva, responsable de la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación; ii) el área usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, y por ello participa en la planificación de las contrataciones, y verifica técnicamente las contrataciones efectuadas, para su conformidad; iii) el órgano encargado de las contrataciones, que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos; y, iv) el Comité de Selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación (Decreto Supremo N.º No debemos olvidar además a los privados (parte del mercado) cocontratantes del Estado.

Lo indicado resulta relevante, toda vez que son justamente dichos funcionarios, dependencias y órganos quienes organizan y realizan las contrataciones públicas en respeto de lo previsto por la normativa para cada fase de la contratación, que corresponden a: i) fase de programación y actos preparatorios, ii) fase de selección; y, iii) fase de ejecución contractual (OSCE, 2019); cada una de éstas se encuentra compuesta por determinadas actividades, las que –en resumen– se grafican a continuación:

Gráfico 1
Fases de las contrataciones



En relación con la fase de selección, recordemos que en el Perú rige el principio de licitar los contratos públicos, encontrándose su sustento jurídico en el artículo 76 de la Constitución, en el que se prescribe que el Estado debe contratar previo desarrollo de los procedimientos selectivos de licitación y concurso público, optándose por elegir a su cocontratante mediando la aplicación de un procedimiento especial, demandando la participación de ofertantes de forma amplia por lo regular, o restringida excepcionalmente, compitiendo en ambos casos entre sí de acuerdo con las condiciones preestablecidas (Mandujano Rubin, 2018); es decir, el Estado contrata mediante procedimientos selectivos que aseguren la participación de los particulares interesados, en abierta competencia, con eficiencia y economía, protegiendo los recursos estatales, y con efectivo control; por ello, este principio al igual que el de transparencia, construye el Derecho común de la contratación pública (Mandujano Rubin, 2018)

En tal sentido, la normativa prevé como **métodos de contratación** los procedimientos de selección, y el método especial de contratación a través de los catálogos de Acuerdo Marco. Dentro de los procedimientos de selección tenemos a la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, la selección de consultores individuales, la comparación de precios, la subasta inversa electrónica y la contratación directa; los procedimientos de selección se determinan en razón de la naturaleza de lo que se comprará (bienes, servicios u obras) y al monto de la contratación; y, las contrataciones directas proceden únicamente para determinados supuestos regulados por la norma (*númerus clausus* determinado en el artículo 27 de la Ley)

IV. ¿Cómo contrató el estado durante el estado de emergencia?

Conocido es, que el presente año 2020, el mundo sufre por el brote de enfermedad por coronavirus (COVID 19); virus que fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019 (Organización Mundial de la Salud - OMS, 2020) y cuyo vertiginoso contagio generó no solamente que la OMS la declare como pandemia sino que las economías mundiales se vieran severamente afectadas además de las irreparables pérdidas humanas; este panorama no excluye a nuestra realidad; sino que, la llegada del COVID 19 al Perú obligó al gobierno a la adopción de medidas encaminadas a evitar la propagación del virus, circunstancia que afectó nuestra economía e impactó en las contrataciones e inversión del estado en diferentes sectores.

En tal contexto, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM⁽⁷⁾ se declara el estado de emergencia nacional y aislamiento social obligatorio, así también se declaró emergencia sanitaria por 90 días prevista en el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA prorrogado por el Decreto Supremo N.º 020-2020-SA; cabe precisar que, en el mismo sentido cada sector y nivel de gobierno emitió disposiciones para –en el marco de sus competencias– establecer medidas para contener la propagación del COVID 19.

Como es evidente, las disposiciones normativas antes citadas obligaron a la paralización de la mayoría de actividades económicas en el país; y, el sector público no fue la excepción; tan es así que, en concordancia con lo previsto por el Decreto de Urgencia 26-2020-PCM, el 17 de marzo de 2020 mediante Resolución Directoral N.º 001-2020-EF.54.01⁽⁸⁾ la Dirección General de Abastecimiento Público (ente rector del Sistema Administrativo de

(7) Norma precisada por Decreto Supremo N.º 045-2020-PCM, N.º 046-2020-PCM, N.º 051-2020-PCM, N.º 053-2020-PCM, N.º 057-2020-PCM, N.º 058-2020-PCM, N.º 061-2020-PCM, 063-2020-PCM y 068-2020-PCM; y, prorrogada por los Decretos Supremos 051-2020-PCM, 64-2020-PCM, 75-2020-PCM, 83-2020-PCM y 94-2020-PCM.

(8) Los efectos de esta norma se prorrogaron mediante las Resoluciones Directorales N.º 002-2020-EF.54.01, N.º 003-2020-EF.54.01, 004-2020-EF.54.01 y 005-2020-EF.54.01

Abastecimiento) dispuso la suspensión, a partir del 16 de marzo de 2020, de la convocatoria de procedimientos de selección, del cómputo de los plazos de los procedimientos de selección convocados con anterioridad al 16 de marzo, así como del cómputo de plazos para el perfeccionamiento de los contratos que debieran suscribirse después del 16 de marzo. Por otro lado, el cumplimiento del marco normativo relacionado con el COVID 19, especialmente el aislamiento social obligatorio, provocó la suspensión masiva de los contratos en fase de ejecución contractual; y, la paralización de las actividades administrativas de las Entidades, consecuentemente también se suspendieron los actos relacionados con la fase de programación y actos preparatorios.

No obstante, lo indicado, se estableció que aquellas disposiciones de suspensión de compras públicas, no aplicaban a aquellas contrataciones relacionados con la obligación de garantizar lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM; es decir, las administraciones públicas no pudieron realizar contrataciones de forma normal y la gran mayoría de éstas se suspendieron sin importar la fase en que se encontraban, no obstante, no paralizaron por completo las contrataciones del Estado; nótese al respecto que durante el estado de emergencia los distintos niveles de gobierno siguieron realizando compras, no solamente aquellas generadas por la pandemia como mascarillas, guantes, pruebas de descarte de COVID 19, jabón, alcohol en gel, bolsas para cadáveres, productos de primera necesidad de la canasta básica familiar distribuida por los gobiernos locales⁽⁹⁾, los servicios de desinfección, entre otros; sino que también se realizó contrataciones indispensables para el funcionamiento de las entidades verbigracia vigilancia, alquiler de local, insumos médicos en hospitales, combustible para los patrulleros y ambulancias, recojo de residuos sólidos, entre otras compras consideradas como estrictamente necesarias.

De lo indicado, se colige que durante el estado de emergencia y aislamiento social obligatorio no fue posible realizar nuevas convocatorias -a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado —SEACE⁽¹⁰⁾—; pero ello, no impidió que las Entidades realizaran diversas contrataciones, entendidas como estrictamente necesarias. Entonces, ¿cómo contrató el Estado? Pues bien, además de las compras menores a 8 Unidades Impositivas Tributarias -UIT⁽¹¹⁾ las Entidades utilizaron el método de contratación directa.

(9) En cumplimiento de lo regulado por el Decreto de Urgencia N.º 03-2020.

(10) Sistema de uso obligatorio por parte de las Entidades, quienes deben registrar, dentro del plazo de Ley, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados (Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, 2018).

(11) Según el artículo 5 de la Ley, esta contratación constituye un supuesto excluido de su ámbito de aplicación, pero bajo supervisión de OSCE (Decreto Supremo N.º 82 – 2019 – EF, 2019)

Al respecto, como ya se ha indicado, la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad puede requerir contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer una necesidad pública (OSCE, 2019)

En relación con las contrataciones directas, cuyas causales están previstas por el artículo 27 de la Ley, el COVID 19, provocó que las miradas de los titulares de Entidad, áreas usuarias y órganos encargados de las contrataciones viraran hacia la causal de contratación directa por «situación de emergencia»; siendo evidente que no cualquier circunstancia puede ser considerada como emergencia, al respecto, conviene señalar que esta causal prevé cuatro supuestos para su aplicación: i) que derive de acontecimientos catastróficos, ii) situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, iii) situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores; o, iv) emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud (Decreto Supremo N.º 82-2019-2019-EF, 2019)

En tal sentido, delimitaremos nuestro análisis al supuesto de emergencia por acontecimientos catastróficos y al de emergencia sanitaria; sobre éstos, la normativa establece la causal de acontecimientos catastróficos implica aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a una determinada comunidad; y, las emergencias sanitarias son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud, conforme a la ley de la materia (Decreto Supremo N.º 344 – 2018 – EF, 2018)

Así, tal como lo refiere el OSCE en su Comunicado N.º 11-2020: «(...) resulta de utilidad remitirse a lo dispuesto por (...) el Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres PLANAGERD 2014-2021, (...) concordado con el Glosario de Términos del Compendio Estadístico 2018 de INDECI, se concibe como desastres naturales a aquellos de origen hidrológico, meteorológico, geofísico y biológico, incluyendo en esta última categoría a las pestes, epidemias e infecciones. Atendiendo a lo indicado precedentemente, el brote del Coronavirus (COVID-19), calificado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, y que ha justificado que el ente rector en salud declare mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, constituye un acontecimiento catastrófico a los efectos de la normativa de contrataciones del Estado, que habilita la aplicación de la causal de contratación directa por situación de emergencia (...)»

por ello deben respetar los principios de la Ley y publicarse en el SEACE, su base normativa es el Código Civil y, de ser el caso, las Directivas con las que cuente cada Entidad para este tipo de compras.

(OSCE, 2020) Asimismo, y como ya se ha indicado, el Ministerio de Salud (sector competente) declaró el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional por 90 días, prorrogados por 90 días más. Por ello, las administraciones públicas pudieron realizar compras —durante el estado de emergencia y aislamiento social obligatorio— a través de contrataciones directas, método que aun cuando no implica un procedimiento competitivo, encuentra justificación legal y fáctica respecto de las contrataciones necesarias para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido (COVID 19) en la causal de emergencia sanitaria e incluso en la causal de emergencia por acontecimiento catastrófico.

Como se ha indicado, en las contrataciones directas no se realiza un procedimiento de selección competitivo, pero ello de ninguna manera «enerva la obligación de la Entidad de aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actuaciones preparatorias, ni de ejecución contractual» (OSCE, 2019), e incluso de las otras actividades de la fase de selección como el perfeccionamiento del contrato, en tal sentido, una vez producida la causal de contratación directa por situación de emergencia, correspondía a cada Entidad observar las condiciones para su empleo, así como las formalidades para su aprobación; sobre este punto, es necesario tener en cuenta que *Las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas cumplen con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento (...)»* (Decreto Supremo N.º 344 – 2018 – EF, 2018)

Así también —en general— se prohíbe la regularización de las contrataciones; no obstante, en el artículo 101.4 del Reglamento se prevé la salvedad de la regularización para las contrataciones que se realicen en situación de emergencia, obviamente por la naturaleza de la compra, pero con cargo a una inmediata regularización en el plazo de 10 días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o prestación del servicio, esta regularización implica la aprobación de la contratación, su sustento, la realización de actuaciones preparatoria o el registro y publicación en el SEACE; asimismo, el proveedor no debe estar impedido, suspendido ni inhabilitado para contratar con el Estado; y éste puede presentar su oferta por cualquier medio de comunicación escrito o digital.

Hasta este punto, queda claro que —en su mayoría— las contrataciones fueron suspendidas en todas sus fases; no obstante, las Entidades —durante el estado de emergencia y aislamiento social obligatorio— debieron seguir realizando contrataciones estrictamente necesarias, para lo cual se utilizó la contratación directa por causal de emergencia; la nota de alerta respecto de dicha situación correspon-

de primero a la nefasta posibilidad de fraccionamiento⁽¹²⁾ de las contrataciones realizadas; y, también a que las contrataciones directas merecen especial seriedad en su concretización pues no se trata de una carta blanca para comprar a cualquier precio y en condiciones de precio desfavorables a la Entidad, sino que en su realización debe buscarse la satisfacción de la necesidad en las mejores condiciones de calidad y precio en el marco de una gestión por resultados, así también al tratarse de contrataciones por causal de emergencia, éstas pudieron realizarse con cargo a regularizar, realidad que si no es inmediatamente afrontada con responsabilidad, orden e integridad por parte de los funcionarios y servidores de la administración pública afectaría la finalidad y principios de las contrataciones públicas lo que se hace tangible en la poca incidencia del gasto en la vida del ciudadano, por todo ello se hace urgente la fiscalización de las contrataciones así realizadas durante el estado de emergencia.

Cabe aclarar que, además de las contrataciones antes indicadas, en mérito a lo dispuesto en la Resolución Directoral N.º 001-2020-EF.54.01, se estableció la salvedad de realizar procedimientos de selección para las contrataciones consideradas esenciales en el marco del cumplimiento de sus funciones; por lo que, deberá revisarse sobre el particular el Comunicado N.º 04-2020 de OSCE del 25 de marzo de 2020, pues a partir del 27 de abril de 2020, el OSCE habilitó la atención de elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones o Bases Integradas, y de recursos de apelación, únicamente de los procedimientos de selección que se convoquen en el marco de dicha normativa; precisándose que en tal caso, los titulares de las entidades públicas, bajo responsabilidad, debieron hacer de conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, los procedimientos que se consideran esenciales en el marco del cumplimiento de sus funciones.

(12) El artículo 20 de la Ley define al fraccionamiento como la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la norma y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública (Decreto Supremo N.º 82 – 2019 – EF, 2019) En tal sentido, la preocupación radica en que por causas ajenas a las presupuestales (que el Reglamento establece como excepción para considerar el fraccionamiento ilegal) las Entidades hayan evitado la aplicación de la Ley realizando compras por montos menores a las 8UIT.

V. Marco normativo y problemas concretos de la reactivación de las contrataciones públicas

Con el aislamiento social obligatorio y el estado de emergencia se marcan dos momentos en cuanto a las contrataciones públicas, el primero acaecido desde el 16 de marzo de 2020 hasta el inicio de las fases de reactivación de la economía; y, el segundo corresponde a la reanudación de las de las contrataciones estatales.

En la fase de reactivación económica y reinicio de actividades, queda claro que las contrataciones deben realizarse en estricto cumplimiento de los protocolos sanitarios dictados por el sector competente; en tal contexto, el 02 de mayo de 2020 se emitió el Decreto Supremo N.º 80-2020-PCM que regula la reanudación progresiva de actividades y el 09 de mayo de 2020 se emite el Decreto Legislativo N.º 1486, que regula disposiciones para mejorar las inversiones públicas, entre ellas la ejecución y consultoría de obras según del régimen general de contrataciones, en razón de ello se aprueba la Directiva 005-2020-OSCE/CD (19 de mayo de 2020). Además, mediante Resolución Ministerial N.º 006-2020-EF.54.01 la Dirección General de Abastecimiento dispone reinicio de procedimientos suspendidos, y el 14 de mayo de 2020 se publica el Decreto Supremo N.º 103-2020-EF que reglamenta la tramitación de los procedimientos de selección que se reinicien, luego, a partir del 28 de mayo de 2020 el SEACE cuenta con las funcionalidades para el registro del reinicio de los procedimientos de selección que fueron suspendidos.

Lo primero que podemos advertir sobre el reinicio de los procedimientos de selección suspendidos, es que se prevé como punto de partida que la Entidad realice un previo análisis respecto de la necesidad de adecuar el requerimiento a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes para evitar la propagación del COVID 19, análisis que se realiza bajo responsabilidad y en razón de la naturaleza de la contratación; siendo que, de estimarse innecesaria la adecuación, los procedimientos o las nuevas convocatorias continuaran desde la etapa en que se suspendieron; pero, si es necesario adecuar el requerimiento debe realizarse la verificación de la disponibilidad de recursos para el cumplimiento de la obligación de pago de la Entidad, con los nuevos costos que genere la implementación aludida.

Por otro lado, atendiendo a que el sector empresarial ha sido duramente golpeado con la crisis que la paralización de actividades generó, se establece como medida para permitir que los proveedores cumplan satisfactoria y oportunamente con sus obligaciones, la entrega de adelantos cuando no se haya previsto inicialmente, e incluso posibilita que las entidades públicas modifiquen las bases del procedi-

miento de selección a fin de incorporar dicha posibilidad; por otro lado, se regula que para el perfeccionamiento del contrato, que la entidad deberá comunicarle al ganador de la buena pro que cuenta hasta con cinco (5) días hábiles adicionales al plazo que le resta para formalizar el contrato, posibilitando con ello que el adjudicado obtenga los documentos necesarios para el perfeccionamiento del contrato.

Respecto del reinicio de los procedimientos de selección que necesitan adecuar su requerimiento, el Decreto Supremo N.º 103-2020-EF contempla cuatro supuestos dependiendo de la etapa en la que éste se haya suspendido, así tenemos: i) procedimientos que están la etapa de formulación de consultas y observaciones; ii) los que se encuentren en la etapa de absolución de consultas y observaciones, e integración de bases; iii) aquellos casos que se encuentren durante el trámite de emisión del pronunciamiento respectivo por parte de OSCE; y, iv) los casos en que se haya publicado las bases integradas y el procedimiento de selección se encuentre en una etapa posterior. En todos los casos, el denominador común para su reinicio es la adecuación del requerimiento y la publicación del cambio en el SEACE para luego continuar con las etapas posteriores que correspondan; así también en el caso se requiera continuar con la etapa de consultas y observaciones de brindará dos días hábiles a los participantes para ello; asimismo, cuando se haya realizado una etapa posterior a la integración de bases las actuaciones posteriores se tienen por no realizadas, debiéndose efectuar una nueva integración de bases con el nuevo requerimiento, reiniciándose el procedimiento de selección desde dicha integración.

Cabe aclarar que, en ningún caso se trata de una nulidad del procedimiento de selección que obligue a retrotraerlo a una etapa anterior de aquella en la que se presentó el vicio, sino que se regula una adecuación que incorpora al requerimiento los protocolos y normas sanitarias, hecho que no es imputable a la Entidad y que obliga –eventualmente– a la realización de actuaciones preparatorias como la obtención de disponibilidad presupuestal que cubra el costo del nuevo requerimiento. Otro aspecto a resaltarse es que en el supuesto de los procedimientos que se cuenten con integración de bases, las actuaciones posteriores se tendrán por no efectuadas; por lo que, tal disposición abarca a los procedimientos en los que inclusive exista adjudicación de la buena pro, o que incluso haya sido objeto de apelación y que haya quedado suspendido el procedimiento durante el trámite de apelación⁽¹³⁾.

(13) Justamente, en razón de dicho aspecto, el Tribunal de Contrataciones mediante Acuerdo de Sala Plena N.º 004-2020/TCE publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de mayo de 2020, determinó que emitirá pronunciamiento sobre el fondo del recurso cuando la Entidad haya informado que no es necesario adecuar normas y protocolos contra el COVID 19 o no

Por otro lado, la Directiva 005-2020-OSCE/CD en concordancia con lo previsto por el Decreto Legislativo N.º 1486, regula que en el caso de ejecución y consultoría de obras se realizará una etapa de adecuación que implica la aprobación de una Ampliación Excepcional de Plazo, adecuación de ambientes y modificaciones contractuales contemplando los nuevos costos de la ejecución de las prestaciones; luego de lo cual se reiniciará la ejecución de la obra aprobándose un nuevo cronograma de ejecución atendiendo a los nuevos rendimientos e implementando los protocolos sanitarios correspondientes. Asimismo, deberá tenerse en cuenta que la cuantificación y costos de la implementación de los protocolos sanitarios de COVID 19, deben respetar los principios de eficiencia, equidad e integridad y se podrán revisar periódicamente el impacto y costos, lo que permitirá su modificación.

Así, mientras la Directiva 005-2020-OSCE/CD regula aspectos relevantes en torno a la reactivación de la ejecución y consultorías de obras, el Decreto Supremo N.º **103-2020-EF se ocupa —principalmente— de la reactivación de los procedimientos de selección; y, aun cuando estos esfuerzos son importantes, resultarían insuficientes si ante vacíos normativos —por ejemplo, con respecto a la ejecución contratos de bienes y servicios—, en la aprobación de la Ampliación Excepcional de Plazo y de los Costos de implementación e impacto del COVID 19 o en la aprobación del nuevo cronograma en la ejecución de obras, las Entidades no actúan en estricto respeto de la finalidad y principios de las contrataciones públicas, analizando cada caso concreto no como una ventana de enriquecimiento para el proveedor sino como el necesario reconociendo de la real afectación del contratista en relación al contrato.**

En este punto, es importante recordar que en estos contratos administrativos debe mantenerse —durante su ejecución— el equilibrio económico financiero, concepto que hace alusión al balance o equivalencia que existe entre las prestaciones a cargo del Estado y su cocontratante, y que determinan que bajo las condiciones pactadas el contrato sea beneficioso para el Estado, de acuerdo al sus objetivos, y rentable para su contraparte (Moron Urbina & Aguilera B., 2019); valorando ello, nótese que los sucesos en torno al COVID 19 bien calzan en los supuestos normativos de causales de caso fortuito o fuerza mayor obviamente no imputables al contratista, siendo esta causal prevista por la normativa como causal de resolución del contrato cuando su ejecución resulte imposible, así como para justificar modifica-

haya respondido al requerimiento de dicha información en el plazo de 3 días de notificada; caso contrario, si la Entidad considera necesario adecuar el requerimiento conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 103-2020-EF, la Sala declara que carece de objeto emitir pronunciamiento por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento al haberse producido la sustracción de la materia, y devolverá la garantía al impugnante.

ciones a los contratos, que posibiliten su ejecución sin quebrantar el equilibrio económico financiero del contrato; es el caso, por ejemplo, de las ampliaciones de plazo generadas como consecuencia de la paralización e imposibilidad de los proveedores de cumplir sus obligaciones durante el periodo del aislamiento social obligatorio, así como también por del tiempo que implique (cuando corresponda) la implementación de los protocolos sanitarios para la ejecución de las obligaciones pactadas; del mismo modo, será posible la aprobación de prestaciones adicionales, pues difícilmente una oferta presentada antes del COVID-19 ha previsto el costo de la implementación de protocolos sanitarios todo lo cual debe ser reconocido por la Entidad.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la adecuación de los requerimientos a los protocolos y normas sanitarias de lucha contra el COVID aumentan el presupuesto para la satisfacción de la necesidad; y, si la Entidad no cuenta con mayores recursos, no podrá convocar al procedimiento ya planificado, circunstancia que necesita una pronta atención por parte del Ministerio de Economía y Finanzas; así, en cada caso, queda pendiente para las administraciones públicas el enfrentarse a la solución de los problemas que genere la implementación de los requerimientos a las nuevas normas sanitarias, el priorizar y de ser el caso postergar o cancelar la satisfacción de las necesidades y el iniciar o reiniciar las ejecuciones contractuales sin alterar el equilibrio económico financiero de los contratos; de la otra orilla, los proveedores deben entender que no se trata de una oportunidad para afianzarse y sacar provecho a costa de la Entidad sino que las modificaciones a sus contratos deben responder a la estricta necesidad de cubrir los sobrecostos generados a propósito del COVID 19; así también, deberá reevaluarse los requerimientos, a fin de que el mercado pueda cumplir con ellos, por ejemplo en lo que corresponde al requisito de calificación: solvencia económica en lo que se refiere a la línea de crédito, pues actualmente muy pocas empresas quedan solventes y pasibles de ser respaldadas por una entidades del sistema financiero (antes de acreditar haber obtenido la adjudicación de una obra)

Finalmente, debemos entender que, de cara al futuro y en tanto sea necesario el resguardo de la salud e integridad de las personas, toda contratación pública que se realice, deberá previamente someterse al tamiz de determinar si se requiere de la incorporación de los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes a fin de evitar la propagación del COVID 19; y, de ser así, el cumplimiento de la normatividad especial formará parte de cada contratación desde los actos preparatorios hasta la ejecución contractual. Asimismo, aun cuando se ha implementado una base normativa que, en adición a lo ya regulado, procura la realización de compras públicas eficientes y observando las nuevas circunstancias mundiales a propósito del COVID 19, aún quedan muchos

aspectos que mejorar como —entre otros— la asignación de más recursos a las Entidades, la emisión de lineamientos referentes a ejecución contractual y sobre todo que Entidades y proveedores coadyuven con el cumplimiento del objeto de cada contratación respetando la finalidad y los principios de las contrataciones públicas.

VI. Conclusiones

1. El régimen general de las contrataciones públicas, prevé la realización de compras estatales como parte de la cadena de abastecimiento público; así, en concordancia con la finalidad del Sistema Nacional de Abastecimiento éstas tienen por objetivo coadyuvar la materialización de la función administrativa del Estado, pues trascienden al cumplimiento de una finalidad pública, en tal sentido, la Ley de Contrataciones busca maximizar el valor de los recursos públicos promoviendo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos; todo ello, en el marco del respeto de los principios de las contrataciones desarrollados por dicha normativa.
2. Cada entidad, realiza contrataciones públicas con la participación de su titular, del área usuaria, del órgano encargado de las contrataciones y eventualmente del comité de selección; quienes deben realizar su función circunscribiéndose a lo previsto para cada fase de las contrataciones; las que son: de programación y actos preparatorios, de selección y de ejecución contractual. La fase de selección evidencia cumplimiento del principio de licitar los contratos públicos, organizándose como métodos de contratación además de contratación a través de los catálogos de Acuerdo Marco, los procedimientos de selección de naturaleza competitiva, salvo las contrataciones directas que se realizan por razones coyunturales, económicas o de mercado, y únicamente ante la ocurrencia de un supuesto de hecho previsto en la Ley.
3. Durante el estado de emergencia las contrataciones públicas —en general— fueron suspendidas; no obstante, la administración pública continuó realizando contrataciones necesarias tanto para la lucha contra el COVID 19 como para el cumplimiento de sus fines; en tal contexto, además de las contrataciones efectuadas con supuestos fuera del ámbito de aplicación de la Ley y otras realizadas con procedimientos de selección, se llevaron a cabo contrataciones directas por causal de emergencia; modalidad que no implica la realización de un procedimiento de selección competitivo pero mantiene la obligatorie-

- dad de cumplir con las demás fases y actividades inherentes a cada contratación, lo que incluso puede realizarse vía regularización.
4. El reinicio de los procedimientos de selección suspendidos e incluso las nuevas convocatorias, requieren de un análisis previo de la Entidad a fin de determinar la necesidad de adecuar el requerimiento a los protocolos y normas emitidas en razón del COVID 19; de estimarse que se requiere alguna adecuación —la Entidad— deberá incorporar ello en el requerimiento acorde con la etapa en la que se encuentre, lo que eventualmente implica la obtención de una nueva disponibilidad presupuestal.
 5. En el caso de ejecución y consultoría de obras, las normas emitidas ponen especial énfasis en la necesidad de aprobación de una Ampliación Excepcional de Plazo, el reconocimiento de gastos generales y de costos de impacto y de adecuación de las normas y protocolos sobre COVID 19, así como la posibilidad de posteriores y justificadas modificaciones al contrato que permitan cumplir con el objetivo del mismo respetando las normas sanitarias y sin romper el equilibrio económico financiero del contrato en el marco de los principios de eficiencia, equidad e integridad, además de otras posibilidades como el otorgamiento de adelantos.
 6. Existen regulaciones normativas concretas respecto del reinicio de los procedimientos de selección y el inicio o reinicio de la ejecución de obras, que serán insuficientes si entidades y proveedores no actúan acorde con la finalidad y los principios de las contrataciones públicas; asimismo, resulta importante solucionar otros problemas acaecidos como parte del impacto del COVID 19 como las necesarias modificaciones en la ejecución de contratos, la provisión de mayor presupuesto a cada Entidad para que asuma el costo de adecuar los requerimientos a las normas y protocolos de COVID, la priorización de las contrataciones de acuerdo a casa Entidad, entre otros.

VII. Lista de referencias

- CLAD-BID, A. S. (2007). Modelo abierto de gestión para resultados en el sector público. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* N.º 39. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533693007.pdf>, 149-210.
- HERNÁNDEZ DIEZ, S. P. (2015). Apuntes Sobre la Reforma en Materia de Contratación Pública. *Derecho & Sociedad* (44). . Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14392>, 99-107.
- MANDUJANO RUBIN, J. L. (2018). *Compras públicas latinoamericana y su influencia en la contratación estatal peruana*. Huánuco.

- MORON URBINA, J. C., & AGUILERA B. Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Colección lo Esencial del Derecho 9*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ONU, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES, CEPAL. (agosto de 2003). *CEPAL - SERIE Seminarios y conferencias*. Obtenido de Gestión Pública por resultados y programación plurianual: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6556/1/S038508_es.pdf.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. (2020). Obtenido de <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.
- OSCE. (07 de diciembre de 2016). *Opinión N.º 194-2016/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Perú.
- OSCE. (16 de agosto de 2018). *Opinión N.º 121-2018/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Lima, Perú.
- OSCE. (09 de julio de 2019). *Opinión N.º 110-2019/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Perú.
- OSCE. (22 de noviembre de 2019). *Opinión N.º 208-2019/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Lima, Perú.
- OSCE. (29 de enero de 2019). *Opinión 103-2019/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.
- OSCE. (2020). Obtenido de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/comunicados>.
- OSCE. (26 de abril de 2020). *Comunicado N.º 11-2020*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/comunicados>. Obtenido de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/comunicados>.
- SANTY CABRERA, L. V. (2015). La Presentación de documentos exigidos en las bases como criterio aplicable en el perfeccionamiento del contrato. *DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA N.º 202*. Recuperado a partir de file:///C:/Users/Kathia/Downloads/01%20Luiggi%20Santy%20Cabrera%20-%20DJ%20Julio_stamped.pdf, 273-284.
- ZAPICO GOÑI, E. (2003). Condiciones para el desarrollo del control por resultados en la gestión pública. *Papeles de economía española*, ISSN 0210-9107, N.º 95, 78-93. index.php/derechosociedad/article/download/18887/19105/.

Derecho Civil y Procesal Civil



Proceso civil y tecnología

The civil process and the technology

DE LA CRUZ CHALÁN, José Abelardo(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Innovaciones tecnológicas y justicia. III. Sociedad y acceso a la justicia mediante la tecnología. IV. Herramientas tecnológicas al servicio del proceso judicial. V. Debido proceso, aplicaciones informáticas y audiencias. VI. El principio de intermediación procesal ante la tecnología. VII. Las audiencias según el Código Procesal Civil y la innovación a su modalidad virtual. VIII. El abogado y las nuevas tecnologías: rumbo al litigio virtual. IX. Conclusiones. X. Lista de referencias.

Resumen: En el presente trabajo se da un alcance acerca del proceso civil y la tecnología, también cuál es el impacto tecnológico en la administración de justicia, en particular durante una época de estado emergencia y de pandemia. Para ello se utiliza básicamente la principal normativa del Poder Judicial y la opinión de cierta doctrina sobre cómo la tecnología viene innovando la justicia y generando minimización de tiempo, dinero y esfuerzo, en general, simplicidad de la actividad procesal. Así, se evidencia que el proceso civil tiene un reto ante el fenómeno tecnológico que de cierta manera varía las bases del derecho procesal, tal es el caso de las audiencias virtuales a través de aplicaciones que deben realizarse garantizando el debido proceso. Por lo tanto, se puede decir que la tecnología repercute positivamente en el derecho procesal, pero las normas procesales deben tener un avance de acuerdo con una exigencia tecnológica a fin de contar con reglas para un funcionamiento óptimo del proceso civil electrónico.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo Electrónico: adchalan@gmail.com

Palabras clave: Aplicación informática, audiencia virtual, pandemia, proceso civil, tecnología.

Abstract: *This academic article is about the civil process and the technology, as well as the technological consequence in the justice administration, in specific during state of emergency and pandemic. To do this, it will be used the main Judicial power's laws and the opinion of some doctrine about How the technology improve the justice and the save of: time, money, and effort, in other words, it has simplified of the activity procedural. Of this form, the civil process has a new objective in front the technological phenomenon, because it has influenced in the procedural's law, for example the audiences online by virtual applications. Therefore, is possible say that the technology has positive influenced in the procedural law, but the procesal laws should advance according with a exigency technological with the finality of have normative provisions to have a proper functioning of the electronic civil process.*

Key words: *Virtual applications, hearings online, pandemic, civil process, technology.*

I. Introducción

Las nuevas tecnologías en la sociedad de hoy, en donde las personas están masivamente interconectadas a través de teléfonos móviles inteligentes, computadoras, etc., han influido significativamente en el quehacer cotidiano, alcanzando al sistema de justicia y conllevando a un tener un reto en los últimos años, en especial en una época de estado de emergencia y de pandemia en la que la vida y la salud enfrentan un potencial peligro.

La actividad de los administradores de justicia, abogados, partes procesales y demás sujetos que intervienen en el proceso se ha hecho más simplificada con el apoyo de la tecnología, creando una nueva forma de impartir justicia. Las audiencias se llevan a cabo de forma virtual, por lo que es necesario mencionar si ello está contemplado en el conjunto de garantías que contiene el debido proceso o, en particular, si contraviene a los principios procesales y a la normativa del Código Procesal Civil diseñado en una época lejana a la tecnología. Lo cierto es que, si bien dicha actividad puede desarrollarse tecnológicamente, pero el fin que se pretende sigue siendo el mismo.

El nuevo panorama de justicia en el país es, posiblemente, para la administración de justicia y sociedad en general, novedosa por la manera como se viene desarrollando; por tanto, esta realidad obliga a que los abogados dedicados al litigio adquieran una formación integral debido a que la preparación en justicia y tecnología es todavía escasa en el medio. Ante la revolución tecnológica no se puede ser ajeno, más aún cuando se trata de simplificar esfuerzos, tiempo y dinero. En realidad, ello facilita el acceso a la justicia, pero también significa tener preparación para afrontar potenciales limitaciones que podrían vulnerar derechos de los justiciables.

En el presente trabajo abordamos los principales aspectos que abarcan las nuevas tecnologías en el proceso civil, en particular en una época de Estado de Emergencia y de pandemia, empezando de modo sumario desde una visión amplia de la innovación tecnológica en la actividad judicial peruana, el uso de los medios tecnológicos al servicio de la justicia, el debido proceso ante este fenómeno, el principio de inmediación procesal, la celebración de audiencias virtuales, hasta la formación integral de la abogacía para enfrentar una realidad que es el litigio virtual en un mundo globalizado.

II. Innovaciones tecnológicas y justicia

El sistema de justicia en los últimos años ha tenido reformas significativas con la introducción de herramientas de las nuevas tecnologías a favor del desarrollo de la justicia, trayendo este paradigma algunas adecuaciones procesales a los nuevos desafíos que parecieran ser contrarias a los fundamentos del pensamiento procesal clásico y a los ordenamientos jurídicos procesales del siglo pasado.

No hay duda de que el escenario tecnológico o, más precisamente, las tecnologías de la información y comunicación (TIC) que han traído consigo un cambio social importante, generando un impacto en la vida humana (Sánchez Duarte, 2008, p.156), en una situación excepcional de emergencia, resulta siendo la regla principal en la administración de justicia, no la excepción como se ha venido dando en la práctica judicial tradicional. Esta realidad ha originado trascendentales retos para los operadores jurídicos y para el derecho en una época en la que los órganos jurisdiccionales han suspendido sus actividades optando por la justicia remota⁽¹⁾.

a) La notificación electrónica

Una de las innovaciones del Poder Judicial, adoptada mediante la Resolución Administrativa N.º 214-2008-CE-PJ⁽²⁾, es la instauración del servicio de notificaciones electrónicas. También mediante la Resolución Administrativa N.º 336-2008-CE-

(1) En época de pandemia, el Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa N.º 000053-2020-P-CE-PJ, de fecha 06 de abril de 2020, en donde «Autorizan a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, en cuyos distritos judiciales funcionan órganos jurisdiccionales tramitando procesos con Expediente Judicial Electrónico (EJE), que dispongan las medidas necesarias para tramitar de forma remota los expedientes que por su naturaleza lo permita durante el periodo de emergencia nacional», publicada en el Diario Oficial El Peruano el Miércoles 22 de abril de 2020.

(2) De fecha 30 de julio de 2008.

PJ⁽³⁾ se aprueba la Directiva N.º 015-2008-CE-PJ, Sistema de Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial (SINOE-PJ), estableciéndose los procedimientos que deben seguir los órganos jurisdiccionales con la implantación de este tipo de notificaciones. Esta medida, en realidad, ha sido el primer paso hacia un proceso tecnológico que ha venido avanzando progresivamente en el sistema de justicia nacional, aunque todavía es latente un trabajo que implica un esfuerzo físico propio de un proceso histórico.

Entonces, se ha pasado de la notificación física a la electrónica a través del Sistema de Notificaciones Electrónicas - SINOE, en donde la notificación se hace a la casilla electrónica asignada a cada abogado; por tanto, es necesario resaltar los refuerzos de la administración de justicia en este aspecto, dando lugar a un giro importante de la notificación en papel que genera mayor tiempo, dinero y esfuerzo para la administración.

Así también posteriormente se modificó el artículo 157 del Código Procesal Civil, dando lugar a la notificación de resoluciones judiciales por intermedio de la casilla electrónica⁽⁴⁾; por tanto, se puede decir que el Código empieza a tener una visión tecnológica, sin embargo, se debe hacer énfasis que este cuerpo normativo todavía cultiva los fundamentos de un proceso civil clásico alejado a los avances científicos de la informática y la tecnología⁽⁵⁾.

Por lo demás, este tipo de notificación promovido por el Poder Judicial otorga mayor seguridad que una notificación física, y lo más importante es que genera eficacia porque a partir de ello se computan los plazos procesales, además de estar a la vanguardia de la modernidad y la tecnología.

b) El expediente judicial electrónico

El Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa N.º 228-2017-CE-PJ, dispone implementar el Expediente Judicial Electrónico (EJE) para algunas especialidades, como también la aprobación de su respectivo reglamento. El incremento de expedientes físicos en las cortes de justicia del país ha sido un motivo para

(3) De fecha 31 de diciembre de 2008.

(4) «Artículo 157.- **La notificación de las resoluciones judiciales**
La notificación de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, se realiza por vía electrónica a través de casillas electrónicas implementadas, de conformidad con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado con Decreto Supremo 017-93-JUS, con las excepciones allí establecidas».

(5) El Código Procesal Civil no tiene un enfoque tecnológico. A lo largo de sus artículos solamente encontramos que se hace referencia al fax (artículos 38 y 234), más no a medios tecnológicos avanzados para un proceso netamente electrónico.

la digitalización de los expedientes, por ende, también permitiendo la celeridad procesal, inclusive pasando de un archivo físico a uno electrónico y que de la misma manera requieren ser custodiados en las bases de datos digitales por contener información relevante del proceso.

Este instrumento creado con la finalidad de erradicar el uso del papel no es más que el camino hacia un proceso judicial estrictamente electrónico que se inicia con la presentación de los escritos judiciales digitalizados, procediendo posteriormente el órgano jurisdiccional a cumplir su rol de tramitación del expediente; por lo tanto, los escritos deben contener todo lo necesario de acuerdo a su naturaleza, que finalmente formarán un todo llamado expediente electrónico que estará almacenado en los soportes digitales del Poder Judicial.

Al crearse el expediente electrónico resulta de mayor comodidad para el juez, los abogados y justiciables, por ejemplo, puede ser visto y leído desde cualquier computador u otro dispositivo electrónico, obviando el traslado físico que genera inseguridad en cuanto a la integridad del expediente.

Las innovaciones aquí mencionadas son las principales en la administración de justicia, habiendo otras como el edicto electrónico, el remate electrónico judicial, la mesa de partes electrónica, que en su conjunto hacen de un proceso moderno del presente siglo, en donde la tecnología ha avanzado a pasos agigantados. Además, cabe mencionar que estas han sido reforzadas y puestas en funcionamiento a través de una serie de resoluciones administrativas emitidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial durante el Estado de Emergencia.

III. Sociedad y acceso a la justicia mediante la tecnología

A primera vista las herramientas tecnológicas tienen una serie de ventajas que se resumen en la minimización de esfuerzo, tiempo y dinero, sin embargo, en términos generales, en un país como el Perú requiere de un cambio a través de una política social para un mejor bienestar humano por parte del Estado debido a que no todas las personas cuentan con un dispositivo electrónico para acceder a lo que ofrece la tecnología, por tanto, esta realidad podría ser contraria al acceso a la justicia y, por ende, habría limitaciones para petitionar la protección de los derechos e interés jurídicos y solucionar un conflicto intersubjetivo.

En países económicamente desarrollados posiblemente no haya mayores inconvenientes para adoptar un proceso tecnológico porque precisamente hay recursos que facilitan su implementación. Sin embargo, no sucede lo mismo en países cuya economía es menos desarrollada. Así, Ortells Ramos (2003) refiere que es necesario en primer término el progreso social y económico de un país para pro-

mover el uso de las nuevas tecnologías (p. 222). Por lo tanto, promover un proceso judicial digitalizado implica destinar recursos pero que no afecten el progreso social en otros campos, que al final resulta siendo un esfuerzo que a largo plazo traerá efectos positivos para la sociedad.

Bajo tales ideas, se podría decir que los ricos tendrían mayor acceso a la justicia que los pobres que no cuentan con dispositivos electrónicos y desconocen de la tecnología, generando de esta manera discriminación en la búsqueda de tutela jurídica ante los órganos jurisdiccionales. Por tanto, el Estado tiene una tarea urgente que no solamente debe centrarse en promover una justicia digital sino de invertir también en la sociedad a través de políticas diseñadas para un mejor bienestar humano. En una sociedad camino al desarrollo la justicia digital se convertiría en injusticia si no se adoptan medidas adecuadas.

Para finalizar, si para los operadores jurídicos la tecnología en la justicia es una realidad posiblemente exótica, con mayor razón será para las personas que desconocen de su uso adecuado y sus bondades; en efecto, la justicia no estaría del todo preparada para empezar con mayor fuerza una actividad exclusivamente digitalizada en una sociedad diferenciada y accidentada geográficamente.

IV. Herramientas tecnológicas al servicio del proceso judicial

En la actualidad el proceso judicial se apoya de diversas herramientas de la tecnología para llevar acabo los diferentes actos procesales que forman parte de la actividad procesal, por ejemplo, para el caso de las notificaciones electrónica se han creado las casillas electrónicas en los soportes digitales del Poder Judicial⁽⁶⁾, de igual manera para las audiencias se vienen utilizando aplicaciones informáticas como Zoom, Google Hangouts Meet⁽⁷⁾, habiendo también otros como Skype, WhatsApp, etc., por medio de los cuales se facilita la impartición de justicia de forma remota.

Para la administración de justicia es novedosa en un escenario de Estado de Emergencia y de pandemia la realización de audiencias a través de la tecnología.

(6) Ver en el presente trabajo referente a la notificación electrónica.

(7) El uso de estas herramientas han sido autorizadas por el Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa N.º 000123-2020-CE-PJ, de fecha 24 de abril de 2020, en donde «Autorizan el uso de la Solución Empresarial Colaborativa denominada Google Hangouts Meet para las comunicaciones de abogados y litigantes con los jueces y/o administradores de los módulos básicos de justicia y módulos corporativos de las Cortes Superiores de Justicia del país», publicada en el Diario Oficial El Peruano el Jueves 30 de abril de 2020.

Para estos fines es de ayuda las aplicaciones manipuladas desde teléfonos móviles inteligentes y computadoras, empero el ordenamiento jurídico procesal no lo contempla, como tampoco lo prohíbe; por tanto, hacer una audiencia virtual forma parte del modo de hacer un proceso judicial a la vanguardia del mundo tecnológico en las diferentes áreas del derecho.

Más allá de una visión fáctica de cómo se dan estas situaciones es necesaria una innovación del Código Procesal Civil a fin de contar con una regulación para dirigir sin obstáculos una audiencia de esta naturaleza como parte del proceso judicial digital, ya que a nuestro juicio haciendo una comparación con la audiencia presencial, se emplean reglas distintas pero encaminadas a un solo fin que, como enseña Quintero & Prieto (2008), hay un fin inmediato que es la solución de la *litis*, y la aplicación derecho como fin mediato (p. 396).

V. Debido proceso, aplicaciones informáticas y audiencias

El debido proceso no es más que la observancia de los derechos y garantías en el curso del proceso. A decir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, «(...) significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela y los derechos subjetivos» (EXP. N.º 08123-2005-HC/TC, LIMA. Fundamento jurídico 6). Por tanto, la garantía de los derechos debe darse en cualquier ámbito de desarrollo del proceso judicial; así, si un proceso se lleva a cabo electrónicamente, el debido proceso debe mantenerse vigente porque así lo ordena la Constitución Política⁽⁸⁾.

Bajo tales ideas, la presentación de documentos por vía electrónica (como la mesa de partes electrónica), notificaciones electrónicas, audiencias virtuales, etc., garantizan el debido proceso siempre que haya una dirección adecuada; empero, en cuanto a las audiencias en su modalidad virtual conviene hacer un análisis más detallado debido a que se trata de un acto esencial dentro del proceso, claro está que una audiencia virtual se caracteriza por ser simple, pero al mismo tiempo requiere que los operadores jurídicos no hagan un uso arbitrario de la misma.

(8) «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...).

Las plataformas Zoom y Google Hangouts Meet son mecanismos de fácil uso para los abogados y administradores de justicia en época de justicia remota⁽⁹⁾. Estos elementos si bien facilitan la actividad jurisdiccional, sin embargo, su uso arbitrario generaría una vulneración del debido proceso, resultando ser un asunto delicado para los fines del proceso. La aplicación de la tecnología es distinta de acuerdo a la naturaleza del proceso, por tanto, hay actos procesales que fácilmente pueden llevarse a cabo virtualmente, mientras que otros necesariamente requieren de la presencia física de los actores involucrados, por ejemplo, en una audiencia en donde obligatoriamente se requiera la presencia de ambas partes procesales para proporcionar al perito los documentos que se someterán a peritaje y los que servirán como elementos comparativos; también en donde las partes o los testigos se vean imposibilitados de asistir a la sala de audiencias virtual debido a factores externos, por ejemplo, problemas de conexión, limitación al acceso de internet en zonas rurales, no estar familiarizados con la tecnología, no contar con teléfonos celulares inteligentes o computadoras.

El debido proceso en estos casos no sólo debe verse en términos de realizar una audiencia virtual como formalidad de un proceso judicial, sino que los instrumentos electrónicos sean adecuados para lograr los fines procesales, se debe proteger las formas para alcanzar ese fin, garantizando en todo momento la vigencia del debido proceso. Se trata de argumentar de manera remota ante el juez que está distanciado geográficamente, pero al mismo tiempo con cercanía a través de un dispositivo electrónico, el escenario que se presenta no es el mismo que estar en un ambiente físico.

Ahora bien, el Código Procesal Civil no regula la audiencia virtual, sin embargo, ello no significa que no es compatible con las normas procesales o en sentido amplio con el proceso, sino que la diferencia radica en el medio que se utiliza para conducir la actividad procesal, es por ello que es imprescindible considerar más bien dispositivos propios que sirvan en todo momento al juez, a los abogados, a las partes procesales y a otros sujetos que intervienen en el proceso.

Así, si el debido proceso se garantiza con el uso de aplicativos electrónicos, definitivamente es un trabajo rescatable de la administración de justicia y debe ser puesta en práctica constantemente a fin de que en circunstancias de emergencia no sea un obstáculo o una experiencia desconocida para quienes administran justicia y para

(9) Es necesario por parte del Estado de promover capacitaciones en asuntos de justicia digital, ya que, si bien las herramientas no son de complicado uso, pero en gran parte se requiere de conocimientos ajenos al derecho que pueden ser impartidos por profesionales especializados en la materia.

los abogados dedicados a la defensa de causas conflictivas. Entonces, el límite de la justicia digital⁽¹⁰⁾ es el debido proceso a fin de tener una decisión justa y efectiva.

También se debe tener en cuenta que el uso de las aplicaciones informáticas no es gratuito, aun siéndolo algunas permiten su uso por un cierto tiempo, incluso hay un número determinado de participantes en la sala virtual. Por lo tanto, situaciones como estas podrían afectar el normal desarrollo de una audiencia remota y el debido proceso, de allí la importancia de que el Estado facilite y garantice herramientas a bajos costos y con simplicidad para el justiciable.

Entonces, en algunos casos el uso de aplicativos podría conllevar un costo adicional, por tanto, si el Estado impone cierta aplicación podría vulnerar algún derecho del justiciable, o si las partes procesales no están familiarizadas con su uso. Ante estas circunstancias, el Estado debe buscar salidas a fin de salvaguardar los derechos en el proceso, en consecuencia, no significa tener reglas estrictas o autoritarias, más bien flexibles, tratándose de una actividad remota y simple.

VI. El principio de inmediación procesal ante la tecnología

En una época de emergencia sanitaria algunos órganos jurisdiccionales han venido realizando audiencias de forma remota, algo que en un futuro próximo será cada vez más recurrente. Ante ello y sumado el fenómeno tecnológico, conviene centrar la atención en el principio de inmediación como el que más podría ser afectado ante la revolución digital en el proceso judicial.

Los principios procesales han sido diseñados para un proceso cuya audiencia es presencial; sin embargo, la modernización y la presencia de realidades excepcionales han variado el modo de ver de los principios, por el medio que se utiliza para dirigir un proceso judicial. Así, la inmediación cumple un rol fundamental en el proceso, particularmente en la audiencia que viene a ser «(...) el acto de oír realizado por el juez o tribunal a las partes antes de decidir la controversia» (Acosta Olivo, López Román, Melgar Támara, Morales Silva, & Torres Altez, 2013, p. 37).

El principio de inmediación hace referencia «(...) a la circunstancia de que el juez actúe junto a las partes, en tanto sea posible en contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios tales como relatores, asesores, etc.» (J. Couture, 1958, p. 199). Sin embargo, una audiencia virtual al parecer no es contradictoria con este

(10) A nuestro juicio, en sentido amplio entendemos como la justicia que se sirve de las herramientas propias de la tecnología para alcanzar sus fines en la sociedad, haciendo una justicia más eficiente. La digitalización de la justicia no solamente implica el aspecto administrativo o institucional, sino también el proceso judicial propiamente dicho.

principio, porque el contacto entre el juez y los sujetos procesales se mantiene por más que el medio utilizado sea distinto. Por lo demás, este principio debe ser interpretado por el juez de acuerdo con una situación de emergencia y de justicia remota.

El Código Procesal Civil regula este principio en su artículo V del Título Preliminar⁽¹¹⁾. Así, cierta doctrina nacional comentando dicho artículo ha sostenido que «Este principio postula la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los medios de prueba, para llegar a una íntima comprensión entre los intereses en juego, el proceso y el objeto litigioso» (Ledesma Narváez, 2008, p. 57). En efecto, este enfoque sigue el discurso de la relación y contacto directo que debe existir entre los intervinientes en el proceso, y esta interacción se hace posible a través de la oralidad; así es visto este principio, algo que hoy en día resulta teniendo otro panorama pero que no deja de perder su rol.

Como refiere Tayro Tayro (2016) para la doctrina procesal clásica este principio en estudio es visto bajo una perspectiva presencial y la interrelación entre sujetos procesales y órganos de prueba físicamente (p. 553), sin embargo, en tiempos tecnológicos el pensamiento procesal adquiere un nuevo enfoque acorde con otra realidad que no puede ser ajena al derecho, con mayor razón cuando en ese ámbito surgen conflictos de intereses que necesariamente requieren de una solución por parte de los órganos jurisdiccionales.

En el mundo de la realidad tecnológica de la que forma parte la justicia actual, este principio procesal, como enseña Tayro Tayro (2016), también debe verse como una relación virtual entre el juez y demás sujetos procesales, incluso con los órganos de prueba y viceversa, con la ayuda de medios electrónicos, y no solamente como una relación física (p. 554). Entonces, en un proceso virtual se debe garantizar la intermediación y el debido proceso en general, no generando un proceso injusto para los justiciables debido a factores tecnológicos que pueden controlarse en su debido momento.

(11) «Principios de Intermediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.

Artículo V.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica».

Con una visión amplia, el principio de intermediación se cumple en el ámbito virtual a través de los medios electrónicos, por ejemplo, en el caso de la videoconferencia, como enseña Tayro Tayro (2016), dicho medio acerca a los sujetos procesales y órganos de prueba, estos pueden escucharse y visualizarse, además de garantizarse la bilateralidad (p. 555). Entonces, con un manejo adecuado y medios electrónicos idóneos para las audiencias virtuales se posibilita que la intermediación procesal sea exitosa.

Aquí también es necesario hacer mención en cuanto a la actuación probatoria que se realiza en una audiencia virtual. En un sentido amplio no hay obstáculo para ello. Así, por ejemplo, los testigos pueden rendir su declaración y ser escuchados por el juez y las partes procesales, siempre que cuenten con los medios electrónicos adecuados. De esta manera, como expresa Tayro Tayro (2016) el principio de intermediación también implica apreciar las pruebas, poder interrogarlos en el caso de los testigos y cuando sea necesario esclarecer dudas (p. 555). Por lo tanto, si bien el medio utilizado es diferente, pero una audiencia de esta naturaleza también permite apreciar las pruebas, interrogar, ser oídos, en general, que se mantengan vigentes todos derechos y no se afecte el debido proceso.

Ahora, en el ámbito jurisprudencial hay un pronunciamiento importante en cuanto a los mecanismos tecnológicos, en particular de la videoconferencia. Respecto de lo cual el Tribunal Constitucional se ha expresado de la siguiente manera:

«(...) el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente 'no se encuentre presente físicamente' una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de intermediación que informa al proceso penal». (EXP. N.º 02738-2014-PHC/TC, ICA. Fundamento jurídico 20).

Como es notorio, los instrumentos tecnológicos permiten que el proceso judicial sea más simple, permitiendo la comunicación de las personas que se encuentran distantes; sin embargo, la aplicación de los mismos debe hacerse garantizando los derechos de los justiciables en época de emergencia vista como la regla general, aunque el Tribunal Constitucional ha referido que «(...) la utilización de la videoconferencia no debe ser la regla general sino una medida de empleo excepcional,

(...)» (EXP. N.º 02738-2014-PHC/TC, ICA. Fundamento jurídico 21). El tribunal tiene razón en este aspecto, porque así se ha diseñado el proceso judicial sin importar su naturaleza, además la reforma de la justicia se ha venido dando pausadamente, pero la presencia de situaciones como la pandemia que se vive, el avance científico y las nuevas tecnologías, permiten que la intermediación y demás principios procesales sean aplicados acorde con ello. La justicia no puede suspenderse, los conflictos conviven con el ser humano en cualquier situación.

En síntesis, en una audiencia de esta naturaleza se pueden presentar diversas situaciones que podrían en algunos casos vulnerar los principios procesales y los derechos de los justiciables, por tanto es indispensable que este acto sea dirigido cautelosamente por el juez y los sujetos procesales intervinientes, lógicamente para ello será necesaria la implementación de reglas o protocolos a seguir, no obstante, hay que tener en cuenta que cuando se trata de celebrar una audiencia virtual las reglas a imponerse tienen que ser flexibles y de acuerdo a la materia en discusión porque precisamente el medio que se utiliza puede sufrir algún inconveniente en la transmisión que imposibilite una conexión adecuada.

VII. Las audiencias según el Código Procesal Civil y la innovación a su modalidad virtual

Un aspecto que llama la atención es referente a lo regulado por el Código Procesal Civil relativo a la audiencia y presencia física del juez y demás convocados en el local del juzgado. Regulándolo este cuerpo normativo en el artículo 203, primer párrafo, de la siguiente manera:

«Artículo 203.- Citación y concurrencia personal de los convocados

La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados.

(...)».

Como es evidente, la regla es que las audiencias se realicen en el local del juzgado, es allí en donde los abogados, las partes procesales y demás intervinientes en el proceso concurren cuando son convocados, y allí son escuchados por el juez. Sin embargo, en un momento excepcional de emergencia nacional en donde la vida está en potencial peligro debido al contagio del Covid-19, no es posible que los ci-

tados a una audiencia puedan asistir, de ahí que la manera de conducir un proceso varía enormemente ya que no se está físicamente ante el juez.

El artículo precitado puede ser discutido haciendo un comparativo con las audiencias virtuales. Sin embargo, no hay prohibición para que los jueces lleven a cabo una audiencia virtual, ello es posible siempre que se garantice el debido proceso; por el contrario, el Código Procesal Civil, diseñado con base a los fundamentos de la escrituralidad, es todavía un cuerpo normativo distanciado de la tecnología que requiere de un avance legislativo a la vanguardia de la modernidad.

Para las audiencias virtuales necesariamente el juez, el abogado y las partes procesales deberán estar en un espacio propicio, siendo lo recomendable las respectivas oficinas y despachos judiciales, además de los instrumentos tecnológicos necesarios. De ahí la importancia de contar con un protocolo con el propósito de conducir correctamente una audiencia de esta índole.

Es sabido que las partes procesales pueden concurrir con sus abogados a una audiencia, sin embargo, en una audiencia virtual cada quien puede estar en su domicilio y desde allí acceder a la sala de audiencias virtual por intermedio de un link o previo registro de datos personales de los convocados en las plataformas virtuales puestas a disposición, lo que lo diferencia de una sala de audiencias física.

Finalmente, las normas jurídicas procesales y los principios deben ser interpretados en concordancia con las nuevas realidades y la modernidad de la justicia. El derecho procesal no puede ser ajeno al mundo electrónico.

VIII. El abogado y las nuevas tecnologías: rumbo al litigio virtual

La abogacía tiene un significativo desafío ante las nuevas tecnologías. La formación de los abogados no solamente debe estar ceñida al aspecto jurídico, sino debe alcanzar a ámbitos como las nuevas tecnologías. Los abogados, en particular los que cuyo trabajo es la defensa de intereses jurídicos en conflicto, posiblemente no estén del todo entrenados para hacer frente a una realidad digital, esto se debe a que en los procesos judiciales todavía se mantienen herramientas propias de un proceso tradicional en donde impera el papel, incluso la misma administración de justicia aún está desfasada de la revolución tecnológica.

En una época de Estado de Emergencia y de pandemia en donde se restringen el ejercicio de algunos derechos, el abogado defensor tiene una participación

particular en el curso del proceso⁽¹²⁾, por ejemplo, la comunicación con el juez y los intervinientes en el proceso no es la misma debido al medio que se utiliza, sin embargo, ello no dificulta para hacer una defensa adecuada de los derechos e intereses en conflicto.

Es importante que el profesional del derecho dedicado a la defensa jurídica conozca de las ventajas y desventajas de la tecnología porque es allí el nuevo espacio donde en un futuro no muy lejano se realicen los procesos judiciales, esto es, un proceso exclusivamente electrónico, por tanto, también el litigio cambiará a una modalidad virtual.

Finalmente, se puede decir que ha llegado el momento del litigio virtual, sin embargo, no hay duda de que es escasa la preparación para esta nueva forma de trabajo de la abogacía. Hay un nuevo e importante desafío para los abogados.

IX. Conclusiones

El proceso civil pasa por un momento de importantes cambios para enfrentar la realidad tecnológica. Así, es necesario pensar en una reforma al Código Procesal Civil a fin de contar con normas procesales propias para un proceso civil electrónico, además de estar a la vanguardia de las nuevas tecnologías del mundo globalizado y estar preparados para circunstancias excepcionales como el Estado de Emergencia y de pandemia que afecten la vida humana.

En las audiencias que se realicen con el uso de aplicaciones informáticas se deben prevalecer el conjunto de derechos que abarca el debido proceso (derecho a la defensa, derecho a la prueba, etc.), caso contrario no sería conveniente una implementación digital acelerada sin antes disponer de herramientas idóneas que faciliten su observancia.

La formación del abogado en la era virtual no solamente debe centrarse en el ámbito estrictamente jurídico, también debe enfocarse a campos como la tecnología a fin de que el ejercicio de la abogacía sea sin limitaciones, más bien integral y a la vanguardia de las nuevas tecnologías, es decir, encaminado al litigio virtual.

La administración de justicia tiene un reto ante la realidad virtual, de ahí que es necesario mayor énfasis en políticas de Estado diseñadas a su modernización, lo que

(12) A propósito, se puede decir que el desenvolvimiento del abogado en una audiencia virtual difiere cuando la audiencia se realiza en un ambiente físico, lo mismo ocurre con el juez y demás sujetos procesales; sin embargo, ello no hace que el fin del proceso sea distinto, sigue siendo el mismo: la dilucidación del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

implica asumir costos para brindar un servicio a la postre simple a menor tiempo, dinero y esfuerzo, pero también se requiere de políticas de Estado orientadas a cerrar brechas de discriminación para el acceso a la justicia en busca de tutela jurídica.

X. Lista de referencias

- ACOSTA OLIVO, C. LÓPEZ ROMÁN, J. MELGAR TÁMARA, K. MORALES SILVA, S. & TORRES ALTEZ, D. (2013). *Diccionario procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- J. COUTURE, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. (2008). *Comentarios al código procesal civil* (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- ORTELLS RAMOS, M. (2003). *Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano*. Prueba, medidas cautelares y comunicaciones procesales. *Derecho PUCP*(56), 221-255. Recuperado el 10 de Mayo de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10582/11054>
- QUINTERO, B. & PRIETO, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*. 4.a ed. Bogotá: Temis.
- SÁNCHEZ DUARTE, E. (2008). *Las tecnologías de información y comunicación (TIC) desde una perspectiva social*. *Revista Electrónica Educare*, XII(Extraordinario), 155-162. Recuperado el 29 de Abril de 2020, de <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/EDUCARE/article/view/1465/15770>
- TAYRO TAYRO, E. A. (2016). *La videoconferencia. Un nuevo enfoque del principio de inmediación procesal*. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 8(10), 547-560. Recuperado el 25 de Mayo de 2020, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b032180042efffd8d65bfd49215945d/23.+La+videoconferencia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b032180042efffd8d65bfd49215945d>

Resoluciones del poder judicial⁽¹³⁾

Resolución Administrativa N.º 214-2008-CE-PJ, de fecha 30 de julio de 2008.

Resolución Administrativa N.º 336-2008-CE-PJ, de fecha 31 de diciembre de 2008.

(13) Algunas resoluciones han sido extraídas de la página web del Poder Judicial: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio

Directiva N.º 015-2008-CE-PJ, Sistema de Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial (SINOE-PJ).

Resolución Administrativa N.º 000053-2020-P-CE-PJ, de fecha 06 de abril de 2020, «Autorizan a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, en cuyos distritos judiciales funcionan órganos jurisdiccionales tramitando procesos con Expediente Judicial Electrónico (EJE), que dispongan las medidas necesarias para tramitar de forma remota los expedientes que por su naturaleza lo permita durante el periodo de emergencia nacional», publicada en el Diario Oficial El Peruano el Miércoles 22 de abril de 2020.

Resolución Administrativa N.º 000123-2020-CE-PJ, de fecha 24 de abril de 2020, «Autorizan el uso de la Solución Empresarial Colaborativa denominada Google Hangouts Meet para las comunicaciones de abogados y litigantes con los jueces y/o administradores de los módulos básicos de justicia y módulos corporativos de las Cortes Superiores de Justicia del país», publicada en el Diario Oficial El Peruano el Jueves 30 de abril de 2020.

Jurisprudencia

Exp. N.º 08123-2005-HC/TC, LIMA. Fundamento jurídico 6. Recuperado el 25 de Abril de 2020, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.pdf>

Exp. N.º 02738-2014-PHC/TC, ICA. Fundamento jurídico 20. Recuperado el 25 de Abril de 2020, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02738-2014-HC.pdf>

Otros

Constitución Política

Código Procesal Civil

Impactos jurídicos de la pandemia y declaratoria de emergencia en los contratos de mutuo dinerario y prestación educativa

Legal impacts of the pandemic and emergency declaration on mutual money and educational benefits contracts

RUIZ BAZÁN, Edgar(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Autonomía Privada. III. El contrato y sus fases de formación. IV. Principios contractuales vinculados. V. Contrato de mutuo. VI. Contrato de prestación de servicios educativos. VII. Excesiva onerosidad de la prestación. VIII. ¿Es posible la intervención del Estado en la modificación del contenido contractual? IX. Conclusiones. X. Lista de referencias.

Resumen: El autor explica las consecuencias jurídicas que ha generado la declaratoria de emergencia, producto de la pandemia por el virus COVID-19, en el contenido de los contratos de mutuo dinerario y prestación educativa dentro de la etapa de ejecución de las obligaciones. Del mismo modo, analiza las medidas adoptadas por el Estado, en el afán de identificar si éstas son

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios de maestría en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UNC. Responsable del Estudio Jurídico «IUS & LEX- RUIZ Y COLINA» ABOGADOS, Cajamarca.

útiles de acuerdo a la función social del contrato, dentro de una economía social de mercado, protección de la parte débil contractual, y el respeto a los principios de equidad, solidaridad y buena fe; del mismo modo nos recuerda la existencia de límites a la autonomía privada. Además, nos señala la inoperancia en este escenario de la excesiva onerosidad de la prestación, tal como está regulada en nuestro sistema, y precisa la diferencia entre ésta y la dificultad en el cumplimiento de la prestación, así como la teoría del riesgo, aplicable cuando la prestación es de imposible cumplimiento o susceptible de cumplirse parcialmente. Finalmente, precisa la pertinencia de una solución desde la potestad legislativa del Estado.

Palabras clave: Autonomía privada, función social del contrato, equidad, excesiva onerosidad de la prestación, dificultad en la prestación, cumplimiento parcial.

Abstract: *The author explains the legal consequences that the declaration of emergency has generated, as a result of the pandemic caused by the COVID-19 virus, in the content of the contracts for mutual money and educational provision within the stage of execution of the obligations. In the same way, it analyzes the measures adopted by the State, in order to identify if they are useful according to the social function of the contract, within a social market economy, protection of the weak contractual party, and respect for the principles of equity, solidarity and good faith; in the same way it reminds us of the existence of limits to private autonomy. It also points out the ineffectiveness in this scenario of the excessive onerousness of the provision, as regulated in our system, and specifies the difference between it and the difficulty in complying with the provision, as well as the theory of risk, applicable when the provision is impossible to fulfill or may be partially fulfilled. Finally, it specifies the pertinence of a solution from the legislative power of the State.*

Key words: *Private autonomy, social function of the contract, equity, excessive onerousness of the provision, difficulty in the provision, partial fulfillment.*

I. Introducción

La aparición del nuevo coronavirus (COVID-19 o SARS- COV 2), a fines de 2019 en la China, y en los primeros meses de este 2020 en nuestro país y su propagación como pandemia, representa un fenómeno no ajeno a lo que históricamente, cada cierto tiempo, impacta a la humanidad, atentando contra la vida, salud, economía y a consecuencia inmediata de ello, la imposición de regímenes de excepción (declaratoria de emergencia- D.S. 044-2020, para el caso peruano) que agudizan también las relaciones sociales y jurídicas, siendo éstas las que categorizadas sitúan su estudio bajo la óptica del derecho público:

- a) Derecho Internacional: cierre de fronteras, Organización Mundial de la Salud, etc.
- b) Derecho constitucional: regímenes de excepción, negativa de control de precios, ponderación de derechos fundamentales, etc.
- c) Derecho penal: aumento de comportamientos delictivos de desobediencia a la autoridad, delitos contra la salud, delitos contra el honor, etc.
- d) Derecho administrativo: suspensión de procedimientos y plazos, aplicación de silencio positivo, contrataciones con el Estado, etc.

En el Derecho social o mixto:

- e) Derecho laboral: suspensión perfecta de labores, inspecciones laborales, imposibilidad de despido por falta de ingresos, continuidad de remuneraciones en el sector público, trabajo remoto, etc.
- f) Derecho previsional: Retiro parcial de aportes, devolución del veinticinco por ciento de los fondos.

El Derecho privado es el conjunto de instituciones, principios y normas que se encargan de regular las relaciones entre particulares, a través de la autonomía privada, siendo el Estado, un garante del rol socializador y cooperador de dicho vínculo a través de normas dispositivas e imperativas.

Los regímenes de excepción ordenados por los jefes de Estado, han impactado severamente en las relaciones privadas y dentro de éstas, las dotadas de contenido patrimonial, vale decir, los contratos entre particulares. Así, para efectos del presente trabajo, nos ocuparemos de dos contratos típicos cuya afectación es de mayor trascendencia social junto al arrendamiento, estos son: contrato de mutuo dinerario y el de prestación de servicio educativa.

II. Autonomía privada

II.1. Doctrina clásica

Nacida en el siglo XVIII, después de la Revolución Francesa, derivada del art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, orientada en la filosofía de Emmanuel Kant, el hombre es la base de toda construcción, su esencia es la libertad, en la voluntad del hombre está el origen del derecho, la ley, el acto jurídico, el derecho solo se limita a reconocer tal autonomía. «la libertad es un bien, y la ley que la limita es un mal» (De la Puente, 2003, p. 22)

II.2. Doctrina normativista

Nacida en el siglo XIX, según Luigi Ferri, la voluntad del Estado es fuente de derechos subjetivos, los efectos jurídicos se producen por obra del ordenamiento jurídico, por tal razón, la autonomía, no crea un ordenamiento distinto. Por tanto, es el ordenamiento jurídico el que otorga facultad a los sujetos para regular sus intereses, y los efectos que se generen para ser jurídicos deben estar regulados en la ley. Por tanto, el ordenamiento coloca los límites dentro de los cuales se desenvuelve dicha facultad. (De la Puente, 2003, p. 22), esta teoría impulsó la dación del art. 1354 y 1355 del Código Civil peruano⁽¹⁾.

La autonomía privada, no puede ser incólume a un orden superior, las decisiones sin límites solo generan arbitrariedad o abusos de una parte sobre la otra, por tanto, dicha autonomía; se debe entender como una facultad derivada del ordenamiento jurídico para regular las relaciones de los particulares a fin de satisfacer un interés que esté acorde con un fin social. La autonomía privada es el elemento esencial por antonomasia de los actos jurídicos, tanto de los negocios jurídicos como de los actos jurídicos en sentido estricto; sin embargo, en los primeros, la autonomía se manifiesta al momento de su celebración, pues el contenido viene dado por la ley; por el contrario, en los segundos se despliega también en la regulación del contenido.

Por ello, producto de la autonomía privada, en el ámbito contractual, surgen dos clases de libertades: libertad de contratar (elegir con quién se contrata, cuándo hacerlo y si es que se lo hace o no) y la libertad contractual (determina el contenido o las estipulaciones de los contratos).

III. El contrato y sus fases de formación

El contrato es una institución antes que jurídica, social y económica, la necesidad de su existencia sirve para agilizar y viabilizar dentro de un contexto ordenado, el tráfico comercial, el concepto de contrato es diferente a documento, aunque vinculado por fines de probanza; en el plano jurídico, nuestra legislación conceptúa al contrato en el artículo 1351 del Código Civil: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

(1) Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.
Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Los contratos contienen tres fases en su formación: negociación o generación, celebración o perfección y la ejecución o consumación (Diez Picazo, 2016), es claro entender que en las dos primeras, las partes han establecido cuáles serán las obligaciones a realizarse en la fase de la ejecución, y esta es la etapa en la que, debido a la declaratoria de emergencia, surgen algunas controversias, ya que, una de las partes se ve afectada con la falta de generación de ingresos para cumplir con las prestaciones que en un inicio, se obligó; mientras que la otra, en su gran mayoría, desea el cumplimiento tal y conforme fue acordado en la celebración en respeto al principio de *pacta sunt servanda*.

IV. Principios contractuales vinculados

IV.1. Pacta Sunt Servanda

Su significado refiere que el contrato celebrado es ley entre las partes, es decir, que obliga a las partes en sus propios términos, y no puede ser alterado salvo por acuerdo expreso o tácito de las mismas partes; nuestro sistema reconoce a este principio en el art. 62⁽²⁾ de la Constitución Política y en el art. 1361⁽³⁾ del Código Civil.

Este principio, es uno de los principales que rige los contratos, y el cual impide la modificación unilateral y arbitraria de una de ellas, sin embargo, y pensando en la teoría normativista, ¿podrá ser inalterable ante las potestades del Estado auxiliante del equilibrio contractual, por razones orden social, público, ético?, la defensa a ultranza de este principio, acarrea peligro hacia los fines de los contratos.

IV.2. Solidaridad

«El principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía solo resulta predicable de algunos agentes económi-

- (2) Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.
- (3) Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

cos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal». (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-240 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes).

Podemos decir entonces, tal y como la teoría social del contrato en su origen francés, considera al solidarismo como una verdadera guía de lectura, correctiva si fuere el caso, de los contratos. Es un criterio para deducir estándares ideales de conducta de las partes en ciertas situaciones, por ejemplo, al negociar un acuerdo o al ejercer los mecanismos de tutela de sus derechos (L. León, 2020)

El contrato no es un medio de satisfacción del interés de una sola de las partes sino un mecanismo de cooperación social, lo cual no responde a una economía de libre mercado, en la cual, el Estado es inoperante, sino a una economía social de mercado (art. 58⁽⁴⁾ de la Constitución Política del Perú), cuya característica es que el Estado otorga libertad a los particulares para regular sus operaciones económicas, pero que interviene ante afectaciones al interés público.

IV.3. Equidad

Si bien el principio del *pacta sunt servanda*, representa la obligatoriedad e inalterabilidad del contenido de los contratos, salvo la propia disposición modificatoria de ambas partes. Sin embargo, el derecho comparado aconseja que, en todo contrato, hay una cláusula implícita, de origen romano, denominada *rebus sic stantibus*, cuyo significado es «estando así las cosas», y quiere decir que las partes pactan de acuerdo a las condiciones y circunstancias actuales, entonces, si esas circunstancias y condiciones cambian, y además, las partes no pueden cumplir conforme a lo acordado en un inicio (irresistibilidad), el principio del *pacta sunt servanda*, sufrirá una alteración.

IV.4. Buena Fe

Es un principio de origen alemán, tiene naturaleza moral, axiológica y que el Derecho ha acogido en dos dimensiones: subjetiva y objetiva, la primera referida a la confianza en el cumplimiento de uno mismo y de la otra parte, y la segunda, respecto a la lealtad, al comportamiento consecuente, con la otra parte. La buena fe, no solo es un deber a cumplir al momento de la negociación y celebración, sino

(4) Artículo 58. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

también ante los hechos que afecten la ejecución de las prestaciones, tal y conforme lo prescribe el art. 1362⁽⁵⁾ del Código Civil.

Habiendo precisado el contexto social y la necesidad de atender los efectos de la pandemia y declaratoria de emergencia, en los contratos en su etapa ejecutiva, así, ha surgido la preocupación por el pago de deudas por préstamos dinerarios, asumidas ante personas naturales, y ante personas jurídicas que son las entidades financieras.

V. Contrato de mutuo

Art. 1648 «Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad».

5.1. Mutuo dinerario

Si bien, la norma citada, refiere bienes consumibles, el bien consumible y fungible más común en este tipo de contratos, es el dinero. El mutuo en nuestra legislación, es un contrato oneroso, ya que exige disminución del patrimonio en ambas partes, pues la regla general es que el mutuuario debe abonar intereses (contraprestación por el uso del dinero), salvo pacto distinto, que lo convertirá en gratuito.

Para realizar la devolución del dinero más la contraprestación por el uso del bien (intereses compensatorios), se requiere que el deudor tenga la posibilidad de pago, de no darse las circunstancias, será sumamente difícil el cumplimiento, o por lo menos se cumplirá de manera parcial, tardía o defectuosa.

Se ha discutido sobre si lo que provoca la dificultad en el pago es la pandemia (caso fortuito) o la declaratoria de emergencia (fuerza mayor) conocida como el hecho del príncipe, en palabras del profesor Yuri Vega (2020): «No es en estricto ni la pandemia, tampoco el decreto presidencial de estado de emergencia (inmovilización), sino ausencia de consumo, pérdida de clientes, contracción de las ventas, disminución de ingresos, pérdida de utilidad». Circunstancias subjetivas de cada contratante, que no forma parte de la prestación en sí misma, ni el contrato de mutuo tiene como condición de pago, los ingresos de la actividad comercial o de la relación laboral del mutuuario.

Por tanto, adelantándonos a la parte conclusiva de este trabajo, señalamos que ningún incumplimiento o disminución en la obligación del mutuuario, tiene

(5) Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

amparo jurídico, puesto que la prestación aún es posible, y el valor de económico de las mismas no se ha vuelto excesivamente costoso, lo que no implica el no poder alterar algunas estipulaciones contractuales en beneficio del equilibrio contractual.

El mutuo financiero es el contrato que, sin desmerecer, el celebrado por personas naturales, ha traído más repercusiones, debido a su gran cantidad de operaciones y existencia de deudores, debido a ello, señalaremos que podemos clasificar este contrato en tres tipos: a) mutuo con garantías, b) mutuo sin garantías, y c) mutuo para financiamiento de negocios (créditos dados por EDPYMES) (Tamaní, 2020); estos contratos normalmente se celebran mediante cláusulas generales de contratación, aprobados por autoridad administrativa (INDECOPI).

5.2. Efectos del incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, del contrato de mutuo financiero

Los efectos jurídicos que acarrea el incumplimiento de pago de la obligación dineraria o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y que aplican las entidades financieras (Tamaní, 2020), son:

- a) Intereses moratorios
- b) Reporte a la Central de Riesgos de la SBS (arts. 158 y 159 de la ley 26702)
- c) Ejecución judicial

Es claro que si bien, no existe la posibilidad de extinguir la obligación o reducir la contraprestación, por los problemas económicos coyunturales, el principio de solidaridad, buena fe, y proscripción del ejercicio abusivo del Derecho, deberían compeler al acreedor a fin de renegociar y encontrar un equilibrio que no lesione más a ambas partes de lo que la situación actual ha ocasionado. Sin embargo, no se debe perder de vista que existe en estos contratos una parte fuerte contractual, que tiene a su favor, no solo el factor económico, sino la libertad de establecer el contenido de los contratos, limitándose la otra, a la aceptación de lo estipulado, además de la asesoría jurídica y profesional continuas que orienten sus actuaciones; por lo que es muy complicado que la renegociación, brinde a ambas partes la satisfacción de sus intereses.

La Superintendencia de Banca y seguros, en el mes de abril de 2020, facultó a las entidades del sistema financiero a que puedan renegociar los contenidos contractuales; entiéndase que no existe obligación a hacerlo, el Código Civil, tampoco exige ello ante la ocurrencia de fenómenos como los que vivimos. No obstante, la aparente renegociación podría tener efectos favorables a una sola de las partes (acreedor), esto es, suspender el pago de la deuda, pero aumentando la tasa de

interés compensatorio, imponiendo intereses moratorios y aumentando la cuota mensual que corresponde al capital.

Hay quienes señalan que podría aplicarse el art. 1316 del Código Civil⁽⁶⁾, referente al incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones de dar, sin culpa de las partes, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor, sin embargo, señalaremos que esta disposición no es aplicable, puesto que, como señalamos anteriormente, la obligación de devolución del dinero, no se supedita a condiciones subjetivas del mutuuario a fin de cumplir con la prestación (elemento objetivo), no es que la declaratoria de emergencia, o la pandemia sea la causa directa del cumplimiento de la prestación, el riesgo de carecer del dinero para cumplir, la asume el deudor, aún en esta coyuntura.

También estudiosos como el profesor Carlos Tamaní Rafael (2020), al ser el mutuo financiero un contrato en masa, o de consumo, podría acudir también al ámbito administrativo (arts. V.5 T.P. y art. 18 y 19 del Código de Protección al Consumidor), por infracciones al deber de idoneidad de los proveedores, por brindar alternativas de cumplimiento no favorables, reporte indebido ante la central de riesgo y comunicaciones de cobranzas injustificadas.

Sin embargo, el INDECOPI es un órgano eminentemente sancionador, no está facultado para imponer remedios contractuales, a excepción del resarcimiento por daños a través de las llamadas «medidas correctivas» (L. León 2020), las multas como sanciones administrativas, no recalcan en el bolsillo del afectado, y sumando a ello, el procedimiento administrativo, puede culminar en un nuevo proceso judicial contencioso administrativo, lo que ocasionaría gasto, tiempo y muchos dolores de cabeza, al afectado.

VI. Contrato de prestación de servicios educativos

La Educación es un derecho fundamental, reconocido no solamente en el plano constitucional y legal, sino también convencional; así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, señala en su art.26:

1. «Toda persona tiene **derecho a la educación**. La educación será gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La ins-

(6) Art. 1316 La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor, si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure, hasta que, por la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla o hasta que el deudor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. Si se puede ejecutar parcialmente, si ella no es útil para el acreedor, la obligación se extingue.

trucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el **pleno desarrollo de la personalidad** humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (...)
3. **Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación** que habrá de darse a sus hijos. (resaltado nuestro)

Del mismo modo, años más tarde, en 1966 se suscribe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y se contempla en el art. 13:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el **derecho de toda persona a la educación**. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la **libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas**, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (...). (resaltado nuestro)

En el ámbito constitucional peruano, citaremos la regulación de las dos últimas constituciones, a fin de identificar la diferencia en cuanto a considerar a la Educación como derecho fundamental.

Constitución Política de 1979

Artículo 21.- El **derecho a la educación** y a la cultura es inherente a la persona humana. La educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad. Se inspira en los principios de la democracia social. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza.

Constitución Política de 1993

Artículo 13. - **La educación** tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.

Si bien se puede entender que nuestra constitución mantiene implícita la idea de la educación como un derecho, sin embargo, tal omisión conlleva a pensar que quizá es susceptible de ser sacrificada, privilegiando la iniciativa privada, tal como es el sentido de la carta de 1993, y que justamente hemos visto en la coyuntura de la pandemia que aproximadamente ciento cincuenta mil niños fueron cambiados de colegio, sin pensar en los daños psicológicos que esto ocasiona. Entonces, ¿percibimos a la educación como un derecho?, o cuando este derecho colisiona con el plano económico, ¿preferimos lo segundo?

El contrato de prestación educativa, dentro del plano normativo, es un contrato típico, diseñado en el Código Civil como contrato de locación de servicios, pero continuada; nuestro Código Civil establece:

Artículo 1755.- Por la prestación de servicios se conviene que estos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente.

Artículo 1756.- Son modalidades de la prestación de servicios nominados:

- a. La locación de servicios.
- b. El contrato de obra.
- c. El mandato.
- d. El depósito.
- e. El secuestro.

Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

Como podemos advertir, en este contrato, la entidad educativa es la locadora y el padre o madre de familia es el comitente, quien otorga la retribución por el servicio o conjunto de servicios.

El 18 de abril de 2020, se da el Decreto Legislativo N.º 1465-2020, a través del cual, se establecen lineamientos que garanticen la continuidad del servicio educativo en los diferentes niveles de educación, durante el período de inmovilización social.

El 04 de mayo de 2020, mediante la Resolución Ministerial N.º 184-2020-MINEDU, se dispuso que, el inicio de la prestación presencial del servicio educativo, se suspenda mientras esté vigente el estado de emergencia y la emergencia sanitaria, y a través de la Resolución Ministerial N.º 160-2020 se implementa la estrategia «aprendo en casa».

Sin embargo, los centros educativos privados, deben cumplir el íter contractual al que se obligó, y no solo seguir la estrategia «aprendo en casa», entonces

surge un inconveniente, la prestación inicial (educación presencial), no se podía ejecutar más, o por lo menos sería ejecutable de manera parcial; sin embargo, la interrogante pasaba por los padres de familia, quienes preocupados por todas las prestaciones implícitas que incluía el servicio educativo, y que no se darían, reclamaban un reajuste en el monto al que se obligaron en un inicio.

Ante ello, algunas instituciones accedieron al pedido, sin embargo, otras, no lo hicieron, aduciendo, entre otras cosas, que debían cumplir con las remuneraciones de su personal; entonces, ¿cuál es la salida jurídica ante este acontecimiento?

Primero debemos entender que este contrato no se trata de cualquier acuerdo de prestación, sino que tiene un componente trascendente, el derecho fundamental a la educación, por tanto, cualquier análisis civil, debe ir concatenado con la protección del educando. Aquí tampoco cabe hablar de excesiva onerosidad de la prestación, puesto que la prestación, se ha tornado en imposible o es susceptible de cumplirse de manera parcial sin culpa de las partes, de esta manera, el Código Civil peruano, señala:

Artículo 1153.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 o 4⁽⁷⁾.

Como puede advertirse, el reajuste de la prestación, no es un favor que se le hace al comitente, acreedor o padre de familia, sino que es un derecho que le asiste la ley, sin embargo, el exigir su cumplimiento, se traduce en acudir a instancias judiciales para reclamarlo, lo que genera un costo enorme en las circunstancias actuales.

Lo que está claro, es que la prestación educativa, no solo incluye el aspecto pedagógico - académico, sino: el uso de las instalaciones de deporte, de computación, de danzas, el consumo de energía eléctrica y agua, servicios de limpieza, el deber de diligencia o vigilancia respecto a los menores, atención psicológica y médica, etc.; y evidentemente, estas prestaciones implícitas no se están efectuando en época de la pandemia, lo que justifica un reajuste en el pago.

Siempre hemos pedido que es el Estado el que, a través de su potestad legislativa, deba ordenar el reajuste o reducción de la contraprestación, en amparo a un

(7) Artículo 1151.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:
1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 o 2.
2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

interés social, público o ético; equilibrar las prestaciones convenidas en un inicio, no significa controlar precios, pues si fuese así, ello tampoco podría hacerse a nivel judicial, significa entonces, el respeto del principio de solidaridad en una economía social de mercado.

Sin embargo, lo que hizo el Estado es emitir el Decreto Legislativo 1476-2020, que tenía como objetivo transparentar la información del deudor, y permitir a los padres buscar una elección adecuada sobre permanecer o no en la institución educativa privada durante dicho período, la tarea era principalmente el poder dar continuidad del servicio, pero ocurrió lo contrario, ya que el decreto ordenaba informar de manera parcializada y en un plazo de siete, el monto de ingresos y egresos de la entidad, bajo sanción administrativa, y de ofertar el costo por la prestación; de no realizar esta última o de no estar de acuerdo, el padre de familia, tenía dos posibilidades: aceptar las nuevas condiciones o resolver el contrato primigenio.

Si bien, resolver el contrato es un derecho que tienen los padres de familia, es entendible que no sea precisamente lo que desean, pues tal como se mencionó anteriormente, no se trata de cualquier prestación sino la de un derecho fundamental, pues es base del desarrollo de la personalidad de los menores, y cualquier cambio brusco, podría afectar el aspecto emocional y psicológico de estos. El resultado fue contundente, aproximadamente ciento cincuenta mil niños cambiados de centro educativo.

Así como en el contrato de mutuo dinerario, también se menciona al INDECOPI como un organismo que ayude a sancionar las infracciones contra el deber de idoneidad de la prestación, sin embargo, tampoco está encargado de imponer remedios contractuales:

El art. V.5 T.P. y art. 18 y 19 del Código de Protección al Consumidor, por una infracción al deber de idoneidad de los proveedores.

Artículo 73.- Idoneidad en productos y servicios educativos.

Artículo 74.- Derechos esenciales del consumidor en los productos y servicios educativos.

74.1 Atendiendo a la especialidad de los productos y servicios educativos, el consumidor tiene derecho esencialmente a lo siguiente:

- a. Que se le brinde por escrito información veraz, oportuna, completa, objetiva y de buena fe sobre las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos y condiciones del producto o servicio.
- b. Que se le cobre la contraprestación económica correspondiente a la prestación de un servicio efectivamente prestado por el proveedor de servicios educativos.

VII. Excesiva onerosidad de la prestación

Esta institución pertenece a la doctrina italiana y francesa de la Imprevisión, Europa ha sido el centro de eventos de catástrofes y epidemias, por lo que se veían en la necesidad de reconducir el contenido de los contratos, primero que la prestación sea posible y que esta sea afectada por acontecimientos extraordinarios, imprevisibles, pero sobre todo, lo que caracteriza esta institución es la irresistibilidad, puesto que un evento puede ser imprevisible, pero asumido en el riesgo natural de las partes o conocido como *alea* del contrato. No cualquier pérdida motivará la excesiva onerosidad de la prestación, puesto que el ganar o perder, está dentro del riesgo de los contratos, será entonces un evento que genere una pérdida mucho mayor de lo la parte pueda resistir.

La Sala Civil Permanente de Corte Suprema de la Justicia de la República, en el expediente 4245-2011, reconoció como objetivo de la institución la preservación del equilibrio contractual, y enunció los presupuestos de su aplicación, con apego a la ley: (i) que se trate de contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida; (ii) que se presenten acontecimientos imprevisibles o extraordinarios; y (iii) que estos ocurran con posterioridad a la celebración del contrato.

Finalmente, podremos decir que nuestra legislación establece en el art. 1440 del Código Civil⁽⁸⁾, que la parte perjudicada con el evento irresistible, puede pedir el reajuste de su prestación, mientras que el demandado, podría solicitarle al juez la resolución del contrato, la resolución solo debería habilitarse cuando el sacrificio del demandado sobrepase sus esfuerzos, y le resulte inexigible (León, 2020); la disposición normativa, no estimula el reajuste; lo que sí ocurre en la legislación italiana, pues es el perjudicado por el evento sobrevenido quien tiene derecho a demandar la resolución del contrato, y ante ello, el demandado puede ofrecer la modificación equitativa de las condiciones pactadas; es clara la postura del modelo italiano.

Un ejemplo de excesiva onerosidad de la prestación puede ser, el contrato de obra de una casa, dejada a la mitad por el estado de emergencia, pero al regresar del aislamiento, los costos de mano de obra y materiales, han subido de tal modo que solo sería posible cumplir con el costo sumamente alto, se afectó el elemento objetivo del contrato, la prestación en sí misma.

(8) Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

La excesiva onerosidad de la prestación es una institución diferente a la dificultad en el cumplimiento de la prestación, que sí tiene que ver los elementos subjetivos de los contratantes, pues hemos dicho que si bien la prestación no es excesivamente onerosa, porque económicamente no se incrementaron los costos, sí es de mucha dificultad generarse los ingresos que permitirán cumplir con la obligación; diremos entonces que hay dificultad para el cumplimiento de la devolución del dinero en el mutuo, también lo hay en los ingresos de los padres de familia para pagar la pensión escolar.

Sin embargo, las alternativas judiciales son distintas en ambos contratos, en el mutuo dinerario podría demandarse la suspensión de los créditos, en virtud a la buena fe y proscripción del ejercicio abusivo del derecho; mientras que, para el caso de la prestación educativa, existe la teoría del riesgo, ante un cumplimiento parcial sin culpa de las partes, que permite solicitar la disminución de la contraprestación. Pero, no debemos dejar de decir que las salidas judiciales, en esta coyuntura, es inoficiosa y muy perjudicial para los afectados con la emergencia.

VIII. ¿Es posible la intervención del Estado en la modificación del contenido contractual?

Hemos señalado que los remedios que procura la salida judicial, no sería eficiente, en la inmediatez requerida; tampoco administrativamente se pueden encontrar remedios contractuales, pero, en un inicio precisamos que la autonomía privada responde a una teoría normativista, ya que proviene del ordenamiento y es este quien establece los límites. El principio del *pacta sunt servanda*, no permite la intromisión de terceros ajenos a las partes que alteren el contenido contractual; sin embargo, por el principio de solidaridad o buena fe en los contratos, ante el desequilibrio prestacional, el legislador de 1984, estableció en el art. 1355 del Código Civil⁽⁹⁾, la posibilidad de la intervención estatal por razones de orden público, social o ético; respondiendo a la economía social de mercado, priorizando derechos fundamentales, cual mandatos de optimización (Alexy, 2017)

Si el legislador no ha estipulado la renegociación, como una obligación para las partes, ante eventos irresistibles que alteren el contrato, es el Estado el encargado de intervenir, antes que los daños sean mayores, saludamos las iniciativas del poder legislativo, aún en proyectos de ley, con el fin de suspender los créditos, y también los mandatos judiciales de desalojos. Pero aún requerimos que el Estado entienda su verdadero rol, en beneficio de la sociedad.

(9) Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

IX. Conclusiones

- El impacto de la pandemia por el Sars Cov-2 y, en estricto, la declaratoria de emergencia, han ocasionado afectación en diferentes aspectos sociales, y dentro de ellos, los contratos como el mutuo dinerario y el de prestación educativa.
- Ninguna declaratoria de emergencia justifica los requerimientos de incumplimiento de pago, puesto que no se ha afectado el elemento objetivo del contrato, las prestaciones, sino aspectos subjetivos de cada contratante, por tanto, es incorrecto hablar de excesiva onerosidad de la prestación, lo adecuado es decir que lo que ocurre es una dificultad en el cumplimiento.
- El Estado tiene una obligación no solo jurídica, sino moral de intervenir en la modificación del contenido de los contratos por razones de orden moral, social o ético, tal y como lo dispone el art. 1355 del Código Civil, priorizando derechos fundamentales.

X. Lista de referencias

- ALEX, R. (2017). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 3.a ed. Palestra Editores.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL Y OTROS. (2003). *El Contrato en General*. Tomos I, II y III. Primera reimpresión. Lima: Editorial Palestra.
- DIEZ PICAZO, L. (2016). *El contrato en general*. Volumen II, tomo I. Madrid- España: Editorial Tecnos.
- LEÓN HILARIO, L. (2020). *COVID-19, crisis sanitaria y retos del Derecho Civil: Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales*. Gaceta civil y procesal civil. Revista La Ley on line. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9619/covid-19-crisis-sanitaria-y-retos-del-derecho-civil-entre-la-fuerza-vinculante-y-la-adecuacion-de-los-pactos-contractuales>
- TAMANÍ RAFAEL, C. (2020). ¿Debemos seguir pagando nuestras deudas? Las dificultades para el cumplimiento de los arrendamientos y préstamos bancarios debido a la pandemia de COVID-19. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9441/debemos-seguir-pagando-nuestras-deudas-las-dificultades-para-el-cumplimiento-de-los-arrendamientos-y-prestamos-bancarios-debido-a-la-pandemia-de-covid-19>.
- VEGA, Y. (2020). *El coronavirus, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad*. LP. Pasión por el Derecho. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/coronavirus-fuerza-mayor-excesiva-onerosidad/>

Efectos del COVID-19, en la tenencia compartida y el derecho de vistas

Effects of COVID-19, on shared tenure and the right of views

COLORADO HUAMÁN, William(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La patria potestad. III. Tenencia. IV. Tenencia compartida. V. Régimen de visitas. VI. COVID-19 (Coronavirus). VII. Efectos del COVID-19 en la tenencia compartida y derecho de visitas. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo analiza los efectos que viene produciendo el COVID-19, en las instituciones de amparo familiar, como es la tenencia compartida y el derecho de visitas; para tal efecto, se estudia las figuras de la patria potestad, tenencia, tenencia compartida y el derecho de visitas; como base para examinar supuestos concretos, donde es —casi— imposible materializar el contacto de los padres con sus hijos (y viceversa), producto de las medidas adoptadas por el gobierno (estado de emergencia y cuarentena); por lo que, se brinda recomendaciones para afrontar dicha situación; sin perjuicio de analizarse y ofrecerse sugerencias que permitan viabilizar las instituciones familiares, luego de concluida la cuarentena.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador extrajudicial. Con estudios concluidos de maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: wcoloradoh@unc.edu.pe.

Palabras claves: Familia, tenencia, tenencia compartida, derecho de visitas, coronavirus.

Abstract: *This article analyzes the effects that Covid-19 has been producing in family protection institutions, such as shared tenure and visitation rights; for this purpose, the figures of parental authority, tenure, shared tenure and the right of visits are studied; as a basis for examining concrete assumptions, where it is –almost- impossible to materialize the parents' contact with their children (and vice versa), as a result of the measures adopted by the government (state of emergency and quarantine); therefore, recommendations are offered to deal with this situation; notwithstanding analyzing and offering suggestions that make family institutions viable, after the quarantine has ended.*

Key words: *Family, possession, shared ownership, visitation rights, corona virus.*

I. Introducción

Producto de la ruptura de las relaciones familiares, suelen presentarse los conflictos más delicados y complejos que afronta el derecho de familia, al verse involucrados menores de edad; es así, que se han creado instituciones de protección familiar, como es la tenencia compartida y el derecho de vistas, que buscan viabilizar las facultades de la patria potestad, ante la separación de los progenitores.

Por otro lado, la aparición del Covid-19 (coronavirus), no solo viene afectando la vida de nuestros conciudadanos; sino que ha trastocado nuestra propia convivencia (en el ámbito laboral, social, profesional, educativo y familiar), al adoptarse medidas (estado de emergencia y cuarentena) que imposibilita el contacto físico; situación que viene fragmentado los lazos familiares.

En tal virtud, en esta oportunidad analizamos los efectos que produce el Covid-19, en la tenencia compartida y el derecho de vistas; para lo cual, hacemos un estudio conciso de la patria potestad (derecho y deber, que corresponde a los progenitores, para proteger los derechos e intereses de sus hijos); y las figuras de la tenencia, tenencia compartida y derecho de vistas (como herramientas para preservar las relaciones interfamiliares).

Con la base doctrinaria, nos enrumamos en examinar supuestos, donde en estos momentos es —casi— imposible la materialización del contacto entre padres e hijos; como consecuencia del estado de emergencia y el aislamiento social obligatorio; por lo que, brindamos recomendaciones para afrontar dicha situación, con la utilización de medios virtuales; sin perjuicio de analizar y ofrecerse también sugerencias que permitan viabilizar las instituciones familiares, concluida la cuarentena.

II. Patria potestad

Al constituir la familia⁽¹⁾ un medio de realización personal, uno de sus fines es el cuidado y la atención de sus integrantes, sobre todo de aquellos más vulnerables, como son los menores de edad, quienes, por su edad y características inofensivas, necesitan de una atención especial; amparo, que ha evolucionado con los años, donde los estados han tomado conciencia de la importancia en la protección de los infantes.

De este modo, producto de la filiación, surgen relaciones paterno filiales, que se traduce en la figura de la «patria potestad⁽²⁾», la cual, es concebida como aquel conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto de sus hijos e hijas⁽³⁾; cuyo objetivo, es el cuidado integral de los menores, que no pueden atender de manera personal sus necesidades⁽⁴⁾; siendo «los progenitores quienes realicen todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de sus hijos» (Canales, 2014, p. 15).

En la normatividad peruana, el artículo 418 del CC, la define como el deber derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Asimismo, el artículo 74 del Código del Niño y del Adolescente (CNA), establece un listado de estos deberes y derechos; a partir de ello, se puede advertir que esta

- (1) La familia, ha sufrido grandes cambios, ligados a la propia evolución del hombre y de la sociedad (Varsi, 2011, p. 16); lo que ha permitido, que su protección no solo se avoque a un grupo familiar (matrimonio), sino que se tutele otras formas familiares; cambio que se traduce en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los individuos que la conforman.
- (2) Etimológicamente el término *patria potestad*, proviene de raíces romanas, donde «patria» alude al *pater familia* y el término «potestad» denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, a partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no solo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole (Canales, 2014, p. 9).
- (3) Dentro de nuestra legislación, existe un tratamiento diferenciado; pues, cuando se habla hijos matrimoniales, la patria potestad, la ejercen de manera conjunta y simultánea los padres (artículo 419 del CC); es decir, marido y mujer con la excepción a esta regla, se da el supuesto de separación de hecho, divorcio por causal o invalidez del matrimonio (en estos supuestos, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confía) y por mutuo acuerdo. Cuando se trata de hijos extramatrimoniales, la patria potestad, la ejercen el padre que ha reconocido al hijo; si el reconocimiento lo han realizado ambos progenitores, el juez determinará a quien le corresponde la patria potestad toman en consideración la edad, el sexo y el interés del menor (artículo 421 del CC).
- (4) Por ello, Cornejo Chávez, afirma que esta institución, es una de amparo familiar y defensa del menor que no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad (1987, p. 177).

figura sólo corresponde a los padres, y en el caso que no pudieran ejercerla, serán llamados otros —familiares— a cuidar de los menores, bajo la figura de la tutela.

La doctrina, ha sido crítica con la denominación de esta institución⁽⁵⁾, al considerarla como el reflejo de la autoridad machista que históricamente ha sido ejercida por los varones en estructuras familiares patriarcales, donde el ejercicio de poder y jerarquía, que ha conllevado actos de violencia, no deseable en el entorno familiar. Pero, con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño⁽⁶⁾, se ha producido un cambio en el tratamiento jurídico de la niñez y la adolescencia. Al pasar de una situación irregular a una protección integral; por ende, en la fecha los niños y las niñas son vistos como sujetos de derecho, donde se debe priorizar sus intereses (*Interés Superior del Niño*), mereciendo una atención especial, dada su edad, que los coloca en una situación de vulnerabilidad⁽⁷⁾.

- (5) Atrás ha quedado la concepción tradicional de que la patria potestad se debe entender únicamente como el otorgamiento de derechos a favor de los padres respecto de sus hijos; hoy en día la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos, en otras palabras, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí (esto configura la denominada «relación jurídica de la patria potestad») y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del derecho de familia, que implica derechos y deberes correlativos (Canales, 2014, p. 27).
- (6) No olvidemos que el texto de nuestra Constitución Política, en el artículo 55, dispone «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Asimismo, la carta magna, en la cuarta disposición final y transitoria, establece: «Las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los acuerdos internacionales ratificados por el estado peruano, que contienen disposiciones sobre la familia son:
- A) Sistema Universal.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.
 - Convención contra toda Forma de Discriminación a la Mujer (CEDAW), que entró en vigor para el Perú el 13 de octubre de 1982.
 - La Convención de los Derechos del Niño (CDN), que entró en vigor para el Perú el 4 de octubre de 1990.
- B) Sistema Interamericano.
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.
 - Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (convención Belém Do Pará), que entró en vigor para el Perú el 4 de julio de 1996.
- (7) Aunando a lo expuesto, existe una seria controversia sobre la protección integral y el rol de cuidado de los padres respecto de sus descendientes; pues, se considera que el cuidado de

III. Tenencia

Cuando los padres viven juntos ejercen colectivamente las facultades inherentes a la patria potestad; sin embargo, ante diversos problemas, las relaciones pueden fragmentarse; generando daños a los integrantes de la familia, en especial a los niños, quienes desconocen sobre su futuro hogar y con quién vivirán, llegando al extremo de no tener contacto fluido y natural con el otro padre que no ostenta su guarda o custodia⁽⁸⁾ o al presentarse prohibiciones que obstaculicen alguna interacción⁽⁹⁾.

Por ello, cuando una pareja deja de convivir, se encuentra en la necesidad de decidir, en quién vivirá con el niño; en este contexto, surgen las figuras jurídicas, de la tenencia⁽¹⁰⁾ y el régimen de visitas. Sobre la primera, Varsi nos señala que es sinónimo de estar junto, tener al hijo a su lado; es una forma de convivencia inmediata del padre o madre con el hijo (2012, p. 304).

Por su parte, Rabadán indica que la tenencia se refiere a aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, para cuya realización se necesita la convivencia del progenitor con el niño o niña;

- los hijos corresponde tradicionalmente a las mujeres, la cual es asumida como un mandato de la naturaleza y que es fácilmente apreciada, pese a que realizan algún trabajo; sin embargo, en estos momentos podemos decir que los padres (varones) también pueden realizar dicha labor —de atención y protección— hacia sus descendientes y no por su género, pueden ser relegados.
- (8) Ahora dentro de nuestra legislación, el artículo 84 del CNA, equipara los términos «tenencia» y «custodia»; sin embargo, ello es un error, pues la tenencia es el atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos; y producto de dicho ejercicio, surge el deber de estos en custodiar a sus hijos, que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos; en cambio, la custodia viene a ser un deber de vigilar o custodia; en otras palabras, la tenencia es un derecho y la custodia es un deber.
- (9) Daños que se encuentran presentes en cada caso de separación; pero, nuestra legislación no la aborda pese a su notoriedad; consideramos que esta ausencia normativa merece ser tratada y proteger a las personas afectadas por dicha situación; teniendo como modelo, el caso de la legislación española e italiana, que abordan dicho escenario.
- (10) La doctrina, señala que resulta curiosa la denominación que se le otorga a esta institución asemejándola con la figura de los derechos reales, pues en dicho ámbito, «tenencia» alude a la posesión de un bien; es decir, el tener una cosa con ánimo de dueño; bajo dicho contexto, Aguilar indica que debería ir pensándose en otro término que se adecue más al concepto de relación personal, quizás cambiando el término por el de «derecho de mantener una relación personal con sus hijos», término amplio con el cual se incluye la convivencia, pero también la corresponsabilidad entre ambos padres sobre todo lo que concierne a los intereses de los hijos (p. 192). Por ello, considera que la diferencia, es que la tenencia para el derecho de familia, está amparada en un título que proviene del artículo 78 del CNA, inciso f, al expresarse que es derecho de los padres «tenerlos en su compañía, recurriendo a la autoridad si fuera necesario para recuperarlos», lo que no ocurre en el ámbito de los derechos reales.

donde el padre o madre tomará las decisiones inmediatas y trascendentales de la vida diaria del menor, referentes a la disciplina, actividades escolares, visitas a los amigos, etc. (como se citó en Fernández, 2013).

Pero, no es solo un derecho de los padres *-de poder vivir con sus hijos-*; sino también de los hijos, de vivir con sus progenitores y a no ser separado de ellos, a no ser que las circunstancias lo justifiquen⁽¹¹⁾. En tal virtud, para su materialización, se recurre a lo dispuesto por el artículo 81 del CNA, donde se expresa que la tenencia se determinará de común acuerdo entre los padres, tomando el parecer del hijo; en este escenario es conveniente una formula conciliatoria que se encamine a través del correspondiente procedimiento conciliatorio⁽¹²⁾; y de no existir acuerdo, será el juez quien decida, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 84 del CNA, donde se describe los siguientes parámetros:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable⁽¹³⁾.
- b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre⁽¹⁴⁾; y
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

(11) El artículo 8 del CNA, señala: «El niño y el adolescente tiene derecho a vivir, crecer, y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrá ser separado de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos».

Además, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño o adolescente.

(12) Recordemos que el acuerdo conciliatorio, tiene la fuerza de una sentencia, tal como lo señala el artículo 328, en concordancia con el artículo 688 del Código Procesal Civil.

(13) Antes de plantearse una demanda de tenencia, se debe considerar la persona con quien el infante ha venido viviendo; pues, producto de dicha convivencia se ha generado un arraigo del menor respecto del padre o madre; aunado al ambiente gestado, sus relaciones personales con otros menores, la cercanía del colegio y demás aspectos; que nos lleva colegir que la convivencia llevada debe ser considerada en la decisión judicial; pues, de lo contrario, se genera un trauma para el menor al dejar de manera abrupta al padre o la madre con quien estuvo viviendo, además de su entorno social.

(14) De acuerdo a la doctrina este criterio fue basado en la corta edad del infante, siendo que su atención demanda preferentemente un cuidado especial por parte de la madre (periodo de amamantamiento, cuidados de salud, primeras comidas, cuidados higiénicos, etc.).

De esta manera, el magistrado luego de evaluar los hechos, la idoneidad de los progenitores (material y moral) y sobre todo el interés del menor, procederá a otorgar la tenencia a través de la correspondiente resolución. Agotadas las instancias respectivas de presentarse eventos que afecten los derechos del infante, la tenencia puede ser variada de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 82 del CNA.

IV. Tenencia compartida

En octubre del año 2008, mediante la Ley N.º 29269, se modifican los artículos 81 y 84 del CNA; a través de ello, se faculta al juez de familia, que conoce un caso de tenencia, el poder disponer una «tenencia compartida»; sin embargo, la modificación, no aporta mayor elemento o criterio que permita viabilizar esta nueva figura jurídica.

Ante ello, la doctrina se encarga de aproximarse a su significado; expresando que al ser la tenencia un derecho de los padres, que se resume en el hecho de convivir con el menor y poder ejercitar los atributos de la patria potestad; ocurre, que la *tenencia compartida*, no es otra cosa, que el compartir, repartir o dividir entre los progenitores, las atribuciones de la patria potestad; es decir, dividir el tiempo de convivencia con el hijo, bajo la regla del 50 % y 50 %; además de dividirse las decisiones sobre el desarrollo del infante.

Para Aguilar, quien ejerce a tenencia, no solo goza del derecho de vivir con el hijo, sino también ejerce los demás atributos que confiere la patria potestad, tales como dirigir el proceso educativo; guiar las relaciones con terceras personas, gobernar incluso las comunicaciones (en algunos casos viene llega a ser su único representante legal), corregir moderadamente, aprovechar los servicios de sus hijos, en cuanto ello no atente contra la salud, ni su proceso educativo, administrar sus bienes, entre otros (2009). Por ello, la tenencia compartida, no es solo la distribución del tiempo de convivencia del menor con sus progenitores; sino, la distribución completa de todas las facultades que se derivan de la patria potestad y las responsabilidades que ello acarrea, como si se tratara de una familia intacta o no afectada por la separación.

De este modo, la tenencia compartida, ha sido pensada, mirando los intereses del menor; quien el encontrarse en medio de la confrontación de sus padres, necesita que se salvaguarde sus derechos; y al ejercerse y distribuirse de manera adecuada los atributos de la patria potestad, podrá desarrollarse de la mejor manera; sin embargo, la realidad genera que sea difícil su aplicación; pues, las posturas de los padres impide ello; aunado a la inexistencia de criterios que permitan su materialización; dejándose a discreción del magistrado, quién entendemos evaluara

los recursos, las posibilidades, características personales, responsabilidades y sobre todo analizara lo más conveniente para el menor, quién con su opinión y deseo, permitirá la concretización de esta figura jurídica.

V. Derecho de visitas

Los padres tienen el derecho de participar en el desarrollo integral de sus hijos, y estos de contar con una familia y no ser separados de ella; en ese sentido, al otorgarse la tenencia del infante —a uno de los progenitores—, surge el derecho del otro padre, de tener contacto con su descendiente, lo cual se manifiesta a través del derecho de visita.

Este derecho consiste, en la posibilidad de entrevistarse periódicamente con los hijos, comprendiendo el uso de correspondencia postal o comunicación telefónica, la cual no puede ser controlada o interferida, salvo motivos serios y legítimos (Vásquez, 2013, p. 47); en otras palabras, aquel padre que no ejercer la tenencia de su hijo, tiene el derecho de relacionarse, contactarse y comunicarse con su vástago, con el objetivo de conservar las relaciones personales, permitiendo la continuidad de las mismas en el tiempo (Plácido, 2003, p. 513).

Por ello, el artículo 88 del CNA, establece: «*Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con pruebas suficientes el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria*⁽¹⁵⁾»; observamos que el legislador busca ofrecer, la oportunidad de participar en la formación de los hijos; sin perjuicio, de beneficiar al menor, al mantener sus relaciones afectivas con las personas que forman parte de su vida, al margen de los conflictos familiares que pudiera existir.

La materialización de este derecho, puede darse de común acuerdo entre los progenitores, plasmándose en el correspondiente acuerdo conciliatorio o por sentencia judicial, donde el juez de familia, será el encargado de establecer el respectivo «régimen de visitas» (considerando los días de semana, días festivos y disponibilidad de los padres); evaluando además: a) la relación de familia con el menor; b) el cumplimiento de la obligación alimentaria; c) el interés del menor; d) la edad del infante; e) opinión del menor y f) la calidad de quién lo solicita (padre o parientes) (Varsi, 2012, p. 320).

(15) Sobre la condición del incumplimiento de la obligación alimentaria, para el acceso al derecho al derecho de visitas, la doctrina al igual que la jurisprudencia, han señalado de manera contundente que no puede condicionarse; pues no cabe impedir al hijo de recibir las visitas de su padre o madre que no vive con él.

De acuerdo al artículo 88 del CNA, esta prerrogativa se extiende también a otros parientes; pues, se indica: «*Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre*». En el mismo tenor, el artículo 90 del mismo cuerpo legal precisa: «*El régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique*».

Dada la trascendencia, su incumplimiento da lugar a los apremios de ley, y en el caso de resistencia, puede originar incluso la variación de la tenencia, tal como los dispone el artículo 90 del CNA; con ello, se busca sancionar al padre o madre, que desobedece el régimen de visitas (Varsi, 2012, p. 325), al perjudica los derechos de su propio hijo.

VI. Covid-19 (Coronavirus)

En el mes de diciembre del año 2019, diversos medios de comunicación nacionales como internacionales, reportan que en la ciudad de Wuhan - China, se presentaba un paciente infectado por un patógeno⁽¹⁶⁾, que afectaba directamente al sistema respiratorio; creyéndose en un inicio que era el rebrote de otro virus (SARS⁽¹⁷⁾), se dio poca importancia a dicha situación; pese a la alerta que habían realizado ciertas personas⁽¹⁸⁾.

(16) Según los diversos reportes de los medios de comunicación, este virus apareció en el mercado de la provincia de Wuhan - China, y el primer paciente, sería una persona de 55 años, que se habría infectado a mediados de noviembre del año 2019.

(17) El síndrome respiratorio agudo grave o SARS, es una enfermedad respiratoria viral causada por un coronavirus. La primera vez que se informó sobre ella, fue en Asia en febrero de 2003. A los pocos meses la enfermedad se propagó en más de dos docenas de país en Norteamérica, Suramérica, Europa y Asia. Según la OMS, un total de 8 098 personas en todo el mundo se enfrentaron a esta enfermedad durante el brote de 2003, de la cual 774 personas fallecieron. Los síntomas era fiebre, dolor de cabeza, una sensación de incomodidad y dolor en el cuerpo; siendo que algunas personas experimentaban síntomas respiratorios leves. Pero la mayoría contrae neumonía (inflamación de los pulmones, causado por la infección de un virus o una bacteria, que se caracteriza por la presencia de fiebre, escalofríos, dolor intenso en el costado afectado del tórax y expectoración).

(18) Es el caso del oftalmólogo Li Wenliang, quien fue uno de los primeros en alertar a sus compañeros de profesión sobre la aparición de este nuevo virus; si bien en aquel momento no se sabía lo que estaba enfrentando, en su mensaje del 30 de diciembre del año 2019, recomendaba que se tuviera cuidado con una nueva enfermedad misteriosa, recomendando usar ropa protectora para evitar contagios. Cuatro días más tarde recibió la visita de funcionarios de la oficina de Seguridad Pública, quienes lo obligaron a firmar una carta donde lo

Para el mes de enero del año 2020, se da cuenta del primer fallecido y el incremento exponencial de personas infectadas por esta patología; ante ello, las autoridades chinas toman acciones, como identificar a las personas que presentan ciertos síntomas (tos, fiebre o malestar); sin embargo, su accionar no es fructífera, ya que los casos siguen creciendo y ahora, están en otras ciudades, alcanzando incluso a otros países, como España, donde el 5 de enero, reporta su primer caso, catalogándolo como una simple gripe; igual suerte, ocurre en Italia, donde consideran que dicha enfermedad será tratada con las respectivas herramientas sanitarias.

El 19 de enero del año 2020, se logra identificar al virus, catalogándolo como «COVID-19»; por su parte, el 30 de dicho mes, la Organización Mundial de la Salud⁽¹⁹⁾ (OMS), procede a emitir la alerta mundial, dado los reportes diarios de contagiados y fallecidos en los diversos países del mundo; y para el mes marzo, se la declara como una «pandemia», lo que genera que diversos estados, declaren el aislamiento social obligatorio, como estrategia, a fin de poder aislar a sus conciudadanos y así evitar más contagios.

Producto de las investigaciones científicas, la OMS, ha podido concluir que el Covid-19, es una enfermedad infecciosa que afecta a los pulmones. Los síntomas comunes son: fiebre, cansancio y tos seca. Pero, en algunos pacientes puede presentarse dolores, congestión nasal, dolor de garganta y diarrea; señales que pueden ser leves al aparecer de forma gradual; llegando incluso, a no desarrollar ningún síntoma o presentar malestar (pacientes asintomáticos). Existiendo una mayor probabilidad que el virus se desarrolle y cause la muerte, en aquellas personas mayores, que padecen afecciones medicas subyacentes como hipertensión arterial, problemas cardiacos o diabetes.

La propagación del Covid-19, se produce por el contacto que se tiene con una persona infectada *-portadora del virus-*, que expulsa el patógeno a través de gotitas

acusaban de hacer comentarios falsos, advirtiéndole que dejara de hacer cualquier otro tipo de manifestación sobre el tema. El 10 de enero de 2020, este médico comenzó a presentar síntomas, siendo hospitalizado. Por su parte, el 20 de enero, China declara la emergencia sanitaria, por el virus, denominado Covid-19; de manera paralela, Li, era sometido a diversas pruebas para ver si se encontraba contagiado obteniéndose resultados negativos; sin embargo, el 30 de enero, este médico informaba por las redes sociales que había dado positivo y pese al tratamiento recibido, el 6 de febrero falleció. Causando una seria conmoción al conocerse su historia, y por la forma como el estado chino, había tratado de callarlo.

(19) La Organización Mundial de la Salud, es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en la salud. Entrando en vigencia el 7 de abril de 1849, fecha que es conmemorada como el Día Mundial de la Salud.

procedentes de su nariz o boca, al momento de estornudar, toser o exhalar. Estas incluso pueden caer sobre objetos y superficies; de modo, que otras personas (sanas) pueden contraer el virus, al tocar esos objetos o superficies y luego tocarse los ojos, la nariz o la boca.

Dada la forma de contagio, se ha recomendado que las personas se queden en sus hogares y en el supuesto que interactúen con otras, deben llevar un protector de boca o nariz, lavarse las manos con agua y jabón o usar un desinfectante a base del alcohol, manteniendo una distancia mínima de un metro entre individuos.

Pero, como los síntomas del Covid-19, son similares a un resfriado, es difícil identificarlo; por lo que, de acuerdo a la doctora Carmen Sofia Arriolla, epidemióloga de los Centro de Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos, cuando surgió el patógeno, lo primero que se hizo fue estudiar su código para detectar marcadores genéticos que permitan identificarlo; a partir de ello, se ha podido desarrollar dos pruebas: la primera llamada, *pruebas serológicas* o «*pruebas rápidas*», que ofrecen el resultado en 10 minutos; y, las segundas denominadas *pruebas moleculares*, que tardan entre dos a tres horas en dar una respuesta en laboratorio.

Bajo lo expuesto, las pruebas serológicas detectan la respuesta inmunológica contra el patógeno; pues, a través de una gota de sangre, el test, advierte los anticuerpos que produce nuestro organismo, mientras está respondiendo o ha respondido en algún momento a esta infección; estos anticuerpos son los IgM (inmunoglobulina M) y los IgG (inmunoglobulina G), que se adhieren al virus para desactivarlo o eliminarlo. Pero, no se puede confiar en esta prueba, ya que solo logra decir que una persona esta contagiada, cuando el virus se ha desarrollado; por ende, la OMS, no recomienda este análisis para diagnosticar a un paciente. La razón, es que el organismo puede tardar al menos diez u once días en liberar los anticuerpos IgM y los IgG, y si se toma al inicio del contagio, cuando no se han liberado las defensas del cuerpo, existe una gran probabilidad que el resultado sea negativo⁽²⁰⁾.

Por su parte, las pruebas moleculares, conocidas como pruebas de reacción en cadena de la polimerasa, son las que actualmente recomienda la OMS para confirmar los casos vigentes de Covid-19; pues a través de ella, se detecta de manera directa el ARN (ácido ribonucleico) del virus, en las secreciones respiratorias del paciente y con el resultado positivo, se puede aislar al infectado, atendiéndolo en el avance de la enfermedad.

(20) En nuestro país, el Instituto Nacional de Salud, especifica que usa las pruebas serológicas para detectar infecciones pasadas para facilitar la vigilancia de la pandemia e identificar potencialidades inmunológicas.

VII. Efectos del covid-19 en la tenencia compartida y derecho de vistas

La OMS, ha precisado que una forma de atacar al virus, es con la identificación de aquellas personas infectadas y manteniendo aisladas a las personas sanas; es así, que el 6 de marzo del año 2020, nuestro país reporta la primera persona infectada por Covid-19, la misma que había retornado de Europa (España, Francia y Republica Checa); por lo que, se dio la atención respectiva, ejecutándose el plan de respuesta a la enfermedad; además de activarse los protocolos en aeropuertos y terminales marítimos; sin embargo, el paciente cero, antes que conocer su enfermedad, tuvo contacto con sus familiares, quienes fueron puestos también en cuarentena⁽²¹⁾.

La expansión del virus ha continuado, registrándose más casos; por lo que, a fin de evitar la propagación, el Presidente de la República, el día 14 de marzo, declara el estado de emergencia, durante 15 días⁽²²⁾, limitándose los derechos fundamentales de la libertad, la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio nacional; generando con ello, el aislamiento social obligatorio (cuarentena), como método para que el virus no se extienda; disponiendo, la intervención de las fuerzas armadas para el fiel cumplimiento del régimen de excepción.

Esta situación ha repercutido en nuestras vidas; pues, hemos visto afectado nuestro ámbito laboral, profesional e inclusive educativo, con la modalidad de clases virtuales; pero, sobre todo ha conmovido las relaciones personales; pues, por un lado, ha fortalecido los lazos familiares, donde el grupo familiar, es el soporte material y emocional a cada uno de nosotros; pero, por otro lado, se ha fragmentado también los lazos familiares; donde los menores de edad, son los más perjudicados, al no poder relacionarse con sus padres.

Es así, que un tema sumamente delicado es discutir la tenencia y el derecho de vistas de un menor de edad; antes de la pandemia, este tipo de procesos judiciales, tenía una duración de dos a tres años aproximadamente; periodo de tiempo, en el cual, los infantes, no podían tener contacto directo con el padre o madre con el cual no vivían; agravándose esta situación por la influencia negativa que sembraba uno de los padres, para que el menor se indisponga o rechace al otro progenitor

(21) El Ministerio de Salud, el día 19 de marzo, informaba sobre el primer paciente fallecido a causa de esta infección, el cual era, un varón de 78 años con antecedentes de hipertensión arterial. Esta persona había ingresado a la unidad de cuidados intensivos del Hospital de la Fuerza Aérea del Perú, el 17 de marzo, al presentar insuficiencia respiratoria severa, pero a los dos feneció.

(22) Periodo de tiempo que ido prorrogándose, estando vigente en estos momentos, hasta el 30 de junio de 2020.

(síndrome de alienación parental); y, en el mejor de los casos, cuando se establecía la tenencia y el correspondiente régimen de vistas; el padre beneficiado impedía o frustraba que el progenitor se acerque a su hijo.

Esta situación ha empeorado producto de la expansión del Covid-19 y el aislamiento social obligatorio; a fin de poder analizar los efectos de esta situación en las instituciones de la tenencia compartida y el derecho de vistas, debemos disgregar nuestro análisis en dos momentos, *el primero, tiene que ver con aquellos padres que aún no tienen establecida una tenencia compartida o un régimen de vistas a su favor y desean materializarlo en estos momentos*; esto, al no haber podido llegar a un consenso o acuerdo con su ex pareja.

Con la entrada en vigencia del régimen de excepción, si bien se han suspendidos nuestros derechos; ello no ha ocurrido con el derecho de acción y la tutela jurisdiccional efectiva, que tiene cada persona; por otro lado, es cierto que las instancias judiciales se encuentran paralizadas; sin embargo, se han activado órganos de emergencia, donde, se podría invocar la aplicación de la Ley N.º 30364 —Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar—; peticionándose la medida cautelar de régimen de visitas provisional, encaminándose dicho pedido a través de la mesa de partes virtual habilitada por el ente judicial.

El segundo momento, tiene que ver con aquellos padres que tienen establecida la tenencia compartida o un régimen de vistas a través de un acuerdo conciliatorio o por mandato judicial (que son de obligatorio cumplimiento); aquí nuestro análisis en más complejo; pues, se debe analizar caso por caso; sobre todo, tiene que haber disponibilidad de ambos padres; presentándose los siguientes escenarios:

- a) *Cuando se ha establecido que el padre o la madre, deben retirar al menor, para permanecer con él algunos días* (externamiento): si bien, la tenencia compartida, como el régimen de vistas son esenciales y obligatorios, para compartir un tiempo con los hijos, y estos tengan un buen desarrollo psicológico. Al materializar estas figuras jurídicas en estos momentos, conllevaría incumplir con la cuarenta; pues, tendría que trasladarse de un lugar a otro; además, se expondría al menor, a un grave peligro de contagio por este nuevo virus, al desplazarse por lugares de bastante afluencia de personas (mercados, bancos, farmacias, centros de salud, etc.); ocasionando un serio perjuicio en su salud; por ende, los padres deberán analizar y decidir si es conveniente retirar al hijo o hija del hogar donde se encuentra en estos momentos. Lo más recomendable, es la habilitación de medios de comunicación virtual, como mensajes de texto, video llamadas o comunicación telefónica, que permita la interacción fluida.
- b) *Cuando se ha establecido que el padre o la madre, deben tener contando con el menor, en un determinado horario, entre los días de la semana* (sin externamiento): al igual

que el supuesto anterior, es sumamente riesgoso que el padre se traslade, recoja y devuelva al menor (el mismo día); más si se tiene que utilizar transporte público o transitar por lugares donde se no respeta la distancia social; por ende, en este escenario, serán los padres quienes tendrán que valorar, en preservar la salud de todos y en especial del menor. Por lo que, se recomienda que los progenitores habiliten un canal de diálogo, con los mecanismos virtuales y a través de ellos se genere el acercamiento.

- c) *Cuando se ha establecido que un régimen de vistas, en compañía de la asistente social del juzgado:* en este supuesto, el cumplimiento del mandato judicial, está sujeto a la presencia del personal del juzgado de familia, que en estos momentos no se encuentra laborando; por ello, es imposible su ejecución.
- d) *Cuando el padre o madre beneficiaria con la tenencia compartida o régimen de vistas, se encuentra infectado o existe algún familiar contagiado de Covid-19 en su entorno familiar:* aquí, existe un problema sumamente serio; pues, no se le puede exigir al menor que no abrace a su padre o madre, a sus abuelos y demás familiares (tíos, primos, etc.); por ello, ante el alto grado de contagio, se debe optar por evitar cualquier contacto personal; optándose por medidas alternativas, como son los medios de comunicación virtuales (llamadas telefónicas y video llamadas).
- e) *Cuando cerca de la vivienda o dentro del edificio donde vive el padre o madre beneficiaria con la tenencia compartida o régimen de visitas, existe algún vecino infectado de covid-19:* en este escenario, la tenencia compartida o el régimen quedaran a evaluación de los padres; en el supuesto de que se garantice los protocolos de seguridad (llevar mascarilla, lavarse las manos con agua o jabón, o algún desinfectante en gel, antes de llevarse las manos a la cara; mantener un metro de distancia con otras personas; evitándose el tránsito por lugares considerados como fuentes de infección), podría llevarse a cabo; siempre y cuando se haya descartado que otros individuos cercanos a la vivienda o el edificio presenten síntomas.
- f) *Cuando El padre o la madre beneficiado con la tenencia compartida o régimen de visitas, vive cerca del menor beneficiado:* en este supuesto dada la cercanía de los sujetos involucrados, es factible la materialización del contacto corporal entre padre o madre y los hijos.

Finalmente, el último aspecto a tratar, tiene que ver con analizar el escenario correspondiente a encaminar la tenencia compartida o régimen de visitas, luego de concluida la cuarentena; para tal efecto, se debe tener presente que toda la decisión, en primer lugar, lo tendrán los padres quienes, al margen de sus posturas e intereses personales, deben preservar las relaciones interfamiliares, ayudando al mejor desarrollo personal de sus hijos. Por ello, se recomienda la utilización de mecanismos alternativos al proceso, como es la conciliación.

Ante la falta de acuerdo y tiene que judicializar el conflicto de intereses; por ello, el Poder Judicial, debe reformar la forma de trabajo que se venía llevando a cabo, recomendándose lo siguiente:

- a) Como primer paso, se debe *virtualizar el proceso*, a través de una mesa de partes *on line*, que permita presentar escritos y ofrecer los medios de prueba respectivos, sin perjuicio habilitar el expediente judicial electrónico, que permita incluso la revisión de manera virtual por los abogados defensores;
- b) Como segundo paso, de debe *agilizar o simplificar el proceso*, siendo que en el mismo auto admisorio, se debe señalar la fecha de la audiencia única; además, de disponerse que al equipo técnico (psicóloga y asistente social) realicen de forma inmediata los informes respectivos, los cuales deben ser sustentados en la audiencia;
- c) El tercer paso, tiene que ver con la *audiencia única virtual*, donde se garantice que todas las partes involucradas accedan a la misma; y,
- d) En cuarto lugar, se debe viabilizar *la oralidad dentro del proceso*, como técnica a utilizar por los sujetos procesales y órganos de auxilio judicial, a fin de hacer las propuestas de acuerdo conciliatorio, oralizar los medios de prueba, sustentar los informes multidisciplinarios, emitir el respectivo dictamen fiscal y finalmente, a través de un lenguaje amigable, el magistrado pueda emitir la parte resolutive de su decisión o en el mejor de los casos la totalidad de la sentencia.

VIII. Conclusiones

1. Producto de la filiación y el reconocimiento de un menor de edad, se genera derechos y deberes (patria potestad) entre los padres y los hijos, que se traduce en la protección integral y la toma de decisiones en beneficio de los infantes; y ante la fragmentación de las relaciones interpersonales, surgen instituciones de amparo familiar (tenencia compartida y derecho de vistas) que buscan preservar los derechos del menor de edad.
2. La aparición y propagación del Covid-19, ha trastocado nuestra forma de vida (laboral, profesional, social, educativo y familiar), fortaleciendo los lazos familiares; pero también debilitando los mismos, al impedir el contacto físico entre padres e hijos sujetos a una tenencia compartida o régimen de vistas. Por ello, se recomienda la utilización de mecanismos virtuales (mensajes de texto, video llamadas o comunicación telefónica) a fin de preservar las relaciones familiares.
3. Dada la nueva convivencia social, por la presencia del Covid-19, los conflictos personales deben ser abordados por lo participes, priorizándose los acuerdos

que estos lleguen; y en el peor de los casos, el conflicto de interés deberá ser tratado, con medios logísticos virtuales que el Poder judicial habilite, para hacer viable instituciones sustantivas y procesales.

IX. Lista de referencias

- BBC NEW MUNDO. (25 de abril de 2020). *Tests de coronavirus: como son las pruebas serológicas y moleculares para detectar el covid-19 y que ventajas e inconvenientes tienen*. BBC News Mundo. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52361548>.
- CANALES, C. (2014). *Patria potestad y tenencia – nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial gaceta jurídica.
- CORNEJO, H. (1987). *El derecho familiar peruano*. 2 tomos. 6.ª ed. Lima, Perú: Editorial studium.
- FERNÁNDEZ, M. (2013). *Manual de derecho de familia*. Primera edición. Lima, Perú: editorial fondo editorial pontificia universidad católica del Perú.
- PLÁCIDO, A. (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Primera edición. Lima, Perú: editorial gaceta jurídica.
- VARSÍ, E. (2012). *Tratado de derecho de familia*. 4 tomos. Primera edición. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Artículos jurídicos

- AGUILAR, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. En: [file:///C:/Users/user/Downloads/17425-Texto%20del%20art%C3%ADculo-69151-1-10-20170503%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/17425-Texto%20del%20art%C3%ADculo-69151-1-10-20170503%20(2).pdf).
- VÁSQUEZ, H. (2013). El régimen de visitas en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *El derecho de familia en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, 1(01), pp. 45-64.
- HEGARTY, S. (7 de febrero de 2020). *Coronavirus en China: quién era Li Wenliang, el doctor que trató de alertar sobre el brote (y cuya muerte causa indignación)*. Servicio mundial de la BBC. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51371640>
- HOWARD, L. (11 de marzo de 2020). ¿Qué es una pandemia – Covid-19? CNN. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2020/03/11/que-es-una-pandemia/>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2020). *Covid-19*. Recuperado de <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

¿Se suspende la obligación alimentaria en el actual estado de emergencia instaurado por parte del gobierno peruano ante el brote del COVID-19?

Is the food obligation suspended in the current state of emergency instituted by the peruvian government in the face of the COVID-19 outbreak?

ORDÓÑEZ BRINGAS, Isaac Ricardo(*)

SUMARIO: I. Introducción II. Escenario nacional actual de la pandemia del COVID-19 III. La dignidad humana como fundamento del derecho a los alimentos. IV. Régimen jurídico del derecho de obligaciones en el estado de emergencia. V. La obligación alimentaria y estado de emergencia. VI. Procedencia de la suspensión del derecho alimentario en el actual régimen de excepción. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo parte del análisis que se efectúa dentro del estado de emergencia instaurado por parte del gobierno peruano, concretamente por los derechos fundamentales que se encuentran en gran medida

(*) Abogado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Docente de pregrado en la citada casa superior de estudios. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Cajamarca. Email: isrordz17@gmail.com.

restringidos. Como consecuencia de ello se ha generado un escenario total de incertidumbre jurídica debido a que es una situación en la cual el desarrollo de la sociedad peruana ha sido gravemente afectado.

Como consecuencia de la restricción impuesta por parte del gobierno y la orden de aislamiento social decretada los peruanos hemos visto afectado nuestro estilo de vida de manera total, incluso muchos de ellos han visto afectada su propia subsistencia al verse imposibilitados de desempeñar actividad laboral alguna.

Ahora en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas de manera previa a la situación en la que nos encontramos existe un mayor clima de incertidumbre puesto que si bien es cierto nuestra legislación regula mecanismos a los cuales recurrir ante supuestos de inexecución de obligaciones por causas no atribuibles a las partes, existen obligaciones que por su naturaleza deben ser de obligatorio cumplimiento, como es el caso de la obligación alimentaria.

Este artículo presentará de manera sucinta el escenario actual en el que nos encontramos y planteará si es factible que la obligación alimentaria se vea interrumpida, debido a que entendemos que esta se presta en base a la remuneración que percibe el obligado la cual dentro del contexto actual en su cumplimiento se ve afectado en gran medida.

Expondré las posiciones que se han generado al respecto de la suspensión o no de la obligación alimentaria durante el periodo de estado de emergencia y que acciones se pueden realizar una vez superada esta situación a efectos de dar a conocer los alcances y efectos que tiene la obligación alimentaria y si efectivamente o no puede restringirse en el actual escenario en el que nos encontramos.

Palabras claves: Estado de emergencia, aislamiento social, obligación alimentaria COVID-19

Abstract: *This article starts from the analysis carried out within the state of emergency established by the Peruvian government, specifically for the fundamental rights that are largely restricted. As a consequence, a total scenario of legal uncertainty has been generated because it is a situation in which the development of Peruvian society has been seriously affected.*

As a consequence of the restriction imposed by the government and the order of social isolation decreed, the Peruvians have been totally affected by our lifestyle, many of them have even been affected by their own livelihood as they have been unable to carry out any kind of work activity.

Now as for the fulfillment of the obligations contracted prior to the situation in which we find ourselves, there is a greater climate of uncertainty since, although it is true, our

legislation regulates mechanisms to resort to in cases of non-execution of obligations for non-attributable causes. to the parties, there are obligations that by their nature must be mandatory, as is the case with the maintenance obligation.

This article will succinctly present the current scenario in which we find ourselves and will ask whether it is feasible for the maintenance obligation to be interrupted, because we understand that it is provided on the basis of the remuneration received by the obligor, which in the current context compliance is greatly affected.

I will explain the positions that have been generated regarding the suspension or not of the maintenance obligation during the period of state of emergency and what actions can be taken once this situation is overcome in order to publicize the scope and effects of the obligation food and whether or not it can be effectively restricted in the current scenario in which we find ourselves.

Key words: *State of emergency, social isolation, food obligation COVID-19*

I. Introducción

La situación actual por la que atraviesa el mundo por la pandemia declarada por parte de la Organización Mundial de la Salud⁽¹⁾ viene generando impacto a gran medida en todos los estratos sociales, puesto que, como venimos presenciando la totalidad de actividades cotidianas que veníamos desempeñando han sufrido un giro debido a las medidas adoptadas con la finalidad de evitar la propagación del virus denominado como COVID-19.

El derecho no siendo ajeno a las consecuencias que origina la pandemia antes indicada, se ve definitivamente reformado con respecto a nuestro comportamiento, dado que entendemos perfectamente que el aspecto social constituye en gran medida uno de los principales fundamentos del derecho como lo conocemos.

Dentro del derecho nacional encontramos un impacto considerable debido a que para el caso del estado peruano se adoptaron medidas que generaron un efecto inmediato en la población, esto es, la declaratoria de estado de emergencia cuyos efectos vienen siendo la suspensión de manera considerable de los derechos fundamentales cuya protección se prioriza.

(1) La Organización Mundial de la Salud (OMS) es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en la salud, definida en su Constitución como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Inicialmente fue organizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que impulsó la redacción de los primeros estatutos de la OMS. La primera reunión de la OMS tuvo lugar en Ginebra en 1948.

Esta suspensión de los derechos fundamentales ha llevado a la población a cambiar de manera drástica su estilo de vida. Por ejemplo, actualmente quienes desarrollan una actividad laboral con los beneficios que la ley otorga se encuentran en una situación de incertidumbre debido a que la suspensión de labores afecta su derecho a la remuneración.

Otro de los escenarios que ha tenido considerables variaciones como efecto de las medidas adoptadas por el gobierno peruano viene a ser el sector educativo, puesto que ante el brote del COVID-19 en el Perú, la totalidad de instituciones educativas estatales y particulares en todos sus niveles se han visto en la imperiosa necesidad de modificar las formas en las que imparten el servicio educativo pasando del modelo común de presencial a la instauración del modelo virtual o educación a distancia como suele conocerse.

Por último es menester precisar que el Poder Judicial ha tenido que adaptar sus órganos de funcionamiento al actual contexto, debido a ello, hasta antes de la escritura del presente artículo, solamente se encuentra brindando atención a casos cuya urgencia así lo requieran, atendiendo las acciones de garantías constitucionales fijadas en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú⁽²⁾, por ello se ha instaurado juzgados de emergencia a nivel nacional, además de atenderse audiencias de manera virtual⁽³⁾ empleando los recursos tecnológicos cuando las características y naturaleza del caso urgente lo requieran.

Habiendo explicado el efecto que viene teniendo la pandemia del COVID-19 de forma genérica en nuestro estado nos adentramos en la temática de la siguiente forma. Si bien es cierto, nos encontramos en un estado constitucional de derecho donde se prioriza la protección de los derechos fundamentales y de la dignidad humana planteo la siguiente pregunta en el contexto actual en el que nos encontramos ante el impacto que genera la pandemia del COVID-19.

(2) La Constitución Política del Perú es la Carta Magna sobre la cual reposan los pilares del Derecho, la justicia y las normas del país. Esta controla, regula y defiende los derechos y libertades de los peruanos; organiza los poderes e instituciones políticas. Fue redactada por el Congreso Constituyente Democrático. Fue aprobada mediante el referéndum de 1993, durante el gobierno de Alberto Fujimori.

(3) Así lo ha estipulado en el derecho nacional la Resolución Administrativa N.º 042-2013-CE-PJ de fecha 13 de marzo del 2013, aprueba la Directiva N.º 001-2013-CE-PJ sobre —Procedimiento para la Ejecución de Audiencias Virtuales, que define a la videoconferencia como una— tecnología que proporciona un sistema de comunicación bidireccional de audio, video y datos que permite que las sedes receptoras y emisoras mantengan una comunicación simultánea interactiva en tiempo real.

¿Es procedente la suspensión del derecho alimentario debido a la limitación de percibir remuneraciones dinerarias generadas por la instauración del estado de emergencia en el Perú como medida para contrarrestar los efectos a la salud pública generados por parte de la pandemia del COVID-19?

El presente trabajo intentará ofrecer un análisis adecuado de la situación actual en la que nos encontramos debido a que muchos peruanos actualmente se encuentran obligados judicialmente a asistir con una pensión alimentaria con posterioridad al desarrollo del proceso judicial respectivo.

En el escenario en el que nos encontramos, los obligados a asistir con una pensión alimenticia se encuentran ante un escenario desfavorable debido a que en gran medida no perciben una remuneración fija, siendo este resultado del trabajo que realizan de manera diaria, habiendo sido este último gravemente afectado debido a las restricciones impuestas por parte del gobierno en el contexto del estado de emergencia.

Partiremos por explicar cuáles son los fundamentos que justifican la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y como el estado de emergencia incide de manera directa en el cumplimiento de la obligación alimentaria, puesto que como tenemos entendido si bien es cierto se trata de una obligación de naturaleza civil, sus características y funciones son distintas a las demás obligaciones que conocemos en el ordenamiento jurídico nacional.

Como segundo punto intentaremos explicar el régimen jurídico de los alimentos y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico para de esta forma entender su naturaleza jurídica y formas en las que pueden prestarse.

Como tercer punto ofreceremos detallar si la obligación alimentaria efectivamente podría o no ser materia de suspensión en el actual contexto en el que nos encontramos debido al brote del COVID-19 en el país.

Finalmente, explicaremos cuales son los derechos que se salvaguarda al momento de indicar nuestra posición con respecto a la suspensión o no del derecho alimentario con las restricciones fijadas por el gobierno peruano.

II. Escenario nacional actual de la pandemia del Covid-19

El surgimiento del virus bajo la nomenclatura de COVID-19 y su declaratoria como pandemia a nivel mundial (ambas denominaciones otorgadas por parte de la Organización Mundial de la Salud) viene generando efectos en todos los países.

Dichos efectos inciden directamente en el estilo de vida de sus habitantes puesto que, actualmente nuestros quehaceres diarios han sufrido una drástica variación. En base al efecto dañino que viene ocasionando el COVID-19 nuestro gobierno con la finalidad de salvaguardar la salud de los peruanos decretó régimen de excepción a nivel nacional, esto es, fijó el estado de emergencia nacional establecido la inmovilización social obligatoria con la finalidad específica de reducir el número de contagios del COVID-19 en el territorio nacional.

Las medidas adoptadas por parte del gobierno peruano sin duda alguna han generado un impacto considerable en nuestro *modus vivendi*. Sobre la base de ello podemos indicar que en la totalidad de hogares peruanos se viene asimilando la forma en la que debe hacerse frente a la situación.

Como todos tenemos entendido el derecho tiene como uno de sus fines el estudio de la conducta humana en sociedad dado que el comportamiento del ser humano constituye el aspecto fáctico a ser tenido en cuenta por parte de las ciencias jurídicas y no siendo ajeno a los cambios sociales que viene experimentando la sociedad, el derecho viene adaptándose a las variaciones severas que vienen ocurriendo.

Como ejemplo de la modificación sustancial del derecho en el actual de estado de emergencia en el que nos encontramos se han visto restringidos derechos fundamentales esenciales que permiten la autorrealización de la persona en sociedad, como es el caso del derecho al libre tránsito, es decir, si una persona ve impedido su libre desplazamiento por el territorio nacional ve diezmado en gran medida el acceso a la educación, al trabajo, etc.

Es por ello por lo que el poder ejecutivo, solicitando previamente facultades legislativas al congreso de la república, no siendo ajeno a la actual situación por la que viene atravesando el Perú ha decidido implementar mediante decretos legislativos en distintos sectores a los cuales la pandemia del COVID-19 ha golpeado severamente.

Por ejemplo, en cuanto al aspecto educativo de muchos peruanos, el gobierno ha decidido suspender las clases en forma presencial, dando paso a programas como educación desde casa, para ello se ha encargado de habilitar a los medios de comunicación (internet, radio y televisión) a efectos que se brinde un espacio dirigido a los estudiantes que cursan estudios en los distintos niveles educativos.

Otro de los aspectos a tomar en consideración el cual considero muy importante es el aspecto referido al cumplimiento de las obligaciones contractuales debido a la declaratoria de estado de emergencia en el Perú repercute de manera total en las obligaciones contraídas con anterioridad a la presente situación. Por ejemplo, si una persona se comprometió a efectuar pagos de los préstamos en las

entidades del sector financiero y ante la actual imposibilidad de generar ingresos, ¿cómo podría realizar el pago del préstamo citado?

Ante este escenario las entidades financieras se han pronunciado. En cierta medida muchas de ellas se han encargado de regular el pago de los créditos solicitados por los particulares, ofreciendo diversas alternativas en cuanto al pago ya que nos encontramos en una situación donde el incumplimiento no puede ser atribuido al deudor.

Vemos entonces que la actual situación ha modificado de manera significativa las relaciones jurídicas que existen entre los particulares, dicha variación se fundamenta en una de las prioridades que tiene estado para con la persona, me refiero a su obligación de defenderla y el respeto de su dignidad tal como lo estipula el artículo primero de la Constitución Política del Perú⁽⁴⁾.

Entonces podemos entender que para el estado peruano la persona humana constituye prioridad en cuanto a su desarrollo en sociedad, pero ésta última se fundamenta en su dignidad, a raíz de este último concepto, ¿cómo lo podemos entender en el actual contexto?

Un sector mayoritario de la doctrina define a la dignidad como aquel valor inalterable que posee el ser humano por solamente tener la condición de tal, definiéndola de la siguiente manera: La dignidad es el rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad y que comparte un tratamiento concorde a todo momento con la naturaleza humana.

Teniendo en cuenta el concepto sobre la dignidad humana es preciso señalar que en el contexto actual el estado tiene como principal prioridad salvaguardar la salud de las personas, en razón a ello se han implementado diversos mecanismos a través de las normas legales emitidas en el Perú con la finalidad de proteger la integridad de los integrantes del estado peruano.

Ahora bien, si seguimos la ilación de la problemática actual en la que nos encontramos, podemos plantear diferentes preguntas como la siguiente: ¿qué pasa con aquellas relaciones jurídicas que no pueden perfeccionarse o encuentran limitantes para su ejecución a raíz del estado de emergencia en el que nos encontramos actualmente?

Sobre la base de ello planteamos que ante la imprevisibilidad del surgimiento de la situación actual no existe un mecanismo de tutela jurídica cuyo carácter de es-

(4) Artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

pecificidad permita regular los efectos del no perfeccionamiento de las relaciones jurídicas y obligaciones previas al surgimiento del actual acontecer.

Siguiendo la línea de pensamiento citada es que nos introducimos al tema que desarrollaré, dado que el estado peruano en estos momentos tiene como una de sus principales funciones y/o deberes la salvaguarda de la salud e integridad de los peruanos.

Hablamos entonces de que las obligaciones no se encuentran en un escenario adecuado donde se pueda efectuar un cumplimiento adecuado entre ambas partes, por lo tanto, en su totalidad éstas últimas se ven impedidas de ser ejecutadas.

Me referiré en ese aspecto a una de las principales obligaciones que ha generado una serie de interrogantes en cuanto a su planteamiento, desarrollo procesal y cumplimiento en el actual contexto, es decir, hablaré sobre la obligación alimentaria en situación de emergencia en el Perú.

Ante los efectos y consecuencias jurídicas que origina el brote del COVID-19 en el país nos encontramos actualmente en una situación que genera incertidumbre especialmente entre los justiciables al ver vulnerado en cierta medida el derecho de acceso a la justicia.

Es en este escenario nos encontramos ante una de las pretensiones que generan mayor carga procesal en los despachos del poder judicial, me refiero a los procesos de alimentos en sus distintas modalidades (asignación, variación, exoneración). Dicho procedimiento nos plantea en el actual estado de emergencia bajo el cual nos encontramos diversas interrogantes como vienen a ser:

¿Se puede suspender la obligación alimentaria mientras dure el estado de emergencia? ¿Es atribuible a alguna de las partes el incumplimiento de la obligación alimentaria en el actual contexto? ¿La restricción de los derechos fundamentales limita el derecho de acceso a la jurisdicción? ¿Es factible que se otorgue a los procesos de alimentos la denominación de casos de urgencia? ¿Cómo ha respondido en el ente jurisdiccional en el Perú?

Para otorgar una respuesta adecuada a las interrogantes planteadas tenemos que desarrollar un análisis normativo y fáctico del derecho alimentario, el derecho de obligaciones y el derecho constitucional el cual se encarga del estudio de las instituciones integrantes del estado peruano para de esta manera comprender el alcance de las restricciones establecidas por parte del poder ejecutivo ante la amenaza que representa el avance del COVID-19 dentro de la nación.

III. La dignidad humana como fundamento del derecho a los alimentos

Partimos del análisis objetivo del concepto de dignidad humana debido a que a partir de dicha categoría se desprenden muchos conceptos a nivel jurídico como actualmente los conocemos.

Parto de indicar que la dignidad humana al ser objeto de reconocimiento por parte de numerosos dispositivos normativos cuyo carácter vinculante conocemos, obtiene la calidad de categoría fundamental dentro de un estado constitucional de derecho por las siguientes precisiones:

Al ofrecerse tutela del concepto de dignidad humana explicado en líneas anteriores debemos indicar que sin duda alguna constituye la piedra angular sobre la cual se erige un estado constitucional de derecho debido a que la persona humana fundamenta y da contenido a las conductas que tienen lugar en la sociedad tal y como la conocemos.

Pero se puede plantear determinadas interrogantes con respecto a la protección que se le debe brindar en condiciones adecuadas a la dignidad personal, es decir como el estado peruano se encargará de brindar tutela a este aspecto tan importante.

Régimen Constitucional de la dignidad humana:

Tal como se ha ido indicando al constituir la dignidad humana la base del ordenamiento jurídico, nuestra Constitución Política de 1993 ha optado por seguir un sistema cuya finalidad es la de otorgar los mecanismos adecuados para su protección debido a que de la lectura y posterior interpretación que se realiza del artículo uno de la Constitución podemos entender que la persona humana y su dignidad son prioridad para el estado.

De ello se desprende que ante cualquier escenario (como el de hoy) siempre se tendrá como fin fundamental el otorgar los mecanismos adecuados con la finalidad de salvaguardar la integridad física y psíquica de la persona.

Por la razón expuesta es que se han venido implementando diversas medidas a través de la reglamentación y entrada en vigencia de dispositivos normativos cuya finalidad es la misma, la de otorgar los mecanismos y medios adecuados para salvaguardar en este caso la salud de los particulares.

IV. Régimen jurídico del derecho de obligaciones en el estado de emergencia

Los particulares al momento de llevar a cabo sus actividades en sociedad tienen la posibilidad de fijar las pautas bajo las cuales crean, regulan o extinguen determinadas relaciones jurídicas acordes a la normativa nacional.

Sin embargo, ante el actual panorama en el que se encuentran la totalidad de naciones, ante el avance de la pandemia del COVID-19, han visto modificados desde su estilo de vida (para el caso de los particulares) y la forma en que las instituciones estatales realizan u llevan a cabo la gestión que realizan acorde a sus funciones.

Debido al estado de emergencia cuya entrada en vigor inició con fecha 15 de marzo del presente año, el estado peruano se ha encargado de reglamentar a través de la emisión de distintos dispositivos normativos cuyas instituciones guardan la finalidad de minimizar los efectos que viene generando la indicada situación.

Como tenemos entendido el brote de esta enfermedad cuyos efectos han sido desarrollados por parte de la OMS, no solamente ha tenido repercusión en el modus vivendi de la sociedad, siendo que los sectores económico y sanitario han sido los más afectados debido a que se ha sufrido una modificación sustancial de las funciones y los modelos de gestión que venían siguiendo con anterioridad al acontecer actual.

El derecho no siendo ajeno a los cambios que plantea la actual situación, se va adaptando a la coyuntura actual (aspecto dinámico del derecho) entendiendo que el régimen de las relaciones jurídicas se ha visto variado por situaciones no atribuibles a los sujetos, sin embargo, nos encontramos en la imperiosa necesidad de fijar medidas transitorias que se encarguen de realizar y efectivizar el despliegue de efectos de las relaciones jurídicas.

V. La obligación alimentaria y estado de emergencia

Como tenemos entendido la sociedad tiene como punto principal de surgimiento a la familia dado que dentro de ella sus integrantes mantienen deberes y derechos de manera recíproca, por ejemplo, los padres deben sostener económicamente el hogar mientras que los hijos deben prestar asistencia y obediencia hacia sus progenitores.

Uno de los deberes que se genera con la instauración o la formación de una unidad familiar, sin duda lo constituye la obligación alimentaria, puesto que a mediante su efectivo cumplimiento nos encontramos en capacidad de desarrollar adecuadamente nuestro proyecto de vida.

A raíz de este deber que tiene naturaleza moral, nuestra legislación nacional ha incorporado un régimen normativo a seguir a efectos que el cumplimiento de esta obligación sea efectivizado adecuadamente mediante quienes deben hacerlo.

Sobre la base de ello nuestro Código Civil se encarga de definir a los alimentos (como base de la obligación alimentaria) como lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia.

A raíz de la definición que nos enuncia nuestro Código Civil peruano entendemos que mediante el cumplimiento de dicha obligación se cubren las necesidades básicas y urgentes de los integrantes de una unidad familiar.

Sin embargo, ante la situación que se presenta actualmente existen supuestos en los cuales luego de llevado a cabo el procedimiento fijado por la norma sustantiva y adjetiva para la determinación del derecho alimentario en casos de resquebrajamiento de las relaciones familiares, nos encontramos ante una situación de imposibilidad de su cumplimiento debido a que por las medidas tomadas por parte del gobierno se han visto restringidos derechos que permiten generar los recursos necesarios que guardan la finalidad de dar efectivo cumplimiento a la citada obligación. Por ejemplo, se ha suspendido el derecho al libre tránsito, por lo tanto, los particulares se encuentran en la imposibilidad de desplazamiento a sus centros de trabajo (permitiéndose solamente para actividades esenciales).

Esta imposibilidad efectiva de realizar labores nos trae como efecto inmediato la disminución y pérdida de la remuneración para el caso de los trabajadores independientes, por lo tanto, se ven impedidos de cumplir con la obligación alimentaria de forma íntegra y por ende podríamos inclusive hablar de la configuración de un posible delito como lo viene a ser el de omisión a la asistencia familiar regulado en el artículo 149 del Código Penal Peruano.

VI. Procedencia de la suspensión del derecho alimentario en el actual régimen de excepción

Siguiendo el orden de ideas antes planteado nos encontramos en capacidad de formular la siguiente interrogante: ¿es factible que durante el estado de emergencia actual se suspenda la obligación alimentaria?

Como se ha indicado líneas arriba los alimentos guardan la finalidad de solventar las necesidades primordiales del ser humano en un contexto que le permita desarrollarse adecuadamente en sociedad.

En un inicio debemos referirnos a que los alimentos efectivamente constituyen un deber que surge una vez se constituya una determinada unidad familiar, la cual desde el momento de su constitución adquiere deberes, derechos y obligaciones de manera recíproca y con los familiares cercanos, sin embargo nuestra legislación ha previsto un escenario en el que la unidad familiar se vea alterada por distintas razones, siempre teniendo como principal efecto que la obligación alimentaria se mantiene a pesar de haberse resquebrajado el vínculo familiar.

Es en este escenario que hablamos de que efectivamente los particulares como ex integrantes de la unidad familiar se encuentran en la posibilidad efectiva de fijar el deber alimentario de manera convencional haciendo empleo de la autonomía privada a efectos de materializar un acuerdo que efectivamente hace notar que la obligación alimentaria se mantiene para con los hijos y demás familiares señalados por ley.

Es en base a esta posibilidad de fijarlos por mutua voluntad que nuestra legislación nacional ha optado por implementar al derecho alimentario como una de las materias sobre las cuales se puede conciliar de acuerdo con la ley de conciliación peruana.

Entonces estamos dejando en claro que la autonomía privada es protagonista en la instauración u determinación de un derecho inherente y fundamental como lo vienen a ser los alimentos en el estado peruano.

Pero, ¿qué pasa si el acuerdo arribado no llega a cumplirse por el obligado?, pues de manera concisa se estipula en nuestra legislación que necesariamente deberá acudir a la vía judicial a efectos que se le brinde a la parte afectada tutela jurisdiccional efectiva en este caso bajo el amparo de la pretensión alimentaria debidamente sustentada y justificada.

Una vez que se acude al poder judicial, previamente cumpliendo los requisitos fijados de manera taxativa para la presentación de la demanda acorde a nuestro código procesal civil y código de niños y adolescentes bajo las reglas del proceso único y posterior desarrollo de actuaciones procesales debemos entender que se está efectivizando el derecho fundamental a los alimentos fundado en la dignidad y unidad familiar, puesto que la tutela que se brinda por parte del estado es distinta con respecto a otras obligaciones de distinta naturaleza.

Una vez llevada a cabo la audiencia única el juez actuará escuchando a ambas partes con la finalidad de establecer adecuadamente los criterios base sobre los cuales se fijará el monto dinerario de los alimentos, además de efectivamente comprobar las alegaciones de ambas partes acorde a los medios probatorios que se hayan aportado.

Lo característico de la etapa judicial es que el derecho alimentario necesariamente será fijado en una suma de dinero, por otro lado, se invitará a ambas partes a llegar a un acuerdo. No olvidemos que la sentencia contendrá adecuadamente los fundamentos sobre los cuales se basa la decisión.

Una vez fijado el monto de pensión alimenticia el obligado deberá acatar la orden y por ende cancelar dicho monto ya que de no efectuar ello podría iniciarse un proceso penal por el delito de omisión a la asistencia familiar e incluso puede afrontar la privación de su libertad.

¿Pero qué pasa cuando el obligado no se encuentra en condiciones para cumplir con la decisión adoptada por razones que no le son atribuibles como es el caso de la situación actual?

Efectivamente el estado de emergencia ha repercutido no solamente en el estilo de vida de los particulares, por lo que se plantean distintas preguntas ante la situación de incertidumbre jurídica que se presenta, siendo materia del presente artículo dilucidar si ante la imposibilidad de cumplir con la obligación alimentaria se deben efectuar los apercibimientos o en todo caso debe flexibilizarse la norma teniendo en consideración la situación de especial naturaleza en la que actualmente nos encontramos.

El derecho alimentario y el estado de emergencia: A raíz de la situación generada por el brote del COVID-19 en el país.

Como se indicaba líneas arriba el actual acontecer ha repercutido de manera sustancial en el desarrollo de la totalidad de relaciones sociales y jurídicas, puesto que muchas familias por diversas razones con anterioridad a la vigencia del estado de emergencia regularon ya sea mediante acuerdos conciliatorios o mediante el poder judicial distintos regímenes familiares (como lo son tenencia, alimentos, régimen de visitas) los cuales debido al actual contexto necesariamente han tenido que ser modificados.

Ahora refiriéndome en específico a los casos en los cuales se haya fijado una pensión alimenticia mediante acuerdo conciliatorio o mediante el poder judicial, planteamos la siguiente pregunta: ¿subsiste la obligación alimentaria ante el actual escenario planteado por la emergencia sanitaria en vigencia debido al brote del COVID-19 en el Perú?

La respuesta a primera vista debería ser simple, pero no es así, debido a que, no hablamos de cualquier obligación, sino que se trata de un derecho fundamental que descansa sobre la dignidad de la persona humana en sociedad.

Líneas arriba se explicó la importancia del derecho a los alimentos dentro de una unidad familiar, sin embargo, la actual coyuntura ha ocasionado que los ingresos económicos disminuyan ante la imposibilidad de efectuar actividad laboral alguna por parte de los obligados.

Sobre la base de ello preciso que la obligación alimentaria subsiste dado que no existe norma alguna que excluya a los obligados de cumplir con la obligación alimentaria a pesar de que las condiciones en que los venían cumpliendo hayan variado de manera sustancial.

Se plantea otra incógnita, ¿qué pasa en los casos en que el obligado a cumplir con la obligación alimentaria se vea impedido de cumplirla debido a que pone en riesgo su propia subsistencia en el actual escenario nacional?

Debemos entender que la situación económica a nivel mundial no va a ser la misma en un futuro cercano puesto que la economía de los ciudadanos se ha visto en gran medida afectada por los efectos generados por la pandemia.

Debemos entender esto e intentar proyectarnos a un escenario en el cual las condiciones económicas se vean equilibradas, siendo que, en el Perú lo que puede hacerse, una vez superada esta enfermedad, es acudir al Poder Judicial tanto quien solicita los alimentos como el obligado. Es decir, cada uno de ellos lo hará con la finalidad que su pretensión sea amparada.

Por ejemplo, para quien solicita los alimentos, pedirá al ente jurisdiccional que las pensiones dejadas de pagar sí ejecuten (aplicable también los acuerdos conciliatorios) y que la deuda alimentaria dejada de percibir sea pagada.

Para el caso del obligado acudirá al Poder Judicial con la finalidad de solicitar la reducción de la pensión alimenticia debido a que sí encontró en posibilidad efectiva de generar remuneración para cancelar la pensión alimenticia.

Es decir, no existe un mecanismo de tutela jurídica que regule una situación como la actual, Siendo qué, debemos utilizar los mecanismos de tutela jurídica con los que contamos actualmente, dado que, un escenario como en el que nos encontramos actualmente es imposible de predecir.

Por lo tanto, debemos concluir que la obligación alimentaria subsiste a pesar de la complicada situación en la que nos encontramos estoy viendo analizar las posibilidades de actuación una vez superada esta pandemia.

VII. Conclusiones

El estado de emergencia ha repercutido de manera significativa en la vida de los particulares a tal grado que muchos de ellos han sido afectados de manera notoria puesto que su estabilidad económica y laboral se ha visto transgredida.

Los efectos de la pandemia se han hecho notorios en la totalidad de relaciones jurídicas establecidas tanto a un nivel contractual como en un nivel familiar, Es por ello, por lo que el Estado ha intentado otorgar mecanismos de tutela adecuados con la finalidad de salvaguardar los derechos de los particulares.

El derecho a los alimentos como parte esencial de la unidad familiar se mantiene a pesar de las condiciones favorables en las que nos encontramos, siendo que los sujetos procesales deberán solicitar ante el ente jurisdiccional la pretensión que mejor se ajuste a sus intereses una vez superada esta pandemia.

No olvidemos que el derecho a los alimentos se justifica en base a la dignidad humana como un derecho humano y como un derecho fundamental.

VIII. Lista de referencias

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. (1997). *Ensayos sobre derecho de familia*. Lima-Perú. Editorial Rodhas.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. (2004). *El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima – Perú. Gaceta Jurídica.
- VARI ROSPIGLIOSI, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. Primera edición. Lima-Perú. Gaceta Jurídica. 2012.

Derecho de reembolso de mejoras del arrendatario irregularmente desalojado durante el estado de emergencia nacional

The reimbursement of improvement of the tenant irregularly evicted during the state of national emergency

RODRÍGUEZ URTEAGA, Marcia Patricia(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Régimen de Mejoras y el Arrendamiento en el Ordenamiento Jurídico Peruano. III. Mecanismos Extrajudiciales y Judiciales del Arrendatario para Ejercitar el Derecho de Reembolso de Mejoras durante el Estado de Emergencia Nacional. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: La paralización de diversas actividades económicas y la prohibición de todas aquellas actividades consideradas no esenciales dispuestas durante del Estado de Emergencia Nacional en el Perú, ha provocado, entre otros aspectos, la disminución de ingresos económicos de los arrendatarios que se ha visto reflejado en el incumplimiento de sus obligaciones de pago la renta convenida, conllevando a que éstos sean indebidamente desalojados. Con

(*) Abogada. Maestra en Ciencias, mención Derecho, línea: Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

ocasión a estos hechos, el presente artículo tiene por objeto brindar al lector un análisis crítico sobre los mecanismos judiciales y extrajudiciales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para solicitar y garantizar el reembolso de las mejoras necesarias y útiles que el arrendatario hubiera introducido en el bien arrendado, dentro del marco de las disposiciones legales establecidas durante el Estado de Emergencia Nacional y la correspondiente reanudación gradual y progresiva de actividades.

Palabras clave: reembolso de mejoras, arrendamiento, poseedor, derecho de retención.

Abstract: *The paralysis of various economic activities and the prohibition of all those activities considered non-essential arranged during the State of National Emergency in Peru, has caused, among other aspects, the decrease in economic income of the tenants that has been reflected in the breach of their payment obligations the agreed rent, leading to them being improperly evicted. On the occasion of these events, this article aims to provide the reader with a critical analysis of the judicial and extrajudicial mechanisms established in our legal system to request and guarantee the reimbursement of the necessary and useful improvements that the lessee would have introduced in the leased asset, within the framework of the legal provisions established during the State of National Emergency and the corresponding gradual and progressive resumption of activities.*

Keywords: *improvements reimbursement, lease, possessor, right of retention.*

I. Introducción

El aislamiento social obligatorio (cuarentena) dispuesto por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, en atención a la declaración de Estado de Emergencia Nacional dispuesto mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, ha tenido como consecuencia la paralización de muchas actividades económicas, así como la prohibición de todas aquellas actividades consideradas no esenciales; ocasionando, entre otros aspectos, que muchos arrendatarios no cuenten con los ingresos suficientes para poder pagar la renta convenida en su contrato de arrendamiento, lo que ha conllevado a que éstos sean indebidamente desalojados.

Sin perjuicio de la ilegalidad de dichos desalojos, en el presente artículo, pretendemos evaluar la posibilidad de que el arrendatario pueda requerir, cuando menos, el reembolso de las mejoras que hubiera introducido en el bien arrendado, a través de los mecanismos judiciales y extrajudiciales que establece el ordenamiento jurídico, tomando especial atención en si éstos resultarán factibles una vez reanudadas las actividades involucradas para dicho fin.

II. Régimen de Mejoras y el Arrendamiento en el Ordenamiento Jurídico Peruano

En el Código Civil peruano de 1852, las mejoras no eran consideradas como una consecuencia de la posesión, sino como consecuencia del contrato de arrendamiento; de modo que el arrendatario tenía la facultad de introducir mejoras en el bien, sin alterar su forma, y requerir el pago de las mismas como consecuencia de dicho contrato; considerándose, inclusive, nulo el contrato sobre pago de las mejoras que no especificara las condiciones de las mejoras y el límite de dinero que el arrendatario pudiera gastar en ellas.

Por su parte, el Código Civil de 1936 reguló las mejoras específicamente en los artículos 1537 a 1546, ubicándolas dentro del contrato de arrendamiento, dentro del capítulo que regulaba el contrato de locación conducción. En dichos artículos se establecía que el reembolso de las mejoras necesarias eran las únicas que eran obligatorias y no era indispensable que tengan su origen en un pacto entre locador y conductor; mientras que las mejoras útiles y de recreo, sí requerían del acuerdo de las partes. Del mismo modo, establecía que era nulo el contrato que no haya especificado cuáles serían las mejoras a introducirse en el bien y el límite de las mismas.

A diferencia de los anteriores códigos, en el Código Civil de 1984, las mejoras se ubicaron específicamente en los artículos 916 al 919, dentro del Libro de los Derechos Reales, y son consecuencia del ejercicio de la posesión; constituyendo un derecho del poseedor a ser reembolsado por las mejoras que haya introducido en un determinado bien, con independencia a si estas son o no consecuencia de un contrato de arrendamiento.

Asimismo, el Código Civil de 1984 ha realizado una clara distinción sobre los supuestos en los que resulta posible exigir el reembolso de las mismas según el tipo de mejoras que el poseedor haya introducido en el bien; clasificándolas en necesarias, útiles y de recreo; siendo las primeras, aquellas que tengan por objeto, impedir la destrucción o el deterioro del bien; las segundas, aumentar el valor y la renta del bien; y las terceras, servir para ornato, lucimiento o mayor comodidad; estableciendo que el poseedor tiene derecho solo al valor de las mejoras necesarias y útiles que existieran al momento de la restitución del bien; y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar por su valor actual; hasta antes de cualquier citación judicial; toda vez que después de ésta, solamente serán reembolsables las mejoras necesarias.

Respecto a las mejoras que pueden introducirse en un bien objeto de contrato de arrendamiento, en atención a la condición de poseedor legítimo del arrendatario,

tario, debe tomarse en consideración que el Código Civil de 1984 ha regulado las obligaciones y los alcances del contrato de arrendamiento en los Artículos 1666 y siguientes; estableciendo que toda vez que el contrato de arrendamiento consiste en que una persona denominada arrendador, ceda temporalmente el uso de un bien mueble o inmueble a otra, denominada arrendatario, quien pagará por ello una renta, la cual no necesariamente deberá consistir en dinero; una de las principales obligaciones del arrendatario es devolver el bien arrendado sin más desgaste que el uso ordinario, una vez concluido el referido contrato.

Para tales efectos, el arrendatario debe cumplir con obligaciones adicionales al pago puntual de la renta convenida, destinadas a la conservación del bien; debiendo efectuar, por un lado, las reparaciones que le correspondan conforme a la ley o al contrato con relación a los gastos de conservación o mantenimiento ordinario del bien, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 1681 del Código Civil, los cuales no son reembolsables; y por otro lado, efectuar las reparaciones que le correspondan al arrendador, que por resultar urgentes, deba realizarlas directamente el arrendatario con derecho a reembolso, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes en caso de no efectuarlas, conforme a lo dispuesto por el artículo 1682 del Código Civil.

Respecto a las primeras, Bigio Chrem (2010), considera que las reparaciones que le corresponde efectuar al arrendatario son llamadas por la doctrina como locativas y se refieren a los gastos de conservación y de mantenimiento ordinario por pequeños deterioros, esto es, los que deben efectuarse para reparar deterioros de pequeña importancia. En el caso de los inmuebles arrendados tendrían ese carácter, por ejemplo, la reparación de los atoros en los sanitarios, el cambio de los vidrios de las ventanas, el arreglo de las cerraduras, la renovación de la pintura de las paredes, etc. Estas reparaciones, al ser ordinarias, no generan obligación alguna para el arrendador, quien no está obligado a ningún reembolso frente a aquel. Respecto a las segundas, sostiene que el arrendatario debe efectuarlas directamente dando aviso al arrendador, y en tanto se efectuó la comunicación sin retardo, tiene derecho a exigir el reembolso de los gastos al arrendador.

Desde la perspectiva de Castillo Freyre (2001), en efecto, el arrendador deberá realizar las reparaciones de importancia que preserven el principio de identidad en el cumplimiento de su obligación; y aquellas de menor importancia y que a la vez puedan ser consideradas como gastos de conservación, deberán ser efectuadas por cuenta y cargo del arrendatario. En atención a ello, considera que una mejora puede ser un gasto de conservación que deba ser asumido por el arrendatario siempre que pretenda la conservación del bien; vale decir, servir estrictamente para que el bien se mantenga hasta su entrega en similar estado que el que tenía al momento

del surgimiento de la obligación de dar. Cualquier mejora que no conduzca a dicho fin no tendrá el carácter de gasto de conservación, y deberá ser asumida por arrendador. Asimismo, considera que sería muy difícil que una mejora útil presente la categoría de gasto de conservación, podría serlo cuando no revista mayor valor y esté directamente relacionada con el mantenimiento del bien. Por ejemplo, cambiar una tubería de desagüe de una casa, que es muy antigua y se sabe que está deteriorada, pero que no representa un peligro inminente de destrucción del bien. Admite que esta apreciación es muy discutible, ya que, en estricto, no se está conservando la casa, sino mejorándola. En este sentido, sostiene que el hecho que una mejora útil no sea considerada como gasto de conservación no querrá decir que, por tal circunstancia, deje de ser abonada por el propietario del bien, si es que es efectuada por el poseedor no propietario que deba restituir el bien; toda vez que en virtud al Artículo 917 del Código Civil, le corresponde el reembolso de las mismas.

Bajo el mismo razonamiento, Beltrán Pacheco (2003) sostiene que puede ocurrir casos en los que el arrendatario requiera con suma urgencia efectuar las reparaciones que serán denominadas «necesarias», teniendo derecho al reembolso de estas siempre que comunique esta situación al arrendador.

De este modo, resulta indiscutible que el arrendatario, con la finalidad de conservar el bien en buen estado, a efectos de poder devolver el bien al arrendador sin más deterioro que el uso ordinario, así como evitar su deterioro o pérdida, debe hacerse cargo de las reparaciones urgentes, pudiendo introducir mejoras necesarias en el bien, las cuales deben ser reembolsadas por el arrendador al momento de devolver el bien arrendado.

Con relación a las mejoras útiles, el inciso 8 del artículo 1681 del Código Civil establece que, el arrendatario no puede introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin el asentimiento del arrendador.

Al respecto, Bigio Chrem (2010) considera que este inciso se introduce como natural consecuencia de la obligación que tiene el arrendatario de devolver el bien en el estado que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario; por lo que el arrendatario debe obtener del arrendador, antes de realizar las innovaciones, la autorización correspondiente, la cual puede otorgarse de forma expresa o tácita, verbal o escrita, en atención a que la norma no establece una forma determinada para la manifestación de dicha autorización.

Por otro lado, Castillo Freyre (2001) considera que de lo que trata el inciso bajo comentario es de prohibir al arrendatario que efectúe modificaciones que alteren la estructura, distribución o disposición del bien, además en cualquier otra modificación que pudiese ser considerada como mejora útil o de recreo. Asimismo,

dichas modificaciones necesariamente deberán ser efectuadas contando con la autorización expresa del arrendador.

De igual modo, Beltrán Pacheco (2003) considera respecto a las reparaciones necesarias (mejoras necesarias) el arrendatario tendrá pleno derecho al reembolso; pero en el caso de las útiles y de recreo, deben ser autorizadas; por o ser necesarias. Coincide en que la autorización puede ser expresa o tácita, esta última mediante conductas que permite la realización de las mejoras (inspecciona el bien y no realiza observación alguna).

Por consiguiente, es incuestionable que el arrendatario, siempre que cuente con la autorización del arrendador, también podrá introducir mejoras útiles y de recreo, teniendo derecho al valor de las mejoras útiles que existieran al momento de la restitución del bien, y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño.

III. Mecanismos Extrajudiciales y Judiciales del Arrendatario para Ejercitar el Derecho de Reembolso de Mejoras durante el Estado de Emergencia Nacional

Sin perjuicio de los inconvenientes que ha conllevado el que el Código Civil de 1984 no haya establecido una definición de mejoras, así como el que la doctrina y la jurisprudencia peruana no hayan sostenido un criterio uniforme sobre su definición, elementos para su clasificación, y el poseedor habilitado para solicitarlas; resulta claro que en nuestra legislación se han establecido mecanismos extrajudiciales y judiciales con los que cuenta aquel poseedor, y por consiguiente, el arrendatario, que tuviera el derecho al reembolso de sus mejoras, los cuales se encuentran establecidos en los artículos 918, 919 del Código Civil de 1984 y en el artículo 595 Código Procesal Civil de 1993. Estos mecanismos pueden ser utilizados según si el bien ha sido o no restituido.

Dentro de los mecanismos extrajudiciales, el poseedor cuenta con el derecho de retener el bien que ocupa, hasta que se le pague o se le garantice el pago del valor de las mejoras que hubiera introducido en él. Este mecanismo, como es evidente, sólo podrá ejercitarlo mientras se encuentre en posesión del bien.

Dentro de los mecanismos judiciales, el poseedor puede ejercitar o garantizar su derecho de reembolso siguiendo el trámite del proceso sumarísimo en cuatro momentos o supuestos; el primero, durante el tiempo que se encuentre en posesión del bien a través de una acción de reembolso de mejoras; el segundo, hasta el plazo de dos meses de producida la restitución del bien a través de una acción de reembolso de mejoras, situación en la que, además, habrá perdido el derecho de separación de sus mejoras; el tercero, mediante el derecho de retención vía

excepción que se oponga a la acción destinada a conseguir la entrega del bien; y el cuarto, si es demandado antes por desalojo, dentro del plazo de vencimiento para la contestación de demanda de desalojo, es decir, en el plazo de cinco días hábiles, no siendo acumulable la acción de reembolso de mejoras al proceso de desalojo.

Asimismo, nótese que a partir de la promulgación de la Ley N.º 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, actualmente es necesario iniciar un procedimiento de conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad de la acción de reembolso de mejoras.

Con relación a ello, a efectos de evaluar la posibilidad de que el arrendatario pueda ejercer alguno de estos mecanismos para solicitar o garantizar el reembolso de las mejoras que hubiera introducido en un bien, debemos tomar en consideración algunas disposiciones legales promulgadas en el marco de la declaración del Estado de Emergencia Nacional y el correspondiente plan de reactivación gradual de actividades.

Como es sabido, con fecha 15 de marzo del 2020, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, el Estado peruano declaró el Estado de Emergencia Nacional por 15 días calendario, disponiendo el aislamiento social obligatorio (cuarentena) por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, estableciendo, entre otros aspectos, una serie de restricciones, así como la prohibición de todas aquellas actividades consideradas no esenciales. El periodo de duración del Estado de Emergencia Nacional, hasta la elaboración del presente artículo, ha sido prorrogado hasta el 30 de junio del presente año.

En atención a dicho decreto supremo, mediante Resolución Administrativa 115-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso suspender las labores del Poder Judicial, a partir del 16 de marzo del 2020, así como también, suspender los plazos procesales y administrativos a partir de dicha fecha, disponiendo sólo el funcionamiento de determinados órganos jurisdiccionales y administrativos indispensables.

Del mismo modo, los diferentes oficios notariales y centros de conciliación extrajudicial del país, dispusieron el cierre de sus establecimientos durante el plazo de duración del Estado de Emergencia Nacional; al no haber sido considerados dentro de las actividades esenciales.

No obstante, respecto a los plazos a tomar en consideración en la tramitación de conciliaciones extrajudiciales, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, no se han pronunciado expresamente sobre la suspensión de los mismos hasta el momento, o en su caso, hasta la fecha de la realización del presente artículo, provocando que este silencio afecte la validez de los procedimientos conciliatorios iniciados.

Al respecto, Abanto Torres (2020) sostiene que, debe tenerse en cuenta que el procedimiento conciliatorio no es ni un proceso judicial ni un procedimiento administrativo sino un medio alternativo de resolución de conflictos (MARC's), y por lo tanto, no se encontrarían inmersos dentro de los alcances de la Resolución Administrativa 115-2020-CE-PJ, resultando indispensable se dicte una norma con rango de ley que suspenda expresamente los plazos de los procedimientos conciliatorios.

Sin haberse tomado en cuenta esta omisión, mediante Decreto Supremo N.º 080-2020, se ha dispuesto la reanudación de actividades de forma gradual y progresiva en cuatro fases; dentro de las cuales, los servicios notariales se encontraron incluidos en la primera, a reanudarse en el mes de mayo, una vez que hubieran cumplido con la aprobación del protocolo notarial aprobado por Resolución Ministerial N.º 0135-2020-JUS publicado recientemente el 18 de mayo del 2020; y con relación a las actividades del Poder Judicial, se ha dispuesto el reinicio de las labores de los órganos jurisdiccionales del país, a partir del 01 de julio del 2020, mediante Resolución Administrativa N.º 157-2020-CE-PJ de fecha 25 de mayo del 2020, a efectos de, también, implementar sus protocolos correspondientes. No obstante, respecto a las actividades de los centros de conciliación extrajudicial, éstas, nuevamente, no han sido expresamente consideradas en alguna de las fases de reanudación, y tampoco se ha publicado, hasta el momento, un protocolo sectorial o plan de prevención específico que sea aplicable para los centros de conciliación **públicos y privados**; sin embargo, Castillo Rafael (2020) sostiene que conforme a la Clasificación Industrial Internacional Uniforme, elaborada por la Organización de Naciones Unidas, que aplica el Instituto Nacional de Estadística e Informática, y sobre el cual se basa el Ejecutivo para identificar las actividades económicas a reanudar, la conciliación extrajudicial se encontraría considerada dentro de las actividades jurídicas que fueron incluidas en la segunda fase de reanudación, y cuyas actividades pueden ser reactivadas a partir del 05 de junio del 2020, conforme a lo dispuesto por Decreto Supremo N.º 101-2020-PCM.

Lamentablemente, es dentro del marco de estas disposiciones legales y de las omisiones advertidas, que los jueces tendrán que resolver al momento de calificar las nuevas demandas que sean interpuestas y que versen sobre derechos disponibles, en atención a lo establecido por el artículo 6 de la Ley de Conciliación que exige como requisito de procedibilidad, el haber recurrido a una conciliación extrajudicial.

Al mismo tiempo, es sabido que la paralización de muchas actividades económicas, así como la prohibición de todas aquellas actividades consideradas no esenciales, ha ocasionado que muchos arrendatarios no cuenten con los ingresos suficientes para poder pagar la renta convenida en su contrato de arrendamiento, conllevando a que algunos arrendadores, sin tomar en cuenta los procedimientos

establecidos por nuestro ordenamiento para la resolución de un contrato de arrendamiento por falta de pago así como la subsecuente devolución del bien arrendado en vía judicial o notarial; han desalojado indebidamente a los arrendatarios de forma unilateral y empleando, en ocasiones, violencia; lo cual constituye, en muchos de los casos, un acto de despojo de la posesión.

Al margen de la existencia previa de un proceso judicial de desalojo cuya tramitación se hubiera visto suspendida por la suspensión de actividades del Poder Judicial, así como con independencia de las acciones legales que pudieran interponer aquellos arrendatarios ante estos lamentables hechos una vez que las actividades del Poder Judicial sean reanudadas; lo cierto es, que los arrendatarios no han tenido más remedio que restituir el bien arrendado, y retirar las pertenencias que les fuera posible a fin de trasladarse a alguna otra vivienda o retornar a su ciudad de origen; dejando dentro del bien arrendado, no sólo muchas de las pertenencias que no pudieron llevárselas dadas las circunstancias, sino particularmente, sin haber podido ejercitar u oponer su derecho de retención del bien, ya sea de forma extrajudicial o judicial, que pudiera garantizar el reembolso del valor de las mejoras necesarias y útiles que hubieran introducido en el bien; quedándoles solo los demás mecanismos, antes desarrollados, a fin de solicitar el reembolso de sus mejoras.

En efecto, debido a que el arrendatario ya no se encuentra en posesión del bien, no resulta posible ejercitar su derecho de retención en vía extrajudicial, o en vía judicial a través de una excepción que se oponga a la acción destinada a conseguir la entrega del bien; quedándole solamente dos posibilidades para ejercer su derecho de reembolso de mejoras: i) el de interponer una acción judicial de reembolso de mejoras en el plazo de dos meses de restituido el bien; o ii) en caso de haber sido demandado previamente en un proceso de desalojo, que aunque ya no tuviera un propósito, **sí corre** el plazo de cinco **días hábiles para** interponer su acción de reembolso de mejoras de manera independiente, debido a que no es acumulable la acción de reembolso de mejoras al proceso de desalojo.

En el primer supuesto, **nótese que** el artículo 919 del Código Civil establece que restituido el bien, la acción de reembolso prescribe transcurrido el plazo de dos meses; no obstante, la doctrina es uniforme en considerar que el plazo establecido no es de prescripción, sino uno de caducidad; por lo que fuera de dicho plazo, ya no tendría derecho de exigir el reembolso de las mejoras necesarias y útiles, tal como la sostenido Ramírez Cruz (2007) y Vásquez Ríos (2011).

Asimismo, el referido artículo aclara que, en este supuesto, el poseedor con derecho al reembolso de mejoras habrá perdido el derecho de separación; por lo que lamentablemente, el arrendatario indebidamente desalojado se encontrará imposibilitado de retirar las mejoras de recreo que sean separables sin daño.

Respecto al último supuesto, llama poderosamente la atención el plazo que ha establecido el ordenamiento jurídico para ejercitar la acción de reembolso de mejoras, debido a que resulta completamente imposible de llevarse a cabo; toda vez que, como se ha mencionado, para demandar el reembolso de mejoras, es necesario tramitar previamente una conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la referida acción; por lo que cabe preguntarse, ¿resulta jurídica y humanamente posible que el arrendatario que hubiera sido previamente demandado por desalojo, en el breve plazo de cinco días no solo haya iniciado, sino culminado, la tramitación de la conciliación extrajudicial requerida como requisito de procedibilidad para su acción de reembolso de mejoras y asimismo cumpla con interponer su acción en dicho plazo adjuntando el acta de conciliación extrajudicial correspondiente?. Evidentemente no, y menos aún si el artículo 11 de la Ley N.º 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, establece que el plazo de la Audiencia de Conciliación es treinta días calendarios contados a partir de la primera citación a las partes; y mucho menos aún si no se ha dictado una norma con rango de ley que suspenda expresamente los plazos de aquellos procedimientos conciliatorios que, eventualmente, se hubieran iniciado con anterioridad a la declaración del Estado de Emergencia Nacional.

En ese sentido, si bien es cierto, se han establecido mecanismos extrajudiciales y judiciales para ejercitar y garantizar el derecho de reembolso de mejoras; como se advierte, el arrendatario que hubiera sido indebidamente desalojado en el contexto actual, no solo no ha contado con la posibilidad de ejercitar su derecho de retención, cuando menos, de forma extrajudicial; sino que tampoco cuenta con mecanismos idóneos que garanticen el reembolso íntegro de sus mejoras en la vía judicial una vez que las actividades de los centros de conciliación extrajudicial o del Poder Judicial sean reanudadas, debido a las serias limitaciones que se han planteado tanto en los requisitos para su interposición, como en los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico para estos fines; que conllevan a que las mejoras necesarias y útiles que el arrendatario hubiera introducido en el bien arrendado, se pierdan sin reembolso alguno.

IV. Conclusiones

El arrendatario, en su condición de poseedor legítimo, tiene derecho al reembolso de las mejoras necesarias y útiles, y a retirar las de recreo, que hubiera introducido en el bien arrendado.

Los mecanismos judiciales y extrajudiciales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para solicitar o garantizar el reembolso de las mejoras presentan

serias contradicciones, que se han visto intensificadas ante la ausencia de disposiciones legales expresas con relación a los plazos y a la tramitación de conciliaciones extrajudiciales durante el Estado de Emergencia Nacional; conllevando a que sea inviable que el arrendatario indebidamente desalojado, requiera el reembolso de las mejoras necesarias y útiles que hubiera introducido en el bien arrendado, y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño.

La institucionalización y el desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue considerado de interés nacional en el marco de la Ley N.º 26872, Ley de Conciliación; no obstante, las duras consecuencias jurídicas que ha provocado la declaración del Estado de Emergencia Nacional en nuestro país, hace necesario, útil y urgente, el establecimiento de políticas que pretendan el fortalecimiento y atención a los centros de conciliación extrajudicial públicos y privados.

V. Lista de referencias

- Abanto Torres, J. D. (08 de Junio de 2020). *La conciliación extrajudicial y la reactivación de los órganos jurisdiccionales, posterior al levantamiento del aislamiento social obligatorio: dos problemas por resolver*. Obtenido de La Ley: <https://laley.pe/art/9770/la-conciliacion-extrajudicial-y-la-reactivacion-de-los-organos-jurisdiccionales-posterior-al-levantamiento-del-aislamiento-social-obligatorio-dos-problemas-por-resolver>
- Beltrán Pacheco, J. (2003). *Cuadernos Jurisprudenciales. Mejorar o no mejorar: He ahí el dilema*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bigio Chrem, J. (2010). *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Freyre, M. (2001). *Tratado de los Contratos Típicos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Castillo Rafael, C. (08 de Junio de 2020). *La conciliación extrajudicial y el acceso a la justicia en tiempos de pandemia*. Obtenido de Lp Derecho: <https://lpderecho.pe/conciliacion-extrajudicial-acceso-justicia-tiempos-pandemia/>
- Ramírez Cruz, E. (2007). *Tratado de los Derechos Reales*. Lima: Rodhas SAC.
- Vásquez Ríos, A. (2011). *Derechos Reales*. Lima: San Marcos E.I.R.L.

Efectos jurídicos de la pandemia de la COVID-19 en las uniones homoafectivas en el Perú

Legal effects of the COVID-19 pandemic on homoaffection unions in Peru

CERDÁN BLANCO, Deyci Marleni(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho Constitucional de Derecho. III. Igualdad y no discriminación. IV. Las uniones homoafectivas. V. Derechos y obligaciones afectados de los miembros de las uniones homoafectivas a consecuencia de la COVID-19. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: Actualmente concurrimos a un fenómeno social, al cual no podemos ser ajenos, somos conscientes de su proliferación y su falta de regulación, nos referimos a las uniones homoafectivas; en ese contexto, se debe regular estas uniones a través de un contrato, otorgándose derechos y obligaciones que deben tener dentro de una convivencia. Somos conscientes de los desafíos legales, sociales y las brechas de conservacionismo, pero los derechos humanos no están restringidos a concepciones filosóficas, ideológicas o jurídicas, sino por el contrario, el carácter progresivo de los derechos humanos reclama que toda situación o fenómeno jurídico debe ser regulado; máxime si asistimos a la coyuntura social, económica y jurídica actual sumamente difícil.

(*) Abogada. Maestrante en la mención: Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. demacebl@gmail.com

Regulación que se justifica en el modelo adoptado por nuestro Estado; esto es, en el Estado Constitucional de Derecho y la consagración constitucional de la dignidad humana y el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

Palabras Clave: Unión homoafectiva, dignidad, igualdad; y, no discriminación.

Abstract: *Currently we are attending a social phenomenon, to which we cannot be unaware, we are aware of its proliferation and its lack of regulation. We refer to homo-affective unions; In this context, these unions must be regulated through a contract, granting rights and obligations that they must have within a coexistence. We are aware of the legal, social challenges and conservation gaps, but human rights are not restricted to philosophical, ideological or legal conceptions, but on the contrary, the progressive nature of human rights demands that any legal situation or phenomenon must be regulated; especially if we attend the current extremely difficult social, economic and legal situation.*

Regulation that is justified in the model adopted by our State; that is, in the Constitutional State of Law and the constitutional consecration of human dignity and the fundamental right to equality and non-discrimination.

Key words: *Homo-affective union, dignity, equality; and, non-discrimination.*

I. Introducción

Los efectos de la pandemia son inevitablemente, bastos y transversales; ha desnudado nuestra realidad no solo sanitaria, sino también jurídica; se hace notar las deficiencias para hacer presente a determinadas consecuencias que va a acarrear esta situación global. En este aspecto, se hace necesario hacer un análisis entorno a un sector de la población, respecto de la imposibilidad de hacer efectivo determinados derechos por vacío o laguna legislativa.

Es de basto conocimiento que al contraer nupcias una unión heterosexual, surge dentro de estas una sociedad de gananciales o si se quiere, se puede optar por la separación de bienes; en el primero de los casos, los miembros tienen las mismas consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades, etc., en igualdad de condiciones; por consiguiente, se tiene un reconocimiento social, moral y legal, el último en mención abarca básicamente no en su totalidad derechos de índole patrimonial; sin embargo, embarcados dentro de una unión homoafectiva, resulta imposible concebir alguna protección jurídica, evidentemente al existir nula regulación y protección, por tanto, hay vulneración de derechos.

Existe legislación internacional entorno a la protección de las uniones homoafectivas, los que los otorgan efectos y consecuencias jurídicas, lo que demuestra que es una práctica tomada en las sociedades modernas, puesto que, se está regulando fenómenos jurídicos actuales.

El presente ensayo pretende mostrar, a partir de un análisis constitucional la posibilidad de la regulación de las uniones homoafectivas y la desafectación de sus derechos constitucionales.

II. Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho no es solo la existencia de una mera norma legal, sino también son directrices (principios - reglas); aunado a ello, la interpretación jurídica se aleja del formalismo, dando paso a la Argumentación Jurídica.

Dentro de este modelo, aparentemente los derechos como máxima expresión están garantizados y se hacen efectivos; empero, el adoptar un cierto y determinado modelo no basta, por cuando lo que engloba a ello, son las normas legales, para hacerlo de uno u otro modo viable; es por ello que, frente a esas debilidades, indeterminaciones y vacíos, se hace necesario adentrarse en el derecho como ente regulador y proponer soluciones, encontrarlas y aplicarlas, con el único afán de proteger al ser humano, como bien lo consagra el artículo uno de la Constitución Política del Perú.

Entorno a este modelo Añon señala que, dentro del contenido de la Constitución, los derechos son la pieza fundamental; pues este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado y, por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento impone fines y objetivos que deben ser realizados. Uno de las fisonomías que mejor definen el Estado Constitucional de Derecho es la orientación del Estado de la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución. (p. 28); citando a L. Ferrajoli, señala que, los derechos fundamentales son como aquellas expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: [...] la tesis da contenido a la idea de que el modelo de Estado Constitucional, el Derecho y el poder encuentran su legitimidad en su presupuesto de orden externo que no es sino la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro (p. 28).

Por su parte, Chanamé Orbe sostiene que, «[...] los derechos fundamentales son connaturales al ser humano, el derecho positivo lo que ha hecho es reconocer positivamente los tratados internacionales y constituciones de cada Estado [...]» (2019, p. 199).

II.1. La constitucionalización de los derechos humanos

Nuestra Constitución tiene un doble contenido, material y formal; el primero señala que, la persona, tiene un valor en sí misma, por ser lo que es. Cual sea su valor hoy no tiene discusión: la Persona vale como fin, en ese marco, los derechos humanos han de ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le permitirá alcanzar grados de realización en la medida en que con ellos logra satisfacer necesidades y exigencias humanas esenciales (Castillo Córdova, 2018, p. 21). (Lo resaltado es nuestro); el segundo señala que, tiene carácter subordinado al contenido material: el poder existe, se organiza y desenvuelve para favorecer la plena realización de la persona, es decir, para promover la plena vigencia de sus derechos humanos. Si la persona tiene condición de fin supremo, y los poderes públicos tienen la condición de medios o instrumentos a su servicio, entonces, las competencias, procedimientos y las formalidades previstas para su desenvolvimiento solo serán legitimados políticamente y válidas jurídicamente, si efectivamente se dirigen a promover la plena realización de la persona a través de la plena vigencia de sus derechos humanos (2018, p. 24).

Los derechos han nacido e inspirado para el hombre, es decir, son inherentes al ser humano, los poseen por su condición de tal, el de ser *persona humana*, por el ser y valor de la persona; no por decisiones políticas, legislativas o acciones del Estado.

II.2. La dignidad humana como base de respeto de la integridad de los derechos constitucionales

El Estado Peruano considera a la persona y su dignidad como fin supremo; en ese sentido, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución; pues, se concibe sobre la integridad del orden jurídico sin que logre reducirse o minimizarse a la defensa de los tradicionales derechos civiles y políticos, sino que, abarca también los derechos económicos, sociales y culturales [...], es decir, «la dignidad humana no es un mero enunciado formal, sino más bien un valor ético positivado que convierte a todos los derechos constitucionales en normas eficaces de aplicación inmediata». (Mesía Ramírez, 2018, p. 35) (Lo subrayado es nuestro).

En ese entendido Immanuel Kant, citado por Chanamé Orbe, sostiene que, «[...] la persona humana posee una dignidad tan alta y característica que nunca debe ser utilizada como un medio sino como un fin. La dignidad humana, según el autor, era [y es] la base de los derechos humanos [...]» (2019, p. 202), por su parte, Fernández Sessarego, citado por Chanamé Orbe nos dice que, «[...] la defensa de

la persona humana y el respeto constituyen la razón del derecho, por ello, el derecho es un instrumento libertador de la persona [...]» (2019, p. 202), por lo que, la dignidad humana se configura como el presupuesto esencial de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (Chanamé Orbe, p. 226).

Entonces, la dignidad humana se entiende que es el reconocimiento de todo hombre como ser humano y no como otra cosa u objeto. Dignidad que es inherente a su ser, es decir, a su esencia e intrínseca naturaleza. En otras palabras, la dignidad lo constituye todo, ese mínimo esencial valorativo que corresponde a toda persona por ser tal. Así tenemos que para el constitucionalista Néstor Pedro Saguez (citado por Espezuía Salmón) y a su vez citado por Chanamé Orbe, señala que, la dignidad humana genera dos ámbitos: una garantía negativa en cuanto impone al estado y también a los particulares, abstenerse de atacar la dignidad, por ejemplo, en el sentido de afirmar positivamente. Ello implicaría al Estado que pueda asegurar ciertas obligaciones tendientes a cerciorar, por ejemplo, un mínimo de igualdad de oportunidades y de condiciones de vida, aptas para el despliegue de tal personalidad, lo que puede apurar el modelo llamado del estado de prestaciones (2019, p. 224).

Varsi Rospigliosi, entorno a la dignidad humana expresa:

Es el principio máximo, super principio, macro principio o principio de principios [...]. Fácilmente puede argumentarse que el principio de la dignidad es hoy una de las bases de apoyo de los sistemas jurídicos modernos. Es impracticable reflexionar sobre los derechos desconectados del concepto y de la idea de dignidad. Se afirma en la doctrina que «la dignidad humana es la premisa de la idea de la justicia humana, porque es ella que dicta la condición superior del hombre como ser de razón y sentimiento». La noción de la dignidad humana incluye el núcleo existencial que es esencialmente común a todos los seres de la raza humana, el núcleo duro como también lo llaman. Debemos, con respecto a la dimensión personal de la dignidad, tener la obligación general de respetar, proteger y descalificar cualquier procedimiento, comportamiento o actividad que cosifique el individuo. La dignidad es contraria a todo precepto de reificación del ser. Según Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Varsi Rospigliosi, la dignidad es la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, envolviendo un complejo de derechos y deberes fundamentales que garantizan su desenvolvimiento contra cualquier acto de trato inhumano o degradante así como las condiciones mínimas para una vida sana, facilitando y hacien-

do posible la promoción de su participación activa y corresponsables en el destino de su propia existencia y la vida en comunión con los otros seres humanos [...]. Habitualmente, el problema surge en relación con la homosexualidad en vista del «carácter homofóbico y heterosexista que caracteriza a casi todas las complejas sociedades contemporáneas». En este sentido, dice Roger Raupp Rios, citado por Varsi Rospigliosi, frente a estos elementos se concluye que el respeto de la orientación sexual es punto fundamental para la afirmación de la dignidad humana y no es aceptable, jurídicamente, que prejuicios puedan legitimar restricciones de derechos y servir para fortalecer estigmas sociales y el pisoteo de los fundamentos constitucionales de un Estado democrático. En nombre del principio de la dignidad humana, entre otros [...], es necesario que se concedan [...] derechos a los homosexuales [...]. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 108-109).

No se puede seguir ignorando a un sector de la población, por cuanto no puede decirse que el ser humano es el fin supremo de la sociedad y del Estado; y a la vez se los siga segregando del Ordenamiento Jurídico.

II.3. Dignidad y Libertad Sexual

Entorno a la libertad, Varsi Rospigliosi sostiene que es denominada también como autodeterminación (selfdetermination). Es el valor supremo del ser humano, pues se puede a un ser humano asesorar, recomendar, pero no se puede imponerle a un individuo qué hacer con su vida; pues deberes para consigo mismo no pueden imponerse, solo los deberes para con los demás se exigen. En palabras de María Berenice Dias, citado por Varsi Rospigliosi, en vista del principio de la libertad, se garantiza el derecho a formar una relación de pareja, una unión estable heterosexual u homosexual. Existe libertad de disolver el matrimonio o la unión estable, como el derecho de reconstruir nuevas estructuras de convivencia; después de todo, es la libertad, la posibilidad de una coordinación consciente de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y la realización de la felicidad personal. (2011, p. 110-111); por tanto, la relación entre la protección de la dignidad de la persona y la orientación homosexual es directa (2011, p. 114) por lo que, en nombre del principio de la dignidad humana, la libertad y la igualdad debe considerarse a las uniones homoafectivas [...], independientemente del ajuste legal en el Perú (2011, p. 119).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene Landa que:

Ha señalado incidentalmente que el respeto a la dignidad se da de manera independiente de la condición existencial de la persona, es decir, «de la

situación y de las circunstancias en que se encuentre»; por tanto, es completamente inherente al ser humano por su condición de tal. Asimismo, la dignidad goza de un efecto de irradiación a los demás derechos fundamentales, de forma directa o también indirecta. (2006, p. 8).

Pues bien, estando a lo antes señalado podemos determinar que en efecto, las uniones homoafectivas son un desafío social y legal al que estamos enfrentados, puesto que, existe desprotección y rezago en el ámbito jurídico; en razón a que su exclusión se ha justificado, no en basas jurídicas, técnicas y normativas; sino, por el contrario en la moral pública, en las buenas costumbres y hasta en el texto constitucional de protección a la familia nuclear; existen supuestos defensores de la legalidad, los que evidentemente no se condicen con la realidad; pues, los intereses de particulares y de grupos determinados se privilegia frente a la realidad.

III. Igualdad y no discriminación

La igualdad, para Varsi Rospigliosi, es equiparidad, semejanza, similitud, equidad entre las personas sin beneficiar, ni perjudicar unas de otras. Implica que las personas tienen el mismo valor ante la ley. Debe ser fuente de regulación de la vida social observando los criterios de proporcionalidad y sentido común. La igualdad está visceralmente relacionada con el principio de la libertad. Solo hay libertad, si existe igualdad. Como dice María Berenice Dias, citada por Varsi Rospigliosi «si no hay el presupuesto de la igualdad, habrá dominación y sumisión, no la libertad». Con las palabras de Chaim Perelman, citado por Varsi Rospigliosi uno puede extraer el verdadero significado de la igualdad: «La idea de justicia, sugiere para todos, inevitablemente, la idea de igualdad segura». Por cierto, esta es la misma línea de pensamiento adoptada por San Tomás de Aquino quien sostiene que la justicia coincide exactamente con la igualdad. (2011, p. 111).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso «Atala Riffo y Niñas Vs. Chile» ha establecido que:

El derecho a la igualdad y no discriminación está contemplado en la propia Convención Americana desde distintas perspectivas. Primero, al consignar que todas las personas son titulares de los derechos y libertades que reconoce sin discriminación alguna. Al asociar la igualdad a la dignidad de la persona, la CIDH explica el principio de igualdad y no discriminación como la base misma del orden público nacional e internacional. Así desde una segunda perspectiva, el principio de igualdad y no discriminación implica la obligación de los Estados no solo de abstenerse de realizar actos que con-

duzcan a discriminación de hecho o de derecho, sino también a implementar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (Gómera Juárez, p. 49).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo ha hecho un análisis entorno al derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI, sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación la Corte ha establecido que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (p. 32).

El derecho a la igualdad, es un derecho relacional, porque, según lo instituido por el Tribunal Constitucional⁽¹⁾:

El principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional solo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y plena del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantiza. (Mesía Ramírez, 2018, p. 116).

Al constituirse como un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales, entonces también lo es para las personas que, por una u

(1) Expediente N.º 0004-2006-PI/TC f. j. 121

otra manera se les está restringido este derecho, más para las minorías que se les está limitando de manera explícita.

La igualdad es también una obligación constitucional impuesta a los poderes públicos. Estos no pueden tratar a las personas según su libre consideración, ni llevar a cabo tratamientos discriminatorios, sino que han de brindar un trato similar a todos cuantos se encuentren en iguales condiciones de hecho, esto último no implica que los poderes públicos no puedan hacer tratamientos diferenciados, se trata simplemente de que, si lo hacen, dicho tratamiento debe estar fundado en elementos objetivos y razonables.

IV. Las uniones homoafectivas

IV.1. Concepto

Para Varsi Rospigliosi las uniones estables homoafectivas nos dice que:

Forman un núcleo familiar y, como tal, hacen emerger las consecuencias jurídicas de todo tipo. Sea la constitución o reconocimiento de la unión, su término, la parentalidad ejercida por uno o ambos miembros de la pareja, los efectos jurídicos son infinitos y no siempre debidamente protegidos (2011, pp. 429-430).

Para Medina G., las uniones *homoafectivas* «[...] son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente (...)» (s/a, p. 38) (cursivas son nuestras).

Entorno a las uniones homoafectivas, Varsi Rospigliosi hace un análisis entorno a ello, sosteniendo que:

Hecho cristalizado es que la homosexualidad existió desde tiempos remotos. En la antigua Grecia fue aceptada y respetada, mientras que, en Roma, tolerada. Con el paso del tiempo, las nuevas costumbres parametradas y los códigos sociales comenzaron a rechazarla. Estudiada por las ciencias sociales, por la psicología y por las ciencias biológicas. La homosexualidad pasó de ser un concepto tornado con la enfermedad para identificarse como una caracterización, un modo de ser distinto de la mayoría. Comienza a ser tomada como natural, nada tiene de artificial. Cada tema relativo a la sexualidad parece estar cubierto con una cierta «aura de silencio» causando intensa inquietud y curiosidad insaciable. Existe una tendencia para conducir y controlar el ejercicio de la sexualidad que culmina con la tentación de la so-

ciudad de ver la moral en términos puramente de comportamiento sexual. (2011, p. 106). Apartándonos de arraigados dogmas sociales podemos decir que en la etapa actual de la estructura social se traduce en una modernidad líquida en la que existen diferentes maneras de expresar y experimentar el afecto, surgiendo distintas formas de compartir la vida que exigen de un reconocimiento social y legal (2011, p. 207).

En el Perú, el jurista Varsi Rospigliosi acuñó el término *homoafectividad*, el que es tratado en el Tomo II del Tratado de Derecho de Familia – Matrimonio y uniones estables, sustentando que:

Durante mucho tiempo, la homoafectividad fue estigmatizada dejando de lado a los homosexuales encerrados en un «universo paralelo», marginados de muchas formas y modos. En los últimos años la sociedad ha demostrado ser algo más tolerante y poco a poco está cambiando su forma de ver las relaciones paritarias entre los seres, independientemente de su sexualidad. Los homosexuales comenzaron a ganar visibilidad en el mundo contemporáneo y empiezan su búsqueda de justicia. Este deseo de justicia se conecta con la búsqueda de la felicidad, interconectados con el reconocimiento de la igualdad de derechos y dignidad, sin distinción de ningún tipo. La preocupación por la legalidad de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo integra la agenda del pensamiento jurídico internacional [...]. En los debates sobre el reconocimiento legal de los matrimonios homoafectivos, los argumentos de justicia son importantes en dos niveles. El primer, y más profundo, es el que consiste en argumentos extraídos del campo de la filosofía política y jurídica. Los otros argumentos se sustentan en un análisis del Derecho Constitucional acerca del reconocimiento legal de las relaciones entre personas del mismo sexo. Tal reconocimiento podrá, en función de la Constitución que se trate, darse a través de la acción legislativa [...], por decisión judicial [...]. Es, por supuesto, posible la interacción entre los dos niveles. En una sociedad con una Constitución escrita como la nuestra, los argumentos filosóficos-jurídicos pueden inspirar al magistrado en la interpretación de las disposiciones constitucionales. Tenemos que recordar que cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos no debe y no puede concertarse en la discriminación arbitraria, como en el caso de la discriminación por razón de sexo o por orientación sexual (2011, p. 107-108).

Ahora bien, en la lógica propuesta de un Estado Constitucional de Derecho, es perfectamente factible la posibilidad de la regulación de las uniones homoafectivas en el Perú; es pues, posible afirmar que los sistemas jurídicos en estudio tienen

todas las herramientas para tratar de manera coherente las nuevas formas de arreglos [...] afectivos. Cualquier país que pretende ser democrático y guardián de los derechos humanos no puede tolerar la discriminación arbitraria, como es el caso de discriminación por razón de sexo o por orientación sexual. Lo contrario sería ir contra el criterio social. (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 429).

V. Derechos y obligaciones afectados de los miembros de las uniones homoafectivas a consecuencia de la COVID-19

Es un hecho cierto de la negación de la regulación de las uniones homoafectivas, por la consideración de las instituciones establecidas en nuestro Ordenamiento Jurídico, como es la familia; empero, es cierto también que nuestro modelo de Estado propugna la protección y efectivización de los derechos constitucionales.

La COVID-19 trae inevitablemente consecuencias jurídicas y afectación de derechos, en unos en mayor proporción que otros; pues dentro de este grupo están las personas que conforman las uniones homoafectivas, los que ven afectados sus derechos en mayor medida; por el hecho de no tener una regulación o acogimiento legal, por lo que se vulnera no solo los derechos constitucionales, sino también derecho patrimoniales y obligacionales.

Estas uniones homoafectivas necesitan regulación en base al Estado Constitucional de Derecho, sobre el que se asienta nuestro modelo de Estado y el que propugna el respeto del derecho a la igualdad y no discriminación; aunado a ello, se debe regular de manera urgente la situación jurídica de estos grupos y estas minorías, pues es inevitable que producto de esta caótica situación que se vive se va a ver afectado sus derechos sucesorios⁽²⁾,

- (2) Es importante el avance que se ha tenido en relación a la sucesión del conviviente, puesto que, se protege al fenómeno uniones de hecho y no nos atenemos a la realidad; puesto que, ello significaría la proliferación de estas y la consiguiente vulneración de derechos que si se actúa a la prontitud se salvaguardaría, en ese contexto Bustamante Oyague ha sostenido que: El conviviente supérstite tiene derechos como heredero forzoso y con derecho a concurrir con los demás a heredar que provengan de la línea descendiente o de la línea ascendiente del conviviente-causante (2015, p. 280). En definitiva, la inscripción registral de la unión de hecho vigente a la fecha del fallecimiento del causante-conviviente, brinda, en principio condiciones jurídicas positivas, para que sea declarado heredero el conviviente supérstite. La vocación sucesoria del conviviente supérstite le confiere el derecho de accionar la defensa de sus derechos hereditarios, como demandar a las personas que hayan preterido sus derechos sucesorios, contradecir la desheredación efectuada por el conviviente, defender sus derechos en la partición de la herencia, la nulidad de la partición de herencia, ejercer la acción de partición de herencia si correspondiese, así mismo demandar la reivindicación de herencia, en casi que la herencia la posean otros herederos del causante, demandarla indignidad en

a la propiedad⁽³⁾, a la seguridad social, a los alimentos entre otros; puesto que, son también seres humanos y como tal reclama un cuidado y una mirada; en lo que podemos concluir que en efecto, existen las figuras legales para ampararlas como el contrato⁽⁴⁾; por lo que, concepciones ideológicas y morales no pueden ser óbice para la progresión y aplicación de los derechos humanos.

cualquiera de los supuestos que establece el Código Civil, exigir respeto a la casa-habitación en que existió el hogar de hecho: el ejercicio del derecho de habitación vitalicia o el derecho de usufructo, exigir el derecho de colación a otros herederos, como también solicitar el cese de la indivisión hereditaria, entre otras acciones (2015, pp. 284 – 285).

De lo esbozado podemos concluir que los miembros de las uniones homoafectivas pueden tener derechos sucesorios que se tiene que establecer en el contrato de convivencia, siendo esta sucesión por ley o en su defecto y a consideración de los miembros pueden efectuarlo por testamento, el que debe ser perfectamente válido; asimismo, podemos sostener que los miembros de las uniones homoafectivas tienen derechos como herederos forzosos; por otro lado es de precisar que en caso de sucesión intestada de uno de ellos, el conviviente podrá instar la petición de herencia, a través de un proceso notarial o judicial.

- (3) El derecho a la propiedad está regulado en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú que establece que, el derecho a la propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. 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. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

En relación al derecho a la propiedad, los miembros de la unión homoafectiva tienen la opción de crear sus propios acuerdos entorno al manejo de sus propiedades, asimismo, para determinar el reparto de sus bienes en la posibilidad de que se finiquite el contrato y en su defecto de este, les corresponderá el 50 % y 50 % a cada uno, en función al patrimonio adquirido durante la unión homoafectiva.

Por otro lado, es importante precisar que, los miembros de las uniones homoafectivas tienen derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto, el que debe solicitarse dentro del plazo de un año desde el cese de la convivencia homoafectiva; y esta no debe afectar derechos mínimos contemplados en la ley o en el contrato de convivencia.

Por su parte, es pertinente precisar que, la transferencia de bienes muebles e inmuebles se efectuó de manera bilateral, en ese sentido, se establece la prohibición expresa de celebrar contratos de manera unilateral por parte de uno de los miembros de la unión homoafectiva en perjuicio del otro.

Finalmente, es importante precisar que, el miembro de la unión homoafectiva tiene derecho a la indemnización por muerte de uno de los miembros, cuando esta haya sido por causa de un accidente.

- (4) El Código Civil, en el artículo 1351 define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Entonces, como señala Osterling Parodi y Castillo Freyre, siendo el contrato una fuente de las obligaciones, él crea, justamente, una obligación que es considerada una relación jurídica con contenido patrimonial. Esto se corrobora cuando el artículo 1402 del Código Civil señala que el objeto

Reguladas las uniones homoafectivas se cubriría un vacío normativo existente dentro de nuestra legislación nacional actual, entorno a la segregación de determinados sectores de la población y la consiguiente efectivización del principio de derecho a la igualdad y no discriminación; pues los derechos que se protegen son de transcendental importancia para garantizar el pleno desarrollo del ser humano y la adecuada convivencia en sociedad.

El respeto al libre desarrollo, a la personalidad y a su orientación sexual es un punto fundamental para la afirmación de la dignidad humana y obviamente no es concebible, a nivel jurídico, que se siga restringiendo derechos, aunado a ello, se fortalezca los estigmas sociales y el pisoteo de los fundamentos constitucionales de un Estado democrático; entonces, se debe conceder derechos a estos miembros de

del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Consecuentemente, si es este el objeto del contrato, entonces la obligación, cuando de él emana, debe tener carácter patrimonial. (Osterling Parodi y Castillo Freyre, p. 711).

En el orden de ideas antes expuesto, podemos verificar que en efecto es posible la regulación de determinados derechos patrimoniales y obligacionales de los miembros de las uniones homoafectivas; en razón a que estos no afectan instituciones o concepciones del Estado peruano; en ese contexto, los miembros de las uniones homoafectivas pueden regular las relaciones patrimoniales y obligacionales relacionadas a su vida en común con la suscripción de este contrato de convivencia; este contrato debe efectuarse por escrito, mediante escritura pública, bajo sanción de nulidad en el que se indican de manera expresa todos los requisitos que se debe incluir, puesto que, con la celebración del contrato de convivencia se estaría salvaguardando la vulneración del derecho a la dignidad humana, por cuanto las personas que pertenecen a estas minorías no son menos dignas, sino por el contrario con las mismas prerrogativas que cualquier otra, por lo que no se debe limitar su pleno desarrollo.

Por otro lado, se debe tener en cuenta además que la suscripción del contrato de convivencia se efectúa a partir de la decisión libre y voluntaria de los miembros que la integran, más aún si comporta el plano netamente individual de las decisiones del individuo.

Por su parte, debemos tener en consideración que, no se están sacrificando ningún valor ni principio, pues lo que está simplemente es satisfaciendo derechos consagrados a nivel constitucional, pues sin sacrificar a la familia se puede también lograr la protección de los derechos y su plena satisfacción, pues se está limitando de manera desproporcional estos derechos y con ello la vulneración de los demás derechos fundamentales.

En ese sentido, como nos dice Atienza Rodríguez, el Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo. [...] Atribuir una especial importancia a la interpretación entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales (Castillo Córdova, 2018, p. 29).

las uniones homoafectivas, en nombre del principio de la dignidad humana y del derecho a la igualdad y no discriminación.

Es claro que las uniones homoafectivas no cuentan con regulación normativa, jurisprudencial ni legal, ni existen atisbos de regulación; entonces, sin una regulación adecuada no se puede garantizar el pleno ejercicio de los mismos; en ese contexto lo que se busca en primer término es regularlo y como consecuencia lógica se garantizaría el pleno ejercicio de estos derechos, más aun si se cuenta con respaldo del Estado Constitucional de Derecho, los instrumentos internacionales⁽⁵⁾, la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, la legislación internacional⁽⁶⁾ que lo ha regulado de manera basta y extensa.

Al regular las uniones homoafectivas, la lógica consecuencia es la protección de los derechos que vienen inmersos en ella; en la actualidad, la situación de los bienes (patrimonio) y obligaciones de las personas que están inmersas dentro de las uniones homoafectivas, es de incertidumbre; a esto se suma la nula regulación de su situación como tal y demás que de ellos deriven.

En nuestro Sistema Sustantivo Civil, no existe ningún tipo de previsión legislativa que fije parámetros entorno al patrimonio de los integrantes de las uniones homoafectivas.

Ahora bien, los miembros de la unión homoafectiva podrían pactar convencionalmente, con ciertas limitaciones la manera en que se establezca un contrato de convivencia, entorno al patrimonio y a las obligaciones, en relación a los derechos patrimoniales se puede pactar entorno a la propiedad, que estos tienen el derecho al 50 % del patrimonio adquirido dentro de la convivencia homoafectiva; aunado a ello, es viable legitimar a los miembros a solicitar una pensión alimenticia a la resolución, disolución u otras circunstancias o cuando uno de ellos no tenga la posibilidad para subsistir, el que debe ser establecido por un periodo de tiempo,

- (5) Artículo 2, inciso 1 y 26 del El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Artículo 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 1, inciso 1 y 2; y, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1 y 5 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e intolerancia.
- (6) Por citar algunos, Italia a través de la Ley N.º 76 del 20 de mayo de 2016; Uruguay a través de la Ley N.º 18.246; y, México mediante la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

en función a la duración de la convivencia o en su defecto por el plazo límite de 2 años; es procedente también la propuesta entorno a los derechos sucesorios a la muerte de uno de los miembros.

Entonces, los cohabitantes pueden regular las relaciones vinculadas con su vida en común con la suscripción de un contrato de convivencia; las que pueden efectuarse: por escrito, bajo pena de nulidad; y, por escritura pública o escritura privada con suscripción firmada por un notario que certifica su cumplimiento de las reglas imperativo y al orden público.

La unión homoafectiva es un acto efectuado por dos personas de diferente sexo, mayores de edad, con plena capacidad de uso, goce y disfrute de todos sus derechos, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua. Esta unión va a generar efectos frente a terceros al ser inscrita. Las causales de extinción de las uniones homoafectivas son claras, en ese sentido, la unión se extinguiría por: mutuo acuerdo; muerte de uno de los miembros; por matrimonio de uno de los integrantes, muerte de uno de los miembros de la relación; e, incumplimiento de alguna de las cláusulas o condiciones previamente establecidas en el contrato.

Las uniones homoafectivas deben tener regulación dentro de nuestro sistema sustantivo civil a través de los contratos de convivencia, pues no existe fundamento para dejarlas de lado, máxime si los Estados deben implementar las medidas necesarias para proteger derechos de estas minorías y por consiguiente la adecuada protección de sus derechos y la proscripción de la discriminación, por tanto, fundamentos retrógrados no pueden ser justificación para su regulación; asociado a ello, se ha establecido también que la igualdad y no discriminación se condicen con la dignidad humana, las que es base y fundamento del orden público y por ende del Estado.

Ahora bien, bajo ese análisis, es perfectamente procedente la regulación de este fenómeno; pues, nuestro Ordenamiento jurídico, protector de relaciones y vínculos jurídicos no debe tutelar simples o puros valores en sí mismo, sino situaciones concretas presentadas en nuestra sociedad.

Producto de esta situación, es evidente la vulneración de los derechos de estos miembros; pues es innegable que estos existen en nuestro país, y que producto de esta pandemia, uno de los miembros puede no hacer efectivos sus derechos, por ejemplo a la muerte de uno de los miembros, uno de ellos no tendría derechos sucesorios o si uno de ellos sufre de alguna enfermedad el otro no puede tener o gozar de un derecho de seguridad social, solo es una muestra de los derechos que se verían efectuados, por ello es que se reclama su pronta regulación bajo esta fórmula jurídica.

VI. Conclusiones

1. La regulación de las uniones homoafectivas, obedece a una necesidad de promoción y protección del derecho a la igualdad y no discriminación; asimismo, garantizar el ejercicio de determinados derechos patrimoniales y obligacionales.
2. La regulación de las uniones homoafectivas a través de un contrato dentro de nuestro Derecho sustantivo civil se sustentan en la dignidad humana, base del derecho a la igualdad y no discriminación, por cuanto, la falta de regulación normativa resulta perjudicial a la dignidad de la persona, la que es inherente a ella y como consecuencia de ello se está discriminando por razón de la orientación sexual.
3. La falta de regulación a estas minorías, ha traído inevitablemente afectación de derechos; pues uno de los miembros, pese a la existencia de esa relación, no puede tener acceso a determinados derechos establecidos en el ordenamiento jurídico peruano.
4. Los efectos jurídicos de la COVID-19 son transversales; empero, hay una minoría que no se está tomando en cuenta; y que en efecto la afectación de sus derechos son bastos; entonces merece un análisis más allá que académico; sino por el contrario debe dar un análisis más a fondo y poder regularlas.

VII. Lista de referencias

- AÑON, M. J. s/a. *derechos fundamentales y Estado Constitucional*. http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-public-2015-Estado-Constitucional.pdf
- BUSTAMANTE OYAGUE, E. (2015). *Análisis sistemático del Código Civil a tres décadas de su promulgación* (coordinador Juan Espinoza Espinoza). Primera edición. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del tribunal constitucional*. 3.^a ed. Gaceta Jurídica.
- CHANAMÉ ORBE, R. (2019). *Tratado de derecho constitucional*. Primera edición. Lima: Pacífico editores S.A.C.
- CHUNGA CHÁVEZ, C. (2003). Alimentos. En *Código Civil Comentado*. (t. 3). Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- GÓMERA JUÁREZ, S. (2018). El caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile: Sobre la relación entre derechos, razonamiento judicial y estereotipos. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4734/5.pdf>

- LANDA, C. (2006). *Los Derechos Sexuales y Reproductivos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*. Recuperado de http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.13.pdf
- MEDINA, G. (S/A). *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Argentina: Rubinzal - Culzoni EDITORES. Recuperado de <file:///C:/Users/HP/Downloads/Graciela%20Medina-%20Los-homosexuales-y-el-derecho-a-contraer-matrimonio-.pdf>
- MESÍA RAMÍREZ, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- OSTERLING PARODI Y CASTILLO FREYRE, (S/A). *Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones*. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunos%20conceptos%20sobre%20la%20teoria%20general%20de%20obligaciones.pdf>
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de derecho de familia, matrimonio y uniones estables*. (t. 2) (2^a ed.) Lima: Editorial, Gaceta jurídica S.A. Recuperado de http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5231/Varsi_matrimonio_union_estables.pdf?sequence=3&isAllowed=y

(2011). *Tratado de derecho de familia*. (t. 2). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Responsabilidad civil extracontractual derivada del tratamiento de datos sensibles sin el consentimiento de pacientes infectados con el COVID-19

Legal liability arising from the treatment
of sensitive information without the consent
of patients infected with COVID-19

MUÑOZ PERALTA, Hugo Miguel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Realidad problemática. III. Tránsito del derecho a la intimidad hacia la protección de datos personales. IV. Alcances de la Ley 29733, Ley de protección de datos personales. V. Realidad problemática vista desde la teoría de la responsabilidad civil extracontractual. VI. Daños ocasionados por el tratamiento de datos sensibles sin el consentimiento de su titular. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo analiza la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, o aquiliana en los casos de divulgación, por cualquier medio de comunicación, sin consentimiento expreso y por escrito, por parte de su titular, o familiares; de datos sensibles, como el estado de salud o condición médica, como consecuencia de haber contraído el COVID-19.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca. Docente Universitario. E-mail:munozasociados.abog@gmail.com.

Atendiendo a los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual y lo prescrito en la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales, se concluye que no existen causas de justificación para difundir datos sensibles de personas contagiadas por el nuevo coronavirus, estas conductas no autorizadas conllevan a que los pacientes sufran daños que superan la esfera patrimonial, repercutiendo en un ámbito mucho más interno provocando un daño moral que, dependiendo de la intensidad, podría ser de una gravedad que torne en irreversible la lesión a su integridad personal y de su entorno.

Ante esta situación, se buscará la reparación integral de la persona, en todo cuanto sea posible, máxime si se considera que no existen presupuestos que conlleven a que los responsables o autores no respondan, civilmente, por los daños ocasionados.

Palabras clave: Responsabilidad civil extracontractual, presupuestos, fractura del nexo causal, derecho a la salud, protección de datos personales, intimidad personal, consentimiento, COVID-19.

Abstract: *This article analyzes the application of tort law, or aquiliana, in the cases of disclosure, by any means of communication, without express written consent, by its owner, and / or family members, of sensitive information, such as the state of your health as a result of being infected by COVID-19.*

Taking into account the assumptions of tort law and the provisions of Law N.º 29733, Law on the protection of personal data, it is concluded that there are no justification for spreading sensitive information of people infected by the new coronavirus, these unauthorized behaviors lead to patients suffering damages that go beyond the patrimonial sphere, inserting themselves into a much more internal sphere causing moral damage that, depending on the intensity, could be of a severity that renders their personal integrity and their personal environment.

In this situation, we will seek comprehensive reparation of the person, as much as possible, especially if it is considered that there are scenarios where the responsible or author of the damages, don't answer legally liabilities.

Keywords: *Tort law, health right, causality in tort law, protection of personal data, personal privacy, COVID-19.*

I. Introducción

El mundo atraviesa el flagelo de la pandemia mundial del COVID-19, el cual nos ha obligado a repensar y rediseñar nuestras estructuras sociales, políticas, económicas, educativas, culturales, jurídicas, etc. El Derecho, fiel a su capacidad de adecuarse a cada etapa de la historia de la sociedad, no es ajeno a los cambios sociales; transformaciones que empezaron ya a trazar una visión diferente del universo *in toto*.

En el campo de la responsabilidad civil se plantean desafíos en cuanto a la cobertura de los posibles daños que puedan ocasionarse por el actuar doloso y/o negligente, al propagar noticias, informes, videos, fotos u otros que contengan datos personales, de personas que han sido infectadas por COVID-19, sin contar con el expreso consentimiento de su titular, valiéndose para ello de redes sociales o cualquier otro medio de comunicación masiva, muy usuales en nuestro tiempo.

Después de varias décadas de tranquilidad sanitaria, el orbe es azotado por una crisis mundial que ha rebasado todo cálculo estadístico y nos ha trasladado a mundos impensados, en el que la supervivencia se ha convertido en la prioridad; en el albor del siglo XXI y contando con avances científicos y tecnológicos que han asombrado y aumentado el saber humano en ramas como la robótica, la nanotecnología, genética, salud y medicina, universalización de los medios de comunicación y transporte, por citar algunos ejemplos; resulta inimaginable que el brote del nuevo coronavirus que fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019⁽¹⁾, se haya expandido por todo el mundo, transformando nuestras vidas, la cosmovisión que conocíamos y el ambiente en el que nos sentíamos seguros. En suma, se ha trazado una línea demarcatoria entre el antes y el postcovid que constituye un hito histórico de la humanidad.

El nuevo coronavirus SARS-CoV2 (COVID-19) ha infectado a más de 9,3 millones de personas y ha ocasionado más de 480 000 muertos en todo el mundo. En el Perú, debido a las pocas pruebas moleculares realizadas (*ergo*, la cifra aumentaría exponencialmente), se tienen 264 689 casos confirmados y 8 586 fallecidos, según datos registrados en la plataforma digital única del Estado Peruano⁽²⁾, tomados al momento de escribir el presente artículo.

El presente tiene la finalidad de aportar algunas ideas en la discusión sobre la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, derivada de la divulgación o difusión de datos sensibles, sin el consentimiento previo, expreso, inequívoco y escrito, de aquellas personas que han sido infectadas por el COVID-19.

El presente artículo inicia con un análisis de la responsabilidad civil extracontractual, derivada de actos ilícitos o de la contravención del principio *non laedere*,

(1) La Organización Mundial de la Salud, en su declaración actualizada al 27 de abril de 2020, informó que el 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (provincia de Hubei, China) notificó un conglomerado de casos de neumonía en la ciudad. Posteriormente se determinó que están causados por un nuevo coronavirus.

(2) Los datos consignados corresponden a la fecha de envío del presente artículo (24 de junio de 2020), por lo que, las cifras se siguen incrementando).

con la atingencia que también se pueden ocasionar daños en el campo de la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones, partiendo del presupuesto que entre el paciente y el establecimiento sanitario (público o privado) se produce una obligación prestacional, regida por obligaciones contractuales, entre ellas, el deber de confidencialidad. Atendiendo que la clínica actúa frente al paciente o sus familiares en calidad de deudora y que presta los servicios mediante terceros a su cargo, obligando a la estructura sanitaria a responder por los daños causados al paciente a título de responsabilidad objetiva pero indefectiblemente el régimen de responsabilidad a ser aplicado es el de la responsabilidad contractual⁽³⁾.

Asimismo, podrían producirse daños en la relación médico-paciente, por la trasgresión al deber de confidencialidad o secreto profesional que tiene el galeno, considerando que entre ambos se configura un contrato médico.

El marco de referencia normativo lo conforman los preceptos jurídicos que regulan la teoría de la responsabilidad civil en nuestro país y la protección de datos personales, a saber, por ejemplo, Constitución Política del Perú; Código Civil de 1984; Ley N.º 29733, Ley de protección de datos personales y Ley N.º 26842, Ley General de Salud.

II. Realidad problemática

En Cajamarca al conocerse el «caso cero» de COVID-19 (primer infectado conocido en la localidad, dado a conocer por el Gobernador Regional de Cajamarca, Mesías Guevara, el 24 de marzo de 2020), a través de redes sociales y otros medios de comunicación masiva (incluso conferencias de prensa por parte de autoridades locales y regionales), sin mediar el consentimiento previo, inequívoco y por escrito de su titular o de sus familiares más cercanos, se propagó el nombre completo del paciente, fotografías personales, lugar de domicilio e información sobre sus itinerarios de viaje, profesión, círculos sociales, resultados de análisis clínicos, entre otros datos de su ámbito privado, causando, obviamente, daños extrapatrimoniales irreparables que alcanzan hasta sus familiares directos. Agravó más la situación a la que expusieron a esta persona, una fortísima y terrible campaña de estigmatización y de propagación de comentarios ofensivos por parte de los usuarios de las diversas redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, etc.) que, en una actitud alarmista, profirieron insultos y frases totalmente denigrantes. Imaginemos por un momento

(3) Conforme lo ha regulado el artículo 1325 del Código Civil: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario».

el estado de salud mental de la persona expuesta, resquebrajada ya por el temor de la enfermedad misma; y de sus familiares que le acompañaban a sobrellevar estos penosos momentos, que además de afrontar la enfermedad son víctimas de agravios desde todas las plataformas tecnológicas, alcanzando a su círculo familiar, quienes también sufren la estigmatización de la comunidad cercana.

Esta situación, que lamentamos, también se ha replicado en diferentes partes de nuestro país y del mundo entero, conllevando a una discriminación hacia las personas que padecen el COVID-19.

Debemos advertir que, en muchos casos, la propagación de datos sensibles se realiza usando las actuales redes sociales, atendiendo su alcance y rapidez de difusión, ello ocasiona que los efectos nocivos se acentúen en grave perjuicio de las víctimas. Entonces, podríamos indicar que, para este análisis, los pacientes no solamente son víctimas de la enfermedad, sino que son revictimizados por la divulgación de sus datos personales, sin mediar su consentimiento.

Ante esta realidad problemática y atendiendo a los daños extrapatrimoniales que pueden padecer las personas infectadas con el nuevo coronavirus, por la difusión de sus datos personales sensibles, debemos preguntarnos:

1. ¿Hay limitaciones al ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales, específicamente, propagar datos sensibles, como la salud de los pacientes infectados con el COVID-19?
2. Estando a lo prescrito por el artículo 1971 del Código Civil, ¿podríamos estar ante la inexistencia de responsabilidad civil atendiendo a un posible supuesto del ejercicio regular de un derecho?
3. ¿Se puede invocar la fractura del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o de quien padece el daño) para no responder por los daños ocasionados por la difusión de datos sensibles, sin contar con el consentimiento expreso de su titular?

Las respuestas a estas preguntas serán el marco de fondo que servirán para el desarrollo temático del presente artículo y que conllevarán al desarrollo de algunas conclusiones.

III. Tránsito del derecho a la intimidad hacia la protección de datos personales

En nuestro quehacer cotidiano, a través de interacciones intersubjetivas con nuestros pares, realizamos un sin número de actividades tanto a nivel personal, fa-

miliar, social, cultural, laboral, etc.; asimismo, llevamos dentro un cúmulo de emociones, proyectos, éxitos, fracasos, enfermedades o situaciones personalísimas que las custodiamos vigilantemente y con mucha precaución.

En algunas oportunidades deseamos mantener reserva de nuestra vida y sus amplios aspectos únicamente para nosotros o para un número reducido de amigos o parientes, llegando incluso a no compartir con nadie aspectos privados, que nos acompañarán hasta el final de nuestra vida. En esencia esto constituye nuestro derecho fundamental a la intimidad. Refiriéndose a este derecho, el jurista peruano Fernández Sessarego sostiene: «Es obvio además, que la propia persona puede prestar su asentimiento ya sea para la instrucción en el ámbito de su propia intimidad o para su divulgación siempre que con ello no se agredan las buenas costumbres» (Sessarego, Derecho de las personas, 1997).

En estos tiempos hodiernos, demarcados entre tecnófobos y tecnófilos, apocalípticos e integrados (en palabras del recordado filósofo Umberto Eco) (Eco, 2013), los *mass media* se han intensificado. Somos testigos presenciales de que la virtualidad en tiempos de pandemia se convierte en la herramienta que traspasa espacios geográficos y nos permite en tiempo real, por ejemplo, escuchar ponencias de juristas que se encuentran en cualquier parte del mundo; en otros aspectos de nuestros ámbitos sociales, es impensable que no seamos usuarios de cuentas como Facebook, Whatsapp, Instagram, Twitter o LinkedIn, y que sean ellas las que nos permitan intercomunicarnos; en suma, no nos vemos ni nos comprendemos sin la interacción continua con tales medios. Sin embargo, el mal uso de estas nuevas tecnologías muchas de las veces atentan contra el derecho a la intimidad y a la correspondiente protección de datos personales.

Hoy más que nunca nos encontramos propensos a ser víctimas en nuestra esfera más íntima, por el manejo de datos personales (como estado de salud), sin haber expresado previa e inequívocamente consentimiento, con los consecuentes daños que se derivan de este accionar.

El derecho fundamental de protección de datos personales es de data reciente; la Carta Magna de 1993 lo regula en el inciso 6 del artículo 2.⁽⁴⁾ Haciendo un análisis comparativo con la legislación extranjera, podemos advertir que el pronunciamiento del Alto Tribunal español en su sentencia 292/2000 reconoció el derecho fundamental a la protección de datos, precisando: «El derecho fundamental a la protección de

(4) **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.** Toda persona tiene derecho: (...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

datos persigue garantizar a esa persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado. El objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales (...).

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que irroga a su titular decidir difundirlos o no, cuáles de esos datos brinda a un tercero, sea el Estado o un particular (por ejemplo, cuando vamos a comprar un medicamento y nos solicitan nuestro número de Documento Nacional de Identidad, el cual damos sin precaución).

Este poder de disposición y control sobre los datos personales, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir el recojo, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como sus usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, la posibilidad o facultad de poder oponerse a esa posesión y usos.

El derecho a la protección de datos personales tiene su correlato en el derecho fundamental a la libertad de expresión que se encuentra regulado en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución Política, derecho continente que alberga a la libertad de información y la autodeterminación informativa, siendo este con el que particularmente guarda estrecha relación, pues, también consiste en el poder que tiene toda persona para ejercer control sobre la disposición y posterior control sobre su información personal⁽⁵⁾. En esta línea argumentativa, nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 04739-2007-PHD/TC (fundamento 2-4), estableció que: «El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal. Mediante la autodeterminación informativa se busca

(5) **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.** Toda persona tiene derecho: (...) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen (...)».

IV. Alcances de la Ley N.º 29733 – Ley de Protección de Datos Personales

Conforme a lo prescrito por el artículo 1 de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales, el objeto de esta norma es garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen. Igual regla rige para su utilización por terceros.

Por su parte, el inciso 5 del artículo 2 de la precitada ley, define a los datos sensibles como aquellos datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada con la salud o a la vida sexual.

El principio de consentimiento se presenta como uno de los principios rectores, conforme se colige del artículo 5 del mismo cuerpo normativo, que regula que para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular. Asimismo, se precisa que los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento, en el caso de datos sensibles, debe ser previo, informado, expreso, inequívoco y por escrito (cfr. inciso 5 del artículo 13 de la Ley N.º 29733).

Por su parte, la Ley General de Salud, en su artículo 25, prescribe que toda información relativa al acto médico que se realiza tiene carácter reservado. El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional.

En esta línea argumentativa se concluye que el derecho a la protección de datos personales ha sido regulado no solamente en el ámbito constitucional, sino

también en normas legales infraconstitucionales que han desarrollado los alcances y contenido de este derecho fundamental. La *ratio legis* de estos dispositivos es garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales, es decir, sin el consentimiento por parte de su titular, ningún particular o incluso el Estado pueden difundir información sobre datos personales (con mayor incidencia sobre datos sensibles), caso contrario, estas conductas antijurídicas posibilitan a las víctimas solicitar una indemnización por daños y perjuicios que permitan el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales.

V. La realidad problemática vista desde la teoría de la responsabilidad civil extracontractual

La teoría de la responsabilidad civil, se presenta como alternativa para llenar vacíos legislativos en nuestro ordenamiento civil. La profundización en el estudio de esta materia ha contribuido para desarrollar nuevas tendencias –acorde con los tiempos modernos– que nos permiten fijar nuestra atención en la persona que sufre un daño en su esfera personal o patrimonial.

Dentro del vasto territorio de la responsabilidad civil encontramos dos provincias, separadas por una frontera académica antes que real, la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana. En esta línea argumentativa, se debe precisar que la tesis moderna o unitaria apunta a una unificación de ambos tipos de responsabilidades, atendiendo que ambas cuentan con los mismos presupuestos, habiendo entre ellas tan solo una diferencia de matiz, como por ejemplo los plazos de prescripción (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es de 10 años; mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual de 2 años), los factores de atribución o el nexo causal (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones se exige una causa inmediata y directa; mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual, una causa próxima y adecuada).

La tesis sobre la responsabilidad civil acogida por el Código Civil de 1984 es la tradicional o dualista que bifurca a la teoría de la responsabilidad civil en dos grandes territorios: responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, mal llamada responsabilidad civil contractual (pues, el contrato no es la única fuente de obligaciones), siendo el marco normativo fuente el artículo 1321 del Código Civil; y, por otro lado, la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, recogida en el libro VII de la fuente de las obligaciones, siendo su marco jurídico base el artículo 1969 del Código Civil. Asimismo, es doctrina y jurisprudencia pacífica sostener que para la configuración de ambos tipos de responsabilidad civil se requiere la concu-

rrencia de los siguientes presupuestos: antijuricidad, imputabilidad o capacidad de imputación, factores de atribución, daño y nexo causal⁽⁶⁾.

La técnica de la responsabilidad civil tiene su atención en la víctima, insuflada por un humanismo jurídico (apoyada también en una corriente literaria del existencialismo: Heidegger y Sartre), dejando de lado la primacía del derecho de la propiedad (a cargo de las codificaciones decimonónicas que erigían a la propiedad en el *prius* de los derechos fundamentales) y revalorando la dignidad de la persona humana; es por ello, que dentro de las funciones tradicionales de la responsabilidad civil se resalta propender a la indemnización o resarcimiento de la víctima, restablecer el *status quo ex ante* del evento dañoso y, por parte del Estado, disuadir comportamientos a través de la fijación de compensaciones que abarquen la totalidad de los daños irrogados en agravio de la víctima.

Respecto al tratamiento de datos sensibles sin el consentimiento previo, informado, expreso, inequívoco y por escrito por parte de las personas infectadas por el COVID-19, qué duda cabe que este actuar doloso o negligente genera hondos e irreparables daños extrapatrimoniales en los pacientes o sus familiares, llegando incluso a sufrir una estigmatización o recibir tratos discriminatorios por el solo hecho de estar contagiados por el nuevo coronavirus, y casos con estas características no hay pocos.

En tiempos de pandemia los pacientes que luchan por sobrevivir en un Estado donde los servicios básicos de salud son todavía incipientes (hasta extremos, que el oxígeno es el bien más valioso), también tienen que lidiar contra el oprobio de personas que, informadas de su estado de salud, vulneran sus bienes más caros: salud, dignidad, intimidad, situación que en definitiva atenta contra su proyecto de vida, en aquel despliegue de su realidad fenoménica que lo hace ser único e irremplazable.

VI. Daños ocasionados por el tratamiento de datos sensibles sin el consentimiento de su titular

El artículo 25 de la Ley N.º 29733, Ley de protección de datos personales, prescribe que el titular de datos personales que sea afectado a consecuencia del incumplimiento de la presente ley por el titular o por el encargado del banco de

(6) Así, jurisprudencialmente se ha establecido: «Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, a fin de que proceda la indemnización por daños y perjuicios, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el daño; b) el dolo o culpa, salvo en los casos de responsabilidad objetiva; y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido». (CAS. N.º 99-99-LIMA, 16-06-99).

datos personales o por terceros, tiene derecho a obtener la indemnización correspondiente, conforme a ley. El artículo precitado hace una remisión a las reglas de la responsabilidad civil para petitionar una indemnización por daños y perjuicios, siendo el mecanismo de tutela jurídica civil más eficaz para lograr el resarcimiento integral por los daños infringidos a las víctimas.

En esta línea argumentativa, considero necesario realizar un análisis de cada presupuesto que conforma la responsabilidad civil extracontractual para concluir que, ante los eventos dañosos, la víctima debe ser indemnizada de manera integral, abarcando todos los daños ocasionados por la difusión de datos sensibles, sin el consentimiento de las personas que padecen el COVID-19.

VI.1. Conducta antijurídica: propalar información sin el consentimiento del titular de datos sensibles

El recordado maestro Lizardo Taboada, con referencia al presupuesto de la antijuricidad, expresaba:

«Modernamente existe acuerdo en que la *antijuricidad*, o, mejor dicho, que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que puedan causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser *típicas*, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, y *atípicas*, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico» (Córdoba, 2001).

Dada la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, del que solo el paciente es su titular, resulta evidente que es el propio paciente quien ostenta el derecho y debe consentir el tratamiento de sus datos personales, siempre y cuando su capacidad natural de juicio y discernimiento lo permita. Si el paciente no posee condiciones de madurez suficiente, o condiciones físicas o mentales aptas para consentir la difusión de sus datos sensibles y para conocer su alcance, deberán ser sus padres o representantes legales quienes otorguen el preceptivo consentimiento.

Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento previo, informado, expreso, inequívoco y por escrito de su titular, con pleno respeto de los derechos fundamentales de sus titulares. El titular de datos personales

tiene derecho a impedir que estos sean suministrados, especialmente cuando ello afecte sus derechos fundamentales⁽⁷⁾.

El consentimiento viene a constituir la esencia del tratamiento de los datos personales, expresado mediante la exteriorización positiva de la voluntad del paciente —en la mayoría de las veces— o de sus familiares cuando no pueda hacerlo por sí mismo, con respecto a la información veraz y pormenorizada en referencia a su dolencia o estado de salud en general, como sería los alcances sobre la forma de haberse infectado, lugares visitados y demás datos que considere necesarios. La justificación para brindar este tipo de información de datos sensibles, radica en el hecho de anteponer un derecho personal al ámbito de un derecho social, como sería el caso de la salud pública, conllevando a tomar medidas sanitarias que coadyuven a evitar la proliferación de la enfermedad, tal sería el caso de identificar a las personas que han compartido con el paciente, para tomarles muestras moleculares y adoptar medidas de aislamiento.

De la base normativa citada, podemos afirmar que, si el titular no ha prestado su consentimiento previo, informado, expreso, inequívoco y por escrito respecto a datos sensibles (salud, infección por covid-19) a los encargados del banco de datos personales y/o a terceras personas, se constituye una conducta antijurídica si se difunde sus nombres y estado de salud a través de cualquier medio de comunicación.

VI.2. Factores de atribución

Para el maestro peruano Espinoza Espinoza:

«Este elemento contesta la pregunta, ¿a título de qué se es responsable?, vale decir, constituye «el fundamento del deber de indemnizar». Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera —si se quiere optar por una definición residual— prescindiendo el criterio de la culpa). También forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad» (Espinoza, 2002).

Consideramos que el actuar de quienes difundan, a través de cualquier medio de comunicación, el estado de salud de aquellas personas que han sido contagiadas

(7) Por su parte, el artículo 15 de la Ley General de Salud, prescribe: «Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho: a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad; b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece; (...) e) A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare».

por el COVID-19, sin mediar el consentimiento expreso de su titular, son conductas que tienen la característica de ser dolosas (pues, actúan sabiendo y queriendo las consecuencias gravosas); sin embargo, pueden presentarse conductas culposas (negligentes), como sería el caso de divulgar la información de datos sensibles de personas infectadas por el COVID-19 en el entendido que se podría evitar consecuencias sanitarias mayores de contagio de terceras personas.

VI.3. El nexo causal o la relación de causalidad

Este elemento implica que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso. Dicho en otros términos: entre el comportamiento del autor o responsable y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto.

Para Trigo Represas y Rubén Stiglitz: «Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, la relación de causalidad asume una doble función, de singular importancia: a) permite determinar, con rigor científico, cuándo un resultado dañoso es material u objetivamente atribuible a la acción de un sujeto determinado; b) brinda, al mismo tiempo, los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias» (Felix Trigo Represas y Rubén Stiglitz, 1991).

Por su parte, el maestro peruano, Fernando De Trazegnies, comenta: «Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños *causados* por esta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona [...]. Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto...» (Trazegnies, 2001).

Conforme lo prescrito por el artículo 1985 del Código Civil, en casos de responsabilidad civil extracontractual, se requiere la presencia de causa próxima y adecuada⁽⁸⁾. En el caso de la difusión de datos sensibles —sin que haya mediado el

(8) Para esta teoría no es causa cada condición del evento, sino sólo la condición que sea «adecuada», «idónea» para determinarlo. No se consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera contraria al curso normal de las cosas. El procedimiento para individualizar la adecuación se vale de un juicio *ex ante*: se remonta al momento de la acción y se juzga como si el evento debiese aún producirse.

consentimiento de los pacientes contagiados por el nuevo coronavirus—, el supuesto del nexo causal queda plenamente conformado, pues, es la conducta dolosa de terceras personas o del encargado del banco de datos, que ha contribuido a la producción de los eventos dañosos. Es decir, hay relación directa entre la conducta del autor (difundir información sin estar autorizado) y el evento dañoso (daños a la intimidad, moral e incluso al proyecto de vida).

6.4 Supuestos de ruptura del nexo causal

Caso fortuito o fuerza mayor

Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1315, prescribe lo referente al caso fortuito o fuerza mayor: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

De la lectura atenta al precitado dispositivo normativo, se concluye que para nuestro ordenamiento existe una sinonimia conceptual entre caso fortuito y fuerza mayor, tratándose de nociones con las mismas características, pues deberán ser eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, con la única diferencia respecto al origen del evento.

No se presenta este supuesto de ruptura del nexo causal, pues, la difusión de datos personales sensibles sin la autorización del titular, no es un hecho extraordinario, imprevisible o irresistible.

El hecho de un tercero

Henri Mazeaud y André Tunc, precisan: «Cuando el hecho de un tercero sea la única causa del daño, el demandado debe ser absuelto sin que haya que averiguar si ese hecho es culposos o no. La responsabilidad del demandado no podría tomarse en cuenta en este caso; puesto que el hecho del demandado no es, en absoluto la causa del perjuicio» (Henri Mazeaud y André Tunc, 1977).

A nuestro entender este supuesto de ruptura del nexo causal tampoco se presenta en el caso de la difusión de datos sensibles de personas infectadas por el COVID-19, sin su consentimiento expreso, pues, la responsabilidad va a recaer en la persona que propaló la información de sus datos sensibles; en tal sentido, no podría endilgarse responsabilidad a terceras personas que no hayan participado de dicha conducta dañosa.

El hecho de la propia víctima.

Lizardo Taboada, comenta: «En efecto, existe un supuesto de concausa cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento con la conducta del autor a la realización del daño. El daño no es consecuencia única y exclusiva de la conducta del autor, sino que la propia víctima ha contribuido y colaborado objetivamente a la realización del mismo, el cual no se hubiera producido de no mediar el comportamiento de la propia víctima» (Córdoba, 2001).

Finalmente, el presupuesto de la ruptura del nexo causal por el hecho de la propia víctima no se presenta, pues, para que se configure la antijuricidad de la conducta dañosa, no debe mediar el consentimiento expreso de su titular; caso contrario, es decir, habiendo exteriorizado la autorización de la difusión de sus datos, como sería el caso de revelar su identidad a la opinión pública para que las personas que hayan tenido un contacto cercano se tomen pruebas moleculares para descartar un posible contagio del nuevo coronavirus, la conducta resulta atípica.

Daño a la persona y daño moral

El ilustre tratadista colombiano Tamayo Jaramillo afirma: «Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima» (Jaramillo, 1999).

Fernández Sessarego, al abordar el tema del daño a la persona, precisa: «El «daño a la persona», como su nombre lo indica, comprende todo tipo de daños que pueda sufrir el sujeto. Comprende, por lo tanto, una inmensa gama de lesiones al soma o a la psique, así como al daño al ejercicio mismo de la libertad que se traduce objetivamente en el «proyecto de vida». Todos estos daños son «a la persona» y no a otro ente. Todos son daños exquisitamente jurídicos, que nada tienen que ver con lo «moral» y en algunas ocasiones no generan ni dolor ni sufrimiento. En el nivel de la historia que nos ha tocado vivir, no obstante, la estrecha relación entre lo moral y lo jurídico, no es posible confundir sus esferas. Lo moral se centra en el plano de la subjetividad y lo jurídico en el de la intersubjetividad» (Sessarego, 2002).

El daño es el elemento principal de la responsabilidad civil, llegando a sostener que, si no hay daño, no hay responsabilidad civil. En el caso de la difusión de los datos sensibles, sin mediar el consentimiento de su titular, la esfera de daños es amplia, a glosa de ejemplo podemos mencionar el daño en el hontanar de los pacientes que, injusta e inhumanamente, son estigmatizados por el solo hecho de haberse

contagiado; asimismo, el derecho a su intimidad, honor, honra y a la protección de datos personales son vulnerados por este tipo de conductas no autorizadas.

El espectro de daños se extiende también hacia el proyecto de vida de los pacientes contagiados por COVID-19, pues, al trasgredir su derecho fundamental a la protección de sus datos personales, es decir, al haberse invadido su esfera íntima más profunda, por la difusión de sus dolencias a través de medios de comunicación de alcance ilimitado, marcan un derrotero en su historia personal que se prolongará a lo largo de su existencia.

El artículo 1985 del Código Civil recoge el principio de la integridad en el resarcimiento de los daños, precisando: «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

Es tarea crucial de los operadores jurisdiccionales fijar montos indemnizatorios que cumplan con la función disuasiva y reparadora del daño de evitar conductas futuras que sigan afectando el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales de sus titulares.

Causas de justificación

El inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil regula que no hay responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho. Por su parte el inciso 6 del artículo 14 de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales prescribe: «Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales (...) 6. Cuando se trate de datos personales relativos a la salud y sea necesario, en circunstancias de riesgo, para la prevención, diagnóstico y tratamiento médico o quirúrgico del titular, siempre que dicho tratamiento sea realizado en establecimientos de salud o por profesionales en ciencias de la salud, observando el secreto profesional; o cuando medien razones de interés público previstas por ley o cuando deban tratarse por razones de salud pública, ambas razones deben ser calificadas como tales por el Ministerio de Salud; o para la realización de estudios epidemiológicos o análogos, en tanto se apliquen procedimientos de disociación adecuados».

Antes de realizar el análisis de la posibilidad que se presente alguna causa de justificación, conviene precisar enfáticamente, conforme se ha desarrollado a lo largo de este artículo, que la conducta de propalar o difundir información sobre datos personales sensibles, sin el consentimiento de pacientes infectados por el

COVID-19 constituye una conducta dañosa que conlleva a las víctimas a solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Sin embargo, debemos advertir que pueden colisionar derechos fundamentales, derecho a la protección de datos personales versus salud pública, situación que conllevaría a ponderar ambos derechos y, dependiendo del caso en concreto, el operador jurisdiccional deberá establecer la preeminencia de uno de los derechos.

VII. Conclusiones

1. Constituye una conducta antijurídica la difusión de datos sensibles (estado de salud, infección por covid-19), a través de cualquier medio de comunicación, sin que los pacientes hayan expresado su consentimiento previo, informado, expreso, inequívoco y por escrito a los encargados del banco de datos personales o a terceras personas, susceptible de peticionar en la vía jurisdiccional una indemnización por responsabilidad civil extracontractual.
2. No existe fractura del nexo causal que conlleve a no responder por los daños y perjuicios, en tanto, no se presenta caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante del tercero o de la víctima.
3. No configura un supuesto de ejercicio regular de derecho la propagación de datos personales sensibles sin el consentimiento de su titular.
4. Atendiendo al principio de la integridad de la responsabilidad civil, recogido en el artículo 1985 del Código Civil, la indemnización debe abarcar tanto los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que hayan sido infligidos a las víctimas contagiadas con el nuevo coronavirus, sin que previamente hayan exteriorizado su consentimiento.

VIII. Lista de referencias

- CÓRDOBA, L. T. (2001). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
- ECO, U. (2013). *Apocalípticos e integrados*. Buenos Aires: Sudamericana.
- ESPINOZA, J. E. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- JARAMILLO, J. T. (1999). *De la Responsabilidad Civil. Tomo IV*. Santa Fe de Bogotá: Temis S.A.
- MAZEAUD, H. Y TUNC, A. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

SESSAREGO, C. F. (1997). *Derecho de las personas*. Lima: Grijley.

SESSAREGO, C. F. (2002). Daño moral y daño al proyecto de vida. *Revista Jurídica del Perú*, 53.

TRAZEGNIES, F. D. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

TRIGO, F. Y STIGLITZ, R. (1991). *Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Rocca.

Derecho Penal y Procesal Penal



Una breve aproximación al garantismo penal

A brief approach to criminal guarantee

VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Teoría del Garantismo Penal. 2.1. Positivismo jurídico y la filosofía analítica. 2.2. III. Aproximación al Garantismo Penal. IV. Garantismo Penal y estricta legalidad. V. Vigencia y validez de la norma jurídica. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo, tiene como propósito dar luces de los alcances establecidos doctrinariamente sobre el garantismo penal como parte del constitucionalismo, y a partir de ello establecer la resultante de la positivación de derechos fundamentales, como límites de la legislación positiva, pues hemos dejado de lado, la idea de el principio de mera legalidad, por lo que partiremos por establecer la teoría del garantismo penal desde el positivismo jurídico y la filosofía analítica, así como dar una aproximación al garantismo penal; para posteriormente llegar a establecer la relación entre el garantismo y la estricta legalidad, y su injerencia en la vigencia y validez de la norma jurídica.

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología; Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio y director del área Penal del Estudio Mejía, Céspedes & Villegas – Abogados. Correo electrónico: svillegas@mejiasaucedo.com

Palabras Clave: Garantismo Penal, estricta legalidad, mera legalidad, vigencia y validez de la norma jurídica.

Abstract: *The purpose of this article is to shed light on the scope established by doctrine on criminal guarantees as part of constitutionalism, and from this to establish the result of the positivization of fundamental rights, as limits of the positive legislation, since we have left aside, the idea of the principle of mere legality, so we will start by establishing the theory of criminal guarantees from legal positivism and analytical philosophy, as well as giving an approximation to criminal guarantees; to later get to establish the relationship between the guarantee and the strict legality, and its interference in the validity and validation of the legal norm.*

Key words: *criminal guarantees, strict legality, mere legality, validity and validation of the legal norm.*

I. Introducción

Conforme apunta la profesora María Revelles Carrasco (S.F. p. 2), el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que se encuentra más ligada a la Constitución, pues esta afecta de manera más violenta la esfera de libertad del individuo en contra posición a la protección de bienes jurídicos; de igual manera, conforme apuntaba Franco Bricola citado por Massimo Donnini (2011), el derecho penal siempre está ligada a la protección de bienes jurídicos de orden constitucional, como la vida, el patrimonio, el medio ambiente, la administración pública, entre otros, por lo que debemos hablar de una constitucionalización del Derecho penal.

Sin embargo, actualmente, muchas de la disposición normativa contenidas en la parte especial del Código Penal Peruano, han generado cierta controversia respecto a su afectación a los principios que rigen el ordenamiento penal como el principio de lesividad, proporcionalidad, ultima ratio, mínima intervención, principios considerados como límites al *Ius Puniendi* del Estado.

Es este sentido, debiendo señalar que *prima facie*, las disposiciones normativas del Código Penal son válidas, pues, desde el punto de vista formal ha sido emitida por un órgano competente y conforme a un procedimiento legal predeterminado; sin embargo, el problema sucede al analizar su validez desde un punto de vista material, pues si analizamos detenidamente, existe discordancia conforme a lo establecido en la norma superior y los principios que limitan el ejercicio del *Ius Puniendi*.

Por otro lado, el paradigma del constitucionalismo garantista conlleva a que un modelo de Derecho Penal, cuyo cimiento se encuentran en la Constitución Política, limite lo estrictamente necesario, pues, si bien los principios mencionados constituirán límites al ejercicio del *Ius Puniendi* y del contenido de una norma

penal. Así también, debemos indicar que, la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental el bien jurídico; debiendo resaltar que el neoconstitucionalismo ha generado un proceso de constitucionalización de todo el orden jurídico, especialmente el ordenamiento penal, al entrar en conflicto bienes jurídicos, lo que se viene conociendo como programa penal constitucional.

II. Teoría del Garantismo Penal

2.1. Positivismo jurídico y la filosofía analítica

Conforme a lo señalado Norberto Bobbio, en el prólogo del libro de Ferrajoli (1995) «Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal», se pone en relieve que el bagaje de Ferrajoli se nutre, básicamente, de dos pilares: el positivismo jurídico en la orientación teórica, y la filosofía analítica en cuanto al método.

Siendo ello así, es necesario precisar que como apuntó Hoerster existen 5 variantes del positivismo jurídico, las mismas que son:

- 1) La tesis de la ley: el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley, 2) la tesis de la neutralidad: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido, 3) la tesis de la subsunción: la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones. 4) la tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva; y, 5) la tesis del legalismo: las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. (Hoerster, 1992, p. 11)

A partir de la conjugación de dichas tesis propuestas, podemos afirmar que el garantismo penal se centrara en cuanto a la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo, pues va a buscar como una de sus consecuencias, la aplicación coherente del orden jurídico desde un constitucionalismo rígido.

Así también, se habla del garantismo penal desde el punto de la filosofía analítica del derecho, pues, este ha renunciado a la concepción de una teoría pura o formal del derecho, es decir, como manifestación de un poder soberano, que como ha referido Dworkin (1980) se entendía la noción de ley o norma jurídica como una clase determinada de norma que presupone la idea de derecho como institución social, porque solo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución pueden ser verdaderas leyes, las mismas que originaban que el juez sea la boca de la ley o simplemente se lo considere como un autómatas aplicador de leyes, como propugnaba Montesquieu.

Esta renuncia, se debe a que, como ha explicado Norberto Bobbio:

Como ocurre en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los Derechos naturales, el tradicional conflicto entre derecho positivo y derecho natural, y entre positivismo jurídico iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado, con la consecuencia de que la divergencia entre lo que el derecho es lo que el derecho debe ser, expresada tradicionalmente bajo la forma de contraste entre la ley positiva y la ley natural, se ha ido transformando en la divergencia entre lo que el derecho es lo que el derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico. (Ferrajoli, 1995, p. 17)

Es decir, el garantismo como filosofía analítica se aparta de la concepción de que el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, representando así un cambio en cuanto a la teorización rigurosa del orden jurídico actual con todos sus rasgos caracterizadores, incluida la diferenciación de planos normativos la consistente dimensión valorativa del de mayor rango (Ferrajoli, 2004).

Ello supone, como bien lo expresa Perfecto Ibáñez, el cambio de paradigma que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico. Es lo que implica el tránsito del viejo Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, pues:

La función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en Los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, qué es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, qué es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho. (Ferrajoli, 2004, p. 19)

III. Aproximación al Garantismo Penal

Debemos recordar que dentro de la corriente *iusfilosófica* del positivismo, encontramos al garantismo, el mismo que conlleva a saber que, conforme explica Luigi Ferrajoli (2016),

El terreno sobre el que se ha producido la expansión del significado de «garantías» es el derecho penal. En particular, la expresión «garantismo», en el sentido restringido de «garantismo penal», aparece, en el ámbito, de la cultura jurídica italiana de izquierda de la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y la jurisdicción de emergencia que,

de aquel momento en adelante, han ido reduciendo, de diversas maneras, el ya debilitado sistema de garantías del correcto proceso. En este sentido, el garantismo enlaza con la tradición clásica del pensamiento liberal. Y expresa la demanda, propia de la ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal contra ese «terrible poder», como lo denominó Montesquieu, que es el poder punitivo. (p. 22)

Siendo ello, diríamos que el garantismo penal es el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal, básicamente el modelo de Derecho Penal liberal; por ello un derecho penal desde el paradigma garantista, necesariamente tiene que limitar la amenaza a los derechos del individuo, especialmente el derecho a la libertad personal, para lo cual se tendrá que limitar lo estrictamente necesario, ello en base al respeto de los principios sobre los que se fundamenta el sistema penal, y que constituyen límites al ejercicio del *Ius Punendi* y del contenido de una norma penal.

Así pues, refiere Ferrajoli (1995) que,

El garantismo penal de matriz ilustrada no es solo el producto de su fragilidad epistemológica, sino también de la falta de claridad de su fundamento axiológicos. En los siglos XVII y XVIII El derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente y fue delineándose el modelo de Estado de derecho. con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante su batalla contra la intolerancia política y religiosa y contra el árbitro represivo del *ancien régime*, y fue sobre todo a través de la crítica de los sistemas penales y procesales cómo se fueron definiendo, los valores de la cultura jurídica moderna: el respeto a la persona humana, los valores «fundamentales» de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites a la actividad del Estado y la función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación. (p. 24)

Sin embargo, en la actualidad vemos una crisis del garantismo penal ello debido a que no existen políticas criminales que moldeen socialmente las actividades del Estado en cuanto a la formulación de nuevos tipos penales, evidenciándose de esta forma lo que Ferrajoli considera cómo hiper inflación legislativa, afectándose uno de los principales pilares que es el principio de legalidad.

Con relación a la crisis antes mencionada, el garantismo cómo vertiente de la corriente del neopositivismo específicamente centrada en lo que se conoce como constitucionalismo trata de propugnar una solución desde su punto de vista, en el entendido que, centra su atención en la configuración de los ordenamientos esta-

tales democráticos con la generalización de la Constitución rígida y, con sujeción al derecho internacional referente a la protección de derechos fundamentales, es por esto último qué hablamos no solamente de un constitucionalismo sino que se debe referir a una transformación del paradigma *paleo-positivista*, a uno más moderno y actual.

Ferrajoli (1995) ha señalado que el modelo garantista del derecho penal y procesal, tienen como principal fundamento a los principios axiológicos fundamentales, los mismos que derivan de la formulación de los siguientes términos: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa; siendo estos, los que cumplen una función de garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena.

Es a partir, de estos términos cuya función es de estricta garantía jurídica, sobre los cuales Ferrajoli (1995) ha establecido el sistema garantista o de estricta legalidad, que se trata de un modelo límite, y cuya axiomatización resulta de la adopción de 10 axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, las mismas que son:

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lege.*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5 *Nulla iniuria sine actione.*
- A6 *Nulla actio sine culpa.*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio.*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10 *Nulla Probatione sine defensione.*

Así también Ferrajoli (1995) llama a estos principios, además de garantías penales y procesales por ellos expresadas:

- 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de la culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen —con cierto forzamiento lingüístico— el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamental del derecho penal. (p. 93)

En atención a lo ya señalado, debemos resaltar que el garantismo penal, han generado en nuestro país el proceso de constitucionalización de todo el orden jurídico, especialmente el referido al Derecho Penal y a la justificación de esta desde las concepciones liberales y de la ilustración, lo que se viene conociendo como programa penal constitucional; ello en el sentido que, como señaló el Luigi Ferrajoli (2016) referente a los fundamentos del Derecho penal:

Este conjunto de constricciones constituye un coste que tiene que ser justificado. Recae no solo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni solo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos, porque muchos se sustraen al juicio y más aún la condena; ni solo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial. (p. 209)

IV. Garantismo Penal y estricta legalidad

Conforme hemos señalado, uno de los principios axiológicos fundamentales es el denominado convencionalismo penal, tal y como resulta del principio de estricta legalidad, el cual establece una determinación abstracta de lo que es punible, así pues, no solo debe ser entendido en el campo del derecho penal, con la famosa máxima de Von Feuerbach que consagra el Principio de Legalidad en lo Penal: «*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*», («No hay delito ni pena sin ley previa»); sino que dicho principio resulta fundamental de la corriente *iusfilosófica* del positivismo jurídico.

Esto último, pues como se explicó el positivismo jurídico clásico parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, trascendental, configuración que era entendida como una mera legalidad, que servía como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes, fundamento que en el desarrollo histórico respaldaron graves atropellos como los cometidos por la Alemania Nazi, pues el fundamento de este positivismo clásico es que «una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción» (Ferrajoli, 2004, p. 66)

Así pues, Hart (1958) señalaba que en el pueblo Alemán (Nazi) la creencia de que el derecho es tal aunque no concuerde con las condiciones mínimas de moralidad. Esta terrible etapa de la historia incita más bien a indagar, por que el énfasis en el lema «La ley es la ley» y la distinción en el derecho y la moral tomaron en Alemania un cariz tan siniestro, mientras en otros sectores, como entre los utilitaristas mismos, les acompañaron las actitudes liberales más ilustradas (p. 621).

V. Vigencia y validez de la norma jurídica

Es en este orden de ideas pues, es que el constitucionalismo (incluido dentro de esta al garantismo penal) como nuevo paradigma, es la resultante de la positividad de derechos fundamentales, como límites de la legislación positiva, pues hemos dejado de lado, la idea de que el principio de mera legalidad era considerada suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos desicionales. Es por lo que se redescubre el significado de «Constitución» como límite y vínculo a los poderes públicos establecidos hace ya dos siglos en el artículo 16 de la *declaración de derechos de 1789* (Ferrajoli, 2004, p. 67).

En este sentido, el cambio de paradigma de un positivismo de mera legalidad, al cual lo que únicamente importa es la forma de producción de la norma jurídica, al positivismo constitucionalista que importa como límite a la legislación positiva el respeto de derechos fundamentales y principios, afirmamos que nos encontramos ante la revolución a la que Ferrajoli denomina *Principio de estricta legalidad o de legalidad sustancial*, es decir:

Con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y de la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. (Ferrajoli, 2004, p. 66)

En efecto, el sistema de normas sobre la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se componen solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes, incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan

y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste como una norma sustancial sobre su producción. (Ferrajoli, 2016)

En cuanto a la vigencia y validez de la norma Ferrajoli (2004) explica que:

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos independientes entre sí: la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas con las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción en términos que Kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas sobre la producción es, en el primer caso, de tipo nomodinámico y, en el segundo, de tipo nomoestático; y la observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). (p.21)

Entonces de lo antes señalado podemos concluir que, la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido constitucionalmente protegido de un Derecho Fundamental, lo que llevado a la teoría del delito específicamente a la tipicidad objetiva, vendría a ser el bien jurídico protegido, que conforme señala Roxin (2010), son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (p. 56).

VI. Conclusiones

- En cuanto a lo expuesto, podemos concluir que el paradigma del constitucionalismo garantista conlleva a que un modelo de Derecho Penal, cuyo cimiento se encuentran en la Constitución Política del Perú limite lo estrictamente necesario, respetando los principios sobre los que se cimienta el pensamiento del derecho penal liberal, los que constituirán límites al ejercicio del *Ius Punendi* y del contenido de una norma penal.
- Asimismo, la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se componen solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de

las leyes, incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y el respeto de los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos.

VI. Lista de referencias

- DONNINI, M. (2011). Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa. En Y. Montoya, *Criticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal*. Lima: Palestra Editores SAC. (pp. 37-58)
- DWORKIN, R. (1980). *La filosofía del Derecho*. Londres: Fondo de Cultura económica - México.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta S.A.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2016). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Nápoles: Editorial Trotta S.A.
- HART, H. (1958). El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral. *Harvard Law Review*(71).
- HART, H. (1961). *El concepto de derecho*. Oxford: AbeledoPerrot S.A.
- HOERSTER, N. (1992). *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, España: Gedisa.
- REVELLES CARRASCO, M. (s.f.). *Constitución y Derecho Penal*. Recuperado el 14 de diciembre de 2018, de introducción al Derecho Penal: https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1420/mod_resource/content/1/Constitucion_y_Derecho_penal.pdf
- ROXIN, C. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Quinta ed., Vol. I). Madrid, España: Civitas.

Justicia juvenil: derechos y garantías de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en el contexto de la declaración de estado de emergencia sanitaria por COVID-19 en el Perú

Juvenile justice: rights and guarantees of adolescents in conflict with criminal law, in the context of COVID-19's state of health statement in Peru

PIMENTEL TELLO, María Isabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Visión de los derechos humanos de los adolescentes en conflicto de la ley penal desde el ámbito del corpus iuris internacional. III. Situación actual de los adolescentes en conflicto con la ley penal que cumplen medida socioeducativa de internación. IV. Alternativas que se presentan para los adolescentes en conflicto con la ley penal en torno a la normatividad emitida por la pandemia. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Doctora en Derecho, Maestra en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca, Maestrante en Derecho de Familia e Infancia en la Universidad de Barcelona, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, ex fiscal adjunta de la Cuarta Fiscalía Civil y de Familia de Cajamarca, arbitro y conciliadora extrajudicial, docente de pre y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Resumen: Desde que el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó al brote del COVID-19 como pandemia, al haberse propagado en más de cien países del mundo de manera simultánea; a consecuencia de ello, han sido muchas las medidas que los Estados han adoptado con el propósito de paliar sus efectos y de evitar, en la medida de lo posible, sus nocivas consecuencias. En el Perú ese mismo día se declaró la emergencia sanitaria y se dictaron una serie de disposiciones para evitar la propagación de esta terrible enfermedad.

Como parte de tales medidas, el Gobierno estableció pautas con la finalidad de despoblar los penales, por considerarlos espacios en los que la proliferación del contagio del virus sería alto; así también, se han adoptado en favor de los adolescentes en conflicto con la ley penal, similares decisiones, habiendo dictado el D.S. 006-2020-JUS; en el cual se establecen las pautas y condiciones que se deben aplicar a los adolescentes que se encuentran cumpliendo la medida socioeducativa de internamiento en los Centros Juveniles del país; habiéndose posteriormente dictado el D. Leg. N.º 1513, proponiendo nuevas alternativas procesales para favorecer el externamiento de los adolescentes que se encuentran allí albergados.

En este trabajo realizamos un modesto análisis de como los adolescentes en conflicto con la ley penal afrontan su situación, si se contemplan o no en nuestro país los derechos humanos de estos adolescentes, las condiciones de aquellos que cumplen la medida socioeducativa de internamiento y, finalmente, las alternativas que se presentan para ellos en aplicación de la reciente normatividad dictada por el Gobierno con el propósito de disminuir el hacinamiento en los Centros Juveniles para prevenir la propagación del COVID-19 en estos espacios.

Palabras clave: *Adolescentes en conflicto con la ley penal, derechos humanos de los adolescentes, internación, medidas alternativas, estado de emergencia.*

Abstract: *Since the 11th of march of 2020, the World Health Organization qualified the outbreak of COVID-19 as a pandemic, having it spread to over 100 countries around the world in a simultaneous matter; due to this event, many of the measures that the different states had adopted trying to lessen their effects and avoid, in the possible, the worst of it. Peru had declared the same day a Sanitary Emergency and enacted some measures to lessen the spread of this terrible decease.*

As a part of those measures, the Government established some guidelines with the goal of reducing jail population, because they are considered as spaces where the spread of the virus would be high; also, they have adopted in favor of teenagers in conflict with penal law similar decisions, having approved the supreme decree D.S. 006-2020-JUS;

in which some guidelines and conditions are put forward to process the teenagers which were serving the socio-educative measure of internment in the juvenile centers around the country, having later approved the Legislative decree D. Leg. N.º1513, proposing new alternatives to the processing of teenagers who are interned in favor of freeing them.

In the present paper we make a modest analysis of the ways in which teenagers in conflict with the penal law face their situation, if their Human rights are contemplated, the conditions on which they serve their socio-educative measurements and finally, the alternatives that can be used in the application of the recent normativity passed by the Government, with the goal of reducing the crowding of Juvenile Centers and so preventing the spread of COVID-19 in these spaces.

Keywords: *Teenagers in conflict with the Penal Law, Human Rights of teenagers, Internment, Alternative Measures, State of emergency.*

I. Introducción

La situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en especial la de aquellos que se encuentran cumpliendo la medida socioeducativa de internación preventiva e internación definitiva, ha sido motivo de preocupación, al tratarse de un grupo vulnerable, debido a las condiciones de hacinamiento en la que se encuentran albergados en los Centros Juveniles del país, así como por la invisibilidad de toda esta problemática.

Actualmente, esta preocupación se ha acrecentado debido al estado de emergencia sanitaria, en tal sentido, se han dictado una serie de normas destinadas a la revisión de medidas de coerción procesal, beneficios y alternativas a la privación de libertad que permiten evaluar el egreso de adolescentes procesados y sentenciados, habiéndose establecido procedimientos y/o mecanismos excepcionales para reducir la sobrepoblación que afecta al Sistema de Reinserción Social del adolescente en conflicto con la ley penal, con la finalidad de evitar el contagio y la propagación del COVID-19.

Para entender mejor el contexto, presentamos el caso de Juan de 16 años quien, junto a Luis y Jorge de la misma edad, una noche, interceptaron a una persona con la intención de sustraerle su celular, utilizando para esto un palito de anticuchos. Juan, Luis y Jorge fueron, luego de una investigación y por decisión judicial, internados en el Centro Juvenil Miguel Grau de Piura; se calificaron las agravantes del hecho cometido (durante la noche, con el concurso de dos o más personas), pero, sobre todo, que no contaban con soporte familiar adecuado.

Como el caso de Juan, Jorge y Luis, son muchos en los que la decisión tan trascendente de privar de la libertad a adolescentes, se toma en función a aspectos

subjetivos, por lo que el número de albergados en los centros juveniles se incrementa con casos como este⁽¹⁾.

Veremos que la visión adultocéntrica también contribuye con la problemática de los niños, niñas y adolescentes (NNAs); pues esta no permite la plena aplicación de la doctrina de protección integral, ya que se orienta a considerarlos de un lado, como objeto de tutela y de otro como irresponsable de sus actos, lo cual resulta contrario a la doctrina que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Además, en relación al hacinamiento de los establecimientos en que se cumplen medidas socioeducativas privativas de libertad, también se manifiesta en los 10 centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación de nuestro país⁽²⁾, en los que se alcanza una sobrepoblación de 130 %⁽³⁾, habiéndose sobrepasado ampliamente la capacidad instalada; sin embargo, esto pasaba desapercibido y en un primer momento fue más notoria la situación de los adultos en los centros penitenciarios, que la de los adolescentes en los centros juveniles; afortunadamente, a la fecha se han dictado normas en las que se ha visibilizado (medianamente) la realidad de este sector especialmente vulnerable.

II. Visión de los derechos humanos de los adolescentes en conflicto de la ley penal desde el ámbito del corpus iuris internacional

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por el Estado Peruano en 1990, se ha adoptado el paradigma de protección integral del NNA; habiéndose con ello reconocido que ellos son sujetos privilegiados, receptores de una categoría especial y específica de derechos humanos, misma que corresponde ser observada por los Estados de manera prioritaria; además, consagra los principios de interés superior y el de brevedad (referido a los plazos de duración de las medidas privativas de libertad).

- (1) Se demostró en un estudio realizado por la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito, que el 70 % de los jueces y fiscales entrevistados manifestaron que en más de una oportunidad solicitaron o aplicaron internación preventiva por falta de soporte familiar, siendo, de acuerdo al estudio, que esta carencia determina la aplicación de la medida (García Huayama, 2016).
- (2) Son 09 Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación de medio cerrado y 01 anexo, actualmente a cargo del Programa Nacional de Centros Juveniles dependiente del Ministerio de Justicia.
- (3) Dato proporcionado en el Informe Especial N.º 003-2020-DP elaborado por la Defensoría del Pueblo y que fue tomado en cuenta para la dación del D.S. N.º 006-2020-JUS.

En cumplimiento de los compromisos adquiridos como suscriptor de la Convención, nuestro país dictó la Ley N.º 27337 – Código del Niño y del Adolescente (CNA), y paulatinamente ha ido implementando normas especiales complementarias, las cuales se mencionan más adelante.

Asimismo, como miembro de la Organización de Naciones Unidas, ONU, el Perú se ha adherido a las Reglas de Beijing (sobre lineamientos específicos para la administración de la justicia de menores), las Directrices de ONU para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y las Reglas de la ONU para la protección de menores privados de libertad (Reglas MPL); normas que procuran la evolución positiva para la justicia de los adolescentes a través de:

- a) «La aplicación de medidas en el ámbito social para prevenir la delincuencia de menores y protegerlos de ella» (Directrices de Riad), Asa
- b) «Instaurar un sistema judicial progresista para menores en conflicto con la ley» (Reglas de Beijing), (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985); y
- c) «Salvaguardar los derechos fundamentales y tomar medidas que permitan la reinserción de los jóvenes tras su privación de libertad» (Reglas de MPL) (Asamblea General de Naciones Unidas, 1985).

La Convención, reiteramos, considera al adolescente como sujeto de derechos y obligaciones, estableciendo también que sea capaz de asumir su responsabilidad en caso de que incurra en actos que lo coloquen en conflicto con la ley penal (esto atendiendo a su edad y características, lo que se denomina «responsabilidad penal especial»).

Bajo tales lineamientos, el Perú ha incorporado normativa relativa a adolescentes en conflicto con la ley penal en el Código de los niños y los adolescentes (Ley 27337); el Decreto Legislativo 1204 que modificó el CNA en lo relativo a las medidas socioeducativas y su ejecución⁽⁴⁾; el D. Leg. N.º 1348 – Código de Responsabilidad Penal del Adolescente; su reglamento, el Decreto Supremo N.º 004-2018-JUS⁽⁵⁾; y el D. Leg. N.º 1377 «que fortalece la protección de los niños, niñas y adolescentes».

- (4) Uno de los aspectos más polémicos de esta norma ha sido la ampliación a 10 años del plazo de duración de la internación y a 180 días la internación preventiva, lo cual fue materia de observación por el Comité de los Derechos del Niño.
- (5) En estos instrumentos jurídicos se desarrollan los principios de interés superior del adolescente, pro adolescente, educativo, de justicia especializada y de desjudicialización y mínima intervención, confidencialidad y, proporcionalidad y razonabilidad; así como los enfoques de género, interculturalidad, restaurativo, de enfoque de derechos y de discapacidad.

Gracias a estas normas se ha implementado un sistema dotado de diversos mecanismos que garantizan los derechos de los adolescentes que entraron en conflicto con la ley penal, pero además pretende el restablecimiento de las relaciones sociales y familiares de estos, permitiendo, a través de las salidas alternativas, la reeducación y la reinserción positiva de los adolescentes en la sociedad, todo esto por medio del enfoque que se ha puesto en relieve a través de los valores de la justicia juvenil basada en el paradigma restaurativo.

En materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, no podemos olvidar bajo ninguna circunstancia que se trata de personas especialmente vulnerables, que se encuentran en el nivel más alto de exposición a riesgos y peligros, y en el más bajo nivel de protección; por tanto, esto implica que los Estados asuman el rol tuitivo que imponen los instrumentos internacionales citados.

III. Situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal que cumplen medida socioeducativa de internación

De acuerdo a los datos del último boletín publicado por el PRONACEJ (Programa Nacional de Centros Juveniles)⁽⁶⁾, la población de adolescentes y jóvenes albergados en los Centros Juveniles de Medio Cerrado (CJMC), asciende a 2172 personas; siendo que el de Lima es el que registra el mayor número de la población total. El 57.18 % se encuentra bajo internación por infracciones contra el patrimonio (1242 adolescentes), de los cuales mayoritariamente (1052 adolescentes) se encuentran sentenciados por robo agravado y 148 por hurto agravado, entre otras infracciones (Programa Nacional de Centros Juveniles, 2020).

El nuevo Código de Responsabilidad Penal del Adolescente (CRPA), Decreto Legislativo 1348, se encuentra parcialmente vigente desde 2018, así como su reglamento D.S. 004-2018-JUS, siendo que la aplicación de esta norma significa actualmente regular la responsabilidad penal especial atribuida a los adolescentes; la implementación de pautas para el desarrollo del proceso, brindando salidas alternativas para el mismo; incorporar principios específicos, como el Interés Superior del Adolescente; enfoques de aplicación, como el de género o el restaurativo; identificando la finalidad de «búsqueda máxima de la satisfacción integral y simultánea de los derechos durante el proceso de responsabilidad penal».⁽⁷⁾

(6) Los últimos datos publicados corresponden al mes de marzo 2020.

(7) Esta ha sido establecida como la finalidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes.

Sin embargo, la sistemática normativa se encuentra aún dispersa, debido a la vigencia parcial del CRPA, presentando diversos problemas en torno al tratamiento de los adolescentes que infringen la ley penal; especialmente persiste la adopción de sanciones que, han sido materia de correcciones por los tribunales Supremo y Constitucional del país⁽⁸⁾, y de observaciones por parte de las instancias correspondientes de Naciones Unidas⁽⁹⁾, reflejando la tendencia altamente punitiva o retributiva de los juzgadores, pese a la vigencia de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, desjudicialización y mínima intervención, así como el enfoque restaurativo.

Merece una mención especial el D. Leg. N.º 1204, en el que se regulan sanciones para adolescentes en conflicto con la ley penal, así como su ejecución, evidenciando el sesgo punitivo al incrementar las medidas socioeducativas aplicables en los casos de infracciones graves a la ley penal. La medida de internación preventiva se equipará al máximo de 180 días, (similar al plazo de prisión preventiva que aplica para los adultos); la de internación se eleva a un máximo de 10 años y amplía los plazos de investigación a 50 días. Esta norma provocó severas observaciones por parte del Comité de los Derechos del Niño a los informes combinados cuarto y quinto, habiéndose sugerido:

- a) Derogar urgentemente el D. Leg. N.º 1204 y asegurar la plena consonancia con los principios y disposiciones de la Convención,
- b) Promover medidas extrajudiciales y alternativas al encarcelamiento, como la libertad vigilada, la mediación, la asistencia psicológica o el servicio a la comunidad, y asegurarse de que el encarcelamiento se utilice como último recurso y durante el período más breve posible;
- c) Asegurarse de que la situación de los niños encarcelados se examine periódicamente con miras a su excarcelación. (Comité sobre los Derechos del Niño, 2016)

En cuanto a las observaciones finales, el Comité de los Derechos del Niño refiere lo siguiente:

- (8) Los más altos tribunales del país, han emitido jurisprudencia correctiva, por medio de la cual se advierte la preferencia de los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, por la aplicación de las internaciones preventiva y definitiva como medida socioeducativa o sanción hacia los adolescentes; como ejemplo las sentencias expedidas en: Exp. 2063-2005/PHC/TC; Exp. 3247-2008-PHC/TC; Casación N.º 2390-2018 ICA; Casación 3120-2016 Ica.
- (9) La Observación N.º 24 del Comité de los Derechos del Niño al informe combinado 4 y 5 del Estado Peruano, se refiere a la edad mínima para la aplicación de la internación; asimismo, se pronuncia sobre la situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal a los que se les impone esta medida socioeducativa y las condiciones de los Centros Juveniles.

a) En los casos en que sea inevitable el encarcelamiento, se debe garantizar que las condiciones de la reclusión se ajusten a las normas internacionales, particularmente en lo concerniente a la protección contra la violencia, y que se disponga de un espacio adecuado de alojamiento y acceso a servicios de alimentación, educación y atención de la salud, así como el acceso a mecanismos de presentación de quejas que sean independientes y adaptados a los niños (...) (Comité sobre los Derechos del Niño, 2016)

De otro lado, igualmente ha sido materia de observación del Comité «la utilización insuficiente de medidas alternativas no privativas de libertad y el recurso excesivo al encarcelamiento», así como «el hacinamiento y las deficientes condiciones existentes en los lugares de detención (...)» (Comité sobre los Derechos del Niño, 2016).

A consecuencia de tales observaciones, el Estado peruano dispuso la abrogación del D. Leg. N.º 1204, por medio de la única disposición complementaria derogatoria del Código de Responsabilidad Penal Adolescente; pero al encontrarse este último parcialmente vigente, en la práctica, algunos órganos jurisdiccionales siguen aplicando la norma cuestionada, pese a que su derogación se propusiera desde 2016.

Preocupa también que, aún con las observaciones formuladas, se insista en considerar plazos de internación elevados en el CRPA, además, pese a que la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing sugieren que estos sean mínimos y que atiendan a las condiciones de los adolescentes que la deben padecer.

Mencionamos de paso, que esta tendencia punitiva no es ajena para otros países de la región, en los que es común el endurecimiento de sanciones (en Chile fijan igualmente 10 años y en Colombia se establece un máximo de 8 años)⁽¹⁰⁾. Lo que no hace sino repeler los avances manifestados en materia de promoción y protección de derechos humanos de los NNAs.

(10) Ley 20.084 que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal en Chile, Artículo 18.- Las penas de internación en régimen cerrado y semi-cerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad.

Ley 1098 Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia. Artículo 187. La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años. En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años.

Es de recordar que, en relación con la aplicación de sanciones, la Convención sobre los Derechos del Niño, considera a la internación o privación de libertad como una medida gravosa que debe ser impuesta únicamente como «medida de último recurso», teniendo en cuenta para ella los plazos más breves posibles (principio de brevedad).

Consecuentes con esto, Perú había regulado en el Código del Niño y del Adolescente un plazo de internación máximo de 6 años, pero lo modificó en 2015 ampliándolo, contra los principios internacionales, hasta 10 años, por lo que se hizo pasible a las observaciones que ya se detallaron, al contravenir lo declarado en el artículo 37 de la CDN⁽¹¹⁾

Las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), que son cronológicamente anteriores a la Convención, coinciden con esta en señalar que tanto la «prisión preventiva», como la privación de la libertad, deben ser aplicadas durante el plazo más breve posible y que, se deben preferir medidas sustitutorias. Sobre la privación de la libertad, señala que se debe imponer solo en los casos graves, cuando exista violencia contra otra persona o reincidencia; esto lo establecen las reglas 13 y 17 del mencionado instrumento internacional⁽¹²⁾. A su vez, las Directrices de Riad y las Reglas de la ONU para la

(11) Artículo 37.- Los Estados Partes velarán porque: ...b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

(12) Regla 13. Prisión preventiva

1.1. Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

1.2. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas (...)

Protección de Menores Privados de Libertad, igualmente consideran a privación de la libertad como último recurso y por el período mínimo necesario, limitándose a casos excepcionales; contemplan igualmente la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de tiempo.

Es decir, todos los instrumentos internacionales en la materia, coinciden en que las medidas que restringen o privan de la libertad a los adolescentes sean impuestas como alternativa última, por los plazos mínimos y ante conductas excepcionalmente graves; procurándose siempre su mínima afectación, y priorizando la protección de sus derechos y libertades fundamentales, evitando en lo posible los efectos nocivos de todo tipo de detención.

a. ¿Cuáles son los presupuestos que se aplican para la imposición de la internación preventiva y definitiva?

Se aplica lo normado en el artículo 209 del CNA, la internación preventiva se puede decretar solo cuando concurren tres presupuestos: a) Suficientes elementos para vincular al adolescente como autor o partícipe del hecho considerado delito, b) Que la sanción de pena privativa de libertad no sea menor a 4 años y, c) Riesgo razonable que el adolescente eludirá la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad.

A estos requisitos se añaden dos criterios recogidos en D. Leg. N.º 1204, a) La gravedad del hecho cometido, (que no es lo mismo del agravante del delito), y b) El carácter excepcional, especialmente para los adolescentes de entre 14 y menos de 16 años, para los que se debe emplear de manera aún más excepcional, optando por medidas menos gravosas.

En cuanto a la internación como medida definitiva, se atribuyen los artículos 162, 163 y 164 del CRPA, dejando establecido su carácter excepcional y de último recurso, ante la concurrencia de estos presupuestos: a) Hechos considerados delitos dolosos en el Código Penal o leyes especiales, con pena no menor de 6 años, siempre que se haya puesto en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas; b) Cuando el adolescente haya incumplido injustificada y rei-

Regla 17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

1.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;
- c) Solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concorra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

teradamente medidas socioeducativas distintas o; c) La reiteración en la comisión de otros hechos considerados como delitos, con pena mayor a 6 años, en un lapso que no exceda dos años.

A este respecto, notamos una discordancia en cuanto al presupuesto referido a la temporalidad de la pena privativa de libertad de los delitos, ya que en el primer caso se menciona que sea no menor de 4 años y en el segundo no menor de 6; por lo que, debe aplicarse lo más favorable al adolescente.

Además, se establece la prohibición de aplicarse la internación cuando el hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso, sancionado con penas distintas a la privativa de libertad, y en cuanto a la duración de la internación, se fija en el rango de 1 a 6 años, y de 4 a 6 años en casos excepcionales, cuando el adolescente tiene entre 16 y 18 años.

La medida puede ser de 6 a 8 años si el adolescente tiene entre 14 y menos de 16 años, y de 8 a 10 años si el adolescente tiene entre 16 y menos de 18 años de edad, tratándose de infracciones graves como sicariato, violación sexual de menor de edad seguida de muerte.

En relación a estos plazos, existe una colisión con el principio de brevedad que contempla la CDN y las normas internacionales sobre la materia, que proponen el menor plazo posible de privación de libertad para los adolescentes, y que esta medida se aplique como ultima ratio.

Además, vemos que no se han levantado las observaciones del Comité de los Derechos del Niño, que invocó a nuestro Estado la inmediata derogación del D. Leg. N.º 1204, por establecer medidas gravosas para los adolescentes.

De otro lado, es frecuente que los jueces opten por las medidas restrictivas de libertad en atención a criterios subjetivos, sin considerar su carácter excepcional; lo que demostró un estudio realizado por la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito, que concluyó que el 70 % de los jueces y fiscales entrevistados manifestaron que en más de una oportunidad solicitaron o aplicaron internación preventiva por falta de soporte familiar. Esta es una evidencia de que existe un rezago de la doctrina de situación irregular en que no se distinguía a los NNA abandonados de los llamados antisociales (García Huayama, 2016).

Asimismo, los informes de Defensoría del Pueblo, desde el N.º 123 de 2007, hasta el más reciente Informe Especial N.º 003-2020-DP sobre la «Situación de las Personas Privadas de Libertad a Propósito de la declaratoria de Emergencia Sanitaria», analizando la situación de los adolescentes privados de la libertad, revelan los mismos problemas relativos a las deficientes condiciones en los lugares de deten-

ción, así como las recomendaciones que se asegure la adecuación de la situación de los adolescentes a la Convención y que se examinen los casos periódicamente con miras a su excarcelación (Defensoría del Pueblo, 2020)

La situación expuesta por la que han venido atravesando los centros juveniles, trasgredía de por sí los señalamientos constitucionales y compromisos internacionales en materia de protección de los derechos de los adolescentes privados de libertad, especialmente, vulneraba las disposiciones de la convención sobre los derechos del niño e incumplía las recomendaciones que el comité de los derechos del niño había exhortado, generando ello responsabilidad al estado peruano.

Se suma a esta problemática, que los 10 Centros Juveniles de Medio Cerrado del país, albergan a adolescentes de las 25 regiones del país, por lo que la integración familiar se dificulta cuando un adolescente de Cajamarca es albergado en Piura, Lambayeque o La Libertad; esta circunstancia dificulta también la tramitación de cualquier beneficio en favor de los adolescentes por la propia lejanía y lo oneroso que resulta el traslado de los familiares.

Durante el período de aislamiento social, ante una eventual externación de un adolescente en la condición descrita, se tendrían dificultades para efectivizar la medida, puesto que, de no tener familiares en los lugares en que se cumple la medida, otros no podrían trasladarse para recibirlo por las restricciones del tránsito interprovincial.

IV. Alternativas que se presentan para los adolescentes en conflicto con la ley penal en torno a la normatividad emitida por la pandemia

Como medidas orientadas a paliar los efectos de la pandemia en los centros juveniles, se han dictado el D.S. N.º 006-2020-JUS «que establece criterios y procedimiento especial para la recomendación de Gracias Presidenciales para los adolescentes privados de libertad, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19»⁽¹³⁾, y recientemente el D. Leg. N.º 1513 «que establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19»⁽¹⁴⁾; normas que han imple-

(13) Publicada el 01 de mayo de 2020 en el Diario Oficial El Peruano.

(14) Publicada el 04 de junio de 2020 en el Diario Oficial El Peruano.

mentado un conjunto de medidas destinadas a la revisión de medidas de coerción procesal, a beneficios y alternativas a la privación de libertad, con la finalidad de evaluar el egreso de diagnóstico y rehabilitación, de adolescentes procesados y sentenciados, habiéndose establecido procedimientos y/o mecanismos excepcionales para reducir la sobrepoblación de los centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación del país; en base a ellas proponemos los siguientes supuestos:

a. Adolescentes que infringen la ley penal durante el estado de emergencia

En los casos «nuevos de adolescentes en conflicto con la ley penal, la sugerencia es la aplicación de los principios de desjudicialización y mínima intervención, proporcionalidad y razonabilidad contenidos en el CRPA, así como la regulación del corpus iuris internacional, que, como se tiene expuesto, proponen al proceso penal, así como la privación de libertad como ultima ratio; el proceso de responsabilidad penal no debería iniciarse en los casos leves.

Recurrir a las salidas alternativas reguladas en el CNA (artículos 206 y 206-A⁽¹⁵⁾), y el enfoque restaurativo que consagra el CRPA, se debería optar por la remisión y archivo por perdón del agraviado. Esta salida alternativa puede ser un remedio efectivo para conseguir la finalidad del sistema de justicia, derivar al adolescente al servicio de tratamiento en libertad, acompañamiento educativo y los demás sistemas de apoyo; igualmente, en audiencia se pueden aplicar medidas alternativas al internamiento por un plazo determinado, y en caso de incumplimiento de reglas de conducta, se pueden revocar. El CRPA, permite asimismo imponer medidas socioeducativas alternadas o sucesivas, lo que brinda al Juez variadas posibilidades.

b. Adolescentes procesados sin sentencia

El D.S. N.º 006-2020-JUS, principalmente propone alternativas para los adolescentes que ya cuentan con una sentencia; sin embargo, también contiene alter-

(15) Artículo 206.- Remisión; El Fiscal podrá disponer la Remisión cuando se trate de infracción a la ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el PROMUDEH (MIMP) o las instituciones autorizadas por este y, si fuera el caso, procurará el resarcimiento del daño a quien hubiere sido perjudicado.

Artículo 206-A.- Del archivamiento de los actuados: El Fiscal de Familia podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la ley penal no reviste gravedad y el adolescente hubiere obtenido el perdón del agraviado, por habersele resarcido el daño.

nativas aplicables a los casos de los adolescentes procesados que aún no cuentan con ella, y que cumplen internación preventiva. Se invocan las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño⁽¹⁶⁾; las observaciones del Comité de los Derechos del Niño⁽¹⁷⁾; las Reglas de Beijing 28.1 y 17.4⁽¹⁸⁾; el informe temático de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Justicia Juvenil de 2011⁽¹⁹⁾; como respaldo a las decisiones del gobierno de reducir la sobrepoblación en los Centros Juveniles de Medio Cerrado ante la emergencia sanitaria nacional.

En esta norma se reglamenta la intervención de la Comisión de Gracias Presidenciales, para evaluar y proponer el otorgamiento de indultos comunes y por razones humanitarias, así como conmutaciones de medidas socioeducativas a favor de los adolescentes albergados en los centros juveniles, que no impliquen perjuicios sociales, sino que atiendan excepcionalmente la coyuntura sanitaria actual.

Para operativizar esta norma, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha dictado la Resolución Administrativa N.º 128-2020-CEPJ, que habilita a los jueces para que, habiéndose cumplido los plazos legales para la duración del internamiento preventivo; ordenen que el adolescente sea externado del centro juvenil, si es que el fiscal no hubiera solicitado la ampliación del plazo; por lo que, aun cuando los plazos procesales se han suspendido, tratándose de la privación de la libertad esto no se aplica, puesto que se está ante la restricción de un derecho fundamental que no puede esperar el levantamiento de la medida sanitaria.

El D. Leg. N.º 1513, a su vez, se orienta al deshacinamiento de los Centros Juveniles de Medio Cerrado, incorporando medidas excepcionales como la cesación y variación de la medida de internación preventiva en los casos de que: a) La medida no se haya impuesto por infracciones a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la familia, la libertad, seguridad pública, tranquilidad pública, lavado de activos y crimen organizado (en todos estos, las figuras más graves); y b) No cuenten con otra medida de internamiento preventivo vigente por infracción a los delitos antes mencionados, o con sentencia condenatoria con medida de internación vigente.

(16) Respecto a la aplicación del principio de brevedad.

(17) Que en la observación general N.º 24, alienta que los Estados fijen una edad límite debajo de la cual los niños no sean privados de libertad, recomendando los 16 años de edad.

(18) Por medio de las cuales se establece que se debe recurrir en la mayor medida posible a la libertad condicional y que se debe conceder tan pronto sea posible; así como que se debe suspender el proceso judicial en cualquier momento, atendiéndose a las circunstancias del o la adolescente.

(19) Sobre el incremento desmedido de las penas para las personas menores de edad, que atenta contra el principio de brevedad consagrado en la Convención.

Para su aplicación, el Poder Judicial, ha emitido la Resolución Administrativa N.º 170-2020-CE-PJ, con la que dan pautas a los magistrados para hacer efectivas las medidas en favor de los adolescentes, designando juzgados de emergencia para tramitar y conceder los beneficios del D. Leg. N.º 1513.

c. Adolescentes sentenciados cumpliendo internación

El Decreto Supremo N.º 006-2020-JUS, cumpliendo con estándares internacionales, señala excepcional y temporalmente los supuestos para la evaluación del otorgamiento de indultos comunes y humanitarios a adolescentes privados de libertad, así como la conmutación de medidas socioeducativas. Delegado a la Comisión de Gracias Presidenciales que evalúe y recomiende la concesión de indultos a quienes: a) padezcan una enfermedad crónica grave, o presenta comorbilidad al COVID-19, o que b) padezcan otras enfermedades crónicas que, bajo condiciones penitenciarias, se consideren vulnerables al contagio de COVID-19; también se fijan supuestos para los procesos especiales de indulto común y conmutación de medida socioeducativa de adolescentes sentenciados(as): a) que sean madres y permanezcan con sus niños o niñas en un Centro Juvenil. b) que se encuentren en estado de gestación. c) que cumplan la medida en los próximos seis meses. d) que se les haya impuesto internamiento no mayor a un año y medio, y e) que sea menor de 16 años.

En este contexto, ante la posibilidad de conmutación de medidas, los jueces especializados de familia enfrentan un reto pues deberán revisar los casos de los adolescentes que han sido sentenciados aplicándoles internación; por lo que, desde este espacio sugerimos la aplicación del artículo 164 del CRPA, que faculta la posibilidad de variación de la internación en atención al interés superior del adolescente, cuando se haya cumplido la tercera parte del período de internación optando por: «(...) 2. Darla por cumplida; (o) 3. Variarla por otra de menor intensidad (...)»; asimismo, faculta el optar por la evaluación periódica de las medidas impuestas, de tal manera que, apreciando cada caso concreto, se tome la decisión más adecuada.

En la Resolución Administrativa 128-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial recomienda a los jueces que resuelvan los pedidos de variación de las medidas socioeducativas prioritariamente; en caso de los que hubieran cumplido 1/3 de la sanción, que de oficio examinen la posibilidad de variación, pudiéndose programar la audiencia con el informe del centro juvenil.

El Juez puede variar la internación por libertad restringida, asistida, u otra medida menos gravosa, si ya ha pasado 1/3 de la medida aplicada, el juez está obligado a revisar de oficio el avance de la medida socioeducativa conforme a lo dispuesto por el artículo 164 del CRPA; la otra posibilidad es que de haber cumplido

2/3 de la internación, se pida la semilibertad por la emergencia sanitaria, flexibilizando requisitos que serían imposibles de cumplir, como el documento con firma legalizada del responsable del posible futuro centro de trabajo del adolescente.

Los adolescentes sentenciados y procesados pueden recurrir al habeas corpus en caso que no se efectúe la revisión de su condición.

Recientemente, se ha publicado el D. Leg. N.º 1513, por el cual se establece un procedimiento especial para la externación de los adolescentes que cumplen internación, que consiste en que el Programa Nacional de Centros Juveniles, debe identificar y remitir por vía electrónica, a la Presidencia de cada Corte Superior del país, la lista de los y las adolescentes procesados y sentenciados que cumplan con las condiciones que se requieren para acceder a los beneficios establecidos, identificando a él o la adolescente, el expediente judicial y el juzgado que dictó la medida preventiva de internamiento. La Presidencia de Corte a su vez remite la lista administrativa al juez de emergencia dándose inicio al procedimiento especial en la vía judicial.

El juez de emergencia, remite el listado al Ministerio Público, quien, emite la conformidad de egresos; puede también formular oposición de considerar que algún adolescente no se encuentre dentro de los supuestos de la norma, si el Fiscal no formula oposición, el Juez de emergencia emite la resolución colectiva, aún sin el dictamen fiscal. Estas resoluciones colectivas son: a) de cesación de la medida de internación preventiva, disponiendo la externación de todos los adolescentes identificados en la resolución. b) de variación de la medida socioeducativa de internamiento por la de prestación de servicios a la comunidad, disponiendo la inmediata libertad de los adolescentes identificados en la resolución. Deben ser notificadas al Programa Nacional de Centros Juveniles para su ejecución dentro de las 24 horas, notificándose también a la Presidencia de la Corte Superior a la que pertenece para que se registren las resoluciones en los correspondientes expedientes.

El cumplimiento por el Programa Nacional de Centros Juveniles tiene plazo de 5 días, aplicando los protocolos de externación y sanitarias, incluida la aplicación de la prueba de descarte de COVID-19, procediéndose a la libertad del adolescente.

Dando cumplimiento a lo establecido en el D. Leg. N.º 1513, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la R.A. N.º 170-2020-CE-PJ, disponiendo, entre otras cosas, la designación de Jueces de Emergencia de Centros Juveniles, así como los procedimientos a seguir en los casos que califiquen para aplicar lo regulado por la norma precedente; determina también el modo como se articulará tanto con el Ministerio de Justicia (a cargo del PRONACEJ) y el Ministerio Público, que también debe designar fiscales de emergencia.

Es evidente que, de haberse empleado la medida de internación como ultima ratio, solo ante la imposibilidad de aplicar medidas menos gravosas, y por el más breve plazo; la situación actual de los adolescentes en conflicto con la ley penal sería distinta, y no habría sido necesario que se dicten las normas que se han analizado; el mismo efecto se apreciaría si, como lo establecen los instrumentos internacionales y el CRPA, se revisaran los procesos periódicamente.

Consecuentemente, instamos a los magistrados del país a interiorizar y observar los derechos humanos de los adolescentes al momento de decidir, caso por caso, las internaciones y con esto cumplir también con las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.

Corresponde que todos quienes nos identificamos con la problemática de NNAs, tomemos conciencia de la importancia del respeto de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia, y optemos por una visión puerocéntrica de estos temas, adoptando efectivamente la doctrina de protección integral de quienes son sujetos plenos de derecho, nuestros NNAs.

Finalmente, reconocemos que son muchos los aspectos relacionados con la responsabilidad penal de los adolescentes y el sistema de reinserción social en el Perú que merecen análisis, ya que nos encontramos en un proceso de adecuación a nuevos paradigmas, esperando tener la oportunidad de abordarlos en posteriores trabajos; siendo que el propósito de este fue el evaluar los cambios que se han producido en la dinámica jurídica nacional debido a la emergencia sanitaria.

V. Conclusiones

- a) Las circunstancias excepcionales como las que se han presentado por la emergencia sanitaria, ha evidenciado el modo en que se ha venido imponiendo la medida socioeducativa de internación en el Perú, se reliva también que en la mayoría de casos, no se reflejan los postulados de la doctrina de protección integral, debido a que se utiliza la medida arbitrariamente, sin tener en cuenta los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni lo establecido por los instrumentos internacionales ratificados sobre la materia e incluso la propia normatividad interna. Todo lo cual ya había sido advertido por la Defensoría del Pueblo en sus informes especiales sobre justicia juvenil en el Perú; asimismo, las observaciones del Comité de los Derechos del Niño a los informes cuarto y quinto combinados remitidos por nuestro Estado, también evidenciaron la problemática de los centros juveniles y del uso indiscriminado de la medida de internación.

- b) Es urgente replantear la aplicación de la medida a fin de traducir el respeto de los derechos humanos del adolescente en conflicto con la ley penal, los principios de protección y amparo, la consideración del adolescente como sujeto de derechos y de su interés superior, los principios de mínima intervención, proporcionalidad y razonabilidad; proponiendo la aplicación de medidas menos gravosas, y el principio de brevedad, descartando todo rezago punitivo de la práctica judicial y en el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal.
- c) El hacinamiento reportado en los Centros Juveniles tiene su origen, en parte, en la decisión de los magistrados de imponer la internación incluso ante la falta de soporte familiar de los adolescentes, lo que, sumado a la carencia de un adecuado programa socioeducativo, afecta la inserción social de los adolescentes en conflicto con la ley penal.
- d) El Estado peruano se encuentra comprometido con la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil y las Reglas de la ONU para la protección de menores privados de libertad; pese a ello, no ha implementado un eficiente sistema de responsabilidad penal y reinserción social del adolescente en conflicto con la ley penal.
- e) El enfoque restaurativo ha logrado en nuestro país importantes avances en su implementación, incorporándolo en normas y procedimientos fiscales y judiciales, así como mecanismos de recuperación de adolescentes que entran en conflicto con la ley penal; sin embargo, los programas restaurativos se aplican de manera restrictiva y hasta experimental, por lo que se requiere ampliar su cobertura a fin de brindar esta posibilidad a más beneficiarios.
- f) Estamos seguros que, con una debida interpretación y conocimiento de las normas, los aplicadores razonables del derecho establecerán los márgenes de protección adecuados y suficientes para restaurar a los adolescentes que por diversas circunstancias cometen actos contrarios a la ley penal.

VI. Lista de referencias

- ANGELUDIS, J. (2012). La justicia restaurativa como mejor alternativa. Lima: Grijley.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. (1985). Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Reglas de Beijing. Nueva York.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. (1985). Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad. Nueva York.

- ASAMBLEA NACIONAL DE LA ONU. (1990). Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Nueva York.
- CAMARA, S. (2011). Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina. Revista de Justicia Restaurativa, pp. 8-52.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (29 de enero de 2016). Observaciones a informes combinados cuarto y quinto. Obtenido de Naciones Unidas y Derechos Humanos: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2000). Código de Niños y Adolescentes. Lima: El Peruano.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (7 de Enero de 2017). Decreto Legislativo N.º 1348. Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial «El Peruano».
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (28 de Agosto de 2002). Opinión Consultiva OC 17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. La Haya, Holanda. Recuperado el 15 de Abril de 2020, de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2015). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 5: Niños, Niñas y Adolescentes (Vol. 05). (C. I. Humanos, Ed.) San José, San José, Costa Rica. Recuperado el 28 de abril de 2020, de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2007). Informe defensorial N.º 123 - Situación de los adolescentes infractores de la ley penal sobre la situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de la libertad. Lima: Servicios Gráficos JMD. Recuperado el 20 de abril de 2020, de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/032ED751ABD8BFA705257466006507EE/\\$FILE/AdolescenteInfractor-Informe123Defensoria.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/032ED751ABD8BFA705257466006507EE/$FILE/AdolescenteInfractor-Informe123Defensoria.pdf)
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2011). Informe de Adjuntía N.º 001-2011/DP-ADHPD Supervisión del Centro de Diagnóstico y Rehabilitación Juvenil de Lima. (P. D. DISCAPACIDAD, Ed.) Lima: Defensoría del Pueblo. Recuperado el 20 de 04 de 2020, de https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-de-adjuntia/page/15/

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2012). Sistema Penal Juvenil Informe 157-2012. Lima: Defensoría del Pueblo.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2020). Informe Especial N.º 003-2020-DP - Situación de las personas privadas de libertad a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria. Especial, Defensoría del Pueblo, Lima. Recuperado el 02 de 05 de 2020, de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-003-2020-DP.pdf>
- FRIEDMAN, L. (2007). Justicia Restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delinquentes juveniles. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.
- GARCÍA HUAYAMA, J. C. (2016). La Internación preventiva en el Perú. Derecho y Sociedad, 045, 1-21. Recuperado el 20 de abril de 2020, de https://www.derechocambiosocial.com/revista045/LA_INTERNACION_PREVENTIVA.pdf
- HUERTAS DIAZ, O. (2013). El sistema de responsabilidad penal para adolescentes: la expansión de la punibilidad en el neopunitivismo colombiano. (U. d. Buenaventura, Ed.) Revista Guillermo de Ockham 11(2), 11(2), 68-78. Recuperado el 16 de abril de 2020, de <https://www.redalyc.org/pdf/1053/105329737005.pdf>
- PIMENTEL, M. (2018). Responsabilidad Penal del adolescente y la posición de la víctima en el nuevo Código de Responsabilidad Penal del Adolescente y su Reglamento. Cajamarca, Perú: Revista Quaestio Iuris N.º 6.
- PODER EJECUTIVO. (24 de marzo de 2018). DECRETO SUPREMO N.º 004-2018-JUS. Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1348. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial «El Peruano».
- PROGRAMA NACIONAL DE CENTROS JUVENILES. (2020). Boletín estadístico Marzo 2020. Lima, Perú. Recuperado el 15 de junio de 2020, de https://pronacej-my.sharepoint.com/personal/web_pronacej_gob_pe/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fweb%5Fpronacej%5Fgob%5Fpe%2FDocuments%2FBOLETINES%2F2020%2FMARZO%202020%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fweb%5Fpronacej%5Fgob%5Fpe%2FDocuments%2FBOLETINES
- PODRÍGUEZ, R. (2016). Justicia Restaurativa. Bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención «Justicia, Paz y seguridad». Essentia Iuris.
- SCHMITZ, J. (2016). «Prácticas restaurativas». Revista de actualidad Jurídica Essentia Iuris N.º 09, 185-210.
- TREJO, M. (2011). La ley penal juvenil salvadoreña y la justicia restaurativa. Revista de justicia restaurativa N.º 01, 53-60.

Los sujetos procesales en el proceso de extinción de dominio

The procedural subjects in the extinction of domain process

CHACÓN NÚÑEZ, Edwin Sergio(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Los sujetos procesales y una aproximación de definición. IV. Ubicación normativa del término sujeto procesal en la Ley de Extinción de Dominio y su reglamento. V. Términos utilizados para denominar a los sujetos procesales. VI. Deberes, derechos y roles de los sujetos procesales en el proceso de extinción de dominio. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El tema que nos ocupa va a estar encaminado a desarrollar la institución de los sujetos procesales dentro de la Ley de Extinción de Dominio como una herramienta jurídica útil de política criminal para la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada, que en el marco del derecho comparado en la materia ya tiene buen tiempo aplicándose, debido a que las modalidades delictivas estructuradas ya no solo se circunscriben a un espacio territorial de un país sino que traspasa sus fronteras, basados en el poder económico obtenido ilícitamente o destinado a fines ilícitos, por lo que corresponde extinguir este patrimonio y ponerlo bajo la administración del Estado,

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría y doctorado en la misma universidad, actualmente Juez del Juzgado Transitorio de Extinción de Dominio de Cajamarca y Amazonas. Edwin_schn@yahoo.es

siempre supeditándose a un debido proceso y salvaguardando el derecho del tercero de buena fe.

Palabras clave: Extinción de dominio, sujeto procesal, requerido, fiscal de extinción de dominio, procurador público relativo a extinción de dominio, indagación patrimonial, carga dinámica de la prueba, retrospectividad. relación triádica, PRONABI.

Abstract: *The issue at hand will be aimed at developing the institution of procedural subjects within the Domain Extinction Law as a useful legal tool of criminal policy for the fight against corruption and organized crime, which in the framework of the comparative law in the matter already has good time being applied, because the structured criminal modalities no longer only circumscribe to a territorial space of a single country but also crosses its borders, based on the economic power obtained illegally or destined for illicit purposes, so it is appropriate to extinguish this heritage and place it under the administration of the State, always subject to due process and safeguarding the right of the third party in good faith.*

Key words: *Domain Extinction, Procedural Subject, Required, Domain Extinction Prosecutor, Public Prosecutor related to Domain Extinction, Patrimonial Inquiry, Dynamic Burden of Proof, Retrospectivity. Triadic Relationship, PRONABI.*

I. Introducción

Por lo general todos los ordenamientos adjetivos establecen de forma palmaria quienes son los sujetos procesales en el proceso, es así que el Código Procesal Penal ha destinado una sección para ello denominándola bajo el *nomen iuris* el Ministerio Público y los demás sujetos procesales como son el imputado y su abogado defensor, las personas jurídicas, la víctima – actor civil- el querellante particular y el tercero civil, por su parte el Código Procesal Civil en su sección segunda, la ha llamado sujetos del proceso y son aquellos con capacidad para comparecer por sí o conferir representación y disponer de los derechos que en él se hacen valer, destacando el demandante, demandado, litisconsorte, terceros y el Ministerio Público. Por otro lado, ya en lo que nos atañe al proceso de extinción de dominio, si bien no está sistematizado con las categorizaciones antes citadas, pero ello no es óbice o un indicativo que nos conlleve a concluir que no ha sido creado, por el contrario, distintivamente los sujetos procesales aparecen manifestados en la norma y su reglamento.

II. Antecedentes

A nivel sudamericano corresponde citar La Ley N.º 793 (Colombia, 2002), país que empezó a aplicar esta novedosa normatividad a raíz de menguar el narcotráfico

instalado en los distintos cárteles que obviamente minaban las estructura democráticas del vecino país, y que advertían que no era suficiente con la aplicación de penas severas a los responsables de execrables latrocinios mientras estos mantuvieran un brazo económico que les permitiría atacar al sistema aún desde las prisiones a través de terceros. Hoy a casi veinte años de su entrada en vigencia mantienen como principales fortalezas que la extinción de dominio está contemplada constitucionalmente y gozan ya de un código en la materia y una importante constitución de patrimonio de origen o destino ilícito a favor de su estado vía procesos judiciales.

En nuestro país con fecha 4 de agosto del año 2018, se publicó el Decreto Legislativo 1373 «Ley del Proceso de Extinción de Dominio» (de ahora en adelante ley de ED); que en su única disposición complementaria deroga el Decreto Legislativo N.º 1104 sobre «Pérdida de Dominio» y con fecha 1 de Febrero de 2019 se expidió su reglamento el Decreto Supremo 007-2019-JUS (de ahora en adelante Reglamento de ED), con lo cual quedaba habilitada jurídicamente su aplicación en todo el territorio de la República del Perú, consolidándose así uno de los más valiosos instrumentos de la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción, siempre dentro del marco constitucional y convencional.

III. Los Sujetos Procesales y una Aproximación de Definición

En el Proceso de Extinción de Dominio surgen claramente por lo menos tres sujetos procesales identificables como son El Ministerio Público Especializado en Extinción de Dominio, el Requerido y la Procuraduría Pública en Extinción de Dominio.

Se entiende por sujeto procesal a todo aquél que de una u otra forma mantiene un interés jurídico en el resultado del proceso; es decir, que si la finalidad del proceso de extinción de dominio es garantizar la licitud de los bienes corresponde al Ministerio Público resguardar que ello sea así, el requerido ejercerá su derecho de contradicción por ende tendrá que acreditar la licitud de los bienes y la procuraduría pública como defensor del Estado mantiene el interés económico sobre el bien de origen o destino ilícito a fin de asignárselo al PRONABI para su administración.

Se concibe por sujeto procesal dentro del proceso de extinción de dominio a todo aquél que goza de prerrogativas o facultades de ejercer acción o contradicción, estar legitimado para ser incorporado como tal, tener un rol determinado y poder interponer medios impugnatorios, en síntesis, ser parte en el proceso bajo el amparo de las garantías procesales del debido proceso.

Nítidamente se identifica a los sujetos procesales en el artículo 23.4 de la ley de ED, donde se señala quiénes pueden ofrecer sus alegatos, mencionando

al Fiscal, al Procurador Público y el abogado del Requerido, si bien también menciona al tercero pero este está sujeto a que el Juez en la sentencia, decida motivadamente si le reconoce o no, la calidad de tercero de buena fe situación que nos advierte que no se trataría de un sujeto procesal sino tal como su propia denominación lo establece un tercero con interés, máxime si el mismo puede que no haya sido incluido en la etapa de indagación patrimonial, pero tampoco existe impedimento o prohibición que en otro proceso tenga la condición de requerido, acá radicaría la diferencia sustancial entre el subsistema de extinción de dominio y la invocación de un tercero excluyente de propiedad de otros sistemas procesales en donde a su sola invocación y con la presentación de prueba de parte o unilateral se lo tenía como tal, donde no existía indagación a fin de verificar de que lo que invocaba era cierto, este contraste ahora puede habilitar al Ministerio Público para indagar patrimonialmente a un tercero a fin de descartar si se trata de un testarero o no.

Si bien la normatividad menciona a la Policía Especializada en Extinción de Dominio; no obstante, su participación en el proceso está limitada a sus funciones de investigación y de apoyo al Ministerio Público, por ende no puede ser considerado como sujeto procesal propiamente dicho, pero sí se convierte en la piedra angular para el éxito del descubrimiento de patrimonio de origen o destino ilícito bajo las técnicas de investigación que se promuevan al amparo de lo regulado supletoriamente por el Código Procesal Penal.

IV. Ubicación Normativa del Término Sujeto Procesal en la Ley de Extinción de Dominio y su reglamento

La Ley de Extinción de Dominio si contempla la denominación de «sujeto procesal», si bien no hay una institución determinada que mencione quienes específicamente lo son; sin embargo, ello emerge del artículo 17.2. De la ley de ED «Donde se alude al Procurador Público, como «**sujeto procesal**», en defensa de los intereses del Estado durante la etapa procesal», en el Artículo 42.1. de la norma antes consignada en su literal «a) En la misma audiencia sin más trámite, salvo que el juez requiera información esencial para resolver, en cuyo caso corre traslado a los demás **sujetos procesales** por el plazo de un (1) día hábil». (El resaltado es nuestro); en consecuencia, el legislador si ha pretendido dar esa categoría jurídica de sujeto procesal a determinados intervinientes en el proceso y por ende otorgarle las prerrogativas que de acuerdo a su estatus procesal les corresponde dentro de un debido proceso.

V. Términos utilizados para denominar a los sujetos procesales

- **Requerido:** es toda persona natural o jurídica que figura ostentando algún derecho sobre el bien que es objeto de extinción de dominio; al respecto debemos plasmar que es la única denominación que contempla la norma de ED con una individualización propia y expresa, la norma también menciona que los menores de edad o personas con discapacidad física o mental declarados pueden tener la calidad de requeridos (Art. 3.2. y 6.2. de la Ley de ED y Art. 15 del Reglamento de ED).
- **Procuraduría Pública especializada en Extinción de Dominio:** es el representante y defensor jurídico del Estado, en este escenario corresponde mencionar que las defensas del Estado a través de las Procuradurías Públicas en general están contempladas constitucionalmente. (Art. 47 de la Constitución Política y Art. 13 del reglamento de ED).
- **Fiscalía en Extinción de Dominio:** pasmosamente la norma y el reglamento no ha creado un capítulo específico sobre la Fiscalía de Extinción de Dominio (*silentium*) como si lo ha hecho con la Procuraduría Pública al destinarle un capítulo específico y como le correspondía a un sujeto procesal, el dador de las normas ha limitado sus funciones específicas al capítulo de la Indagación Patrimonial.

VI. Deberes, derechos y roles de los sujetos procesales en el proceso de extinción de dominio

En lo concerniente AL REQUERIDO:

Derechos del Requerido

Durante el proceso, se reconocen al requerido los siguientes derechos:

- *Acceder al proceso directamente o a través de la asistencia y representación de un abogado desde que es notificado con el auto que admite la demanda, o desde la materialización de las medidas cautelares.*

Con lo cual se le brinda la oportunidad de una defensa eficaz al requerido quien puede comparecer al proceso acompañado de un letrado de su elección o a través de un abogado defensor público y en este último supuesto el Estado le garantiza el asesoramiento jurídico sobre el tópico del conocimiento del procedimiento, pues ninguna persona puede ser desviada de la

jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ello bajo el manto del principio de tutela jurisdiccional y el debido proceso que reviste al proceso de Extinción de Dominio, acá cabe hacer una ligazón que por lo general todo bien o derecho real está unido a un presunto propietario o que formalmente aparece como tal a excepción de los abandonados, pero aún esta figura indica que en algún momento tuvo un titular.

— *Conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso en términos claros y comprensibles.*

Toda Persona natural o jurídica (requerido) tiene pues el derecho a conocer de los cargos y estos deben ser formulados de forma clara y comprensible, he aquí una característica peculiar de este sub sistema especializado que tiene que ver con el acceso a la justicia que involucra inclusive a conocer los hechos en su idioma originario, por otro lado el término fundamento si ha sido definido en el reglamento de extinción de dominio en lo referente al principio de la cosa juzgada y se lo entiende como el análisis, evaluación o investigación del origen o destino ilícito del bien.

— *Presentar y solicitar pruebas e intervenir en resguardo de sus derechos.*

Está relacionado con el derecho de contradicción y el poder de refutar la acción dirigida en contra de los bienes del cual se ostenta algún derecho y ello tal cual se indica se debe efectuar a través de pruebas, pero aquí cabe hacer una distinción si el término «prueba» redactado en las normas de su propósito tienen un sentido amplio, es decir que se puede utilizar para aquellos medios capaces de probar un hecho independientemente de la etapa procesal — indagación patrimonial o judicial—, o solo está referida a aquella que pueda surgir de la etapa judicial (actuación de pruebas), creemos que la redacción legislativa tiene una connotación amplia, por lo cual se puede presentar o solicitar la actuación de pruebas en la etapa de indagación patrimonial una vez ejecutada una medida cautelar y lo mismo podría ocurrir en la etapa judicial.

Debemos hacer notar que la ley de ED a diferencia del Código Procesal Penal, no hace distinción de los términos elemento de convicción (investigación preparatoria en sus dos etapas), medios de prueba (etapa intermedia) y prueba (etapa de juicio oral), motivo por el cual el término prueba en un sentido amplio se utiliza indistintamente de la etapa en que nos encontremos máxime si ello también tiene una incidencia en la autonomía de este nuevo procedimiento, punto aparte nos merece hacer mención la mala utilización también de términos penales en los pedidos fiscales como requerimientos cuando la norma especial que nos avoca la denomina en varios pasajes como solicitud siendo muy poco frecuente cuando utiliza la denominación primigenia.

La carga de la prueba nos señala que una vez admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del patrimonio, ello en consonancia con el principio de solidaridad probatoria y carga dinámica de la prueba que contempla que quien está en mejores condiciones de probar un hecho ocurrido en un espacio y tiempo determinado e inmodificable tiene que efectuarlo.

— *Controvertir las pretensiones interpuestas por la Fiscalía en contra de los bienes.*

Si la pretensión del Ministerio Público es pues extinguir los bienes patrimoniales que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación con actividades ilícitas, corresponderá en ese sentido al requerido controvertir ello, pero estará sujeto a los presupuestos invocados en la demanda de extinción de dominio que son básicamente siete y que han sido descritos en el tan explorado artículo 7 de la ley de ED; sin dejar de descuidar el catálogo de las relaciones delictivas que son doce, pero doctrinariamente se señala que es pues, un catálogo abierto *numerus apertus* por la capacidad de generar bienes y entendiendo que la criminalidad cada vez busca nuevas formas en su accionar delictivo, por lo cual esta relación delictiva no puede circunscribirse a determinados delitos. La demanda además deberá observar la relación triádica presupuesto, bien, actividad ilícita⁽¹⁾.

— *Renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio.*

La norma nos señala que el requerido puede hasta antes de emitirse sentencia allanarse o reconocer la demanda, esta situación particular origina la expedición de una sentencia anticipada, si solo se allana el juez declara fundada la pretensión de extinción de dominio y si reconoce los hechos declarará fundada la demanda y por probados los hechos que la sustentan, en ambos casos el juez no está en la obligación de valorar las pruebas; sin embargo, ello trae consigo una formalidad que a mi criterio es excesivo como es la legalización de la firma ante el auxiliar jurisdiccional que es propio de un sistema escriturario y burocrático que lejos de alentar tiene una secuela contraria (art. 36 de la Ley. ED. y 69 del reglamento), esto deberá ser meritudo por cada juzgador toda vez que el artículo 5.6. del reglamento establece como principio la oralidad en el proceso por lo que es suficiente con que el requerido exprese oralmente su conformidad con el acogimiento a una sentencia anticipada para que se proceda al mismo previa advertencia de las consecuencias o efectos jurídicos

(1) Solórzano, Oscar «Indagación Patrimonial I» Trujillo, 03-04 de setiembre de 2019.

de su decisión realizados por el Juzgador y del asesoramiento por su abogado defensor, sin perjuicio de la verificación de la legalidad de la medida tal como ocurre en el sistema procesal penal.

Hay que dejar sentado que la norma no establece ningún beneficio a favor del sometido a la sentencia anticipada y como no podía ser de otra manera, pues tratándose de una controversia patrimonial el Estado no puede ceder a su finalidad de garantizar la licitud de los derechos reales, admitir lo contrario significaría legalizar patrimonios de origen o destino ilícito lo cual es inadmisibles. No obstante, lo antes indicado que, si en algún momento se masificara la idea en la implantación de costas y costos procesales en este sistema por aplicación supletoria, creemos que ante el apareamiento de esta institución jurídica sería plausible reconocer su exoneración.

- *Los demás derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú y las leyes que, debido a su naturaleza, resulten aplicables. (Derechos contemplados en el Artículo 5 de la Ley de ED.)*

Cabe citar verbigracia el contemplado en el inciso 19) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú que prescribe: «*El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala*».

En ese sentido cabe reafirmar que la norma no establece gravámenes a los sujetos procesales en el proceso, en vista que no se contempla multas, costas ni costos que bien pudieron plasmarse en situaciones puntuales por aplicación supletoria o en acogimiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En lo que respecta al PROCURADOR PÚBLICO:

- *El Procurador Público, para garantizar la eficacia del proceso de extinción de dominio, puede solicitar al juez las medidas cautelares que considere necesarias. (Artículo 15 de la Ley ED).*

Es importante destacar que para asegurar los bienes susceptibles de ser declarados en extinción y se constituyan o pasen a favor o titularidad del Estado, el Procurador podrá solicitar en la etapa de indagación patrimonial las medidas cautelares como son: inmovilización, incautación, inhibición, inscripción u otras para fines de administración por el PRONABI (Programa Nacional de Bienes Incautados) y una vez emitida la sentencia y si esta es fundada disponga del mismo. Como nota resaltante es imperioso dejar a salvo que la medida de incautación puede ser solicitada excepcionalmente hasta antes de la audiencia de actuación de pruebas.

- *Cuando se disponga el archivo de la indagación patrimonial, por no ser posible fundamentar ninguno de los presupuestos, el Procurador Público puede interponer la queja respectiva (Art. 16.2 de la ley de ED).*

La indagación patrimonial una vez culminada y luego de su apreciación y/o valoración por el fiscal puede ser encausado indistintamente en primer lugar por formalizar la demanda de extinción por haber confirmado por lo menos uno o más de los presupuestos establecidos en la norma de extinción y su anotación en los registros públicos, en segundo lugar por el cierre del caso al no haber confirmado ninguna hipótesis en cuyo caso dispondrá motivadamente el archivo, sin menoscabo de ello el procurador público puede recurrir dicha disposición fiscal mediante la queja respectiva a fin de que la superioridad fiscal la reciba o acoja, de declararse fundada se ordena la presentación de la demanda o continuación de la indagación, lo típico del subsistema es que la norma no señala el apartamiento del fiscal a cargo de la indagación patrimonial.

- *Recibida la demanda de extinción de dominio presentada por el fiscal, el juez expide resolución debidamente fundamentada, pudiendo admitir a trámite la demanda, declararla inadmisibles o improcedente, comunicando dicha decisión al fiscal y al procurador público. En los casos que se declare improcedente puede ser apelada. (Art. 18.1 de la ley de ED).*

Acá debemos resolver una cuestión de analogía que se suscita en el proceso penal donde el fiscal penal puede apelar respecto a la pretensión penal y el actor civil respecto a la pretensión civil y trasladando ello al proceso de extinción de dominio el fiscal de extinción de dominio impugna en lo referente al origen o destino ilícito del bien y el procurador público en cuanto al interés económico (bien que en su monto debe ser superior a las cuatro unidades impositivas tributarias como mínimo) que se tiene sobre el bien con las características antes descritas, pues ambos sujetos procesales no podrían tener la misma vocación impugnatoria, pero sí verse afectados o expresar agravios ante la no estimación de la demanda.

- *Si el requerido no aporta prueba alguna para fundamentar su pretensión, el juez dicta sentencia teniendo en cuenta los medios probatorios ofrecidos por el fiscal o procurador público.*

Ante la inercia u omisión del requerido para probar la licitud del patrimonio, el juez debe pronunciarse tan solo con los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales como son el fiscal o el procurador público, resaltando que en este proceso solo es necesaria una mínima actividad probatoria, donde es inexistente el principio de presunción de inocencia al no estar conducida

la acción contra persona alguna sino contra los bienes, tampoco es válida la alegación de la duda pro favorecimiento, pues ante la duda los derechos reales (bienes muebles e inmuebles clasificados en el Código Civil) se extinguen, esto rompe con el paradigma de que la prueba debe crear certeza o convicción en el juzgador sobre los hechos expuestos, debido a que esto no siempre ocurrirá, aunque con matices distintivos subyace la sentencia anticipada.

FISCAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

- *Para la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio, corresponde al Fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien.* (Art. 2.1 de la Ley de ED).

Los medios de prueba conforme a la tradición procesal se presenta en la etapa postulatoria, misma exigencia es para la contestación de la misma y ello es aceptado pacíficamente, salvo prueba nueva cuya aplicación es muy controvertido, siguiendo ordinariamente la acreditación cuando se investiga sobre criminalidad organizada o corrupción y al no encontrarse prueba directa emerge la reina de las pruebas que será la prueba indirecta o prueba indiciaria amarrada a las exigencias que el indicio esté probado, que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes tal como lo señala el Código Procesal Penal; y cuyo razonamiento deberá estar expresamente citado en la demanda, hablando de la prueba en el presente proceso nos atrevemos a mencionar que habrá una prevalencia de la prueba documental sobre la prueba personal (examen de órganos de prueba —testigos—), así como esta prueba documental encontrará su correlato o estará aparejado a las pericias correspondientes.

- *En la etapa de indagación, el Fiscal Especializado está facultado para utilizar cualquier medio probatorio y todas las técnicas de indagación que estime necesarias, siempre y cuando se garantice el respeto de los derechos fundamentales.* (Artículo 10 de la ley de ED).

Ya no reiteraremos sobre los medios de prueba explicados *ut supra*, pero sí corresponde hacer mención sobre las técnicas de indagación a emplear como son las medidas limitativas de derechos, previa autorización por el Juez, esto es el Levantamiento del Secreto Bancario y Bursátil, levantamiento de la reserva tributaria, Interceptación de llamadas o escuchas telefónicas (podría incluir redes sociales o whatsapp alta tecnología), geolocalización, u otras que no necesariamente requieren autorización judicial como es la video vigilan-

cia y seguimiento; no olvidemos que el fiscal es el director de la indagación patrimonial; con la diferencia sustancial que en este subsistema la indagación patrimonial es reservada siendo su máximo baluarte para el éxito de sus fines y ello nace del propio principio de publicidad y su auto restricción a determinados actos procesales, así como otro aliado jurídico es la retrospectividad en base al principio de aplicación en el tiempo y la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio, por lo que la extinción de dominio no es retroactiva ni irretroactiva, es retrospectiva, pues regula situaciones ocurridas aún antes de su vigencia, precisamente por el hecho de no haberse consolidado el derecho de propiedad, dado el carácter ilícito de los bienes⁽²⁾.

- *Solicitar al juez se dicten las medidas cautelares que resulten necesarias para el aseguramiento de los bienes materia de investigación. Excepcionalmente puede ejecutar las medidas cautelares reales, en caso fuera urgente y concurran motivos fundados, las que deberán ser convalidadas por el juez* (Art. 10.1 de la Ley de ED).

La indagación patrimonial debe ser efectuada exhaustivamente por el Ministerio Público quien debe tener un rol proactivo a fin de alcanzar la plenitud de la búsqueda en los plazos establecidos de doce meses y treinta y seis meses prorrogables por igual término, culminando con establecer si es susceptible de incoar o no una demanda de extinción de dominio ante el órgano jurisdiccional, es por ello que no debemos hacer importación de algunas malas prácticas puntuales del Código Procesal Penal refiriéndonos a investigaciones deficientes y con acusaciones no fundamentadas y por ende condenados al archivo, constituyendo para el presente proceso una situación indeseable pues eventualmente podría convertir a este nuevo proceso mal aplicado por sus operadores en una herramienta para legalizar patrimonio de origen o destino ilícito a consecuencia de una deficiente indagación o presentación de la demanda inmotivada que de forma latente podría ocasionar cosa juzgada.

En lo referente a la cosa juzgada a razón de haberse emitido en otro proceso una sentencia con calidad de cosa juzgada, aquí solo cabe una interpretación restrictiva de la excepción, es decir que se deberá entender a otro proceso pero de la misma naturaleza es decir de extinción de dominio, ello se concibe en cuanto a que la propia norma señala que se piensa por fundamento en el proceso de extinción de dominio el análisis, evaluación o investigación del origen o destino ilícito del bien, situación que estaría en consonancia con la autonomía del proceso y la inaplicabilidad de la prejudicialidad.

(2) Salazar Landínez, Sara Magnolia. «Extinción de dominio» Lima junio de 2019.

Sobre las medidas cautelares lo más llamativo pero no novísimo es la atención inmediata por parte del Ministerio Público cuando el caso fuera urgente y concurren motivos fundados, con cargo de que oportunamente deban ser convalidadas por el juez; no obstante las medidas cautelares en general deben ser la excepción y no la regla adicionándose una originalidad más que ante el amparo de la cautelar suscita el quiebre de la reserva, si bien este hecho podría ser superfluo, en la práctica no lo es en tanto, pues ante la fundabilidad de la cautelar de solo parte de la totalidad de los bienes de origen o destino ilícito indagados y ante la develación de la reserva podría no evitarse que los bienes patrimoniales sean ocultados, vendidos, gravados, transferidos, salvo suspender su uso de destinación ilícita, acontecimientos que serán merituidos con prudencia por la Fiscalía. Por otro lado, la medida se inscribe en el registro público por el solo mérito de la resolución aun cuando no exista coincidencia entre el titular registral del bien objeto de la medida y el indagado.

Para concluir diremos que en base al Principio de buena fe procesal todos Los sujetos procesales que intervienen en el proceso lo deben hacer conforme a los deberes de veracidad, probidad, y lealtad.

VII. Conclusiones

- El Decreto Legislativo 1373 se convierte en uno de los instrumentos más valiosos de la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción.
- En el proceso de extinción de dominio surgen claramente por lo menos tres sujetos procesales identificables como son El Ministerio Público Especializado en Extinción de Dominio, el requerido y la procuraduría pública en extinción de dominio.
- Se entiende por sujeto procesal dentro del proceso de extinción de dominio a todo aquél que goza de prerrogativas o facultades de ejercer acción o contradicción, estar legitimado para ser incorporado como tal, tener un rol determinado y poder interponer medios impugnatorios.
- El requerido puede comparecer al proceso acompañado de un letrado de su elección o a través de un abogado defensor público y en este último supuesto el Estado le garantiza el asesoramiento jurídico sobre el tópico del conocimiento del procedimiento, pues ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos.

- La fiscalía de extinción de dominio impugna en lo referente al origen o destino ilícito del bien y el procurador público en cuanto al interés económico (bien que en su monto debe ser superior a las cuatro unidades impositivas tributarias como mínimo) que se tiene sobre el bien con las características antes descritas.
- El Ministerio Público en la indagación patrimonial está facultado para emplear las técnicas de indagación como son las peticiones de las medidas limitativas de derechos, previa autorización por el juez, esto es el levantamiento del secreto bancario y bursátil, levantamiento de la reserva tributaria, Interceptación de llamadas o escuchas telefónicas (podría incluir redes sociales o whatsapp —alta tecnología—), geolocalización, u otras que no necesariamente requieren autorización judicial como es la video vigilancia y seguimiento; no olvidemos que el Fiscal es el Director de la Indagación Patrimonial; con la diferencia sustancial que en este subsistema la Indagación Patrimonial es reservada siendo su máximo baluarte para el éxito de sus fines.
- Otro aliado jurídico es la retrospectividad en base al principio de aplicación en el tiempo y la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio, por lo que la extinción de dominio no es retroactiva ni irretroactiva, es retrospectiva.

VIII. Lista de referencias

Decreto Legislativo 1373, «El Peruano», 4 de agosto de 2018.

Decreto Supremo 007-2019, «El Peruano» el 1 de febrero de 2019.

SALAZAR LANDÍNEZ, S. M. *Extinción de Dominio* Lima, junio de 2019.

SOLÓRZANO, O. *Indagación Patrimonial I* Trujillo, 03-04 de setiembre de 2019.

Causas que justifican el comportamiento antijurídico de las fuerzas policiales y militares

Causes that justify the antilegal behavior of the police and military forces

MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Problematicación. III. Antecedentes históricos. IV. El mensaje valorativo que se transmite a la sociedad. V. Análisis. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo desarrolla la problemática que presenta la incorporación de la Ley N.º 31012 introducida al ordenamiento jurídico el 28 de marzo de 2020, toda vez que la citada ley modifica el artículo 20 inciso 11 del Código Penal. Tal modificatoria se produce en un contexto de estado de emergencia dictado por el Gobierno Central por el avance desmesurado del COVID-19; la modificatoria al artículo citado líneas anteriores tiene como finalidad otorgar mayores facultades a las fuerzas policiales y militares para que en el ejercicio de sus funciones constitucionales puedan causar lesiones e incluso la muerte.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios concluidos de Maestría en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca en la Mención de Derecho Penal y Criminología. Ponente en eventos académicos, abogado litigante.

Las lesiones o muertes que las fuerzas militares o policiales ejerzan sobre la población civil tendrían una causa que justifica la conducta antijurídica; es así que se divisa una problemática la que es tratada en el presente trabajo, para luego abordar de manera puntual los antecedentes históricos del inciso 11 incorporado y modificado en el artículo 20 del Código Penal; posteriormente a través del método dogmático se analizó los alcances de las causas que justifican la conducta antijurídica de las fuerzas armadas y policiales en el ejercicio del cumplimiento del deber constitucional.

Por último, describimos como el Estado hace uso del denominado derecho penal simbólico para emitir un mensaje valorativo a la sociedad en época de crisis y de esta manera garantizar el control social formal.

Palabras Claves: Causas de justificación, uso de armas y otros medios de defensa, derecho penal simbólico.

Abstract: *This work develops the problems presented by the incorporation of Law No. 31012 introduced into the legal system on March 28, 2020, since the aforementioned law modifies article 20, subsection 11 of the Penal Code. Such modification occurs in a context of state of emergency dictated by the Central Government for the excessive advance of the Covid - 19; the purpose of modifying the aforementioned article is to grant greater powers to the Police and armed forces so that in the exercise of their constitutional functions they can cause injury and even death.*

The injuries or death that the Military or Police forces exert on the civilian population would have a cause that justifies unlawful conduct; thus, a problem can be seen which is dealt with in the present work, to then address in a timely manner the historical background of subsection 11 incorporated and modified in article 20 of the Penal Code; then through the dogmatic approach the scope of the causes that justify the unlawful conduct of the analyzed forces as armed and police in the course of fulfilling the constitutional duty.

Finally, we describe how the State uses the so-called symbolic criminal law to send a value message to society in times of crisis and thus guarantee formal social control.

Keywords: *Causes of justification, use of weapons and other means of defense, symbolic criminal law.*

I. Introducción

En el marco del estado de emergencia sanitaria por el COVID-19 se promulgó la Ley N.º 31012, la misma que ha modificado el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, que trae consigo diferentes cambios entre los cuales se puede evidenciar la intención de empoderar a la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional con la finalidad de generar un mayor control social, razón por la cual es importante analizar los efectos que producirá en el ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento jurídico encontramos causas que justifican conductas antijurídicas, las mismas que en el área de derecho penal las podemos encontrar en el artículo 20; sin embargo, a raíz de la incorporación del inciso 11 al tan mencionado artículo y sus posteriores modificatorias se ha evidenciado que la finalidad primigenia ha ido variando, toda vez que *prima facie* se necesitaba luchar contra el crimen organizado, posteriormente se esgrime el afán de proteger a las Fuerzas Armadas y Policiales.

Con la protección que el Estado pretende dar a las Fuerzas Armadas y Policiales justificando conductas antijurídicas (causar lesión o muerte) se presenta una suerte de descoordinación entre el ser y el deber ser, esto es aun cuando la conducta antijurídica pueda ser justificada, la incorporación y modificatorias del inciso 11 en el artículo 20 muestra características de un derecho penal simbólico lo que nos lleva a cavilar que el Estado pretende solamente generar una suerte de tranquilidad a la sociedad.

Al mismo tiempo el derecho penal simbólico y sus características son afines a las modificatorias percibidas en el artículo 20 inciso 11 del CP; cabe decir que, tiene como objetivo determinar si este responde efectivamente a un derecho penal simbólico de tal forma que la intención de las modificatorias del citado artículo son únicamente mensajes de valor para tranquilizar a la sociedad.

II. Problematicación

Con la modificatoria en el inciso 11 del artículo 20 se pretende otorgar protección a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para causar lesiones o muerte en el ejercicio de la función constitucional; de tal suerte que la conducta realizada tenga una causa que la justifique.

Debido a esto se transmite un mensaje a la sociedad sin duda alguna equivocado; es decir, mayor protección a las fuerzas Armadas y Policía Nacional para que causen lesiones o muerte en cumplimiento de su función constitucional a fin de que se genere la expectativa de un control social formal efectivo.

El control social formal que el Estado ejerce tiene como operador a la Policía Nacional la misma que regula su accionar en la sociedad al amparo de lo establecido en el Decreto Legislativo N.º 1267, Decreto Legislativo N.º 1186 y el manual de Derechos Humanos enfocado a la función policial; por esta razón el artículo 20 inciso 8 prevé una situación similar con el objeto de justificar las conductas antijurídicas de la Fuerzas Armadas y Policiales en circunstancias particulares.

Al referirnos al inciso 8 del artículo 20 del CP y el inciso 11 del mismo artículo diferimos similitudes, concordancias, particularidades; sin embargo, con los cons-

tantes cambios que ha presentado el inciso 11 y el afán de legislativo por mejorarlo, la problemática viene siendo la misma; qué finalidad persigue el querer otorgar facultades de causar lesiones o muerte a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y determinarla como causa que justifica la antijuridicidad.

En definitiva, la Ley N.º 31012 que modifica el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal respondería a un derecho penal simbólico el mismo que habría sido modificado con la intención brindar un mensaje de supuesta efectividad al ciudadano.

III. Antecedentes históricos

En el marco de querer combatir la inseguridad ciudadana, la delincuencia y el crimen organizado, en el año 2007, mediante la Ley N.º 29009, por la cual el congreso delegó facultades al Poder Ejecutivo para que legislara en pos de establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general y de manera especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, así como pandillaje pernicioso, en el marco de dicha delegación de facultades se aprobaron once Decretos Legislativos, entre ellos el Decreto legislativo 982, que establecía: artículo 20 inciso 11 de Código Penal inimputabilidad, está exento de responsabilidad penal (...) el personal de las Fuerzas Armadas y del Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en el uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte (Instituto de Defensa Legal, 2013).

Bajo estas circunstancias la Defensoría del Pueblo determina que, este Decreto excede las facultades legislativas que recibió el Ejecutivo y por tanto era inconstitucional por forma; como consecuencia el Tribunal Constitucional estableció que dicho inciso 11 del artículo 20 del Código Penal no deriva en inconstitucional, dejando clara su postura en la sentencia N.º 0012-2008-PI/TC, toda vez que el mismo tribunal constitucional aclara que una mala técnica legislativa no es causa para la inconstitucionalidad tal como se desprende de sus fundamentos 12 y 15 de la antes citada sentencia.

En ese contexto, la bancada fujimorista Fuerza Popular presentó el 14 de setiembre de 2011, el proyecto de Ley N.º 196/2011-CR, mediante el cual pretendía modificar el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, para que efectivos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no sean sancionados en caso ocasionen muertes o heridos, uno de los objetivos de dicho proyecto era expresamente «proteger a las fuerzas armadas y la policía nacional a fin de que no sientan temor de cumplir el mandato constitucional de mantener el orden interno». (Instituto de Defensa Legal, 2013, p.03), aun cuando se reconocía que la actuación militar y policial debía realizarse en el marco de los derechos humanos.

Dicha propuesta fue aprobada, con algunas modificatorias por el pleno del Congreso el 12 de junio de 2013 con el respaldo de casi 80 parlamentarios, dando cabida a que posteriormente se promulgue el 13 de enero de 2014 la Ley N.º 30151 que modifica el artículo 20 inciso 11 del Código Penal que prescribía: el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otros medios de defensa, cause lesiones o muerte.

El 28 de marzo de 2020 se promulgó la Ley N.º 31012, la misma que volvió a modificar el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, el mismo que prescribe: el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria. Cause lesiones o muerte.

Como se puede evidenciar, a partir del Decreto Legislativo N.º 982 publicado el 22 de julio de 2007, se incorpora el inciso 11 al artículo 20 del Código Penal, para posteriormente ser modificado a partir del artículo único de la Ley N.º 30151, publicada el 13 de enero de 2014; y por último en la actualidad a partir de la promulgación de la Ley N.º 31012 de fecha 28 de marzo de 2020.

RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL INCISO 11 DEL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL		
D.L. N.º 982 (22.07.2007)	Ley N.º 30151 (13.01.2014)	Ley N.º 31012 (28.03.2020)
El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte	El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.	El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria. Cause lesiones o muerte.

IV. El mensaje valorativo que se transmite a la sociedad

La humanidad viene atravesando momentos dramáticos de su historia, los Estados han cerrado sus fronteras, la humanidad ha quedado paralizada en el tiempo, el avance de la pandemia por el COVID-19 viene trayendo secuelas en la sociedad y con ello constantes infracciones a las normas dictadas por el gobierno central.

Tal es así que el Gobierno Central ha declarado estado de emergencia sanitaria y con posterioridad traería consigo el estado de emergencia decretado el 15 de marzo de 2020 que entró a regir a partir del 16 de marzo del presente año, con ello se dio inicio a una nueva era en la vida social. La inmovilización decretada evidencia que las medidas preventivas para frenar el COVID-19 se han vuelto cada vez más estrictas, se puede observar que un porcentaje de la población desacata las medidas tomadas por el supremo gobierno, la fuerza policial y militar con mayor frecuencia hace uso de la intimidación, de la fuerza, la prensa deja en evidencia los constantes enfrentamientos entre las fuerzas del orden y la población civil.

La población en su gran mayoría exigen mano dura al Estado, que se cumpla el estado de emergencia con toda la radicalidad posibles, es indignante ver como irresponsables hacen caso omiso a las advertencias dadas, de allí que bajo este contexto de caos entra en vigencia la Ley N.º 31012 la que ha sido comunicada al presidente de la República para su promulgación el 11 de setiembre de 2019; por lo cual al no haber sido promulgada dentro del plazo constitucional por el Presidente de la República, y al amparo del cumplimiento de los artículo 108 de la Constitución Política del Perú y el artículo 80 del Reglamento del Congreso de la República, se ordena se publique y cumpla lo estipulado en la Ley N.º 31012 de allí siendo esta emisión el día 27 de marzo de 2020.

Con esta modificatoria, en un primer momento se da un mensaje a la sociedad de tranquilidad y confianza en épocas de crisis, Vélchez afirma: «se ha llegado al punto en que no hace falta (no importa) detenerse en las razones dogmáticas para construir el camino de la legítima intervención penal» (p.80). Lo que importaría demostrar a toda costa es que se está haciendo algo, aun cuando se descuiden las razones dogmáticas.

Pero el problema no solo radica en el mensaje que se transmite a la sociedad sino de la falsa protección que esta modificatoria produce para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; como es sabido incorporar una causa que justifique la anti-juridicidad del comportamiento no es suficiente si no se ha tenido en cuenta un adecuado estudio político criminal por ende se deberá dejar de utilizar al derecho penal como forma de controlar el clamor de la sociedad que exige respuestas rápidas por parte del Estado para frenar ya no solo la delincuencia sino que también el cumplimiento del estado de emergencia en el constante avance del COVID-19.

A.1. Protección legal al personal de la Policía Nacional del Perú

Con la publicación de la Ley N.º 31012 «Ley de protección policial», en su artículo primero plantea como objeto de la misma otorgar protección legal al per-

sonal de la Policía Nacional del Perú que, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, haga uso de sus armas o medios de defensa, en forma reglamentaria causando lesiones o muerte, en el marco del presente trabajo veamos cada uno de los ítems del inciso 11 incorporado en el artículo 20.

4.1.1. Ejercicio de la función constitucional para hacer uso de armas u otros medios de defensa para causar lesiones o muerte.

En este punto la ley prescribe que el causar lesiones o muerte por la fuerza policial o militar debe encontrarse dentro de la función constitucional, esto significa que cualquier vulneración al bien jurídico vida no trae consigo responsabilidad penal.

Debemos saber que encontrarse realizando funciones dentro de los márgenes constitucionales, nos remite a la Constitución Política del Perú y a las normas internacionales que protegen los derechos humanos en otras palabras, si las fuerzas del orden se apartaran de la función que la constitución designa, la conducta no sólo será típica, sino que también antijurídica, teniendo de esta manera que solventar que la causa de justificación no se aplicada.

Analicemos entonces, en qué momento la conducta del efectivo policial se encuentra dentro del rango de la denominada función constitucional, para ello nos remitimos al Decreto Legislativo N.º 1186, el mismo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, el Título II del Decreto Legislativo requiere del uso de la fuerza en el ejercicio de la función policial, del mismo modo el capítulo I prescribe las reglas generales para el uso de la fuerza.

En el artículo 6 se nos aclara el uso de la fuerza y deja sentada la postura que la fuerza debe usarse de manera progresiva y diferenciada, de conformidad con los principios y los niveles establecidos en el presente decreto legislativo.

Para ello, es oportuno aclarar que la fuerza debe utilizarse de manera progresiva, ello en concordancia con el artículo 7 que regula el nivel del uso de la fuerza, que determina los niveles de cooperación, resistencia o agresividad del ciudadano a intervenir, a la vez; en el punto 7.2 regula el uso de la fuerza por el personal de la Policía Nacional, tanto los niveles preventivos como la presencia policial, la verbalización y el control de contacto y los niveles reactivos como el control físico, la táctica defensivas no letales y la fuerza letal.

Me permito explicar con un esquema el uso de la fuerza (Nieves, 2019) antagónicamente solo nos servirá para apreciar el análisis que se empleaba hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 31012.



4.1.2. El uso de armas u otros medios de defensa en forma reglamentaria que lleguen a causar lesiones o muerte.

Sin duda alguna el uso de armas u otros medios de defensa que utilizan las fuerzas Armadas y Policiales en forma reglamentaria y en el cumplimiento de la labor constitucional causaren lesiones o muerte la conducta antijurídica se justifica sin duda alguna al verificarse que el efectivo policial actuó en cumplimiento de su labor constitucional.

Efectivamente, las causas de justificación no son propias del derecho penal, sino que se encuentran en todo el ordenamiento jurídico, es así que el profesor Villavicencio (2006) establece: «es preciso mencionar que las causas de justificación no son un problema específico del derecho penal, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto; ya que, el catálogo de causas de justificación es un catálogo abierto *numerus apertus*» (p.531).

Se debe entender que las causas de justificación son casos excepcionales, en los cuales la norma deja de ser respetada; «el orden jurídico permite entonces su violación. Admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido» (Hurtao Pozo, 1987, p. 214). Dentro de los estudios realizados se ha elaborado todo un sistema de causas de justificación para formular principios generales que permitan introducir nuevas causas de justificación, en este contexto se puede distinguir dos clases de sistemas tales como el sistema monista y el sistema pluralista.

Las teorías monistas de las causas de justificación, que intentan conducir las causas de justificación a una idea rectora, tienen en este sentido que detenerse en

el plano abstracto y sin contenido, en este punto se determinan que las teorías del fin han sido más importantes y que han influido hasta en la actualidad; por lo cual una «conducta típica estará justificada cuando sea el medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el legislador como justificado» (Roxin, 1997, p. 973).

Las causas de justificación tienen su fundamento en la ponderación de intereses que se afectan, pero cuándo puede entenderse que una determinada causa de exclusión de la responsabilidad penal justifica la conducta y no solo excluye la responsabilidad (Mir Puig, 1982, p.89). Un hecho no vendría a ser típico cuando no es suficientemente peligroso para una especial tutela penal.

Resulta lógico que la estructura de las causas de justificación solo sería posible mediante un enfoque pluralista; pero este no se puede llevar a cabo por la vía de una sistematización cerrada y definitiva en sus contenidos, sino solo perfilando la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa.

Esos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferentes en las diversas causas de justificación; operando como directrices interpretativas para concretar su contenido y permitir ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular (Roxin, 1997, p. 575).

4.1.3. El cumplimiento de un deber como causa de justificación

Durante el desarrollo de la presente hemos visto que las conductas antijurídicas que determinan una acción típica, por una causa que justifique dicho comportamiento puede transformar una conducta en atípica.

El profesor Mir Puig (2004) describió que:

Pero para que el cumplimiento de un deber pueda justificar un hecho castigado con carácter general por la ley penal ha de poder entenderse que el ordenamiento jurídico mantiene la exigencia del deber pese a la prohibición general que el Derecho penal prevé de la conducta debida o permitida (p. 476)

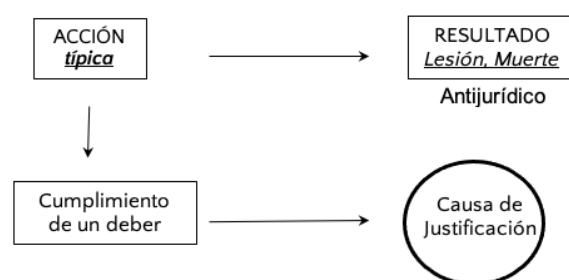
En todo caso la exigencia del deber es el mandato imperativo que se tendría que cumplir para el funcionamiento correcto del Estado, aun cuando en el cumplimiento del mismo se vulneren derechos, la justificación recaería directamente en el cumplimiento del mandato imperativo que sobrepasa la conciencia del sujeto que la realiza. Vale preguntarse si el atentado contra el bien jurídico es previsible para justificarlo con el mandato del cumplimiento de un deber.

Evidentemente «en este supuesto es la propia ley penal la que crea el deber de lesionar algún bien jurídico penalmente protegido» (Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 2004, p. 477). Así por ejemplo el imponer el deber de impedir determinados delitos, lo que bien supone el deber de realizar determinadas coacciones, malos tratos lesiones e incluso la muerte.

En otras palabras, el cumplimiento del deber deriva del cargo que tienen tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional, cuando en el ejercicio de un deber se lesiona un bien jurídico, este viene a ser el presupuesto de la eximente, sin ello no habría el supuesto de la causa de justificación de la antijuridicidad.

Con ello podemos expresar que la conducta antijurídica realizada por las fuerzas armadas constituye el desprendimiento de la voluntad del poder legislativo del Estado, ello referido a la voluntad popular encarnada en el mandato de lesionar un bien jurídico en salvaguarda de la tranquilidad social.

Veamos el siguiente esquema:



4.2. La utilización de armas u otros medios de defensa

A lo largo de la historia, la humanidad ha ido adaptándose a su medio y abriéndose paso de forma generalmente violenta; pero, en la antigüedad, las armas con las que se hacía la guerra eran muy limitadas: espadas, lanzas y flechas fundamentalmente.

Los hombres tenían que combatir cuerpo a cuerpo y eso limitaba sus posibilidades (Ministerio de Defensa, 2011, p. 09). Hoy en día la situación es completamente distinta, las armas son infinitamente más eficaces y algunas de ellas pueden producir bajas y destrucción en grandes proporciones. Esto ha llevado a los pueblos y a los gobernantes a comprender que la guerra ya es tan peligrosa que puede suponer la desaparición de la vida en nuestro planeta (Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 09).

De hecho, la Ley de Armas y Municiones regula específicamente las actividades relacionadas con armas de fuego y municiones, así como también crea diferentes tipos penales sobre la materia. «Un diagnóstico sobre la aplicación de la legislación en materia de armas y municiones con jueces y juezas de juzgados de paz, primera instancia y sentencia, estudiando distintos casos ejecutoriados en los cuales se involucraron armas y municiones» (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 03).

De conformidad a los casos estudiados, así como al diagnóstico elaborado, se realiza el presente estudio de casos con el fin de servir de herramientas para los Jueces y Juezas en la tarea diaria de impartir justicia y específicamente en la aplicación de la legislación en materia de armas y municiones.

De conformidad a la definición anterior, la clasificación como arma de fuego radica en el propósito del arma o del objeto; es decir, que pueda descargarse una bala o proyectil, y por lo tanto como arma de fuego puede catalogarse desde una pistola de fabricación industrial hasta un arma hechiza o de fabricación casera, ya que ambas poseen cañón por el cual puede descargarse una bala o proyectil (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 10).

Según José Ermides López Marroquín, perito del laboratorio de balística, de las armas peritadas por estar involucradas en hechos delictivos, puede afirmarse «que de cada 10 armas, 4 son legales y 6 son ilegales, y de estas últimas 6, 2 son armas rústicas o hechizas. Lo anterior hace concluir» (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 10), que las armas hechizas seguirán estando presentes en procesos judiciales por mucho tiempo y que, por lo tanto, es necesario uniformar criterios al respecto.

En la configuración del artículo 20 inciso 11 del Código Penal la cuestión del uso de armas por parte de los funcionarios encargados de la custodia de la sociedad, es en ellos que se justifica el uso de las mismas de manera adecuada.

En adelante con la modificatoria última del inciso 11 las armas que pueden emplear los funcionarios públicos (militares o policías) para combatir el crimen son múltiples, esto es, ya no es necesario que utilicen su arma «reglamentaria» sino que pueden emplear cualquier arma o medio en general. «Esto quiere decir que la normatividad pretende desvincularse del arma reglamentaria que la propia institución otorga» (Pérez López, 2016, p. 330), dejando la posibilidad que la actuación de los militares o policías realicen actuaciones con cualquier tipo de arma sin importar su procedencia.

V. Análisis

Para el presente análisis hemos partido de afirmaciones concretas, esto es «la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del CP y sus subsiguientes modificatorias» que lo tendremos como nuestro primer valor de verdad; asimismo tenemos nuestro segundo valor de verdad, es decir «combatir la criminalidad», veamos que los dos valores de verdad responde al derecho positivo fácilmente comprobables, es por ello que podemos decir que nuestras afirmaciones son verdaderas desde un punto de vista lógico, dando fortaleza a la razón por encima de la especulación.

Estos dos valores de verdad propuestos responden a una relación de condición, tal es así que decimos: si se incorpora el inciso 11 al art. 20 del CP, entonces se combate la criminalidad, este mensaje transmite el Estado a la sociedad; esta primera proposición lógica es fácilmente corroborada en el derecho positivo; dejando a salvo que la razón no está siendo alterada por la imaginación.

Entonces para combatir la criminalidad; es decir, bajar los índices de ciudadanos que delinquen, es necesario la incorporación de un tipo penal (inciso 11 del art. 20 del CP), tal proposición debe ser reflejada en el deber ser, en caso no sea así, es solo un mensaje de valor que responde al ser de derecho positivo sin efectos en el deber ser, entendiendo para ello que el ejecutivo ha respetado el Estado constitucional de derecho y no nos encontramos fuera de los alcances de la inconstitucionalidad.

Veamos que la incorporación del inciso 11, traía consigo una finalidad (combatir la criminalidad), la misma que, está plasmada en la otorgación de facultades que deriva el Poder Legislativo al Ejecutivo; entonces, debemos analizar la coyuntura en la que se produce tal derivación de facultades, esto es, incremento de la delincuencias, los ciudadanos viven la inseguridad, las campañas políticas prometen luchar contra la delincuencia, el gobierno de turno necesita implantar estrategias para enfrentarse al mundo criminal y sabe que no puede hacer uso de la fuerza indiscriminada (ajusticiar a los delincuentes) pues las organizaciones internacionales lo observan, los ciudadanos alzan su voz de protesta ante la ineficacia del gobierno para controlar el avance criminal.

Sabe el gobernante que en otras épocas, en un pasado ya lejano la solución hubiera sido conformar un escuadrón de la muerte, que aniquile (quite la vida) a todo delincuente; notablemente el respeto a los Derechos Humanos lo ata de manos pero no de pensamiento; sabe que es importante controlar a la sociedad, necesita una herramienta, necesita utilizar el sistema para controlar al sistema, no puede hacer uso de la psicología, tampoco de la medicina y mucho menos de la

historia, necesita del derecho, pero no de cualquier derecho, es urgente invocar el derecho penal para ejercer control social formal.

Desde luego el derecho penal tiene como característica ser el más gravoso, despierta con la finalidad de ejercer control en la sociedad, el mensaje es claro, las fuerzas del orden a partir de ahora pueden causar lesiones o muerte en el ejercicio de su deber constitucional pero la labor no es sencilla, late en el corazón del derecho penal el *Nullum Crimin Sine Lege*, debe regularse la manera con la que se pretende enviar mensajes de valor al ciudadano, se incorpora el inciso 11 en el art. 20.

Incluido en el concepto del derecho penal simbólico, como una de sus clasificaciones encontramos las denominadas leyes de compromiso que tiene como núcleo satisfacer la necesidad de actuar, para controlar la sociedad a través de la fuerza, del castigo, de la lesión de la salud, del quitar la vida.

Concretizando en un Estado constitucional de derecho se necesita justificar la necesidad de actuar de la PNP y de la FFAA, esto se quiso hacer al justificar el uso de la fuerza, toda vez, que la conducta desplegada contraviene el orden jurídico en su totalidad, paralelamente de cumplirse lo descrito por el tipo se vulnera el bien jurídico ya protegido por el Estado, no puede existir una contrariedad en el orden jurídico, es oportuno justificar el actuar, nada más estratégico que derrotar el derecho penal con el mismo derecho penal.

En todo caso para incluir la posibilidad de vulneración del bien jurídico era necesario incluir el valor de verdad primigenio en una categoría del delito que permita justificar la conducta que desplegarán las FFAA y la PNP, nada más oportuno que incluirlo en la antijuricidad como causa de justificación; empero, se han generado una doble problemática, por un lado una confrontación con lo ya estipulado en el inciso 8 del art. 20 del CP, y la aplicación de la causa de justificación en el supuesto del cumplimiento del deber dentro de los parámetros constitucionales.

VI. Conclusiones

1. La incorporación del inciso 11 al artículo 20 del Código Penal, no ha cumplido con la disminución de la criminalidad, respondiendo este a un derecho penal simbólico, no teniendo efectos en la realidad.
2. Se ha otorgado a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional amplia prerrogativa para causar lesiones incluso muerte en el ejercicio de sus funciones, teniendo como fundamento la lucha contra la criminalidad.
3. El Tribunal Constitucional ha referido que la incorporación del inciso 11 al

artículo 20 del Código Penal no deviene en inconstitucional, sino que nos encontramos frente a una mala técnica legislativa.

4. Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional al causar lesiones o muerte su conducta será justificada siempre que su actuación se rija por las normas constitucionales.

VII. Lista de referencias

HURTADO POZO, J. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Idemsa.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. (2003). Con licencia para matar «Análisis de la *autógrafa que modifica el artículo 20 inciso 11 del Código Penal para exonerar de responsabilidad penal a policías y militares que causen lesiones o muerte, en cumplimiento de sus funciones*». Instituto de Defensa Legal, área de Seguridad Ciudadana.

INSTITUTO DE ENSEÑANZA PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. (s/f). Manual de *capacitación en material de armas y municiones para operadores de justicia*. Guatemala: Iepades.

MINISTERIO DE DEFENSA. (2011). *Las Fuerzas Armadas en defensa de la paz y la seguridad*. España: Imprenta Ministerio de Defensa.

NIEVES, J. M. (12 de 09 de 2019). *Ser pro*. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=HgN_IV_9Obo.

MIR PUIG, S. (2008). *Derecho Penal: Parte General*. 8.^a ed., Barcelona: Editorial Repetor.

PÉREZ LÓPEZ, J. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad penal*. Lima: El Búho E.I.R.L.

ROXIN, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

Derecho Laboral y Procesal Laboral



La pretensión de reposición al empleo en el Perú: algunas observaciones desde el *quaestio iuris* y *quaestio facti*

The request for reposition to employment
in peru: some observations from
the *quaestio iuris* and *quaestio facti*

VALDIVIA DÍAZ, Franklin(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Tipos de despido en el derecho peruano. III. Quaestio iuris y quaestio facti del despido. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: En el Perú, la jurisprudencia ha establecido, en calidad de precedentes vinculantes, los tipos de despido que pueden verse protegidos con la reposición al empleo del trabajador, estableciendo que cualesquiera sean estos, los trabajadores tendrán derecho o a una indemnización por despido arbitrario o a la reposición en el empleo.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú (UNC), y maestría de la Maestría en Ciencias con mención en Derecho Laboral y Procesal Laboral de la EPG de la UNC. Docente de pre grado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Con estudios concluidos de especialización en Bases del Razonamiento Probatorio, por la Universidad de Girona, España.

A partir de ello, la práctica judicial ha venido imponiendo que los hechos como las calificaciones sobre estos, en el despido, sean establecidos por las partes en el proceso, sin que exista posibilidad procesal real de que las calificaciones jurídicas que se hagan sobre los hechos, posteriormente sean corregidas por el juez, quien, en todo caso, se limitará a evidenciar si dicha calificación ha sido correcta o no; siendo que, de no serlo, la demanda se declarará infundada.

Dicha situación, nos parece, se sustenta en una incomprensión sobre lo que son las cuestiones fácticas y las cuestiones jurídicas del despido, donde se ubican la calificación de los hechos; pero, además, se debe a una falsa optimización del derecho a la defensa del demandado. Ello, genera un atentado contra el fin del proceso: resolver el conflicto a partir de la comprobación de veracidad de los enunciados sobre los hechos.

Palabras clave: Despido nulo, despido incausado, despido injustificado, despido fraudulento, *quaestio iuris*, *quaestio facti*, hechos, hechos probados, calificación de los hechos, hechos y verdad.

Abstract: *In Peru, the jurisprudence has established, as binding precedents, the types of dismissal that can be protected with the reinstatement of the worker, establishing that whatever these are, the workers will be entitled to either compensation for arbitrary dismissal or replacement in employment.*

As a result, judicial practice has been imposing that the facts such as the qualifications of these, in the dismissal, be established by the parties in the process, without there being a real procedural possibility that the legal qualifications made on the facts, later they are corrected by the Judge, who in any case, will limit himself to showing if said qualification has been correct or not; being that, if not, the claim will be declared unfounded.

This situation, it seems to us, is based on a misunderstanding about what are the factual issues and the legal issues of dismissal, where the classification of the facts are located; but also, it is due to a false optimization of the defendant's right to defense. This generates an attack against the end of the process: resolving the conflict by verifying the truth of the statements about the facts.

Key words: *Null dismissal, Unfair dismissal, Unfair dismissal, Fraudulent dismissal, Quaestio iuris, quaestio facti, facts, proven facts, qualification of facts, facts and truth.*

I. Introducción

En el derecho laboral peruano, se estudia con frecuencia el «despido» del trabajador, traducida en la acción concreta del empleador que de manera unilateral y sin causa válida, da por terminada la relación de trabajo. Frente a este supuesto, jurisprudencialmente se ha establecido precedentes vinculantes que establecen

diferentes tipos de despido (04), que tienen, se entiende, configuración fáctica distinta; y que, sin embargo, tienen la misma protección: la indemnización por despido arbitrario o la reposición al empleo.

Sin embargo, cuando en la búsqueda de esta protección, se materializa la pretensión de reposición, considerada como aquella que contiene el pedido de que el trabajador sea repuesto a su empleo bajo determinadas causas, la práctica judicial exige que quien lo solicite, no solo peticione la reposición en sentido genérico, sino que dentro de este (el petitorio), establezca el tipo de despido que se ha materializado. Esta exigencia de calificación del despido, sin embargo, consideramos que no corresponde al contenido del petitorio, sino, y en todo caso, a la causa de pedir, que contiene no solo razones fácticas que motivan el pedido, sino también razones jurídicas que vendrían a ser *calificaciones jurídicas*. Esta práctica, a su vez, genera que en caso el peticionante haya calificado un tipo de despido distinto al que el juzgador «evidencia» la demanda no sean amparada, sino que será declarada como infundada, lo que no solo atentaría contra las diferencias sustanciales entre los hechos y su calificación, sino contra la finalidad misma del proceso judicial: resolver el conflicto jurídico en base a la verdad.

Por ello, en adelante desarrollaremos las razones por las que consideramos, esta práctica judicial, confunde el *quaestio facti* y *quaestio iuris* del despido, y al hacerlo, imposibilita la búsqueda de la verdad en la resolución del conflicto, bajo una falaz predominancia del derecho a la defensa del demandado.

II. Tipos de despido en el derecho peruano

Los describiremos sucintamente, con la única intención de que, posteriormente, podamos evidenciar rápidamente los hechos que los configuran (condición factual) y su respectiva tipificación (calificación jurídica); a fin de materializar los objetivos señalados anteriormente.

II.1. Despido nulo

Respecto al despido nulo, el literal a) del fundamento 15 de la Sentencia N.º 976-2001-AA/TC, ha establecido que:

«Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Legislativo N.º 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2; inciso 1) del artículo 26 e inciso 1) del artículo 28 de la constitución.

Se produce el denominado despido nulo, cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales. Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición).
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
- Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626).
- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050)».

II.2. Despido incausado

Sobre el despido incausado, conforme lo establece el literal b) del fundamento 15 de la Sentencia N.º 976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

«Se produce el denominado despido incausado, cuando:

Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique».

En consecuencia, el despido incausado puede presentarse en los siguientes supuestos fácticos: i) despido comunicado por escrito, sin expresión de causa; ii) despido comunicado verbalmente, sin expresión de causa; iii) despido de facto; iv) despido materializado a partir del supuesto vencimiento de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, que resulta fraudulento.

II.3. Despido injustificado

El despido injustificado, al igual que el despido incausado, nace de la voluntad del legislador, que en el artículo 34 del TUO del D.L. N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o por «...no poderse demostrar esta en juicio...». Al primero, se lo conoce como despido incausado, en tanto al segundo se le ha denominado despido injustificado.

Al respecto, podemos afirmar que el despido injustificado parte de la imputación de una falta existente; sin embargo, al momento de verificar su suficiencia o gravedad para tenerla como causa «justa» de despido, no se logra probar; quedando en todo caso, como un despido desproporcional: meramente arbitrario.

II.4. Despido fraudulento

Este tipo de despido, al igual que los anteriores, también fue definido y configurado por el Tribunal Constitucional, mediante el literal c) del fundamento 15 de la Sentencia N.º 976-2001-AA/TC. Así, este estableció que:

«Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

— Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la «fabricación de pruebas».

En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.

Estos cuatro tipos de despido, derivados todos del despido arbitrario al que se refiere el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, fueron, por utilizar el término más idóneo posible, ratificados por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2005: Caso César Antonio Baylón Flores; donde, en el fundamento 3. establece que «...los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, *supra*, constituyen **precedente vinculante inmediato** de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst. (...)».

III. Quaestio iuris y quaestio facti del despido

Como se puede observar, los precedentes vinculantes a los que hemos hecho referencia anteriormente, han establecido cuatro tipos de despido, todos, com-

prendidos en el tipo «despido arbitrario» al que se refiere el artículo 27 de nuestra Constitución Política. Cada uno de estos tipos de despido, tienen diferentes supuestos fácticos de configuración; y viceversa, cada supuesto fáctico está contenido en una calificación diferente de despido; sin embargo, todos conllevan a generar las mismas consecuencias: la indemnización por despido arbitrario o la reposición al centro de empleo.

Por tanto, existen cuestiones fácticas y cuestiones jurídicas, que necesariamente debemos resolver a fin de tramitar un proceso judicial idóneo: ¿pueden «diferenciarse» las cuestiones fácticas de las cuestiones jurídicas, en el despido?, ¿quién debe calificarlas: ¿el juez o las partes procesales, en base a qué?, ¿cuál es la consecuencia en el fin del proceso, de que no se califique jurídicamente de manera adecuada, a un supuesto fáctico de despido?

Para ello, realizaremos una clasificación sobre los hechos del despido, de acuerdo a la estructura clasificatoria sobre los hechos que realiza el profesor (GONZÁLES LAGIER, 2003).

Hechos físicos: 1. Independientes de la voluntad: 1.1. Estados de cosas («La puerta estaba abierta»).	Como hemos visto, el despido siempre es una acción voluntaria del empleador; por tanto, el despido no podría ser clasificado dentro de este tipo de hechos.
1.2. Sucesos («La puerta se cerró»).	
1.3. Acciones involuntarias: actos reflejos («Dio un manotazo dormido») y omisiones involuntarias («Se quedó dormido y no me despertó»).	
2. Dependientes de la voluntad: 2.1. Acciones positivas: 2.1.1. Acciones intencionales («Se compró un coche deportivo»)	En esta clasificación, el despido, consideramos puede ser una acción intencional (despidió al trabajador); sin embargo, consideramos que también puede presentarse como una acción no intencional, por ejemplo, cuando el empleador asume la fecha de término del contrato se está venciendo, pero desconoce que este —por principio de primacía de la realidad— se ha convertido en uno a plazo indeterminado (supuesto de despido incausado). En este supuesto, si bien puede asumirse que tal acción fue intencional, en tanto el empleador no puede excusarse en el desconocimiento de la Ley para despedir, consideramos que esta situación nada tiene que ver con la «intención» que tiene quien comete la acción, sino con los efectos jurídicos que producen determinadas situaciones.
2.1.2. Acciones no intencionales («Atropelló a un peatón por conducir excesivamente rápido»)	
2.2. Omisiones 2.2.1. Omisiones intencionales («Cosimo decidió no bajarse del árbol y nunca más lo hizo»).	
2.2.2. Omisiones no intencionales (Olvidó cerrar el grifo de la bañera mientras cocinaba»).	

	Ambos ejemplos, nos sirven también para ejemplificar los supuestos de omisiones. Así, para que el despido sea válido, el empleador debe seguir ciertas reglas previas al mismo, y de no hacerlo dicho despido, en sentido genérico, arbitrario. Por ello, los tipos de despido también pueden estar definidos por omisiones (de seguir el procedimiento disciplinario, por ej.), ya sea intencional (despido incausado, fraudulento, injustificado), como no intencional (desconocimiento sobre una obligación).
B) Hechos psicológicos: 1. Estados mentales 1.1. Voliciones: Deseos («deseaba ser rico») e intenciones («tenía la intención de matarlo para heredar su fortuna»).	En la clasificación de hechos psicológicos relacionados al despido, consideramos que si bien en todo actuación humana existe una base psicológica y por tanto en todo tipo de despido, el hecho psicológico en el derecho y el despido, importa en el Despido Fraudulento, donde existe según su definición normativa una intención dañina y ánimo perverso; siendo así, importan —como hechos— las voliciones y deseos del empleador. Así mismo, si el empleador cree que no debe seguir procedimientos previos, estaremos ante un despido donde importe un hecho psicológico de creencia. En este punto, consideramos que los hechos psicológicos de creencia pueden tener relación directa con los hechos no intencionales.
1.2. Creencias («Creía que podría envenenarlo con pequeñas dosis de cianuro»).	
1.3. Emociones («Sentía una gran animadversión hacia su vecino»).	
2. Acciones mentales («calculó mentalmente las consecuencias», «decidió hacerlo»).	
C) Relaciones de causalidad («La ingestión de aceite de colza fue la causa del síndrome tóxico»).	En cuanto a las relaciones de causalidad, pueden evidenciarse en los supuestos de despido nulo, donde se despida al trabajador o trabajadora por causas provocadas por determinadas condiciones relacionadas a los derechos fundamentales: se despide por el embarazo, por su actuación sindical, como consecuencia de que el trabajador está infectado con SIDA, y otros supuestos.

III.1. ¿Pueden «diferenciarse» las cuestiones fácticas de las cuestiones jurídicas, en los tipos de despido: quién establece cada una de ellas?

De acuerdo a (GONZÁLES LAGIER, 2003);

«La calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica. El hecho interpretado/calificado no existiría (no sería posible tal interpretación: la calificación) si no existiera la norma jurídica

(que es la que crea la clase genérica de hechos en la que se subsume el hecho individual), de manera que no es posible sostener que los problemas de calificación son cuestiones específicamente de hecho. Determinar si el hecho X, una vez probado, puede subsumirse en el antecedente de la norma N es una operación que requiere comprobar si tal hecho presenta las propiedades que se indican en dicha norma, por lo que los problemas para determinar el significado de la norma se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los problemas de calificación y de interpretación aparecerán entrelazados». (p. 13)

En consecuencia, debemos partir de que los tipos de despido existen, en tanto y en cuanto están establecidos como tales por reglas jurisprudenciales, que definen su configuración; por tanto, dentro del razonamiento en el proceso, lo primero que debe determinarse es qué tipo de supuesto fáctico se presenta cuando se materializa el despido: no se permite el ingreso del trabajador al centro del empleo, sin aviso de ningún tipo, se imputa una falta bajo pruebas creadas no acordes con la realidad; etc.; luego de lo cual, el operador jurídico deberá establecer en qué tipo de despido se subsume. Nótese que el citado profesor, incide en que resulta difícil diferenciar entre «interpretar» y «calificar», lo que no quiere decir que es un imposible diferenciar al supuesto fáctico de la calificación que se le otorga; mucho más, si el despido se presenta como una condición de hecho, que como hemos visto anteriormente, se clasifican en hechos intencionales, no intencionales, psicológicos y causales. En otras palabras, no se puede despedir al trabajador bajo supuestos abstractos o simplemente comunicándole su decisión de despedir al trabajador, sino que esta intención: comunicación, tiene que verse materializada en la realidad. Siendo así, la forma en la que se materialice el despido (supuesto fáctico), definirá la calificación jurídica que se le otorgue. Por tanto, es posible afirmar que, en el despido, sí es posible diferenciar el supuesto fáctico de la calificación jurídica.

Por supuesto, no toda calificación jurídica resulta sencilla, pues existen supuestos —en el despido— que presentan ambigüedades. Por ejemplo, en el supuesto fáctico en que se despida a una trabajadora embarazada alegando que sustrajo una herramienta de trabajo (hurtó) y para ello se ha *forzado* una declaración del vigilante de la empresa; o, que se despida a un dirigente sindical sin previo aviso, y menos de exponerle causa alguna. En el primer ejemplo, estando la trabajadora «gestando» al momento del despido, bien puede presumirse que el despido se debe a ello, por lo que se configuraría un despido nulo; además, al forzarse pruebas (crearlas) con la intención de encubrir la intención fraudulenta del despido, también puede calificarse a tal acción como despido fraudulento. En el segundo ejemplo, el despido del dirigente sindical puede, con determinadas variables, cali-

ficarse como despido nulo, o como despido incausado, pues no se le ha realizado en su contra procedimiento disciplinario y menos expresado causa de tal decisión.

En estos casos, consideramos, el demandante debe fundamentar el tipo de despido, de acuerdo a los elementos de prueba que tenga, en base a la clasificación sobre los hechos que anteriormente se ha realizado; es decir, si puede evidenciar el hecho psicológico de hacer daño como intención del empleador; entonces, preferirá el despido fraudulento; de lo contrario, debería preferir el despido nulo.

Sin embargo, estos aparentes problemas de calificación, son solo ello, problemas de calificación, que a su vez devienen de una indeterminación interpretativa. En otras palabras, ello quiere decir que siempre que existan problemas de interpretación existirán problemas de calificación, pero ello no quiere decir que no se diferencien las cuestiones fácticas de las cuestiones jurídicas.

En consecuencia, es posible diferenciar entre cuestiones fácticas y cuestiones de calificación, para lo cual, debemos incidir en principio, el tipo de hechos que se presentan (clasificación sobre los hechos).

III.2. ¿Cómo incide en el descubrimiento de la verdad?

Habría que empezar estableciendo quién introduce las cuestiones fácticas al proceso y quién establece las cuestiones jurídicas; y por supuesto, a través de qué instrumentos. Aclarado siempre, que los hechos no se introducen en *bruto* sino que se realiza a través de enunciados, por tanto, los elementos de prueba deben responder directamente al contenido de los enunciados que a su vez respalda una pretensión, pues estos, a decir de (TARUFFO, (2008) III), «...es formulado por alguien en una situación concreta, y generalmente, con una finalidad específica».

Ahora bien, en nuestro ordenamiento normativo diseñado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, se ha establecido, entre otros, quién tiene la carga de la prueba (del despido). Así, se ha establecido en su artículo 23.4 que «De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: (...) c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido»; en tanto que el artículo 37 del TUO del D.L. N.º 728 ha establecido que «Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos». Por tanto, resulta que el trabajador tiene la carga de la prueba del despido (actuación material) y el empleador tiene la carga de la prueba del motivo que dio origen a tal actuación. Siendo así, quien establecer los enunciados de la existencia del despido (cuya veracidad debe demostrarse a través de los elementos de prueba) es el trabajador. En su caso, en tanto debe garantizarse el derecho de defensa del

empleador demandado, puede ofrecer elementos de prueba que desvirtúen la existencia de despido (señalando, por ejemplo, que existió renuncia) o evidenciar que este se basó en causa justa. Por supuesto, estas posibilidades también deberán ser canalizadas a través de enunciados.

A su vez, como poder probatorio, el Juez puede ordenar la incorporación de medios probatorios de oficio, sin embargo, estos no pueden salir del contexto fáctico establecido por las partes en los actos postulatorios. Así lo establece el Código Procesal Civil (de aplicación supletoria a los procesos laborales) en el artículo 194:

Artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

En consecuencia, el juez laboral no puede reemplazar a las partes, y su poder probatorio de prueba de oficio se encuentra limitado a la fuente de prueba (contexto fáctico, en el sentido referido por (TARUFFO, (2008) III)) establecido por las partes; de lo contrario, tal actuación será revocada. Siendo así, quien introduce los enunciados sobre los hechos, quien ofrece los medios probatorios y quien limita el poder probatorio del Juez en la prueba de oficio, son las partes en el proceso. La condición fáctica entonces, es delimitada por las partes en el proceso.

En el trámite de la pretensión del despido, por lo tanto, son el trabajador demandante y el empleador demandado quienes establecen los límites fácticos. Así, dependiendo a las reglas de distribución de la carga de la prueba a las que hemos hecho referencia con anterioridad, el trabajador podrá enunciar el contexto en el que se materializó el despido y el empleador podrá establecer las condiciones fácticas justificantes del mismo.

Esta exigencia de definición de las condiciones fácticas, sin embargo, no es óbice para que las partes —a través de su demanda y contestación— señalen los fundamentos jurídicos que sustentan sus pretensiones. Es más, a las partes se les exige que fundamenten jurídicamente su petitorio. Así se ha establecido en el literal 7 del artículo 424 del Código Procesal Civil: «La demanda se presenta por escrito y contendrá: (...) 7. La fundamentación jurídica del petitorio». ¿Qué implica ello? ¿Acaso que el demandante y el demandado también se encuentren

obligados a calificar jurídicamente los hechos materia de juicio? Consideramos que estas preguntas se resuelven al leer el artículo VII del Título Preliminar del ya referido código adjetivo, mismo que establece que «El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes».

Por lo tanto, el hecho de que a las partes procesales se les exija, adicionalmente a exponer la condición fáctica, los fundamentos jurídicos que soportan su pretensión, y que contienen a la calificación jurídica sobre los hechos, no quiere decir que estos también sean el límite para el juzgador, pues queda claro que será el Juez el que establezca de manera definitiva, más allá de los sustentados por las partes del proceso, el derecho que corresponda aplicar, lo que obviamente incluye a la calificación jurídica sobre los hechos. En consecuencia, el tipo de despido, en tanto las partes procesales hayan establecido las condiciones fácticas, le corresponde calificar al juzgador: la calificación jurídica de los hechos le corresponde realizar al juzgador sobre los hechos que considere «probados», supuesto que es, podríamos decir, el más intenso de sus poderes probatorios (FERRER BELTRÁN, 2017).

III.3. ¿Qué el juzgador califique, sobre los hechos probados, otro tipo de despido: afecta otras políticas públicas (procesales)?

No obstante, se ha sostenido que definir el tipo de despido en los actos postulatorios: demanda, por ejemplo, es exigible en tanto garantiza el derecho de defensa del demandado: empleador, y además, garantiza un eficaz desarrollo del proceso, ya que contribuye al ofrecimiento de medios probatorios que la demanda puede realizar; por lo que, en los supuestos en los que el demandante calificó el despido de manera distinta a la que el juzgador determina posteriormente que es, la demanda es resuelta como infundada (Casación Laboral N.º 16565-2013-Lima, y otros).

Consideramos, que tal consideración deviene de un actuar donde prevalece un falso derecho de defensa, en tanto este es estructurado a partir de los enunciados sobre los hechos y los medios probatorios ofrecidos por el demandante, pues como ya vimos, la calificación jurídica, tanto la propuesta por el demandante como por el demandado, no es más que una propuesta que será revisada, aceptada o rechazada, por el Juez, quien puede establecer un nuevo supuesto calificadorio en tanto conoce el derecho y no es limitación lo errados que hayan estado las partes en el proceso judicial. Así, el derecho a la defensa es convertido en un obstáculo grave para llegar al veredicto correcto (LAUDAN, *Motivos Dudosos Para Reglas Inadecuadas: El Conflicto Entre Valores*, 2013).

De otro lado, si tenemos en cuenta que el fin del proceso no radica simplemente en resolver un conflicto jurídico, sino en hacerlo en base a la determinación más cercana de lo que realmente pasó en los hechos (externos al proceso), a fin de obtener un veredicto no solamente válido, sino verdadero (LAUDAN, Sobre el Error en el Proceso Penal, 2013).

IV. Conclusiones

- La calificación jurídica del despido, realizado por las partes, no limita el derecho de defensa del empleador demandado, si dentro del desarrollo del proceso se garantiza el derecho de defensa.
- Diferenciar los hechos, la clasificación de estos, así como su calificación, contribuirá a esclarecer los deberes de las partes en el proceso, los deberes del juzgador, así como respetar la finalidad del proceso judicial: resolver el conflicto salvaguardando los valores epistémicos que son presupuestos del otorgamiento de justicia (LAUDAN, 2013), más que en la clasificación jurídica que las partes hicieron sobre estos que hicieron las partes.
- El juez resuelve el conflicto jurídico a partir de la calificación sobre los hechos que considere probados. La calificación que realiza, viene a ser la definitiva, más allá de la propuesta por las partes en el proceso.

V. Lista de referencias

- FERRER BELTRÁN, J. (27 de Diciembre de 2017). *Los Poderes Probatorios del Juez y el Modelo del Proceso*. Girona.
- GONZÁLES LAGIER, D. (2003). *Los Hechos Bajo Sospecha. Sobre la Objetividad de los Hechos y el Razonamiento Judicial*. Quastio Facti, 7 - 19.
- LAUDAN, L. (2013). *Motivos Dudosos Para Reglas Inadecuadas: El Conflicto Entre Valores. En Verdad, error y proceso penal un ensayo sobre epistemología jurídica* (291-316). Barcelona: Marcial Pons.
- LAUDAN, L. (2013). *Sobre el Error en el Proceso Penal. En Verdad, error y proceso penal un ensayo sobre epistemología jurídica*. (21-45). Barcelona: Marcial Pons.
- TARUFFO, M. (2008) III). *Algunas Consideraciones Sobre la Relación Entre Prueba y Verdad. DISCUSIONES: Prueba, Conocimiento y Verdad*. P. 1441.

Sentencia N.º 976-2001-AA/TC
Exp. N.º 0206-2005-PA/TC
Nueva Ley Procesal del Trabajo

Derecho Empresarial y Tributario



Juntas generales virtuales: análisis de nuestra ley general de sociedades

Virtual general meetings: analysis of our general company law

DÍAZ SÁNCHEZ, Juan Carlos(*)

SUMARIO: I. Introducción II. Las sociedades en el derecho peruano. III. Órganos societarios IV. La junta general V. Requisitos para la validez de una junta general. VI. Las juntas generales virtuales VII. Problemas que debe enfrentar la junta general virtual. VIII. Conclusiones IX. Lista de referencias.

Resumen: El estado de emergencia decretado en nuestro país, en razón de la pandemia generada por el avance del COVID-19 en el mundo, nos ha obligado a seguir estrictos protocolos de seguridad, como por ejemplo el aislamiento social. Por ello, se ha prohibido las reuniones, afectando así la posibilidad de realizar las acostumbradas juntas generales de socios. Por ello, en este artículo haremos un análisis de nuestra Ley General de Sociedades, para determinar si es posible hacer juntas generales virtuales y bajo qué condiciones, así como proponer los cambios normativos, para hacer más viable el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Candidato a doctor y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Facultad de Derecho y la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Con estudios de especialización en España, Holanda y Estados Unidos.

Palabras Claves: Sociedad, junta general, virtual, tecnologías de la información y comunicación.

Abstract: *The state of emergency decreed in our country, due to the pandemic generated by the advance of Covid-19 in the world, has forced us to follow strict security protocols, such as social isolation. Therefore, meetings have been prohibited, thus affecting the possibility of holding the usual general meetings of partners. For this reason, in this article we will analyze our General Companies Law, to determine if it is possible to hold virtual general meetings and under what conditions, as well as to propose regulatory changes, to make the use of Information and Communication Technology (ICT).*

Keywords: *Company, general meeting, virtual, information and communication technologies.*

I. Introducción

El 15 de marzo del 2020, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, el gobierno de Perú declaró el estado de emergencia a nivel nacional por quince días calendarios, pero que luego se extendió hasta el 30 de junio del mismo año. Con esta declaración de emergencia se suspendió el ejercicio de los derechos constitucionales y se establecieron diversas limitaciones, como la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas.

Como consecuencia, las personas estaban impedidas de transitar libremente, solo podían hacerlo para tener acceso a servicios y bienes esenciales. Dada tal prohibición, las personas quedaron impedidas de asistir y participar en juntas generales de sociedades anónimas o cualquier otro tipo de sociedad. Y no sólo eso, al establecerse el aislamiento social como una estrategia en la lucha contra la pandemia, quedaron prohibidos las reuniones, y con ello, las juntas generales.

Al 15 de marzo muchas de las sociedades que operan en el Perú ya habían convocado para realizar la Junta Obligatoria Anual, pero no pudieron llevarse a cabo por las limitaciones establecidas por el gobierno. Luego el gobierno diseñó programas de financiamiento, como el denominado Reactiva Perú, que establecía como uno de los requisitos para las empresas que obtengan este beneficio, la prohibición del reparto de utilidades entre tanto esté vigente el crédito. Condición que obligaba, en algunos casos, a realizar la junta obligatoria anual para aprobar los estados financieros del ejercicio económico 2019 y la aplicación de utilidades.

En estas circunstancias muchos directorios y gerentes, se preguntaban si era posible realizar una junta general virtual y, si era posible, bajo qué condiciones, para evitar impugnaciones o nulidades de los acuerdos societarios. Por lo que, en este artículo, analizaremos si bajo tales circunstancias es o no posible realizar una

junta general virtual y además reflexionaremos sobre los cambios que debería tener nuestra vigente Ley General de Sociedades, para aplicar de manera más eficiente, las tecnologías de la información y comunicación, en la realización de juntas generales virtuales.

II. Las Sociedades en el Derecho Peruano

Si bien el derecho societario ya estaba regulado en el último Código de Comercio de 1902, específicamente en la sección primera (de las compañías mercantiles), del libro segundo (de los contratos especiales de comercio); la primera ley, que regulaba de manera específica a las sociedades y desvinculada de los contratos, fue la Ley N.º 16123 y se dio en 1966, llamándose Nueva Ley de Sociedades Mercantiles.

Luego, en 1985, mediante Decreto Supremo N.º 003-85/JUS, se aprueba el TUO de la Ley General de Sociedades y finalmente el 01 de enero de 1998 entró en vigencia la actual y vigente Ley General de Sociedades (en adelante LGS), Ley N.º 26887, la misma que será objeto de análisis en cuanto a las juntas generales virtuales.

Ahora bien, en razón del propósito de este artículo debemos definir lo que es una sociedad. Así para Friedrich Kubler, existen dos clases de sociedades: la sociedad personalista y las corporaciones. Cuando define cada una de ellas dice:

«La sociedad personalista (o sociedad en sentido estricto) ha sido concebida como una pequeña unión de personas, es decir, está pensada para un número reducido de miembros. (...) Las corporaciones (en especial, la asociación, la cooperativa y las sociedades de capital) se conciben como una unión de personas de mayor envergadura: es decir, para un gran número de personas. (...) 1. La corporación trasciende más allá de la permanencia de sus miembros. (...) 2. Las asociaciones y las sociedades de capital tienen un régimen jurídico corporativo: necesitan un nombre para operar en el tráfico jurídico, y un estatuto, en el que se fija su estructura organizativa». (Kubler, 2001, p. 60-62)

De la definición antes mencionada, podemos advertir como elemento característico en las sociedades, la existencia de una unión de personas, obviamente previo acuerdo de ellas, como lo dice nuestra LGS. Pero, además nos precisa que las sociedades de capital, como las sociedades anónimas, en el caso peruano, requieren un régimen jurídico corporativo, lo cual incluye un estatuto en donde se fija su estructura organizativa, y aquí encontramos a la junta general, motivo del presente artículo.

Por su parte, nuestra vigente LGS, si bien no establece una definición de la sociedad, sí nos da los elementos esenciales. Así, en su artículo 1 establece que:

«Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas». De aquí podemos extraer los elementos que caracterizan a una sociedad, como son:

- a) La existencia de un acuerdo de dos o más personas naturales, jurídicas o de ambas.
- b) El aporte de bienes o servicios, según la naturaleza de la sociedad que se constituye.
- c) El ejercicio en común de actividades económicas, esto es, en conjunto y subordinando los intereses particulares al interés de la sociedad.
- d) La búsqueda de un beneficio, pues todo ejercicio de una actividad económica, tiene tal fin. Pero entiéndase al beneficio como un concepto más amplio al de lucro.

Por lo tanto, podemos decir que la sociedad vendría a ser el conjunto de personas naturales o jurídicas, quienes han acordado unirse para el desarrollo de una actividad económica, realizando aportes y en búsqueda de un beneficio.

Conforme a lo establecido en el artículo 6 de la LGS, la sociedad, constituida mediante escritura pública (formalidad de constitución), adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en los registros públicos y la mantiene hasta que se inscriba su extinción. La personalidad jurídica es una ficción legal, por la cual, luego del cumplimiento de determinadas formalidades, la norma otorga a la organización creada, vida propia y autonomía, desvinculándola de los miembros que la conforman.

Por lo tanto, esta nueva entidad llamada persona jurídica, para manifestarse y actuar en el mercado, requiere contar con órganos, cuyas decisiones constituirán la voluntad de la sociedad, según las facultades establecidas en el estatuto.

III. Órganos societarios

Nuestra LGS no nos dice qué debemos entender por «órgano societario». Pero si decimos que la sociedad es una organización, entonces en su interior encontraremos una estructura organizativa, conformada por unidades o entidades, con funciones determinadas y reguladas por el estatuto, a las que la LGS llama «órganos».

A decir de Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, «como cualquier persona jurídica, la sociedad anónima necesita órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos y estipular los negocios jurídicos

con terceros a través de los cuales realiza el objeto social para cuya consecución fue constituida». (Broseta & Martínez, 2008, p. 410)

En tal sentido, los órganos societarios resultan ser imprescindibles para la existencia, vida y funcionalidad de cualquier sociedad, pues a través de ellos se expresa la voluntad de la sociedad y se celebran los actos jurídicos con terceros. Por lo que, si los órganos societarios no pueden funcionar, por las limitaciones físicas (como la prohibición de reunirse como consecuencia de un estado de emergencia) o legales (cuando la norma no es flexible o no ha previsto situaciones excepcionales), entonces la sociedad no podrá expresar su voluntad ni celebrar actos jurídicos. Esto no solo afecta el dinamismo económico del mercado sino además podría generar graves perjuicios económicos para las sociedades.

Ahora bien, nuestra LGS establece la estructura de la organización llamada sociedad. Pero considerando que en la misma ley existen diversas formas societarias, debemos tener presente que la estructura estará en función de cada una ellas. Así, por ejemplo, en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (SRL), en su estructura no existe el directorio, a diferencia de la Sociedad Anónima (SA), en donde la existencia del directorio es obligatoria. Pero, cualquiera que sea la forma societaria, necesariamente tendrá como máximo órgano societario, a la Junta General.

IV. La Junta General

A decir de Víctor Manuel Garrido de Palma «La junta es, generalmente, una reunión de accionistas constituidos en junta general. Al hablar de «reunión de accionistas constituidos en junta», se quiere poner de manifiesto que la Junta general presupone la presencia simultánea de los socios con el fin de adoptar los acuerdos sociales». (Garrido, 1993, p. 50)

Como podemos observar de la definición antes citada, respecto de la junta general, siempre se ha pensado en una reunión física, con la presencia de los socios o sus representantes, y simultánea, es decir, en el mismo momento y lugar. Pero el crecimiento de las sociedades anónimas, llegando a las sociedades con accionariado difundido (en donde las acciones están difuminadas en miles de socios), ha obligado a repensar, si bien no tanto en el concepto, pero sí en la forma de llevarla a cabo. A esto se ha sumado, las enormes facilidades que hoy da la aparición de las tecnologías de la información y comunicación, que permite tener reuniones virtuales, a pesar que las personas están en diferentes lugares, a miles de kilómetros. Según lo establecido en el artículo 111 de nuestra LGS:

«La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general».

La norma citada, expresamente nos dice que la junta general es el órgano societario más importante de la sociedad, pues se trata del órgano de mayor jerarquía en la estructura orgánica. Aquí se toman las decisiones más importantes, que pueden cambiar la estructura de la distribución del capital (a través de un acuerdo de aumento o reducción de capital), la naturaleza de la sociedad (a través de un acuerdo de transformación) o incluso decidir el inicio del procedimiento de desaparición de la sociedad (acordando la disolución y liquidación de la sociedad).

Por su parte, Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez-Calero Guilarte, nos dice que «esta consideración de la junta como órgano soberano de la sociedad responde, en cierto sentido, al ideal «democrático» de la configuración de la sociedad anónima, en la que los administradores están plenamente sometidos a la voluntad de los socios adoptados en esta Junta». (Sánchez & Sánchez-Calero, 2006, p. 439)

Pero, además de ser el órgano societario más importante, los autores antes mencionados nos dan dos características adicionales, que nos permiten comprender con mayor amplitud, la relevancia de este órgano societario. Por un lado, nos dicen que se trata de un órgano democrático, en donde todos los socios tienen derecho a participar con voz y voto (excepto los titulares de acciones sin derecho a voto) y cuyas decisiones son soberanas, de obligatorio cumplimiento. En este «ideal democrático»⁽¹⁾, los socios deberían tener la posibilidad y facilidad de participar y formar parte de las decisiones. Por lo tanto, una legislación que busque la plena participación de los socios en las juntas generales, será una que contribuya al logro de tal «ideal democrático».

Además, este «ideal democrático» debería ayudar a establecer la voluntad de los socios (dueños del capital), por encima de la voluntad de los administradores (directorio y gerentes). Una tarea casi imposible en las sociedades de accionariado difundido,

(1) El «ideal democrático», no debe ser entendido como igualdad entre los socios, sino igualdad en el derecho de participación. Hacemos esta precisión, pues particularmente en las sociedades anónimas y en la sociedad comercial de responsabilidad limitada, podría no haber una igualdad plena, dado que se permite que uno o más socios tengan una mayor participación en el capital social, lo cual les podría permitir (en función del porcentaje) tomar decisiones, incluso sin necesitar la conformidad de otros socios.

en donde los miles de miles de socios, al ser propietarios de porcentajes insignificantes de acciones, no les interesa participar en las juntas generales y por lo tanto no forman parte de las decisiones. Produciéndose aquí una ilógica situación, que lleva a un conflicto de intereses: los dueños del capital no toman decisiones, éstas son tomadas por los administradores, quienes no son dueños y no están arriesgando su capital.

La situación antes mencionada también se puede presentar en sociedades de menor magnitud, como aquellas que tienen 50 socios o 100 socios, en donde al creer que solo se es titular del 1 % del capital, resultaría innecesario participar en una junta general. Por ello, una de las grandes preocupaciones que deberían tener los legisladores, es cómo promover la participación de los socios en las juntas generales. Para lograrlo se debe pensar en cómo lograr la funcionalidad de la junta general aprovechando el uso de las TICs.

V. Requisitos para la validez de una Junta General

Dada la importancia de las decisiones que se toman en junta general, como órgano soberano de la sociedad, es menester considerar los requisitos para su validez. Pues cuando hablemos de las juntas generales virtuales, de sus condiciones y modalidades, debemos considerar siempre en cuidar el cumplimiento de todos los requisitos de validez.

Si bien en nuestra LGS no se ha establecido de manera expresa los requisitos de validez que deben cumplir las juntas generales, estos podemos deducirlos del artículo 111 de tal norma, en donde se mencionan los siguientes requisitos:

- a) La convocatoria: tiene por objeto poner en conocimiento de los socios, la realización de una junta general, precisando el lugar, hora, día y asuntos a tratar.
- b) El quórum: es la representación mínima de acciones exigida por ley o el estatuto, para que se pueda iniciar una junta general. Se establece en porcentajes, en función del capital total de la sociedad.
- c) Las mayorías para tomar acuerdos: hace referencia al número mínimo de acciones suscritas con derecho a voto, que se requiere para tomar acuerdos. También está establecido en la LGS, pero el estatuto podría recoger otros porcentajes.
- d) El tema a tratar sea de su competencia: significa que la junta general, a pesar de ser el órgano supremo, no podrá tratar cualquier tema, sino solo los temas que expresamente se han establecido en el estatuto, como temas de su competencia. Esto quiere decir que, la junta general siempre tendrá como límite la LGS y el estatuto.

En razón de lo antes señalado, cuando se realice una junta general, siempre se debe considerar el cumplimiento de los requisitos antes señalados. Ahora bien, si comenzamos hablar de una junta general virtual, debemos analizar cómo cumplimos con tales requisitos con esta nueva modalidad, en especial, respecto a la convocatoria, el quórum y la mayoría. Pues estos requisitos inciden directamente en el tema que estamos abordando.

VI. Las Juntas generales virtuales

Las juntas generales virtuales es el resultado de la relación entre la junta general y el uso de la Tecnología de la Información y Comunicación (TIC). Es decir, la realización de la junta general por medios electrónicos o telemáticos, como el uso del correo electrónico, WhatsApp, reuniones virtuales como el zoom o el meet, o herramientas tecnológicas creadas de particular por cada sociedad. Andrés Recalde Castells nos habla sobre esta relación:

«Durante la última década se viene afirmando que las TIC pueden contribuir de forma importante a solventar los déficits tradicionales de este órgano y a mejorar de forma sustancial la posición de los accionistas, facilitándoles el ejercicio de sus derechos individuales, y en particular el de voto. En este sentido se señala que Internet es un instrumento útil desde la perspectiva del corporate governance y de la introducción de la democracia accionarial, al facilitar el desarrollo y la participación de los accionistas.

«Las TIC pueden incidir en muchos sectores del derecho de sociedades: desde la generación y difusión de información relevante para los accionistas y el mercado, pasando por el registro de las titularidades de las acciones en soportes informáticos a los que se reconocen efectos legitimadores o, incluso, en relación con los efectos vinculados a la transmisión de las acciones. Pero, sobre todo, pueden simplificar el funcionamiento de los órganos sociales». (Recalde, 2007, p. 13)

Una vez más se reafirma la importancia de generar democracia en las sociedades, y esto pasa por facilitar el desarrollo de las juntas y promover la participación de los accionistas. En el año 2020 y en los años que vienen, el uso de las TIC será fundamental para lograr este cometido, pues vivimos un mundo globalizado, con inversiones transnacionales, socios que domicilian en diferentes países, o domiciliando incluso en la misma ciudad, necesitan ahorrar distancias y tiempo.

Ahora bien, si hemos dicho que para la validez de una junta general se requiere cumplir con los requisitos que ya hemos señalado, entonces el análisis de

nuestra LGS, sobre la viabilidad de una junta general virtual, la realizaremos en función a tales requisitos, en especial de los tres primeros requisitos mencionados en el numeral anterior.

a) La convocatoria

Para realizar una junta general, la convocatoria es el primer paso y el primer requisito que debe cumplirse. Excepto que se trate de una junta universal (cuando la totalidad de acciones o participaciones están representadas en junta), en cuyo caso no se requiere convocatoria previa.

Al ser el primer requisito, debe hacerse cumpliendo con las formalidades exigidas por la LGS, el incumplimiento de alguna formalidad puede ser causal de impugnación de los acuerdos societarios. Esta formalidad estará en función de la forma societaria adoptada. Así, en el caso de la Sociedad Anónima (SA) y la Sociedad Anónima Abierta (SAA), la convocatoria se realiza por medio de una publicación en el diario en donde se insertan los avisos judiciales, conforme así lo establecen los artículos 116 y 258 de la LGS, respectivamente.

En cambio, en el caso de la SAC (artículo 245 de la LGS) y la SRL (numeral 3 del artículo 294 de la LGS), la convocatoria se realiza a través de un medio diferente al establecido para la SA y SAA. Tanto para la SAC y la SRL la norma establece la misma formalidad para la convocatoria, así, en el artículo 245 de la LGS cuando se refiere a la convocatoria a junta general en la SAC, dice:

«La junta de accionistas es convocada por el directorio o por el gerente general, según sea el caso, (...), mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, **correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción**, dirigidas al domicilio o a la dirección designada por el accionista a este efecto». (el resaltado es nuestro)

Como podemos observar de la norma citada, respecto de la SAC y la SRL, se deja abierta la posibilidad para el uso de las TIC para realizar la convocatoria a junta general. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto a la SA y SAA, pues para estas formas societarias la norma nos exige que la convocatoria se haga a través de «publicación», lo cual significa una publicación en el periódico en donde se insertan los avisos judiciales, no estableciendo la posibilidad de que la convocatoria se realice haciendo uso de algún medio tecnológico de comunicación.

Lo antes mencionado, ha representado un gran impedimento para la realización de juntas generales en SA y SAA, durante el estado de emergencia e inmovilización social decretado en el Perú el 15 de marzo del presente año. Pues las oficinas

del diario cerraron y las personas estaban prohibidas de movilizarse. Esta realidad puso en evidencia la necesidad de un cambio urgente en nuestra LGS respecto a la convocatoria a junta general en las SA y SAA, que incluya la posibilidad del uso de las TIC en la convocatoria.

Nuestra LGS entró en vigencia en 1998, es decir, hace más de 22 años, quizá esto explique por qué nuestra LGS siga exigiendo que la convocatoria a junta sea publicada en el periódico. Esto es insostenible en nuestros tiempos, pues casi nadie compra un periódico y si alguien lo compra, difícilmente se preocupe en observar los pequeños recuadros en donde se ubican los anuncios de convocatoria a junta general. Hoy, lo más fácil e incluso más barato, es enviar un correo electrónico o un WhatsApp, pues casi todos tenemos el teléfono en la mano e inmediatamente se nos comunica de un mensaje recibido.

El propósito de la convocatoria, siempre fue lograr que los socios tomen conocimiento de la realización de una junta general, conociendo el día, lugar y temas a tratar. Respetando de esta manera su derecho a participar y votar en junta general. Esto se lograría hoy, de manera más eficiente haciendo uso de las TIC.

b) El quórum

Es el requisito necesario que se debe cumplir para dar por instalada la junta general e iniciar la reunión. Este quórum varía, en algunos casos según la forma societaria, por ejemplo, es diferente en la SA que en la SAA. Otras veces varía en función a la naturaleza de la forma societaria, así, por ejemplo, será diferente el quórum de una SRL a una Sociedad Colectiva. Al respecto, Francisco Reyes Villamizar nos dice:

«El carácter más o menos capitalista de cada tipo de sociedad determina diferencias sobre los derechos de participación que la ley les confiere a los asociados en asambleas generales y juntas de socios. Las distinciones atañen a la relevancia que la ley le otorga a la relación entre el porcentaje de participación del asociado y su capacidad decisoria. Esta proporcionalidad, de importancia crucial en las sociedades de capitales, carece de relevancia en la sociedad colectiva, prototipo de la sociedad de personas» (Reyes, 2006, p. 524-525)

Comúnmente, este requisito se ha determinado presencialmente, pues nuestra LGS está diseñada pensando en junta generales presenciales y no en virtuales. Por ello en el artículo 124 de nuestra LGS, cuando habla de las normas generales sobre el quórum, dice «El quórum se computa y establece al inicio de la junta. Comprobado el quórum el presidente la declara instalada». Es decir, el presidente

de la junta, antes de determinar si existe o no quórum, pasa lista (conforme lo indica el artículo 123 de la LGS) para identificar a los socios presentes o sus representantes y el número de acciones de las que son titulares.

Al igual que en la convocatoria, para el caso del quórum, en caso de realizarse una junta general virtual, no existe mayor inconveniente para la SAC y SRL, pero sí para la SA y la SAA. Esto por cuanto, para el caso de la SAC, en el artículo 246 de la LGS expresamente se ha establecido que «la voluntad social se puede establecer por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice la autenticidad». Si bien no se habla con claridad de la forma cómo se determinaría el quórum en el supuesto de una junta virtual, sí establece la posibilidad de tomar acuerdos por medios electrónicos, lo cual ya representada un marco legal para la validez de las juntas generales virtuales. Casi en el mismo sentido, respecto de la SRL, en el segundo párrafo del artículo 286 de la LGS indica que «el estatuto determina la forma y manera como se expresa la voluntad de los socios, pudiendo establecer cualquier medio que garantice su autenticidad». Por lo que, lo dicho para la SAC sería aplicable para la SRL.

Sin embargo, diferente es para el caso de la SA y la SAA, pues respecto de ellas no existe una norma especial que las autorice o deje abierta la posibilidad de establecer el quórum y la voluntad de los socios por medios virtuales. Pero sí existe una norma general, incorporada en el Libro Primero (Reglas aplicables a todas las sociedades)⁽²⁾, en donde se deja abierta esta posibilidad.

La norma antes mencionada se dio en el 2008, introduciendo el artículo 21-A a nuestra LGS, en donde expresamente se manifiesta que «los accionistas o socios podrán **para efectos de la determinación del quórum**, así como para la respectiva votación y adopción de acuerdos, ejercer el derecho de voto por medio electrónico (...)» (el resaltado es nuestro). Es evidente que existe una pésima redacción de este artículo, pues habla del quórum, pero sólo precisa que es el voto el que se puede ejercer por medio electrónico. En suma, no se ha establecido cómo y en qué momento se establecería el quórum por medios electrónicos, lo cual representa una gran limitación cuando se quiera realizar juntas generales bajo esta modalidad.

(2) La incorporación del voto electrónico y las condiciones bajo las cuales debe realizarse, como parte de «las reglas aplicables a todas las sociedades», representa una evidente falta de técnica legislativa, por dos razones. Primero, se incorpora un solo artículo que establece el voto electrónico, en toda una ley que no está pensada en el uso de las TIC para realizar las juntas generales. Segundo, su incorporación en el libro primero de la LGS, significa que a tales reglas deberían sujetarse todas las sociedades, cuando quieran realizar una junta virtual, entrando en abierta contradicción con las normas especiales de la SRL y la SAC, afectando la flexibilidad y libertad con la que se habían regulado.

c) Las mayorías.

Este requisito tiene que ver con los acuerdos que se toman en junta. Es decir, al número mínimo de acciones representadas en junta que se exige para establecer que existe un acuerdo. La determinación de la existencia o no de un acuerdo, será en función del derecho de voto ejercido por los socios. Como ya lo hemos dicho, este aspecto sí está contemplado en el artículo 21-A de nuestra LGS.

En esta parte, es pertinente citar a Francesco Galgano, quien nos dice que «el voto es la declaración unilateral de voluntad expresada por el socio en la asamblea sobre los asuntos puestos a consideración de esta. Desde el punto de vista jurídico, es un «acto unilateral entre vivos que tiene contenido patrimonial». (Galgano, 1999, p.344) Así nos explica el aspecto jurídico del voto en una sociedad. Pero luego, este mismo autor nos hace una importante diferencia entre la voluntad del socio y la voluntad de la sociedad, diciendo:

«Entre el voto del socio y decisión de la asamblea tradicionalmente se suele establecer una diferencia, no simplemente cuantitativa, o sea basada sobre el hecho de que la decisión consta de una pluralidad de votos, sino una diferencia de orden cualitativo, pues se habla de la decisión como de una declaración de voluntad *ulterior* con respecto a los votos que concurrieron a formarla, como de la «voluntad de la asamblea» y, siendo la asamblea «órgano de la sociedad», como “voluntad de la sociedad». (Idem)

La diferencia citada es sumamente importante, pues nos permite identificar la importancia del voto en la toma de decisiones, pues el conjunto de votos, dará como resultado la expresión de la voluntad de la sociedad, como acuerdo de junta general. Por ello es muy importante que nuestra LGS ponga especial atención en establecer reglas, a través de una adecuada regulación, que garantice el respeto irrestricto al derecho al voto y su contenido.

Nuestra LGS, con el ánimo de ponerse a tono con el avance de las TIC, en el año 2008 incorporó el artículo 21-A (mediante Decreto Legislativo No 1061), que textualmente establece lo siguiente:

«Artículo 21-A.- Voto por medio electrónico o postal.

Los accionistas o socios podrán para efectos de la determinación del quórum, así como para la respectiva votación y adopción de acuerdos, **ejercer el derecho de voto por medio electrónico** siempre que éste cuente con firma digital o por medio postal a cuyo efecto se requiere contar con firmas realizadas. Cuando se utilice firma digital, para ejercer el voto electrónico en la

adopción de acuerdos, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital, conforme a ley (...). (El resaltado es nuestro)

Haciendo un rápido análisis de esta norma, podemos concluir que ha incorporado al derecho societario, en especial a la junta general, las siguientes condiciones:

- i. El quórum, las votaciones y la adopción de acuerdos, se pueden determinar a través de medios electrónicos.
- ii. El uso de medios electrónicos, será una decisión del socio que decida usarlo.
- iii. **Para hacer uso de los medios electrónicos, el socio debe tener firma digital.**
- iii. En caso se ejercite el voto por medio postal, se requiere contar con firma legalizada.
- iv. Cuando se utilice firme digital, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital.
- v. En estos casos, deberá garantizarse el respeto al derecho de intervención de cada accionista o socio. Será el presidente de la junta el responsable de cumplir con esta disposición.

Ya es un avance hacia las juntas generales virtuales. Sin embargo, cuando una norma no es clara y más aún cuando se pretende un cambio integral, incorporando solo un artículo, se podrían generar serios inconvenientes en su aplicación y la funcionalidad de lo que quiere regular.

Debemos dejar presente que la incorporación del voto electrónico, debe prever las siguientes condiciones:

- i. La posibilidad de que el accionista vote antes de la celebración de la junta general. Determinar medio, plazo, persona encargada de recepcionar los votos, conteo y transparencia posterior para evitar manipulación del voto.
- ii. Facilitar a los accionistas la supervisión o vigilancia de los administradores.
- iii. Asistir a la junta general. Siempre previendo la transparencia, respeto al derecho de participación, no discriminación y la facilidad de intercambio de opiniones. Permite la participación de los socios, así se encuentren en diferentes lugares. Lograría ahorro de tiempo y recursos económicos.
- iv. El socio debe tener la posibilidad de obtener una copia o grabación de la realización de la junta general, en especial, de los resultados en la votación.

VII. Problemas que debe enfrentar la junta general virtual.

El estado de emergencia que estamos viviendo en el Perú, ha revelado las serias deficiencias de nuestra LGS en la regulación de la junta general virtual. La forma como ha sido regulada no es la más idónea, pues el artículo 21-A introducido a nuestra LGS, en vez de ayudar, parece que ha generado mayor incertidumbre y limitaciones para realizar una junta virtual. La consecuencia es que muchas SA no han podido realizar la junta obligatoria anual que correspondía realizar entre los meses de enero y marzo del presente año.

La pandemia del COVID-19 viene generando graves consecuencias económicas a las sociedades, pues son las empresas las primeras afectadas con la paralización o limitación de las actividades económicas. Hoy más que nunca, las sociedades anónimas necesitan adaptarse rápido a la nueva realidad. ¿Pero cómo, si tienen limitaciones para realizar sus juntas generales? Por ejemplo, se necesita cambiar de rubro en la prestación del servicio (cambio del objeto social), pero esto solo se pudo hacer por decisión de la junta general.

Entonces es comprensible que existan sociedades que necesiten realizar una junta general. Pero se encuentran con los siguientes problemas:

- a) Para el caso de la SA y la SAA, en la LGS no se ha establecido que **la convocatoria** a la junta general también **pueda realizarse virtualmente**. Debemos reconocer que el cambio que se introdujo en el 2008, no estuvo pensando en los efectos de una pandemia y el aislamiento social, sino solo en la posibilidad de que un socio decida participar en una junta de manera virtual. Sin embargo, lo que estamos viviendo hoy marcará nuestro futuro en el uso de las TIC, por lo que, si queremos realizar juntas virtuales válidas, deberá considerarse un cambio en lo establecido para la convocatoria, porque es un requisito para la validez de la junta.

Por lo tanto, si tengo una junta virtual, sin la convocatoria o hecha de una manera diferente a lo establecido en la LGS, el primer problema que debo afrontar es la inscripción de los acuerdos en registros públicos. Y el segundo, la posibilidad de que la junta general sea impugnada. Esto, como lo hemos dicho, respecto a la SA y Spues respecto de la SAC y la SRL, la convocatoria es a través de un medio que permita obtener constancia de recepción.

- b) Así como está la norma hoy, el uso de medios electrónicos, será una decisión del socio que decida usarlo. Pero no se ha establecido si la propia sociedad, a través de su Directorio, puede decidir la realización de una junta general por medios electrónicos. Por lo tanto, una junta virtual que se haya realizado

como tal por decisión del Directorio, sin consentimiento del socio, podría ser objeto de una observación por registros públicos o una impugnación.

- c) Para hacer uso de los medios electrónicos, el socio debe tener «firma digital».

Requisito que hace imposible la realización de una junta general, al menos en el estado de emergencia que hoy vivimos, pues casi ningún socio tiene una firma digital y obtenerla en este momento es imposible. Explicaremos esta dificultad a continuación.

En nuestro país existe la Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley N.º 27269, del 2000. En esta ley se ha definido lo que es una firma electrónica y una firma digital.

En el segundo párrafo del artículo 1 de la ley antes mencionada se manifiesta que: «Entiéndase por **firma electrónica** a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita». (el resaltado es nuestro)

Nótese que en nuestra LGS no se exige «firma electrónica», que resultaría más fácil de obtenerla y usarla, sino «firma digital». Y esto cambia radicalmente las cosas, pues respecto de la firma digital, en el artículo 3 de la misma ley se indica que:

«**La firma digital** es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada».

Y en el artículo 4 de la misma ley se establece que el titular de la firma digital «es la persona a la que se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital que contiene una firma digital», y luego en el artículo 12 se indica que serán las entidades de certificación quien emite los certificados digitales.

Es decir, para obtener una firma digital se deberá seguir todo un procedimiento, en el cual interviene un tercero llamado Entidad de Certificación quien finalmente otorgará el certificado. En un país como Perú, con una cultura de poco uso de los medios tecnológicos y además de escaso acceso a los mismos, ¿un socio estará interesado en seguir el procedimiento y asumir los costos para obtener una firma digital, que le servirá para una o dos juntas generales al año? La respuesta es lógica, no lo hará, menos aún ahora, en medio de un estado de emergencia.

Por lo tanto, es evidente que la LGS ha introducido un cambio que, en vez de beneficiar, ha creado una gran barrera para la realización de juntas generales en SA y SAA, incluso para la SAC y SRL, pues haciendo una interpretación sistemática, el ejercicio del voto, sólo se podría realizar a través de una firma digital, por cuanto el artículo 21-A está entre las «reglas aplicables a todas las sociedades».

Pero el estado de emergencia y el aislamiento social, nos ha enseñado que existen muchísimos instrumentos de las TIC, que nos permite realizar reuniones virtuales presenciales, que podría servir para las juntas generales, en donde se respete el derecho de participación y de voto de los socios. Un buen ejemplo de esto es el uso del zoom, que permite reuniones de hasta mil participantes, e incluso puede ser grabado por cada socio, en caso requiera ejercer sus derechos posteriormente.

- d) El artículo 21-A de nuestra LGS, también deja abierta la posibilidad del voto por medio postal. Sin embargo, dice que para ello se requiere contar con firma legalizada. La norma no define qué debemos entender por «medio postal». Pero como concepto secular hace referencia al uso del correo tradicional. Es decir, un socio podría enviar por un correo tradicional una carta en donde manifieste su voluntad de participar en junta y además su manifestación de emitir su voto en uno u otro sentido.

Pero la norma precisa que en este caso se requiere la firma legalizada del socio, lo cual constituye una condición innecesaria y obstruccionista para el ejercicio del voto, más aún en un mundo interconectado, en donde el sentido del voto puede confirmarse directamente con el socio.

- e) Finalmente, la LGS establece que cuando se utilice firme digital, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital. Una condición exagerada, cuando sabemos que hoy, cualquier persona puede grabar una junta virtual.

VIII. Conclusiones

- a) Antes de la incorporación del artículo 21-A a la LGS, sí era posible realizar juntas generales en la SAC y SRL, pero se tenía limitaciones en la SA y SAA. Con la incorporación de tal artículo, si bien abre la posibilidad de las juntas virtuales en la SA y SAA, al incorporarse como regla aplicable a todas las sociedades, podría generar problemas en las juntas virtuales de la SAC y SRL.

- b) Exigir una firma digital para el ejercicio del derecho al voto, solo entorpece el desarrollo y dinamisos de las sociedades. Estas requieren normas flexibles, que les permita adaptarse rápido a los constantes cambios que la globalización provoca o que son consecuencia de situaciones excepcionales como la pandemia mundial del COVID-19.
- c) Se requieren un cambio integral de nuestra LGS, que incorpore el uso de las TIC en las diversas esferas de la vida societaria, en particular en la realización de las juntas generales. Estableciendo condiciones claras y flexibles en la convocatoria, quórum y mayorías.

IX. Lista de referencias

- BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2008). *Manual de Derecho Mercantil*. Tomo I, Madrid España: Editorial Tecnos.
- GALGANO, F. (1999) *Derecho Comercial*, Tomo II, Bogotá, Colombia, Editorial Temis SA.
- GARRIDO DE PALMA, V. M. (1993). *Estudios sobre la Sociedad Anónima*. Tomo II. Madrid, España: Editorial Civitas.
- KUBLER, F. (2001). *Derecho de Sociedades*. Madrid, España: Fundación Cultural del Notariado.
- RECALDE CASTELLS, A. (2007). *Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas*. Barcelona, España. *Revista para el Análisis del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Jaume I*. Recuperado de: <http://C:/Users/juanc/Downloads/78945-Text%20de%20l'article-103339-1-10-20080212.pdf>
- Reyes Villamizar, Francisco, 2006, *Derecho Societario*. Tomo 1. Bogotá: Colombia, Editorial Temis.
- SÁNCHEZ CALERO, F. & SÁNCHEZ-CALERO G. J. (2006). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Navarra, España: Editorial Thomson Aranzandi.

Estado de emergencia nacional y suspensión del plazo de prescripción de la acción para cobrar la deuda tributaria

National state of emergency and suspension of the limitation period for the action to collect the tax debt

CÉSPEDES PAISIG, LUIS(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos generales sobre la prescripción. III. La prescripción tributaria. IV. Estado de emergencia nacional y prescripción tributaria. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo busca analizar si la declaratoria del estado de emergencia nacional, y la inmovilización social obligatoria, dispuesta por el Poder Ejecutivo puede configurar la causal de suspensión del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la obligación tributaria; debido a que la Administración Tributaria se encontraba impedida, por mandato legal, de efectuar la cobranza de la deuda tributaria. En tal sentido se analizará si las normas que regulan el estado de emergencia nacional impiden

(*) Doctorando en Derecho y maestro en Ciencias Económicas con mención en Tributación, por la Universidad Nacional de Cajamarca. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad de San Martín de Porres. Ex funcionario del Servicio de Administración Tributaria de Cajamarca y del Servicio de Administración Tributaria de San Martín de Porres. Docente de los cursos de Derecho Tributario en diversas Universidades. Socio y Líder del área Tributaria del estudio Mejía, Céspedes & Villegas Abogados. Correo electrónico: lcespedes@mejiasaucedo.com.

a la Administración Tributaria ejercer sus funciones o si, por el contrario, esta no las ha ejercido por haberlo decidido de esa manera. Debe tenerse en cuenta que la propia Administración Tributaria, mediante Informe N.º 031-2020-SUNAT/7T0000, de fecha 15 de mayo de 2020, concluyó, convenientemente, que sí se había configurado la causal de suspensión señalada anteriormente y que, mientras dure la cuarentena, la administración se encuentra impedida de ejercer su función de cobranza de las deudas tributarias.

Palabras clave: Deuda tributaria, cobranza, prescripción, suspensión, Estado de Emergencia Nacional.

Abstract: *The present work seeks to analyze whether the declaration of the State of National Emergency, and the compulsory social immobilization, ordered by the Executive Power, can configure the cause of suspension of the statute of limitations of the action to demand the payment of the tax obligation; because the Tax Administration is prevented, by legal mandate, from considering the collection of the tax debt. In this sense, it will be analyzed whether the norms that regulate the State of National Emergency prevent the Tax Administration from exercising its functions or, on the contrary, it has not exercised them because it has so decided. It should be taken into account that the Tax Administration itself, through Report No. 031-2020-SUNAT/7T0000, dated May 15, 2020, conveniently concluded that the cause of suspension indicated above had been configured and that, while it lasts quarantine, the Administration is prevented from exercising its function of collection of tax debts.*

Key words: *Tax debt, collection, prescription, suspension, State of National Emergency.*

I. Introducción

Debido al riesgo de propagación y contagio del virus SARS CoV-2, causante de la enfermedad denominada COVID-19, el Estado Peruano adoptó una serie de medidas a efectos de establecer mecanismos inmediatos para la protección de la salud y la vida de la población y minimizar el impacto sanitario que podría generar el virus; una de las medidas adoptadas consistió en declarar el Estado de Emergencia Nacional (EEN) y disponer el aislamiento social obligatorio (cuarentena). Estas medidas implicaban la limitación del derecho de libertad de tránsito de las personas, restringiendo el ejercicio de este derecho únicamente a aquellos que brindaban bienes o servicios calificados como esenciales en la misma norma.

Si bien el ejercicio de las facultades con las que cuenta la Administración Tributaria no fueron consideradas como «esenciales»; no ha quedado claro si es que este hecho impedía a la Administración Tributaria el desarrollo de las mismas; o si, por el contrario, ésta podría ejercerlas adoptando las medidas de seguridad pertinentes y respetando las normas que, en el marco del EEN, se puedan emitir.

Determinar lo anterior es importante; toda vez que, si aceptamos como válida la primera opción, el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago se suspendería mientras dure el EEN; por el contrario, si consideramos que la segunda opción es la correcta, el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago habría seguido corriendo y, por ende, no podría alegarse causal de suspensión alguna.

Recordemos que el literal e) numeral 2) del artículo 46 del T.U.O. del Código Tributario, aprobado mediante D.S. N.º 133-2013-EF (en adelante Código Tributario), precisa que el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la obligación tributaria se suspende durante el lapso en que la Administración Tributaria esté impedida de efectuar la cobranza de la deuda tributaria por una norma legal. Al respecto, con fecha 15 de mayo de 2020, la SUNAT ha emitido el informe N.º 031-2020-SUNAT/7T0000, en el cual concluye que la declaratoria de EEN y el aislamiento social obligatorio (cuarentena) dispuesto por el Gobierno Nacional a través del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM y normas ampliatorias, suspende el plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda tributaria, durante el tiempo que dicha declaratoria impida a esta cumplir con la referida función.

En las líneas siguientes procederemos a analizar si la conclusión a la que arriba la Administración Tributaria es correcta; para lo cual iniciaremos revisando algunos conceptos generales vinculados con la prescripción en materia tributaria.

II. Aspectos Generales sobre la prescripción

La prescripción es una institución jurídica de larga data y que encuentra sustento en el principio de seguridad jurídica, la cual surgió con el objeto de poder solicitar la atribución de consecuencias jurídicas al transcurso del tiempo; estas consecuencias jurídicas eran de dos tipos, una relacionada con el reconocimiento de derechos; y la otra vinculada con la extinción de facultades. Así, a la primera se la denominó prescripción adquisitiva, mientras que a la segunda se la denominó prescripción extintiva.

El reconocimiento de la prescripción se remonta al derecho romano, razón por la cual su aplicación más antigua la encontramos en el derecho civil. En efecto, nuestro Código Civil reconoce la prescripción adquisitiva del derecho de propiedad de bienes muebles e inmuebles en sus artículos 950 y 951; mientras que regula la prescripción extintiva en sus artículos 1989 al 2002. Cabe señalar que el presente trabajo se centrará en la prescripción extintiva, y a ella nos referiremos cuando usemos el término «prescripción».

En el campo del derecho administrativo, el Tribunal Constitucional ⁽¹⁾ ha señalado que:

La prescripción es aquella institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la acción, dejando subsistente el Derecho que le sirve de base, institución cuyo concepto es plenamente aplicable tanto en Derecho Público como en derecho privado, en el sentido de que, si la ley otorga un plazo dentro del cual un particular o el Estado puede recurrir ante un órgano que tiene competencia para resolver un determinado petitorio, y este se vence, es imposible, por esa vía, obtener pronunciamiento alguno.

Existe otra figura jurídica con la que a veces se confunde la prescripción; esta es la caducidad. En términos sencillos se sostiene que la prescripción extingue la acción, mientras que la caducidad extingue la acción y el derecho. Si bien, estas son las principales diferencias, existen otras; tales como que la prescripción se declara únicamente a pedido de parte, mientras que la caducidad se declara de oficio; por otra parte, la prescripción admite causales de suspensión e interrupción, mientras que la caducidad no admite tales interferencias en el cómputo de los plazos.

Silvia Quintana (2016, p. 227), citando a Adriana Martín, señala que se puede definir a la prescripción como la extinción de un derecho subjetivo por la inercia prolongada de su titular o la ausencia de reconocimiento del deudor, y a la caducidad como la extinción prolongada por el transcurso del término fijo señalado por ley, el cual transcurrido, ya no puede ser ejercitado.

III. La prescripción tributaria

3.1. Regulación del Código Tributario

El Código Tributario regula la prescripción en su libro primero sobre «La Obligación Tributaria», título III referido a la «Transmisión y Extinción de la Obligación Tributaria», capítulo IV. En principio, existe un error conceptual en el Código Tributario, toda vez que regula a la prescripción junto con las formas de extinción de la obligación tributaria; cuando, como se ha señalado anteriormente, la prescripción únicamente extingue facultades o acciones, más no el derecho en sí. En tal sentido la prescripción extinguirá la facultad, entre otras, de exigir el pago de la obligación tributaria, pero no extinguirá a la obligación misma.

Esta última afirmación puede ser corroborada con el artículo 49 del Código Tributario, en el que se precisa que el pago voluntario de la obligación prescrita no da

(1) Sentencia recaída en el Expediente N.º 2293-2003-AA/TC fundamento jurídico 4

derecho a solicitar la devolución de lo pagado. Ello debido a que, si bien la prescripción imposibilitaría a la Administración Tributaria a ejercer acciones destinadas al cobro de la obligación tributaria, al no haberse extinguido esta, el propio deudor tributario podría satisfacerla voluntariamente. Al respecto debe tenerse en cuenta que:

La denominada prescripción en materia tributaria, es del tipo extintivo o liberatorio, que consiste en la extinción por el transcurso del tiempo de la acción del acreedor tributario de exigir el cumplimiento de la prestación tributaria, así como la fiscalización del cumplimiento de la obligación tributaria. Lo que no extingue es el derecho de crédito, razón por la cual no estamos frente a una forma de extinción de la obligación tributaria. (Bravo, 2010, p. 391)

Aclarado el tema anterior, debemos indicar que la prescripción extingue facultades o acciones tanto de la Administración Tributaria, como del deudor tributario. Respecto de la Administración Tributaria se extinguen las acciones de: a) Determinar la obligación tributaria, b) Exigir el pago de la obligación tributaria, c) Imponer sanciones y d) Efectuar la compensación de oficio⁽²⁾. Por parte del deudor tributario lo que extingue la prescripción es la facultad de solicitar la compensación o devolución de los tributos pagados indebidamente.

Los plazos de prescripción van de cuatro años; en el caso de tributos respecto de los cuales se haya presentado declaración jurada, o respecto de los que no exista la obligación de presentar tal declaración (e.g. el impuesto de alcabala). Se computarán seis años cuando existiendo la obligación de presentar la declaración jurada no se haya cumplido con esta obligación; y, finalmente, diez años cuando el agente de retención o percepción no ha pagado los tributos retenidos o percibidos.

Como se ha señalado anteriormente, la prescripción puede ser declarada únicamente a pedido del deudor tributario, y esta puede oponerse en cualquier estado del procedimiento administrativo o judicial. Adicionalmente, el cómputo del plazo prescriptorio puede verse afectado por los fenómenos de la suspensión y de la interrupción. Sobre esto hablaremos en los puntos siguientes.

(2) Si bien expresamente el Código Tributario no menciona que la facultad de la Administración Tributaria de efectuar compensaciones de oficio pueda estar sujeta a plazo de prescripción, ello se infiere de la redacción de los artículos que regulan esta institución jurídica, ya que en ellos se menciona que puede prescribir la acción para solicitar o «efectuar» la compensación; siendo que de conformidad con el artículo 40 del Código Tributario existen tres formas de compensación: (i) Automática, (ii) De oficio y (iii) A solicitud de parte.

3.2. Momento para deducir la prescripción

El artículo 48 del Código Tributario señala expresamente que la prescripción puede oponerse en cualquier estado del procedimiento administrativo o judicial. Nótese que no se ha restringido el tipo de procedimiento dentro del cual se puede invocar la prescripción. El libro tercero del Código Tributario regula los «procedimientos tributarios», habiéndolos dividido en procedimiento de Cobranza Coactiva (Título II), procedimientos contenciosos (Título III) y procedimientos no contenciosos (Título V); y dentro de los contenciosos tenemos la reclamación tributaria (Capítulo II) y la apelación y la queja (Capítulo III); en tal sentido, en todos estos procedimientos se podría invocar la prescripción.

El Tribunal Fiscal ha establecido en diversas resoluciones, como las N.º 09020-5-2001, N.º 10418-1-2013 y N.º 05000-8-2016, entre otras, que la prescripción puede invocarse en vía de acción, iniciando un procedimiento no contencioso vinculado a la determinación de la obligación tributaria; o en vía de excepción, como un medio de defensa previa dentro de un procedimiento contencioso en el que se busque deslegitimar la pretensión de la administración de cobrar la deuda tributaria acotada.

La prescripción también puede alegarse al interior de un procedimiento de cobranza coactiva; en este punto el Tribunal Fiscal ha emitido una serie de resoluciones a fin de precisar el tema. Así, mediante resolución N.º 01194-1-2006, se fijó como criterio de observancia obligatoria que procede que en vía de queja el Tribunal Fiscal se pronuncie sobre la prescripción de la Acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la obligación tributaria, cuando la deuda tributaria materia de queja se encuentra en cobranza coactiva; siempre y cuando, previamente, el deudor tributario hubiera deducido la prescripción ante el Ejecutor Coactivo, pues solo así se podrá determinar si este infringió el procedimiento de cobranza coactiva.

Luego, mediante resolución N.º 12880-4-2008, que también constituye precedente de observancia obligatoria, se estableció que, si la prescripción se deduce ante el ejecutor coactivo y este le da trámite de solicitud no contenciosa, el Tribunal Fiscal no podrá pronunciarse en vía de queja sobre la prescripción. Precizando un poco ambos criterios, el Tribunal Fiscal emitió la resolución N.º 00226-Q-2016, también como precedente de observancia obligatoria, donde fijó que este tribunal se puede pronunciar en la vía de queja sobre la prescripción, siempre que se haya deducido ante el ejecutor coactivo y este, correspondiéndole a emitir pronunciamiento, omite hacerlo o deniega lo solicitado contraviniendo las normas del Código Tributario.

Finalmente, en un nuevo precedente de observancia obligatoria contenido en la resolución N.º 03869-Q-2016, el Tribunal Fiscal dispuso lo siguiente:

Procede declarar fundada la queja y ordenar que se remita el expediente al Ejecutor Coactivo para que emita pronunciamiento sobre la prescripción (...) si califica como solicitud no contenciosa o recurso de impugnación el escrito presentado ante éste con el fin de que se pronuncie sobre la prescripción cuando la deuda tributaria se encuentra en cobranza coactiva, siempre que el procedimiento iniciado como resultado de dicha calificación se encuentre en trámite.

El gran número de resoluciones del Tribunal Fiscal que fijan criterios de observancia obligatoria con relación a la declaración de la prescripción al interior del procedimiento de cobranza coactiva se debe a que existen diversas resoluciones emitidas sobre este punto y que contienen criterios contradictorios. Otro aspecto importante es el relacionado con que si el ejecutor coactivo se encuentra obligado o no a suspender el procedimiento de Cobranza Coactiva en función a si la prescripción ha sido invocada en la vía de acción o en la de excepción; no entraremos en detalles sobre este punto por exceder la materia del presente trabajo, pero consideramos importante recalcar que:

(...) la pretensión de la prescripción es la misma, sea que se oponga dentro del procedimiento no contencioso, como reclamo o dentro del procedimiento de cobranza, con lo cual corresponde analizar la exigibilidad de la deuda tributaria sea por parte del ejecutor coactivo o del área no contenciosa por cuanto ambos son parte de la Administración Tributaria, y sea que se haya deducido la prescripción como acción o como excepción. En esa medida corresponde que el ejecutor coactivo solo ejerza la facultad de coerción en tanto se haya determinado o resuelto que la deuda es exigible coactivamente. Con estos aspectos se respeta la normativa tributaria y el debido proceso, no afectándose la pretensión que contiene la prescripción y no afectándose los derechos del deudor tributario. (Nava, 2018, p. 288)

Finalmente, la prescripción puede ser alegada dentro de un Proceso Judicial; sin embargo, ello solo sería posible al interior de un proceso contencioso administrativo, y no dentro de un proceso constitucional, como sería el proceso de amparo⁽³⁾.

(3) Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló en el fundamento jurídico 16 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 2044-2009-AA/TC que «(...) el ordenamiento jurídico tiene previsto que la oposición de esa prescripción la formule el administrado en sede administrativa

3.3. Interrupción y suspensión de la prescripción

La prescripción puede ser alegada al verificarse el transcurso de los plazos establecidos en el Código Tributario; sin embargo, este plazo puede verse afectado por dos situaciones que interfieren en su continuidad, como son la interrupción y la suspensión. Estas figuras se encuentran recogidas, respectivamente, en los artículos 45 y 46 del Código Tributario; siendo que se ha optado por regular por separado las causales de interrupción y suspensión respecto de cada una de las acciones que se ven afectadas por las mismas, pretendiendo ser lo más precisos posibles; lo cual, a nuestro parecer, es un error, debiendo haberse optado por una regulación más general a fin de evitar dejar vacíos.

«La interrupción de la prescripción significa que el plazo de prescripción transcurrido hasta el momento de aparición de la causa interruptiva se hace irrelevante y solo tras cesar la causa empieza a transcurrir nuevamente el término prescriptorio en un plazo que se inicia nuevamente». (Bravo, 2010, p. 394); este nuevo plazo se computa desde el día siguiente de verificada la causal de interrupción.

Por su parte, «(...) por la suspensión se detiene el curso de la prescripción, pero no se borra el tiempo transcurrido. Una vez que cesa el hecho que motivó la suspensión, al tiempo que transcurre desde ese momento se agrega el ya computado» (Huamaní, 2019, p. 1093).

En la resolución N.º 01065-10-2019, que constituye precedente de observancia obligatoria, el Tribunal Fiscal señaló que:

(...) las causales de interrupción del plazo prescriptorio representan una ponderación entre la seguridad jurídica (fundamento de la prescripción) y la finalidad de la potestad tributaria (que justifica el actuar de la administración) y que la suspensión del cómputo del plazo de la prescripción está prevista a favor de quien tiene la titularidad de una facultad y que por diversos motivos no puede ejercerla por un tiempo. Así, las causales de suspensión establecidas por el artículo 46 del Código Tributario, reconocen la existencia de supuestos en los que la administración no puede ejercer su facultad de determinación, sanción o cobro.

o judicial, en este último caso en el proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial (cfr. Título IV del Libro Tercero del Código Tributario), pero no a través de un proceso constitucional especializado en la protección de derechos constitucionales como el amparo».

No vamos a analizar cada una de las causales de interrupción y suspensión reguladas en el Código Tributario, por exceder el objeto del presente trabajo; sin embargo, precisaremos que las causales de interrupción están vinculadas con: a) La notificación de un acto administrativo tributario; b) El inicio de determinados procedimientos no contenciosos tributarios; y, c) El reconocimiento de la obligación. Por su parte, la suspensión se produce mientras se verifique lo siguiente: a) Tramitación de procedimientos contenciosos y no contenciosos tributarios; b) Tramitación de procesos judiciales; c) Desarrollo de la fiscalización tributaria; d) El contribuyente tenga la condición de no habido; y, e) La Administración Tributaria se encuentre impedida, por una norma legal, de efectuar la cobranza de la deuda tributaria. Esta última causal de suspensión será analizada en el punto siguiente.

3.4. La suspensión de la prescripción por la imposibilidad legal de la Administración de ejercer la cobranza de la deuda tributaria

El numeral 2) del artículo 46 del Código Tributario regula las causales de suspensión del plazo de prescripción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la obligación tributaria, habiendo previsto, entre otras causales, que este plazo se suspende «e) Durante el lapso en que la Administración Tributaria esté impedida de efectuar la cobranza de la deuda tributaria por una norma legal».

De la lectura de la causal señalada, se advierte que a efectos de que se suspenda el cómputo del plazo prescriptorio deberán verificarse dos hechos concomitantes; a saber: (i) La Administración Tributaria debe encontrarse imposibilitada de efectuar acciones de cobranza de la deuda tributaria; y (ii) Que la imposibilidad haya sido impuesta por una norma legal. Es decir, la norma legal, de manera expresa, debería establecer una limitación a la Administración Tributaria, impidiéndole ejercer la cobranza en supuestos concretos.

Esta causal de suspensión no se encontraba contemplada inicialmente en el Código Tributario, siendo incluida mediante el Decreto Legislativo N.º 953; al revisar la Exposición de Motivos de la norma aludida, se puede encontrar como fundamento para la inclusión de dicha causal de suspensión el siguiente:

Tal es el caso previsto en el numeral 18.1 del artículo 18 de la Ley General del Sistema Concursal⁽⁴⁾, en la que se señala que la autoridad que conoce

(4) Con relación a la suspensión del cómputo de la prescripción debido a que la Ley del Sistema Concursal, Ley N.º 27809, impide a la Administración Tributaria ejercer su facultad de cobranza, puede revisarse las Resoluciones del Tribunal Fiscal N.º 2511-3-2014, N.º 9835-1-2014, entre otras.

procedimientos coactivos, entre otros, «... no ordenará, bajo responsabilidad cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio, y si ya están ordenadas se abstendrán de trabarlas»; así como en las normas que conceden beneficios tributarios como el RESIT (Num. 11.2 del Art. 11 del Reglamento de la Ley de reactivación a través del sinceramiento de las deudas tributarias aprobado por el D.S. N.º 064-2002-EF) y el SEAP (Num. 12.2 del Art. 12 del Reglamento de la Ley que establece el sistema especial de actualización y pago de deudas tributarias exigibles al 30-08-2002 aprobada por el D.S. N.º 101-2001-EF) que establecieron la suspensión temporal de medidas cautelares o la ejecución de las medidas existentes al presentarse la solicitud de acogimiento a dichos regímenes.

Como se advierte, la causal de suspensión bajo comentario fue incluida tomando en cuenta normas concretas que impedían expresamente a la Administración Tributaria trabar alguna medida cautelar o ejecutar las ya trabadas.

Lo mismo sucede, por ejemplo, con lo establecido en el artículo 1 del Decreto Ley N.º 25604, donde se establece que no serán susceptibles de embargos preventivos ni de cualquier otra medida cautelar, sin excepción, los bienes que sean de propiedad, o que estén en posesión, de las empresas que conforman la actividad empresarial del estado y que hayan sido o sean declaradas en liquidación; estas disposiciones son aclaradas; posteriormente mediante D.S. N.º 08-95-PCM se precisó que tal disposición es aplicable a cualquier medida y procedimiento, incluyendo a los administrativos sin distinción de clase; y finalmente mediante D.S. N.º 008-97-PCM con el que se precisó que tales disposiciones son aplicables a las medidas establecidas en el Código Tributario. Como se advierte, estas normas impiden expresamente a la Administración Tributaria a ejercer su facultad de cobranza, por lo que el plazo de prescripción se suspendería⁽⁵⁾.

Queda claro, entonces, que la causal de suspensión bajo análisis requiere, necesariamente, que una norma legal impida de manera expresa a la Administración Tributaria el ejercicio de su facultad de cobranza de las deudas; interpretar de otro modo, sería contravenir lo dispuesto por la norma VII del Título Preliminar del Código Tributario, donde se ha establecido que vía interpretación no pueden extenderse las disposiciones tributarias a supuestos distintos de los señalados en la Ley.

Es pertinente indicar, con relación a si los supuestos de suspensión son taxativos o no; vale decir, si el decurso prescriptorio se pueda suspender solo por

(5) Al respecto puede revisarse el Informe N.º 234-2005-SUNAT/2B0000, donde se analiza la suspensión del plazo de prescripción de la acción para efectuar el cobro de la deuda tributaria, en los diversos supuestos contemplados en el Decreto Ley N.º 25604.

las causas indicadas en la ley o pueda considerarse también suspendido por otras circunstancias análogas no tipificadas; que se debe optar por la taxatividad, ello en atención a que las normas sobre suspensión son excepcionales y como tales no aplicables por analogía (Ariano, 2010, p. 214).

IV. Estado de Emergencia Nacional y prescripción tributaria

4.1. ¿La Administración Tributaria se encuentra impedida de cobrar la deuda tributaria?

Con fecha 15 de mayo de 2020, la Intendencia Nacional Jurídico Tributaria de la SUNAT emitió el Informe N.º 031-2020-SUNAT/7T0000, en el cual concluyen lo siguiente:

La declaratoria de Estado de Emergencia Nacional y el aislamiento social obligatorio (cuarentena) dispuesto por el Gobierno Nacional a través del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM y normas ampliatorias, suspende el plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda tributaria, durante el tiempo que dicha declaratoria impida a esta cumplir con la referida función.

Dentro de los argumentos que sustentan la conclusión arribada, encontramos los siguientes:

- El artículo 4 del D.S. N.º 044-2020-PCM regula que durante el EEN se pueden realizar una serie de actividades consideradas esenciales; siendo que «(...) dentro de las actividades esenciales a que se refiere el citado artículo 4, no se encuentran contempladas aquellas que realiza la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) para exigir el pago de la deuda tributaria».
- Durante el EEN las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los servicios y actividades esenciales, «(...) no encontrándose contempladas dentro de tales actividades las desarrolladas por la SUNAT para exigir el pago de la deuda tributaria».
- Dado que la actividad que desarrolla la SUNAT para exigir el pago de la obligación tributaria no se encuentra contemplada dentro de aquellas calificadas como esenciales y que pueden ser realizadas durante la vigencia del EEN, se puede afirmar que mientras tales medidas, dispuestas por una norma legal, impidan a la SUNAT efectuar la cobranza de la deuda tributaria, se suspenderá el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda tributaria.

El razonamiento seguido por la Administración Tributaria es el siguiente: (i) Existe una norma legal que declara el EEN y el aislamiento social obligatorio; (ii) Esta norma solo faculta la realización de una serie de actividades consideradas esenciales, dentro de las cuales no se encuentran las acciones de cobranza que pueda ejercer la SUNAT; (iii) La circulación por las vías de uso público se restringe a la prestación y acceso a los servicios y actividades esenciales; en consecuencia: la Administración Tributaria se encuentra imposibilitada de ejercer sus funciones de cobranza de la deuda tributaria. Es evidente que no existe una correlación entre las premisas y la conclusión a la que arriba la Administración Tributaria.

A mi parecer, lo que se debió determinar no es si las acciones de cobranza de la deuda tributaria que pueda realizar la Administración Tributaria son consideradas o no como actividades esenciales; sino, si las actividades no consideradas esenciales podían ser realizadas o se encontraban suspendidas en su ejecución mientras dure el EEN.

En principio, el artículo 2 del D.S. N.º 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 de la misma norma; así, el referido artículo 4, precisado mediante D.S. N.º 046-2020-PCM, publicado el 18 de marzo de 2020, restringe la circulación por las vías de uso público únicamente para la prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales enumerados en el mismo artículo, dentro de las cuales no se encuentran las acciones que podría realizar la Administración Tributaria con el objeto de efectuar la cobranza de la deuda tributaria; sin embargo, ninguna de las normas citadas prohíbe la realización de las actividades no consideradas esenciales.

En efecto, el que las funciones de la Administración Tributaria no hayan sido consideradas como esenciales no implica que estas no se hayan podido desarrollar. Cabe acotar que el mismo día en que se publicó el D.S. N.º 044-2020-PCM se publicó el D.U. N.º 026-2020, el cual regula en su Título II al «Trabajo Remoto», disponiendo en su numeral 17.1 de su artículo 17 lo siguiente: «fáciltese a los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de la prestación de servicios de todos sus trabajadores para implementar el trabajo remoto, regulado en el presente Decreto de Urgencia, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19».

En tal sentido, en virtud de esta norma, durante la vigencia del EEN las entidades del sector público, dentro de las cuales se encuentra la Administración Tributaria, podrían realizar trabajo remoto y en caso sea imposible realizar dicha modalidad de trabajo, tendrían que aplicar a sus trabajadores licencia con goce sujeta a posterior recuperación de las horas dejadas de laborar. En este punto la pregunta cae de madura, ¿podía la Administración Tributaria realizar trabajo remoto?

El D.U. N.º 026-2020 establece en su artículo 19 que el empleador debe facilitar al trabajador los medios informáticos necesarios para realizar el trabajo remoto, dentro de estos medios informáticos se encuentran los sistemas, plataformas o aplicativos informáticos necesarios para el desarrollo de las funciones⁽⁶⁾. Por otra parte, mediante Resolución de Superintendencia N.º 014-2008/SUNAT, modificada mediante Resolución de Superintendencia N.º 242-2017/SUNAT, se regula la notificación por medios electrónicos de los actos administrativos emitidos por dicha Administración Tributaria; siendo que por esta vía se pueden notificar los siguientes actos de interrupción del plazo de prescripción de la acción para efectuar la cobranza de la deuda tributaria: a) Orden de Pago; b) Resolución de pérdida de aplazamiento y/o fraccionamiento, y c) Requerimiento de pago de la deuda tributaria que se encuentre en cobranza coactiva.

Adviértase que estas son las únicas causales de interrupción del plazo para ejercer la acción de cobranza de la deuda tributaria, reguladas en el numeral 2) del artículo 45 del Código Tributario, que pueden ser realizadas por la Administración Tributaria; ya que las otras causales de interrupción, que son el reconocimiento de la deuda, el pago parcial de la misma y la presentación de una solicitud de fraccionamiento o alguna facilidad de pago, únicamente pueden ser realizadas por el deudor tributario.

En consecuencia, con la declaratoria del EEN no se prohibió a la Administración Tributaria ejercer sus funciones; sino que esta debería realizarlas mediante la aplicación del trabajo remoto, lo cual le era factible, ya que todos los actos administrativos que puede emitir, y que constituyen causales de interrupción del plazo de prescripción de la acción para cobrar la deuda tributaria, son notificados de manera virtual. Por otra parte, ninguna de las normas emitidas durante el EEN impide, de manera expresa, a la Administración Tributaria el ejercicio de sus facultades de cobranza; siendo que en el peor de los casos solo limitan el ejercicio de dicha facultad; sin embargo, considerando la taxatividad de las causales de suspensión, no nos encontraríamos ante la configuración de la causal de suspensión del plazo de prescripción bajo análisis.

(6) El D.S. N.º 010-2020-TR, que establece disposiciones para el desarrollo del trabajo remoto en el sector privado, y que puede ser aplicado supletoriamente, señala en su artículo 6 numeral 6.2 que «El/la empleador/a debe asignar las facilidades necesarias para el acceso del trabajador a sistemas, plataformas, o aplicativos informáticos necesarios para el desarrollo de sus funciones cuando corresponda, otorgando las instrucciones necesarias para su adecuada utilización, así como las reglas de confidencialidad y protección de datos que resulten aplicables».

4.2. La suspensión de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos

No debe confundirse la suspensión de los plazos de prescripción, y en específico del plazo de prescripción de la acción para efectuar la cobranza de la deuda tributaria analizada en el presente trabajo, con la suspensión de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos dispuesta por el Estado durante el EEN.

En el D.U. N.º 026-2020, mencionado anteriormente, se dispuso la suspensión por treinta días hábiles, contados a partir del 16 de marzo de 2020, del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite. Posteriormente, mediante D.U. N.º 029-2020 se declaró la suspensión por treinta días hábiles, contados a partir del 21 de marzo de 2020, del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y de cualquier índole, no comprendidos en los alcances del D.U. N.º 026-2020.

La suspensión de los plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos señalados anteriormente fue prorrogada por quince días hábiles mediante D.U. N.º 053-2020 y D.S. N.º 076-2020-PCM. Finalmente, mediante D.S. N.º 087-2020-PCM se prorroga hasta el 10 de junio de 2020 la suspensión del cómputo de los plazos procedimentales a que se refiere los D.U. N.º 026-2020 y N.º 029-2020.

Las suspensiones de plazos aquí indicadas están vinculadas con el inicio de los procedimientos administrativos, o con la tramitación de los procedimientos ya iniciados; mas no influyen en el cómputo de los plazos de prescripción de las facultades de la Administración Tributaria. Téngase en cuenta que no existe un plazo para solicitar la declaración de la prescripción tributaria; por lo que una vez verificado el término del plazo prescriptorio, el deudor tributario podrá, en cualquier momento, invocar la prescripción ganada, ya sea en la vía de acción o en la de excepción; o, si así lo considera pertinente, puede renunciar a la prescripción ganada, por ejemplo, cancelando la deuda.

V. Conclusiones

1. La prescripción tributaria se sustenta en el principio de seguridad jurídica, y faculta al deudor tributario a solicitar que se declare la extinción de las facultades de determinar la obligación tributaria, exigir el pago de la obligación tributaria y aplicar sanciones con las que cuenta la Administración Tributaria.
2. El cómputo del plazo de la prescripción tributaria puede verse afectado por causales de interrupción, que reinician el cómputo prescriptorio, o de sus-

pensión, que inhabilitan o excluyen del cómputo un determinado periodo de tiempo. Estas causales están establecidas en el Código Tributario, y son taxativas, es decir que únicamente pueden aplicarse aquellas que están establecidas en la ley, no aceptando interpretaciones extensivas.

3. Para la configuración de la causal de suspensión establecida en el literal e) del numeral 2) del artículo 46 del Código Tributario se requiere que una norma legal impida, de manera expresa, a la Administración Tributaria el ejercicio de su facultad de cobranza de la deuda tributaria, no siendo suficiente que la norma limite el ejercicio de dicha facultad.
4. La declaratoria del EEN y la inmovilización social obligatoria no impiden el desarrollo de actividades que no hayan sido consideradas como no esenciales, las cuales podrían realizarse en estricto cumplimiento de las normas emitidas durante la vigencia del EEN; tales como el trabajo remoto.
5. La Administración Tributaria se encontraba facultada a continuar con el desarrollo de sus acciones durante el EEN mediante la realización del trabajo remoto; lo cual no le impedía notificar actos destinados a interrumpir el plazo de prescripción de su facultad de cobrar las deudas tributarias; máxime cuando los actos administrativos que tienen dicho efecto siempre han sido notificados mediante sistemas electrónicos.
6. Las normas emitidas durante el EEN no impiden, de manera expresa, a la Administración Tributaria el ejercicio de su facultad de cobranza de la deuda tributaria, por lo que no podría considerarse que durante este EEN se haya configurado la causal de suspensión establecida en el artículo 46 numeral 2) literal e) del Código Tributario.

VI. Lista de referencias

- BRAVO, J. (2010). *Fundamentos del derecho tributario*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- ARIANO, E. (2010). *Causas de suspensión del decurso prescriptorio*. En W. Gutiérrez (Dir.) *Código civil comentado*, T. X. 2.ª ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. 213-218
- HUAMANÍ, R. (2019). *Código Tributario Comentado*, T. 1. Lima, Perú: Jurista Editores.
- NAVA, J. (2018). *La prescripción y la exigibilidad de la deuda tributaria*. En D. Yacolca y P. de Barros (Eds.), *Derecho procesal tributario, planificación fiscal y penal tributario*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales. 279-289.
- QUINTANA, S. (2016). *La prescripción: principales criterios del Tribunal Fiscal*. En M.P. Martínez, C.P. Robles, L.G. Donayre y C.M. Vargas (Eds.), *Aspectos generales de los procedimientos administrativos tributarios*. Palestra Editores. 223-248

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<ediciongrijley@grijley.com>,
en el mes de diciembre de 2020.