

REVISTA
QUAESTIO IURIS
N.º 11

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ISSN: 2664-3060



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA

QUAESTIO IURIS

AÑO XI - N.º 11 - 2023

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

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

GRILEY

© 2023, **Revista QUAESTIO IURIS • Año XI - N.º 11**

© 2023, **Universidad Nacional de Cajamarca**

© 2023, **Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

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

Ciudad Universitaria - Cajamarca - Perú

Telefax: 076-369293

e-mail: jsalazars@unc.edu.pe

© 2023, **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.º 2016-12693

ISSN N.º 2664-3960

Tiraje: 1 000 ejemplares

® **DERECHOS RESERVADOS**

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

Cajamarca - Perú



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Segundo Berardo Escalante Zumaeta

Rector

Dr. Jorge Tejada Campos

Vicerrector Académico

Dr. Carlos Manuel Rosales Loredo

Vicerrector de Investigación y Responsabilidad Social

AUTORIDADES FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor

Decano

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Directora de la Escuela Profesional de Derecho

M. Cs. José Luis López Núñez

Director del Departamento Académico de Derecho

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Director Unidad de Posgrado Derecho

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Directora del Instituto de Investigación Jurídicas y Políticas, IIJUP.

M. Cs. Nilton Rojas Ruiz

Secretario Académico

Abg. Susy Jackeline Rodríguez Ravines

Coordinadora Consultorio Jurídico Gratuito

DOCENTES PRINCIPALES

Abg. Castillo Román, José Leonidas
M. Cs. Nacarino Carrión, Julio

Dr. Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Dr. Villanueva Pastor, Julio Alejandro

DOCENTES ASOCIADOS

Dra. Manrique Urteaga, Sandra Verónica

Dr. Castillo Montoya, Nixon Javier

DOCENTES AUXILIARES

Abg. Araujo Vera, Olinto
M. Cs. López Núñez, José Luis
Abg. Nué Sessarego, Ivy Rosa

Dra. Pimentel Tello, María Isabel
Dr. Tello Villanueva, Juan Carlos
Dra. Terán Ramírez, Teresa Isabel

DOCENTES CONTRATADOS

M. Cs. Aliaga Diaz, César Augusto
M. Cs. Arce Quiroz, Emma Adela
Mg. Castañeda Maldonado, Jorge Luis
Dr. Cabanillas Hernandez, Gilber
Dra. Cerna Pajares, Cinthya
Mg. Céspedes Paisig, Luis Eli
M. Cs. Colorado Huamán, William
M. Cs. Chávez Rosero, Fernando Augusto
M. Cs. Chávez Ramirez, Jaime Javier
Abg. García Mendoza Nilton Paco
Mg. Godoy Boy, Fanny Jaquelyn
Abg. Gutiérrez Roque, Segundo Walter
Mg. Hernández Cervera, Ever Glicerio
M. Cs. León Morales, Ivan
M. Cs. Mejía Saucedo, Cristian Pabel
Dr. Mendoza Coba, Alcides
M. Cs. Mendoza Sanchez, Mario

M. Cs. Muñoz Oyarce, Bruce Eugenio
M. Cs. Ordóñez Bringas, Isaac Ricardo
M. Cs. Quito Colorado, Lorena
Abg. Roncal Liñan, Miguel Antonio
M. Cs. Rojas Ruiz, Nilton
M. Cs. Rodríguez Urteaga, Marcia Patricia
M. Cs. Rojas Torres, Luis Ángel
M. Cs. Roque Julca, Anndy
M. Cs. Rubio Barboza, Eduar
M. Cs. Ruiz Bazan, Edgar
M. Cs. Sánchez Sánchez, David Alexander
Abg. Sanchez Perez, Christian Pavel
M. Cs. Torres Torres, Yorka Uiliana
M. Cs. Urbina Quiñones, Milton César
M. Cs. Urteaga Valera, Ana Cecilia
Abg. Valdivia Diaz, Franklim
Dr. Villegas Salazar, Saúl Alexander

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Yolanda, Martos Machuca
Secretaria de Decanato

Rosa Edith, Chico Huamán
Coordinadora Administrativa

Mirely Analí, Bravo Ayay
Secretaria de la Escuela Profesional de Derecho

Amparo Teresa, Miranda Zapata
Secretaria de Departamento Académico de Derecho

Ysabel María Del Lourdes, Arias Silva
Secretaria de notas y trámite documentario

Moya Linares, Julio
Servicios Logísticos

Walter Napoleon, Honorio Rabanal
Katia Marisol, Chilón Boñón
Servicios de biblioteca

Índice

| | |
|-------------------------------|----|
| Presentación del Rector | 13 |
| Presentación del Decano | 15 |
| Editorial | 17 |

Derecho Constitucional y Procesal Constitucional

| | |
|---|----|
| Informe de la CIDH y los desafíos del Estado constitucional peruano LACHR report and the challenges of the peruvian constitutional state SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis | 21 |
| El sentido del derecho constitucional económico a partir de las constituciones políticas del Perú The meaning of economic constitutional law from the political constitutions of Peru TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel..... | 39 |
| Derecho a la educación superior: Igualdad e inclusión Right to higher education: Equality and inclusion QUITO CORONADO, Lorena | 59 |
| Principales fundamentos jurídicos para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú Main legal grounds to declare the exceptional nullity of constitutional res judicata without affecting legal certainty in Peru ALVARADO LUIS, Domingo Celestino | 75 |

Algoritmos, modelos matemáticos y redes neuronales para modernizar el sistema de justicia: Un amauta pro, versión IA 2023, para asistir al Juez del siglo XXI

Algorithms, mathematical models and neural networks to modernize the justice system: A pro amauta, IA2023 version, to assist the Judge of the XXI century

CASTOPE CERQUÍN, Lorenzo 95

Derecho Civil y Procesal Civil

Personas con discapacidad y acto jurídico testamentario

Persons with disabilities and testamentary legal act

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica 121

Notas sobre el surgimiento de la propiedad privada predial en el periodo colonial temprano en Celendín, Cajamarca, Perú

Notes on the emergence of private property in the early colonial period in Celendín, Cajamarca, Peru

ALIAGA DÍAZ, César Augusto 139

¿Debe imponerse la paternidad socioafectiva frente a la paternidad biológica en los procesos de impugnación de paternidad en el Perú?

Should socioaffective paternity be imposed over biological paternity in paternity challenge processes in Peru?

COLORADO HUAMÁN, William 151

Retos para garantizar el derecho de alimentos a favor de los menores de edad, de hogares monoparentales, en el Perú

Challenges to guarantee the right to food for minors from single-parent households in Peru

ROJAS RUIZ, Nilton Y. 165

La libertad para testar con mínimas restricciones en el Perú: propuesta para limitar la asignación forzosa de la legítima

The freedom to test with minimal restrictions in Peru: proposal to limited the forced assignment of the legitimate

ROMERO MENDOZA, Joel 185

Derecho Penal y Procesal Penal

| | |
|--|-----|
| Criterios jurídicos para la integración del enfoque de género en la teoría del delito a nivel de la tipicidad subjetiva Legal criteria for the integration of the gender approach in the theory of crime at the level of subjective typicity BRINGAS FLORES, Sandra Maribel..... | 207 |
| Teoría del caso en los juicios penales: desde la perspectiva de la defensa técnica Case theory in criminal trials: from the perspective of technical defense MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio..... | 235 |

Derecho laboral y procesal laboral

| | |
|--|-----|
| Límites a la imposición del despido sucesivo homólogo y posibilidad del control de validez por el juez cautelar Limits on the imposition of successive equivalent dismissal and possibility of review of validity by the precautionary court VALDIVIA DÍAZ, Franklin | 249 |
| La medida cautelar fuera del proceso laboral y su implicancia en el plazo de caducidad de la reposición The precautionary measure outside the labor process and its implication in the expiration period of the replacement CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier | 269 |
| ¿La prueba tasada regulada en el proceso de ejecución previsional iniciado por las AFP vulnera el derecho a probar de la parte ejecutada? Does the assessed evidence regulated in the social security enforcement process initiated by the AFPs violate the right to proof of the executed party? ARAUJO CACHAY, Carmen Nancy..... | 281 |

Derecho y contratación con el Estado

| | |
|--|-----|
| Juntas de resolución de disputas y <i>dispute boards</i> : una respuesta a los conflictos en los procesos de contrataciones con el Estado Dispute boards: a response to conflicts in contracting processes with the state PIMENTEL TELLO, María Pimentel..... | 303 |
| Causales de resolución contractual no reguladas y el control concurrente de la CGR en la ejecución obras públicas Unregulated grounds for contractual termination and the concurrent control of the CGR in the execution of public works GARCÍA MENDOZA, Nilton Paco | 323 |

Educación jurídica y filosofía

| | |
|--|-----|
| Priorización del aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas frente a la obediencia intelectual Prioritization of pragmatic learning of legal sciences over intellectual obedience MENDOZA COBA, Alcides..... | 349 |
| Como ovejas al corral: la enseñanza del derecho y la ilusión de la justicia jurisdiccional Like sheep in the pen: the teaching of law and the illusion of jurisdictional justice LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis | 359 |
| Reflexiones sobre la violencia y el derecho moderno. Hacia un derecho crítico a partir de la exterioridad humana Reflections on violence and modern law. Towards a critical law from of human exteriority GIRÓN MEGO, Frank David..... | 391 |

Presentación del Rector

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad Nacional de Cajamarca viene sobresaliendo en la vida universitaria no solo por la preferencia de los jóvenes cajamarquinos hacia la carrera de Derecho, tal como se evidencia en los procesos de admisión, sino también por las diversas actividades académicas investigativas y de responsabilidad social que cotidianamente realiza.

Una de sus fortalezas académicas es la constancia en la investigación que sus docentes y estudiantes realizan, y que se divulga a través de publicaciones de revistas y boletines. Aportes por los cuales es reconocida en el ámbito regional y nacional.

En este contexto institucional, ahora se publica el número 11 de *Quaestio Iuris*, Revista de Investigación, como un gran aporte de los docentes de esta facultad al campo de la investigación del derecho y al debate de la doctrina y la teoría jurídica.

Uno de los fines de la Universidad peruana es la creación y difusión del conocimiento científico tanto de sus docentes como de sus estudiantes. Fin supremo universitario que ha sido recogido incluso por la nueva Ley Universitaria, Ley N.º 30220, y que debería marcar los estándares para el licenciamiento y acreditación de las carreras universitarias.

Desde el Rectorado de la UNC, saludamos esta iniciativa y aporte al conocimiento que realizan los docentes de esta unidad académica. Esfuerzo que debería ser emulado por la docencia de toda la universidad. De nuestra parte, seguiremos apoyando la impresión y divulgación de este importante medio de comunicación universitaria.

Asimismo, saludo y felicito a las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, a su equipo directivo y, en especial, a sus docentes, por este esfuerzo y aporte a las ciencias. Reitero nuestro compromiso institucional de seguir apoyando esta iniciativa que marca el cumplimiento de los fines universitarios que estamos empeñados en cumplir.

Cajamarca, Perú, noviembre de 2023

Dr. Berardo Escalante Zumaeta
Rector Universidad Nacional de Cajamarca.

Presentación del Decano de la Facultad de Derecho y CCPP

Q*uaestio Iuris*, Revista de Investigación Jurídica, llega a su décima primera edición. Es la culminación del esfuerzo investigativo de los docentes de nuestra unidad académica que concretiza uno de los fines de la universidad peruana: la creación y difusión del conocimiento científico, humanista y tecnológico.

Logros en la investigación jurídica que nuestra gestión ha venido apoyado decididamente, convencidos de que la mejora continua de los procesos de enseñanza-aprendizaje de las ciencias jurídicas deben tener como fundamentos o pilares la investigación, la reflexión y el debate en torno a sus resultados.

La Universidad Nacional de Cajamarca está *ad portas* de iniciar los trabajos de auto-evaluación en el marco del segundo proceso de su licenciamiento institucional y, a la vez, sentar las bases para la acreditación de nuestra Facultad de Derecho. Por lo que la publicación de *Quaestio Iuris* se enmarca en este proceso institucional, del cual estoy seguro saldremos airosos, ratificando nuestra esencia institucional de ser la universidad pública que marca el norte de las universidades del país.

Agradecemos y felicitamos a nuestros docentes, por esta labor investigativa. Todos los artículos y ensayos publicados en este número merecen reflexión y debate. Algunos están referidos a la realidad de la enseñanza de la abogacía en nuestra Facultad, y de ellos sacaremos lecciones y argumentos para seguir mejorando los procesos educativos.

Expresamos también nuestro agradecimiento al Rector de nuestra casa superior de estudios, por su constante apoyo a la investigación y publicación de sus resultados; sin su apoyo decidido no se lograría esta publicación. Como dijera un gran pensador: «estamos en el camino correcto, de proponer y divulgar nuestro pensamiento jurídico, con libertad y rigurosidad».

Cajamarca, Perú, noviembre de 2023

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Nacional de Cajamarca - Perú.

Editorial

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú, publica el número 11 de *Quaestio Iuris*, Revista de Investigación Jurídica de los Docentes de la Facultad.

El mundo universitario, y en particular la sociedad peruana, vive momentos cruciales: avances y retrocesos en la reforma de la ley universitaria, grave deterioro del régimen constitucional democrático, incremento de la criminalidad y serios agravios al ejercicio de los derechos constitucionales. En estas circunstancias objetivas, se debe promover y fortalecer el debate, así como la reflexión frente a los desafíos políticos y sociales que cotidianamente enfrentamos.

Por otro lado, los grandes impactos en la ciencia y la tecnología, incluyendo en las ciencias jurídicas, del uso y desarrollo de la llamada «inteligencia artificial» hace prever cambios necesarios en las fuentes y técnicas de investigación, así también en la manera como se aborda y realiza la enseñanza del derecho.

En ese contexto, los docentes de la Facultad de Derecho de la UNC, contribuyendo en ese debate, perfilan y divulgan en este número una serie de investigaciones y reflexiones sobre materias constitucionales, civiles y comerciales, penales, laborales, contractuales y de enseñanza y filosofía del derecho.

Considero que este aporte doctrinario y de investigación es parte del esfuerzo investigativo que realiza la docencia en nuestra universidad, a pesar de los magros sueldos que se percibe y el precario financiamiento a la investigación y publicación con que cuenta la universidad pública.

No hay duda de que la historia universitaria de la UNC valorará este esfuerzo y el empeño práctico de los docentes de la Facultad de Derecho, de contribuir al desarrollo del conocimiento científico de las ciencias jurídicas.

Desde ya un agradecimiento al esfuerzo y persistencia de los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Nuestro agradecimiento al Rector de la nuestra casa superior de estudios, quien sigue apoyando en la concretización de la publicación de nuestra Revista.

Cajamarca, Perú, noviembre de 2023

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Director Quaestio Iuris

Derecho Constitucional y Procesal Constitucional



Informe de la CIDH y los desafíos del Estado constitucional peruano

LACHR report and the challenges of the peruvian constitutional state

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción II. Antecedentes. III. Fracaso del golpe de Estado. IV. CIDH órgano de la OEA y del Sistema Interamericano de Protección a los DDHH. V. Convención Americana y la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos VI. Informe CIDH sobre situación en Perú. VII. Desafíos del Estado peruano y el Informe de la CIDH. VIII. Conclusiones. IX. Referencias.

Resumen: El Informe de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos sobre los sucesos ocurridos en Perú tras la vacancia del presidente Pedro Castillo con las movilizaciones, sobre todo de la población del sur y la actuación de las Fuerzas Armadas y policiales, marca un tremendo desafío para el Estado peruano, en cuanto es Estado constitucional de derecho, basado en la democracia como orden político y social y en el respeto a los órganos internacionales

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho Público por la Universidad de Bruselas Bélgica. Doctor en Derecho por la UPAO. Doctorando en la Universidad Carlos III, España. Docente de pre- y posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca. Director de la Unidad de Posgrado de Derecho de la UNC. Director de la Revista de Investigación Jurídica, *Quastio Iuris*. Correo electrónico: jsalazars@unc.edu.pe

de los cuales es parte. Ese desafío involucra decisiones políticas internas, con relación al mejoramiento del sistema político democrático, el restablecimiento de diálogo político y social y una política estatal de clara lucha contra la impunidad, además de la convivencia que se pueda originar a partir de la negativa de investigar y sancionar a los trasgresores de los derechos humanos. Por otro lado, el Informe del CIDH abre la discusión sobre la posibilidad de que la mandataria o funcionarios del máximo rango civil y militar puedan ser investigados, procesados y sancionados por órganos internacionales de protección los derechos humanos. En suma, el propósito del presente artículo consiste en sentar las bases para, desde el constitucionalismo de los derechos humanos, enfrentar satisfactoriamente estos desafíos planteados por el Informe el CIDH.

Palabras clave: derechos humanos, democracia, violaciones a derechos humanos, impunidad, responsabilidad internacional

Abstrac: *The Report of the Inter-American Commission on Human Rights on the events that occurred in Peru after the vacancy of President Pedro Castillo and the mobilizations especially of the population of the south and the actions of the armed forces and police, mark a tremendous challenge for the Peruvian state, as a Constitutional State of Law, based on democracy as a political and social order and that of international bodies is of which the Peruvian State is a part. This challenge involves internal political decisions regarding the improvement of the democratic political system, the establishment of a political and social dialogue procedure and a State policy of clear fight against impunity and the collusion that may be established as a result of the refusal to investigate and punish human rights violators. On the other hand, it opens the discussion on the possibility that certain leaders or officials of the highest civilian military rank can be investigated, tried and sanctioned by international human rights bodies. This article deals with this political, constitutional and international issue, whose purpose is to lay the foundations so that from the constitutionalism of human rights it can face these challenges posed by the IACHR.*

Key words: *human rights, democracy, human rights violations, impunity, international responsibility*

I. Introducción

El Perú está inmerso, desde hace varios años, en una aguda incertidumbre política-constitucional. La crisis de representación y los graves hechos de corrupción de la clase política y empresarial han originado una muy seria ingobernabilidad y deslegitimidad del aparato estatal. Una manifestación de

esta situación fue el intento de golpe de Estado que realizó el expresidente Pedro Castillo ante la permanente obstrucción e impedimento de la gobernanza efectuada por los perdedores de las elecciones generales, pero también por los propios errores y limitaciones del expresidente y su partido político.

Ante la vacancia de Castillo de la presidencia por el intento de golpe de Estado, miles de peruanos, sobre todo del sur andino, se movilaron en las calles. Más de 400 protestas fueron registradas, las mismas que alcanzaron a Lima y en menor medida al norte del país. Como consecuencia, pusieron en riesgo la viabilidad del Gobierno de Dina Boluarte y la propia existencia del Congreso de la República.

La respuesta del Gobierno fue la utilización de las fuerzas policiales y armadas para reestablecer el orden y asegurar su permanencia en el poder del Estado. La dura represión contra la población movilizada causó decenas de muertes, cientos de detenciones, así como heridos e intervenciones en universidades; asimismo, llevo a diversas organizaciones internacionales de derechos humanos y a diferentes gobiernos miembros de la OEA y a diversos países europeos a pronunciarse invocando el alto a la grave represión contra la población.

En esas circunstancias, interviene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), órgano de la OEA y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cumplimiento de su mandato, la CIDH visita Perú, específicamente a las localidades donde hubo masiva represión a la protesta social. Por consiguiente, entrevistaron a las autoridades y líderes locales, además de a los representantes del Ministerio Público y del Poder Judicial, Defensoría del Pueblo y otros. Como resultado, emite, previa consideración de la opinión del Gobierno peruano, su informe, denominado «Situación de los Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales». En dicho informe, reconoce que hubo graves violaciones a los derechos humanos, por lo que anexa, como prueba de ello, un listado de 57 fallecidos y cientos de heridos, por el uso arbitrario y abusivo de las fuerzas del orden, y—lo que es más grave—, en un clima de grave estigmatización racista y discriminatoria contra las poblaciones que ejercitaban su derecho a la protesta.

En este breve artículo, nos centraremos en analizar tres situaciones: la CIDH como parte del sistema regional de derechos humanos, las conclusiones y recomendaciones del Informe y, finalmente, los desafíos que el Perú ha asumido a raíz del Informe de la CIDH.

II. Antecedentes

El proceso electoral para elegir al presidente de la República del Perú, periodo 2021-2026, tuvo como ganador, en segunda vuelta, al profesor Pedro Castillo Terrones del partido político Perú Libre, frente a la Sra. Keiko Fujimori de Fuerza Popular. El electo presidente representaba a un partido de ideología de izquierda y ganó proponiendo al país cambios de trascendencia, como la convocatoria a una asamblea constituyente para elaborar una nueva constitución, resolver los problemas de desigualdades sociales, entre otros.

Si bien el triunfo de Castillo fue por una mínima diferencia, el Jurado Nacional de Elecciones y los observadores internacionales que participaron como veedores en el proceso de votación reconocieron el triunfo electoral de Pedro Castillo como presidente y a la Sra. Dina Boluarte como vicepresidenta del Perú.

Sin embargo, a partir de las primeras emisiones de los resultados, se inició una estrategia confrontacional de oposición dura y constante al triunfo electoral de Castillo. Principalmente, fue la acusación de fraude electoral y desconocimiento del resultado electoral. En consecuencia, se procedió a impugnar los resultados de cientos de mesas de sufragio, así como a denunciar al propio Jurado Nacional de Elecciones por parte del partido perdedor, en alianza con los otros partidos políticos y un sector de la prensa. Incluso sendas comisiones de estos sectores de oposición viajaron a EE. UU. y a Europa para visitar parlamentos y exigir la intervención de organismos internacionales para que se anulen las elecciones por ser fraudulentas. A pesar de esa oposición y campaña nacional e internacional, los ganadores juramentaron el 28 de julio de 2021 en el recinto del Congreso, como presidente y vicepresidenta de la República del Perú.

Desde la toma del mando del Poder Ejecutivo, el 28 de julio 2021 a diciembre de 2022, la oposición, contando con la mayoría en el Congreso y en colaboración con gran parte de la prensa tradicional, medios televisivos, radiales y escritos, inició una estrategia de obstrucción férrea y permanente contra el Poder Ejecutivo. No solo prosiguieron con la estrategia de señalar la nulidad de las elecciones por fraudulentas, sino que se dedicaron a interpellar, pedir renuncias y censurar a ministros y funcionarios que el presidente designaba como parte de su gabinete, y, finalmente, iniciaron una campaña abierta presentando la vacancia del propio presidente por «incapacidad moral permanente», invocando el artículo 113 de la Constitución Política.

Por otro lado, diariamente se sembró, en la opinión pública, una imagen de Pedro Castillo y su equipo de Gobierno con un contenido cargado de racismo y discriminación, por sus orígenes sociales del presidente. Así, lo llamaron «burro» o «serrano ignorante». Asimismo, se manifestó un acoso permanente hacia él, incluso contra su familia (padres, hijos del presidente). La prensa opositora llegó a ingresar a las viviendas de él y sus padres, en los distritos de Chota, provincia de Cajamarca, de donde procede la familia. También se llegó a la ridiculez de denunciar la construcción de helipuerto exclusivo para la familia presidencial.

Fue una fase de desprestigio y de clara destrucción de la gobernabilidad. El Congreso, en la práctica, se convirtió en el primer poder del Estado, debido a que asumió un modelo político no previsto en la propia Constitución, pues disponía quien sería aceptado como ministro o como alto funcionario del Gobierno entrante. Esta tergiversación del rol del Congreso se fue incrementado con la designación de la nueva fiscal de la nación, la cual entró al juego de la obstrucción y destrucción de la gobernabilidad con las investigaciones y acusaciones constantes contra el presidente de la República. Quedará en la historia peruana el acoso político, la irrita denuncia contra el presidente que hicieron por traición a la patria, por emitir una opinión.

Los errores del presidente de la República eran evidentes. Su experiencia como dirigente sindical del magisterio no le bastó para sortear el combate político de desprestigio y obstrucción a su gobierno. Baste como muestra la designación como ministros o altos funcionarios a personajes con serios cuestionamientos (investigados, procesados o inexpertos en la gestión pública), sus mensajes oficiales, que eran propuestas de gobierno incoherentes con aquellas con las que ganó, el paso de asamblea constituyente a reformas parciales de la Constitución o su involucramiento en actos de corrupción de su personal cercanos (secretario de palacio). Sin embargo, a pesar de estas limitaciones y errores, el profesor Castillo recibió el apoyo de los electores rurales y andinos del país, que lo veían como a su legítimo representante. No hay que olvidar que en varios departamentos del sur del país (Puno, Cuzco y Ayacucho) su triunfo electoral alcanzó el 80 %.

Cuando se entraba a los últimos meses del año 2022, noviembre y diciembre, la campaña contra el presidente fue feroz. El objetivo era vacarlo, bajo cualquier pretexto, incluso si ello costara un río de sangre, tal como admitió un congresista. La denuncia y acusación del Ministerio Público contra el presidente fue delirante. Ya habían fracasado en dos intentos de

vacarlo, por falta de mayoría de votos, pues conforme a la Constitución y el reglamento del congreso para vacarlo se requerían 84 votos. Y se preparaba un tercer pedido de vacancia que, en el contexto en que fue planteado, evaluaba la posibilidad de que esta vez sí resultaría.

III. Fracaso de golpe de Estado

El martes 7 de diciembre de 2023, en un mensaje a la nación, horas antes de que iniciara el debate congresal para votar su vacancia, el presidente de la República Pedro Castillo dispone «la disolución del Congreso, la reorganización del Poder Judicial, del Ministerio Público y de otros organismos, la intervención de las Fuerzas Armadas y Policiales, y la promesa de convocar a nuevas elecciones y a una asamblea constituyente». Este mensaje transgredía la Constitución, violaba abiertamente el sistema democrático y convertía a Pedro Castillo en un presidente golpista, ilegal e inconstitucional.

La reacción de las Fuerzas Armadas fue determinante; ellas desobedecieron al presidente. El Congreso se reunió de emergencia y en una acción desordenada y transgrediendo su propio reglamento vacaron al presidente y lo sustituyeron por la vicepresidenta, Sra. Dina Boluarte. Lo que es paradójico, y hasta anecdótico para la historia política del Perú, es que a la 01:45 de la tarde, tras constatar el fracaso de su golpe de Estado y de la disolución del congreso, cuando Pedro Castillo sale del Palacio de Gobierno y se dirige supuestamente a una embajada para pedir asilo político, antes de que fuera vacado por el Congreso, es detenido por su propia guardia de seguridad y llevado a la Prefectura de Lima. Desde ese entonces, sigue detenido y ahora bajo prisión preventiva, por haber cometido el delito de rebelión.

Aquel día en que Pedro Castillo anuncia la inconstitucional disolución del Congreso, se iba a votar en el Congreso la tercera moción de censura y vacancia presidencial invocando el artículo 113.2 de la Constitución, es decir, por «incapacidad moral permanente». Esta moción de vacancia se sometía al procedimiento establecido en el reglamento del Congreso, que estipula la votación previa del Congreso para admitir a debate los cargos, la posibilidad de que el presidente ejerza su derecho a la defensa y la votación final que requiere 76 votos para que proceda la vacancia. No obstante, para vacarlo bajo el supuesto de «incapacidad moral permanente» —pero sobre la base de otras circunstancias, esto es, intento de golpe de Estado— requería de otro número de votantes afirmativos, según el artículo 89-A del reglamento del Congreso.

IV. CIDH órgano de la OEA y del SIDH

La Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) es una organización internacional de carácter regional, creada en 1948 en la 9.^{na} Conferencia Internacional de los Estados del continente americano celebrada en Bogotá, Colombia, la que es considerada «el más importante evento en la historia de las relaciones americanas» (Inter American Institute of international legal studies, 1966, p. 15).

En esta conferencia se suscribió y luego los Estados ratificaron el tratado internacional, denominado la Carta OEA, y los lineamientos que dan lugar al sistema regional de protección de los derechos humanos en nuestro continente. Es bajo el amparo de la OEA que se proclama la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en 1959 y se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como uno de los principales órganos de la OEA.

La Carta de la OEA, en diversas cláusulas, establece la promoción del pleno respeto a los derechos humanos. Por ejemplo, en su parte introductoria, se lee:

Fundando las relaciones americanas de los estados en el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Posteriormente, en los principios que gobiernan la OEA, artículo 3.1 de la carta se menciona:

Artículo 3.1

1) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Como se ha mencionado, la Carta de OEA crea a la CIDH como uno de sus órganos principales, la misma que tiene como competencia promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y servir como órgano consultivo de la OEA en dicha materia. Así, en el Capítulo VIII de la Carta, «De los órganos de la OEA», artículo 53 se establece:

Artículo 53

La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de:

- a) La Asamblea General;
- b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores;
- c) Los Consejos;
- d) El Comité Jurídico Interamericano;
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- f) La Secretaría General;
- g) Las Conferencias Especializadas, y
- h) Los Organismos Especializados.

Asimismo, la Carta de la OEA también establece las funciones y competencias de la CIDH. Así, en el Capítulo XV, artículo 106, señala:

Artículo 106

Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

Posteriormente, la CIDH pasa integrar los dos órganos conformantes del sistema de protección de los derechos humanos en aplicación de la Convención Inter Americana de Derechos Humanos, llamado Pacto de San José, que entra en vigencia en julio de 1978.

La CIDH, por tanto, tiene un estatus jurídico internacional muy especial. Por un lado, es un órgano central de la OEA, creada en 1959, que vigila las obligaciones de los Estados miembros y el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, en virtud del artículo 106 de la Carta de la OEA; y, por otro lado, es conjuntamente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos el órgano de verificación de las obligaciones convencionales contraídas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979. Este dato es muy importante para comprender el impacto en el ámbito internacional que tendría para el Perú el pretender renunciar (técnicamente denunciar) al Pacto de San

José para salirse de la competencia de la CIDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al ser un órgano principal y autónomo de la OEA, la CIDH es competente para la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está constituida por siete (7) miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington D.C., capital de Estados Unidos.

La CIDH realiza su trabajo de promoción y protección de los derechos humanos en el continente con base en tres áreas de trabajo:

- a) Sistema de petición individual.
- b) Monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros.
- c) Atención a líneas temáticas prioritarias.

El monitoreo de la situación de los derechos humanos en la región se desprende del artículo 106 de la Carta de la OEA, en virtud de la cual la función principal de la CIDH es «promover la observancia y la defensa de los derechos humanos». Este mandato también está previsto en el artículo 41, incisos a, b, c, y d, de la Convención Americana de Derechos Humanos que, a su vez, está recogido en el artículo 18, incisos a, b, c, y d, del reglamento de la CIDH.

En ejercicio de esta facultad, la CIDH realiza visitas a los lugares, países, regiones o localidades en donde se estén verificando violaciones a los derechos humanos. Esta facultad está prevista en el reglamento de la CIDH, en particular, en sus artículos 53 al 57 (Observaciones in loco), en el Capítulo VI (audiencias de países), y en los artículos 59 y 60, informe anual e informes sobre la situación de los derechos humanos de un Estado determinado.

V. Convención Americana y la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o Pacto de San José) fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.2 del propio Pacto. Perú es vinculado a dicha convención desde el año 1978, cuando fue aprobada por Decreto Ley N.º 2231 el 11 de julio de 1978 ratificada el 28 de julio del mismo año.

Aquí un brevísimo apunte. Resulta paradójico —como lo son tantos hechos históricos en el Perú— que la Convención fuera ratificada por una de las más agresivas dictaduras militares que ha tenido el país, más aún en medio de protestas sociales que culminaron con el paro nacional del 19 de julio de 1979, que obligó a la dictadura de Morales Bermúdez a convocar a una constituyente (la de 1979) y luego a elecciones generales. Asimismo, no cabe duda de que quedará registrada en la historia peruana la vocación de los congresistas de Acción Popular, de Fuerza Popular, del fujimorismo, de Avanza País, y de otros supuestamente partidos democráticos, de pretender salirse de la Convención Americana, es decir, de iniciar un proceso de denuncia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido vigencia en Perú durante cuarenta cinco años (1978-2023).

No voy a detenerme a analizar sistemáticamente la Convención, solo indicaré que, en la opinión de varios juristas —opinión que comparto—, la prescripción central, primordial y angular que convierte a la Convención en un tratado vinculante y obligatorio y aplicable en todas las esferas del ámbito jurídico de los Estados partes, incluyendo el aparato legislativo, judicial administrativo y militar, es el artículo 1 de la Convención, que prescribe:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. 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.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano [énfasis agregado].

Este artículo plantea tres conceptos fundamentales para verificar la aplicación de la Convención y evaluar el ejercicio de los derechos humanos en los países partes de la Convención: «respetar», «garantizar» y «sin discriminación alguna». Términos que se pasaran brevemente a comentar.

Desde el primer caso que resolvió la Corte Interamericana en 1988, y en sus casi cincuenta años de existencia, ha sido invariable en su jurisprudencia con respecto a este artículo convencional. En la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte estableció que el artículo 1.1. de la Convención Interamericana es determinante para atribuirle a un Es-

tado la violación a los derechos contenidos en la Convención, pues todos los Estados partes se han comprometido a «respetar y garantizar sin discriminación alguna», los derechos y libertades establecidos en la Convención.

De acuerdo con Gross (1991), respetar los derechos y libertades supone la «obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención» (p. 65). El mismo autor señala que «garantizar» supone la obligación de todos los Estados parte de organizar toda la estructura y aparato del Estado (administrativa, legislativa, judicial, militar, policial, etc.), incluyendo políticas preventivas para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades consagradas en la Convención.

Además, lo que es trascendente con relación al Informe de la CIDH en el caso de Perú, es que estamos comentando la prescripción adicional del artículo 1 de la Convención, la llamada «Cláusula de no Discriminación», es decir, la que prescribe que las personas deben ejercitar y gozar de los derechos y libertades establecidas en la Convención «sin discriminación alguna por motivo 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» (art.1.2 de la Convención).

Esta prescripción convencional es trascendente para entender los resultados del Informe del CIDH en el caso peruano, respecto a la verificación de las decisiones del Gobierno y el comportamiento de las fuerzas policiales y militares, así como de la mayoría de la prensa peruana y de los voceros políticos de los partidos en el Congreso, de calificar a los protestantes, sobre todo a los del sur del país, como «serranos» «vándalos» o «terrucos», puesto que a su vez se trata de normalizar un clima de discriminación racial, además de valorar o no la protección y garantía de sus derechos en torno a estas calificaciones discriminatorias.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos años se ha pronunciado y establecido como responsabilidad de los gobiernos las graves violaciones de los derechos y libertades convencionales en un contexto de discriminación social y estatal. Así lo ha establecido en los casos *Apitz Barbera vs. Venezuela* (2008), el caso *González y Otras vs. México* (2009), caso *Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay* (2010). Estas son fuentes jurisprudenciales fundamentales para comprender cuales podrían ser los efectos del Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Perú, en el contexto de las protestas sociales.

VI. Informe CIDH sobre situación en el Perú

El 3 de mayo del presente año, la CIDH publicó su Informe *Situación de Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales*. Informe que contiene 112 páginas, incluyendo conclusiones y anexos.

La CIDH realizó dos visitas al Perú en el marco de sus competencias, indicadas líneas arriba. La primera fue de preparación y se realizó en diciembre de 2022; la siguiente en enero de 2023. La comisión, en cumplimiento de su mandato en este periodo de trabajo de visita, compiló información a través de reuniones no solo con organizaciones de la sociedad civil y con instituciones del Estado, sino también con organizaciones de víctimas, gremios laborales y de estudiantes, entre otros.

El primer borrador de este informe fue compartido con el Gobierno peruano para que pueda ofrecer observaciones, aclaraciones sobre la información que ahí está contenida. Al analizar dicho informe, se aprecia información que ha sido brindada por el propio Estado peruano y que ha servido para que la CIDH arribe a conclusiones y recomendaciones objetivas

6.1. ¿Qué dice el Informe?

El Informe de la CIDH está dividido en nueve partes. Este breve artículo se centra en los acápite IV, V y VI, sobre la crisis institucional, la protesta social, las presuntas violaciones de derechos humanos, y conclusiones y recomendaciones, respectivamente.

El informe señala que el Perú, se encuentra —al menos desde el 2016— en una crisis política, que se configura en una constante pugna entre los poderes del Estado. Ciertamente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y en medio de ellos, el Poder Judicial, que en varios momentos de la historia peruana ha sido samaqueado o intervenido a favor de uno u el otro poder.

El Informe señala que, a raíz de la vacancia de Pedro Castillo, se generó una ola de protestas, ubicadas mayormente en el centro y sur del país. Frente a esas protestas, se cometieron graves vulneraciones o violaciones a los derechos humanos, cometidos por las fuerzas del orden policiales o militares. La CIDH, con base a su investigación in situ, con declaraciones de testigos y víctimas, ha concluido que se han cometido más de 70 muertes y cientos de heridos. También reconoce que estas vulneraciones a los derechos humanos se han producido como parte de actos vandálicos y

excesos de violencia que han tenido lugar durante las protestas y que son de titularidad o responsabilidad de agentes particulares.

Si revisamos el Informe de la CIDH, advertimos que, según las investigaciones, se pueden establecer zonas o regiones donde se empleó el uso excesivo de la violencia con mayor intensidad. La incidencia de la violencia como el número de víctimas o de personas heridas, fallecidas, entre otros, tiene mayor preponderancia en algunas ciudades del sur del país que tienen una fuerte identidad étnica o indígena, como Ayacucho, Cuzco y Puno. En ese sentido, la CIDH recomienda que cualquier investigación que inicie el Estado debe tener un enfoque étnico, un enfoque regional.

El Informe de la CIDH resalta que el hecho de que existiría impunidad por las muertes en las protestas, lo cual transmite el mensaje de que la vida del «serrano», del «terrucos», del «cholo» o del «indio» no tiene un valor. Y si no tiene un valor, pues no hay a quién pedirle rendición de cuentas.

El Informe del CIDH plantea conclusiones contundentes sobre la situación y trasgresiones a los derechos humanos tales como brevemente:

- a. Las protestas sociales que comenzaron el 7 de diciembre de 2022 expresan demandas políticas explícitas y coyunturales como adelanto de elecciones y convocatoria a asamblea constituyente. Al lado de ellas, hay justas reivindicaciones de las comunidades campesinas y pueblos indígenas por igualdad y por la valoración de sus derechos culturales y territoriales
- b. Del 7 de diciembre 2022 al 23 de enero 2023, miles de personas se movilizaron, habiéndose registrado más de 477 manifestaciones.
- c. En las regiones de Lima, Ica, Arequipa y Cuzco la respuesta del Estado se caracterizó por el uso desproporcionado, indiscriminado y letal de la fuerza. Originando el alto número de personas fallecidas y heridas con lesiones por impacto de armas de fuego incluyendo perdigones.
- d. En Ayacucho se registraron graves violaciones de derechos humanos que deben ser investigados con debida diligencia y con un enfoque étnico-racial.
- e. En Juliaca se verificó el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por parte del Estado con resultado de graves violaciones de derechos humanos en contra de los participantes de las protestas y terceras personas.

- f. Se constató una fuerte estigmatización por factores étnicos-raciales y regionales, mediante mensajes que aluden a las personas indígenas y campesinas como «terroristas», «terrucos», «senderistas, cholos o indios, entre otras formas despectivas.
- g. Las graves violaciones de derechos humanos reportados en el Informe deben ser investigados diligentemente, deben ser juzgados en el plazo razonable y las víctimas deben ser reparadas en forma integral.

El informe constata gravísimas violaciones a los derechos humanos y, por tanto, podría configurar incumplimiento de las obligaciones del Perú frente al cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular el establecido en el artículo 1 de la mencionada convención.

Asimismo, el Informe de la CIDH plantea al Estado peruano una serie de recomendaciones, en congruencia con los hallazgos y la constatación de estas graves violaciones. Recomendaciones que van desde garantizar la participación de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en las decisiones de interés nacional; asegurar que el uso de la fuerza por agentes estatales se ajuste a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad; asegurar la reparación integral de las víctimas de violaciones de derechos humanos; investigar y sancionar a los violadores de los derechos humanos, incluyendo mayor presupuesto para el Ministerio Público y Poder Judicial para lograr ese propósito; recomendar que el Estado se abstenga de adoptar reformas legislativas o constitucionales que debiliten la autonomía e independencia del Sistema Nacional Electoral o del Poder Judicial; proteger a los periodistas, entre otras.

El CIDH ha sistematizado las 36 recomendaciones en diferentes rubros: diálogo y superación de la crisis; seguridad ciudadana; reparación y atención a víctimas de violaciones de derechos humanos; lucha contra la impunidad; institucionalidad democrática; libertad de expresión, reunión y asociación, y otras.

VII. Desafíos del Estado peruano y el Informe de la CIDH

En este contexto nacional de grave incertidumbre político-constitucional que se ha descrito, el Informe de la CIDH plantea una serie de retos fundamentales para fortalecer el Estado constitucional de derecho en Perú, puesto que, en caso contrario, el deterioro institucional y de la democracia sería irreversible.

El Informe del CIDH es una oportunidad para generar el debate por reconstruir el pacto social constitucional, sobre la base de una reforma del sistema político y la defensa del republicanismo constitucional y democrático, esto es, mediante la introducción de reformas constitucionales y legales que permitan consolidar el Estado constitucional, así como promover los derechos sociales constitucionales y sus garantías. En ese sentido, urge establecer la bicameralidad y quebrar el monopolio del poder que se viene cimentando en el Congreso con graves vicios de autoritarismo, exclusión, abuso y corrupción.

Cabe agregar que también es necesario identificar formas de mejorar la representación política de los sectores rurales, sobre todo de los pueblos originarios del ande y de la selva peruana y terminar con la grave incertidumbre política que genera la ambigüedad en el uso de la «vacancia por incapacidad moral permanente» y la disolución del Congreso.

El Estado debe elaborar políticas públicas para resolver la grave crisis de discriminación social y cultural que sufren los peruanos, sobre todo aquellos provenientes de la sierra, norte, sur y oriente.

Una vez publicado el Informe, conforme al art. 60 de su reglamento, la CIDH los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros y a la Asamblea General de la OEA, que se realizará en noviembre y diciembre 2023. Este momento es crucial para que el Perú ratifique su respeto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a sus compromisos internacionales como miembro fundador de la OEA. Asimismo, es decisivo para el país, pues hay sectores autoritarios que buscan salirse de la competencia del CIDH y de la Corte Interamericana, sin tomar en cuenta que ello también significaría salirse de la OEA y convertirse en un Estado aislado, paria del derecho internacional.

El Informe de la CIDH puede permitir que se consolide los sistemas de justicia en derechos humanos, siempre y cuando el Ministerio Público y el Poder Judicial doten de los recursos y manifiesten la voluntad institucional de hacer justicia frente a las graves violaciones de derechos humanos que ha verificado la CIDH.

Ahora bien, si no se implementan las recomendaciones y el Perú no investiga, es decir, continúa con afectaciones a la institucionalidad democrática, no protege a los periodistas, no protege o no implementa medidas serias para luchar contra la impunidad, estaríamos en un escenario de incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Eso, como se dijo, puede conllevar a responsabilidades internacionales.

Otro de los desafíos es que cualquier víctima de las violaciones de los derechos humanos identificados en el Informe del CIDH, agotadas la vía interna, podría acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese caso, el Informe sería un medio probatorio más para demostrar la grave violación de los derechos humanos producidos en el Perú y la responsabilidad del Gobierno peruano, y en particular de los victimarios.

Además, otro de los probables efectos del Informe de la CIDH, en caso el Perú no cumpla con las recomendaciones, es que podría acusar el incumplimiento de las autoridades de sus obligaciones contraídas por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En ese sentido, cabría una probable denuncia ante la Corte Penal Internacional. Se debe señalar que el Estatuto de Roma establece la Corte Penal Internacional, de la cual el Perú está bajo su jurisdicción, puesto que el Perú ratificó el Tratado Internacional de su creación y funcionamiento (ratificado el 10 de noviembre de 2001). Asimismo, el Informe se podría utilizar como medio de prueba fundamental para una denuncia penal internacional contra la presidenta de la República y los altos funcionarios; por ejemplo, al verificar que se han cumplido con las condiciones de admisibilidad (art. 17 del Estatuto de la Corte), la Corte podría evaluar su competencia para investigar y sancionar estos delitos. De esta manera, los graves hechos que ha verificado la CIDH podrían configurarse como delitos de genocidio y lesa humanidad, reconocidos en el Título XIV-A del Código Penal peruano (genocidio art. 319; desaparición forzada, art. 320; tortura, art. 321; discriminación, art. 232). En este panorama de denuncia internacional, la responsabilidad penal podría ser compartida entre la presidenta de la República y sus altos funcionarios civiles y militares, es decir, entre quienes coordinaron y dispusieron la represión contra la población causando las muertes y heridos.

El camino para declarar o determinar esta responsabilidad internacional del Estado peruano pasa por iniciar procesos ante el Sistema Interamericano, agotada la vía nacional previa. Y es cierto que esto puede tomar algo de tiempo, pero no es imposible.

Las víctimas de los sucesos violatorios podrían exigir al Estado peruano las reparaciones correspondientes. Precisamente, el Informe del CIDH es un medio probatorio fundamental, en virtud del principio de convencionalidad consagrado en la 4.^a Disposición Final de la Constitución, que establece que los derechos se interpretan conforme a los tratados y pactos sobre la materia, de los cuales el Perú es parte.

Es importante decir que esto funciona tanto para afectaciones cometidas por fuerzas del orden como sí para afectaciones cometidas por particulares contra particulares. En otras palabras, si no hay una investigación por parte del Estado, también de esos actos, o de esas vulneraciones que han terminado afectando a personas que no participaban de las manifestaciones, puede iniciarse un proceso en el Sistema Interamericano, por el incumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar a quienes corresponda (art. 1.1 de la Convención).

VIII. Conclusiones

- a. La CIDH, en ejercicio de sus competencias establecidas en la Carta de la OEA y en el Pacto de San José, realizó una visita in loco en Perú para constatar la situación de los derechos humanos en el contexto de las protestas a raíz de la vacancia del presidente Pedro Castillo.
- b. El informe emitido por la CIDH hace constatación de graves violaciones de derechos humanos sobre los protestantes y las personas particulares, lo que ha originado muertes, heridos y cientos de detenciones, además de periodistas golpeados y amenazados.
- c. El informe de la CIDH puede devenir en una oportunidad para que el Gobierno peruano reconstruya el estado de confianza ciudadana y el trabajo por consolidar el Estado constitucional de derecho, convocando a un diálogo nacional y a un nuevo pacto social.
- d. El incumplimiento de las recomendaciones del informe de la CIDH podría configurar violación al artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por tanto, el Estado peruano podría ser sancionado por la OEA y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- e. El informe de la CIDH se podría utilizar como medio de prueba, en los procesos que se aperturen, para exigir investigación y sanción a los violadores de derechos humanos, casos que podrían ir ante la Corte de San José.
- f. El informe de la CIDH podría ser considerado medio de prueba clave, siempre que la responsabilidad penal internacional, por los graves hechos, sea atribuible a la mandataria actual y su gabinete.

IX. Referencias

- CIDH – OEA. (2023). *Situación de Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/informe-situacionddhh-peru.pdf>.
- Gross Espiel, H. (1991). *Convención Americana y al Comisión Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*. Editorial Jurídica
- Salazar Soplapuco, J. L. (1993) *A comparison between The European Court and the Interamerican Court of Human Rigths*, Vrije Universiteit Brussel. Faculty of Law
- Inter American Institute Of Internacional Legal Studies. (1966). *The inter American system its development and strengtheing*,

JURISPRUDENCIA

- Sentencias de la Corte Interamericana de DDHH:
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988).
- Casos Apitz Barbera vs. Venezuela (2008).
- Caso Gonzáles y otras vs. México (2009).
- Caso Comunidad Xakmok Kásek vs. Paraguay (2010).

TRATADOS Y LEGISLACIÓN NACIONAL

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional.
- Constitución Política del Perú 1993.
- Código Penal.

El sentido del derecho constitucional económico a partir de las constituciones políticas del Perú

The meaning of economic constitutional law from the political constitutions of Peru

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El sentido del derecho constitucional económico. III. Conclusiones. IV. Referencias.

Resumen: El presente trabajo aborda el estudio del sentido del derecho constitucional económico a partir de la regulación en materia económica prescrita en las constituciones políticas peruanas. Así, luego de representar el régimen económico contemplado en

(*) Doctora en Derecho. Maestra en Ciencias en las menciones de Derecho constitucional y Derechos Humanos, y Administración y Gerencia Pública. Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Conciliadora extrajudicial y especializada en Familia. Árbitro. Asesora legal. Docente en materia jurídica y en los niveles de pre- y posgrado. Adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Exvocal del Tribunal Universitario. Exsecretaria académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

los textos constitucionales peruanos de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993, se ha determinado la singular significación del derecho constitucional económico. Ello ha permitido conocer y reflexionar acerca de los aspectos relativos al derecho constitucional peruano, con énfasis en el quehacer económico, reafirmando su trascendencia y constatando su utilidad en el vigente contexto.

Palabras clave: constituciones políticas del Perú, derecho constitucional económico, economía, régimen económico

Abstract: The present work deals with the study of the meaning of Economic Constitutional Law from the regulation in economic matters prescribed in the Peruvian Political Constitutions. Thus, after representing the economic regime contemplated in the Peruvian Constitutional texts of 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 and 1993, the singular significance of Economic Constitutional Law has been determined. This has allowed knowing and reflecting on the aspects related to Peruvian Constitutional Law, with emphasis on the economic task, reaffirming its importance and verifying its usefulness in the current context.

Keywords: political constitutions, economic constitutional law, economy, economic regime

I. Introducción

Es menester otorgar apuntes acerca de la regulación con énfasis en la económica. Así, la regulación, en sentido genérico, constituye una actividad que corresponde, en mérito a sus competencias, al Estado; asimismo, se configura como un mecanismo jurídico por el cual se prescriben normas con determinado alcance, que se extienden tanto a sujetos como a actividades concretas, bajo la perspectiva de la ordenación de la vida en sociedad.

Una de las actividades existentes, al interior del Estado, es la económica, representada, entre otros aspectos, por la interrelación de sujetos en el mercado, en el que el intercambio de productos o servicios, para la satisfacción de necesidades, cualquiera que fuere su carácter, se configura como una conducta ordinaria. Empero, ¿qué debe entenderse por regulación económica? La interrogante presenta una respuesta, que es la siguiente:

Es el conjunto de actuaciones públicas a través de las que se ordena el ejercicio de la iniciativa privada, con la finalidad de proteger los

derechos de terceros, evitar la producción de daños y promover el interés general (suplir fallos del mercado y ejercer una función redistributiva). (Laguna, 2016, p. 32)

En este contexto, es de precisar que el Estado tercia en la actividad económica, ordenándola; por tal motivo, con razón se afirma:

El legislador ha de establecer, pues, el régimen jurídico básico de la actividad. A partir de ahí, corresponde a la administración el desarrollo normativo (reglamentos) y, en su caso, la adopción de las medidas ejecutivas para su aplicación (controles previos, adjudicación de títulos habilitantes, supervisión y sanción). La regulación comporta la utilización de poderes de distinta naturaleza: normativos, de control y supervisión, arbitrales y sancionadores. (Laguna, 2016, p. 33)

Entonces, la laboriosidad estatal no solo se concentra en la prescripción normativa sino, además, en la ejecución de lo prescrito. Sobre el particular, se estima que esta actuación pública deberá emplearse de conformidad a la observancia del principio de legalidad que sustenta toda actividad en un Estado de derecho.

En este sentido, y en el plano económico, la regulación no significaría una oficiosidad injustificada o arbitraria contrapuesta a la libre actuación de los agentes al interior del mercado, pues el propio orden público se comporta como parámetro directriz y restrictivo —a la vez— de toda actuación al interior del mercado y, por ende, de la actividad económica desarrollada por el Estado.

De esta manera, las constituciones políticas han incorporado en su contenido aspectos relativos a la economía y a su tratamiento, lo cual ha hecho posible que prorrumpe y se perfile el derecho constitucional económico como expresión jurídica que se ocupa especialmente de dichos asuntos.

En consecuencia, las siguientes líneas tendrán como propósito abordar el sentido o significado del derecho constitucional económico desde la consideración del contenido de las constituciones políticas peruanas que han regido la vida política y jurídica de la nación, a efectos de conocer la regulación constitucional del Estado peruano en esta materia, a través del tiempo, y de abundar en el conocimiento de nuestro derecho constitucional como tal.

II. El sentido del derecho constitucional económico

II.1. Anotaciones generales relativas al concepto

Para comprender, genéricamente, el sentido del derecho constitucional económico, es pertinente referir acerca de los significados de «derecho constitucional» y de «económico»; en tal sentido, la opinión doctrinaria será de utilidad.

Prima facie, es necesario concernir, someramente, acerca del derecho constitucional; para lo cual, se parte del siguiente apunte:

Cuando se hace referencia al derecho constitucional, por una parte, parece que se acepta hoy, generalizadamente, una remisión al concepto de Derecho como ordenamiento jurídico, concepto que no es prescindente del reconocimiento de la existencia de valores y por consiguiente de principios generales que de ellos se desprenden y que no sólo sirven para interpretar el texto, sino también como un objeto por lograr al que se debe tender pues es sabido que tal concepto (ordenamiento jurídico), si bien arranca del positivismo normativista, tras una serie de desarrollos como los de Santi Romano, logra superarse, de igual modo que parece insuficiente el derecho constitucional positivo, debiéndose entender a las normas como signos exteriores de aquellos valores. (Mordeglia, 1998, pp. 235-236)

En esta representación, queda claro que el derecho constitucional ha mostrado un peculiar carácter debido al aspecto valorativo que contempla; sin embargo, corresponde entenderlo, además, del modo siguiente:

Es el derecho que se aplica a las instituciones políticas. Tiene por objeto la organización jurídica del Estado. Su contenido atiende a la relación entre el Estado y sus individuos. Equivale al encuadramiento de los fenómenos políticos, logrado por virtud de las instituciones políticas. En el derecho constitucional debe verse una técnica de la autoridad y de la libertad, a las cuales concilia. (Ferrero, 2000, pp. 3-4)

Cabe citar ello a fin de acentuar que mediante el derecho constitucional se permite la organización jurídica del Estado y que la relación Estado-individuos perfila su contenido.

De otro lado, en cuanto al término *económico*, su significado se precisa a «perteneciente o relativo a la economía» (Real Academia Española [RAE], 2023), por lo que el sentido de economía es la «Admi-

nistración eficaz y razonable de los bienes» (RAE, 2023). Así, por la economía los bienes reciben un específico tratamiento que no es sino la consideración de que los mismos cumplan la finalidad de su existencia mediante su uso y su destino.

Ahora bien, como le corresponde organizar jurídicamente las actividades desarrolladas al interior del Estado, a fin de otorgar orden genérico y exigible, es imperioso que las actividades económicas —cuyo punto de partida es el tratamiento de los recursos existentes para la satisfacción de necesidades— sean materia de legítimo tratamiento por parte del Estado. Entiéndase así que solamente la actuación del Estado se extiende a la organización de actividades suscitadas dentro de su territorio, como la económica, mas no al asunto de intervencionismo del Estado en la economía (aspecto sobre el cual no referiremos en el presente estudio, pero que será materia de otro trabajo).

Por lo puntualizado, la primera noción de *derecho constitucional económico* es aquella que nos lleva a colegir que es el orden normativo establecido por el Estado que realiza en atención a la actividad económica o a los asuntos relacionados con la economía, cuyo establecimiento tiene como finalidad regular las relaciones de los individuos con los bienes de los cuales se sirve para la satisfacción de sus necesidades, dotándolas de orden y de tutela jurídica.

Agregado a ello, el derecho constitucional económico es:

[...] el conjunto de normas constitucionales vinculadas a la actividad económica y a determinados derechos fundamentales, y la creciente importancia que todo ello tiene en la vida diaria de las personas y de las empresas, ha hecho que su estudio sea cada vez más especializado y demandado por personas e instituciones que desean saber no solo cuál es el rol del Estado, sino también cuáles son las reglas fundamentales que debe respetar la actividad económica privada. (Kresalja y Ochoa, 2016, pp. 16-17)

Desde este pensamiento, se infiere que el derecho constitucional económico es un orden normativo que tiene dos perspectivas de orientación. De un lado, la actividad económica y, de otra parte, concluyentes derechos fundamentales vinculados a lo económico. Además, en general, se ha tornado en un orden especializado de conocimiento ineludible por parte de los sujetos que realizan actividad económica. Expresamos nuestra aquies-

cencia con lo anotado y, añadimos, como se viene sosteniendo, que una regulación acerca de lo económico, en el sentido de perfilar las actividades de esta naturaleza y de diseñar las reglas de juego que dirigen la economía al interior del Estado, no solo es expresión de la tarea organizativa de este último, sino que hace entender el rol del ente estatal ante el contexto económico, lo cual es notable en un Estado constitucional de derecho.

Asimismo, el derecho constitucional económico se asocia a la denominada «Constitución económica», la cual presenta un particular enfoque. Para entender ello, se anota lo siguiente:

Un intento de arribar a una definición de la Constitución Económica lleva a considerarla como el sistema económico consagrado en la Constitución de un determinado Estado, que comprende la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa y, en general, del fenómeno económico, cuya incorporación en la normativa constitucional, sumada a la parte dogmática y a la parte orgánica, conforma las tres partes fundamentales de una Constitución moderna que debe responder a un mundo que finaliza el siglo XX en el marco de la globalización, la cibernética y los notables avances de la comunicación. Por ello, hoy se habla, aludiendo a estas tres partes, del derecho constitucional económico, del derecho constitucional de la Libertad y del derecho constitucional del Poder. (Blume, 1997, p. 31)

En este sentido, el derecho constitucional económico se ha manifestado de la circunspección de una Constitución dada por un Estado, con un particular contenido que no es sino el asociado a la manifestación económica del país, el cual, a su vez, ha hecho trascender a la Constitución, por cuanto la ha perfilado como una de carácter moderno, en un contexto de avance, a propósito de un entorno globalizado que ha tenido lugar a fines del siglo XX, (y que opinamos la misma Constitución ha tenido que responder a dicho contexto). De esta forma, el derecho constitucional económico se encuentra conceptualizado como el conjunto de prescripciones que orientan la actividad económica, pero con un contenido propio contemplado en el texto constitucional. Para ejemplificar lo indicado, en el siguiente punto se hará mención al sentido del derecho constitucional económico a partir de las constituciones políticas peruanas.

II.2. El sentido del derecho constitucional económico a partir de las constituciones políticas peruanas

En este punto, corresponde referir acerca del enfoque económico peruano, por lo que se estimará conveniente el contenido de los textos constitucionales del Perú. Asimismo, se determinará el sentido del derecho constitucional económico teniendo como base las prescripciones contempladas en las sendas constituciones políticas.

Teniendo en cuenta la información contenida en el archivo digital de la legislación del Perú (Congreso de la República del Perú, s.f.), específicamente la relativa a las constituciones políticas que han regido al país, se ha considerado la información que se anota en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Enfoque relativo a la economía en las constituciones políticas del Perú

| Enfoque relativo a la economía en las constituciones políticas del Perú | | |
|---|--|---|
| Constitución | Información general acerca de la dación de la Constitución | Principal contenido económico |
| Constitución Política de la República Peruana de 1823 | Sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de noviembre de 1823 | <p>En cuanto a la propiedad, era un derecho inviolable de los peruanos (art. 193). Además, tener una propiedad era necesario, entre otros requisitos, para ser ciudadano (art. 17), para ser elector parroquial (art. 34), para ser representante (art. 43) y para ser senador (art. 92).</p> <p>Los extranjeros podían obtener carta de ciudadanía; sin embargo, entre otros requisitos, y a juicio del congreso, debieran haber tenido bienes raíces que les permita contribuir directamente o encontrarse establecidos con un capital considerable en actividades como el comercio, la agricultura o la minería (art. 19).</p> <p>Asimismo, para tener un empleo, se requería ser ciudadano; no obstante, los peruanos que aún no reunían la mayoría de edad, esta es, 25 años (art. 17), podían ejercer empleos que no exijan edad legal (art. 22).</p> <p>Se debe agregar que, entre otros presupuestos, por haber sido tachado como deudor quebrado o deudor moroso al tesoro público o por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido, se suspendía el ejercicio de la ciudadanía (art. 24).</p> |

| | | |
|--|--|--|
| <p>Constitución Política de 1826</p> | <p>Aprobada por el Consejo de Gobierno el 1 de julio de 1826 y sometida a los Colegios Electorales. Fue ratificada el 30 de noviembre y jurada el 9 de diciembre del mismo año</p> | <p>Prescribía que tener algún empleo era requisito necesario para ser ciudadano (art. 14). Asimismo, la propiedad constituía una garantía a los ciudadanos (art. 142); sin embargo, todas las propiedades eran enajenables (art. 147) y podía privarse de la propiedad a su propietario, salvo en caso de que así lo exija el interés público. En dicho supuesto, es procedente una indemnización justa al propietario (art. 84.3), y se permitía la realización del trabajo, del comercio, de la industria, independientemente de su género, siempre que no se opongan a las costumbres públicas, a la seguridad y a la salubridad de los peruanos (art. 148). Se agrega que todo inventor y descubridor tenía la propiedad sobre tales descubrimientos y producciones (art. 149).</p> |
| <p>Constitución Política de la República Peruana de 1828</p> | <p>Dada por el Congreso General Constituyente el 18 de marzo de 1828</p> | <p>Para ser diputado, se requería tener una propiedad raíz (art. 19), así como para ser senador (art. 29). La propiedad de los ciudadanos se encontraba garantizada por la Constitución (art. 149) y se podía enajenar en casos justificados fijados por ley (art. 160), siendo el derecho de propiedad inviolable (art. 165). Asimismo, se permitía todo género de trabajo, comercio e industria, a no ser que se opongan a las costumbres públicas, a la seguridad y a la salubridad de los ciudadanos (art. 166). Los inventores tenían la propiedad sobre sus invenciones (art. 167).</p> |
| <p>Constitución Política de la República Peruana de 1834</p> | <p>Dada por la Convención Nacional el día 10 de Junio de 1834</p> | <p>Preceptuaba que tener una propiedad raíz era requisito para ser diputado (art. 19.2), así como para ser senador (art. 29.3). En este último caso, también se requería tener un capital que produzca anualmente un mil pesos o una renta de igual cantidad (art. 29.3); incluso para ser presidente de la República (art. 68) y ministro de Estado (art. 88) debía observarse tales requisitos. El derecho de propiedad era inviolable (art. 161) y se permitía la enajenación de todas las propiedades según ley (art. 170). Se consentía todo género de trabajo, industria y comercio, salvo que se opongan a las buenas costumbres o a la seguridad y salubridad de los ciudadanos o que lo exija el interés nacional de acuerdo a ley (art. 162). Y quienes inventaban o introducían nuevos medios de adelantar la industria tenían el derecho de propiedad exclusiva sobre tales descubrimientos y producciones (art. 162).</p> |

| | | |
|--|---|---|
| <p>Constitución Política de la República Peruana de 1839</p> | <p>Dada por el Congreso General el día 10 de noviembre de 1839, en Huanca</p> | <p>En cuanto a la propiedad, tenerla era requisito para ser prefecto (art. 135) y para ser subprefecto (art. 136.3).</p> <p>Asimismo, en cuanto a las garantías individuales, se prescribía que todas las propiedades eran enajenables (art. 163); el derecho de propiedad era inviolable (art. 167); ningún extranjero podía adquirir por ningún título propiedad territorial en la República, sin quedar sujeto por este hecho a las obligaciones de ciudadano cuyos derechos los gozaría al mismo tiempo (art. 168).</p> <p>Además, era libre todo género de trabajo, comercio o industria, con las limitaciones a que tales actividades no se opongan a las buenas costumbres o a la seguridad o salubridad de los ciudadanos (art. 169).</p> <p>Gozaban de derecho de propiedad exclusivo los inventores o quienes introduzcan medios para adelantar la industria sobre sus descubrimientos y producciones (art. 170).</p> <p>Por otro lado, se garantizaba la propiedad intelectual de los ciudadanos (art. 174).</p> |
| <p>Constitución Política de la República Peruana de 1856</p> | <p>Dada el 13 de octubre de 1856 y promulgada en 19 del mismo mes</p> | <p>En el Título III, denominado «Garantías Constitucionales», se disponía que toda propiedad era enajenable en la forma determinada por ley (art. 6).</p> <p>En el Título IV, denominado «Garantías Individuales», se prescribía la inviolabilidad de la propiedad con las salvedades de privarla de acuerdo a ley determinadas por causa de utilidad pública y previa indemnización justipreciada (art. 25).</p> <p>Los extranjeros podían adquirir propiedades de acuerdo a ley, y quedaban sometidos, en lo concerniente a la propiedad adquirida, a las obligaciones y en el goce de derechos de peruano (art. 26).</p> <p>Los autores o inventores de inventos útiles tenían propiedad exclusiva sobre tales inventos o producciones (art. 27).</p> <p>El ejercicio del trabajo era libre, siempre que no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública (art. 22).</p> <p>Además, se prescribió que ostentar una propiedad raíz era requisito para ejercer el sufragio popular que era directo (art. 37).</p> |
| <p>Constitución Política del Perú de 1860</p> | <p>Dada en Lima, el 10 de noviembre de 1860</p> | <p>Prescribía que toda propiedad era enajenable en la forma señalada por ley (art. 6).</p> <p>La propiedad era inviolable sea esta material, intelectual, literaria o artística, y solo se privaba por causa de utilidad pública y otorgándose una indemnización (art. 26).</p> |

| | | |
|---|--|---|
| | | <p>Los descubrimientos eran de propiedad exclusiva de sus autores (art. 27).</p> <p>Los extranjeros podían adquirir propiedades conforme a las leyes, pero quedaban, en todo a lo relacionado con dicha propiedad, sujeto a obligaciones y gozando de los derechos de peruano (art. 28).</p> <p>Ostentar una propiedad raíz era uno de los requisitos para ejercer el derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 38).</p> <p>La realización de todo oficio, industria o profesión podían libremente ser ejercidos, siempre que no se opongan a la moral, a la salud y a la seguridad pública (art. 23).</p> |
| Constitución Política del Perú de 1867 | Sancionada por el Congreso Constituyente el 29 de agosto de 1867 | <p>Preceptuaba que podía libremente ejercerse toda industria o profesión, siempre que no se opongan a la moral, a la seguridad o salubridad pública (art. 22).</p> <p>La propiedad era inviolable, ya sea material o intelectual (art. 25).</p> <p>Los extranjeros podían adquirir bienes en el territorio de la República, y quedaban, en lo correspondiente a dicha propiedad, sujetos a las obligaciones y al goce de los derechos de peruano (art. 26).</p> |
| Constitución para la República del Perú de 1920 | Dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de Enero de 1920 | <p>Prescribía que no se reconocen empleos hereditarios (art. 6).</p> <p>En cuanto a garantías sociales, señaladas en el Título IV, se reconocía la libertad de asociarse y la de contratar (art. 37).</p> <p>La propiedad era inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística, pudiéndose privar solo en casos legítimos (art. 38).</p> <p>En cuanto a propiedad, los extranjeros se encontraban en las mismas condiciones que los peruanos, pero no podían adquirir ni poseer tierras, aguas, minas y combustibles, en una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, bajo pena de perder la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial (art. 39).</p> <p>De otro lado, para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, se podían establecer restricciones y prohibiciones especiales (art. 40).</p> <p>En toda su amplitud, la propiedad minera pertenecía al Estado, pudiéndose conceder posesión o usufructo, según lo prescribía la ley (art. 42).</p> <p>Los descubrimientos eran de propiedad exclusiva de sus autores (art. 43).</p> |

| | | |
|---|------------------------------------|---|
| | | <p>El Estado podía tomar a cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente (art. 44).</p> <p>Se prescribía la libertad de comercio e industria, las que se podían realizar bajo el sometimiento a los requisitos y a las garantías prescritas por ley siendo que, en caso de necesidad pública o seguridad, el Estado podía establecer limitaciones a tales actividades (art. 45).</p> <p>Se prescribe la libertad de trabajo, por lo que puede ejercerse todo oficio, industria o profesión que no se opongan a la moral, a la salud y a la seguridad pública (art. 46).</p> <p>Se encontraba prohibido el monopolio, así como el acaparamiento industrial y comercial; sin embargo, por exclusivo interés público y mediante ley, el Estado tenía la permisión de establecer monopolios y estancos (art. 50).</p> <p>El Estado tenía la función de fomentar los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan a fin de mejorar las condiciones de las clases populares (art. 56).</p> <p>Los productos de consumo para la subsistencia podían ser abaratados en caso de necesidad y mediante ley sin que se ordene la apropiación de bienes sin debida indemnización (art. 57).</p> |
| <p>Constitución Política del Perú de 1933</p> | <p>Dada el 29 de marzo de 1933</p> | <p>En su Título II, denominado «Garantías Constitucionales», prescribía como garantías nacionales y sociales que el Estado mantendrá la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario, de acuerdo a ley (art. 14).</p> <p>Los empréstitos nacionales se autorizaban o aprobaban por ley (art. 15).</p> <p>Se prohibían los monopolios y los acaparamientos industriales y comerciales, empero, en atención al interés nacional por ley y por parte del Estado, se podían establecer monopolios y estancos (art. 16).</p> <p>Las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras eran sujetas a lo dispuesto por las leyes y en todos los contratos firmados entre el Estado y extranjeros debía constar el sometimiento expreso de extranjero a las leyes y tribunales del Estado, así como su renuncia a toda reclamación diplomática (art. 17).</p> <p>Se reconocía la libertad de asociarse y de contratar (art. 27).</p> |

| | | |
|--|------------------------------------|---|
| | | <p>El interés máximo por préstamos de dinero se establecía por ley (art. 28).</p> <p>La propiedad era inviolable, ya sea esta material, intelectual, literaria o artística, solo se privaba a la propiedad por razones de utilidad pública y se otorgaba indemnización (art. 29).</p> <p>Los derechos de autores e inventores se encontraban protegidos por el Estado (art. 30).</p> <p>La propiedad se sometía a gravámenes, contribuciones y limitaciones prescritas por ley (art. 31).</p> <p>Extranjeros y peruanos se encontraban en las mismas condiciones en cuanto a la propiedad (art. 32).</p> <p>La propiedad se ejercía en armonía con el interés social (art. 34) y se podía limitar por ley (art. 35).</p> <p>Los extranjeros no podían poseer ni adquirir propiedades dentro de cincuenta kilómetros de fronteras (art. 36).</p> <p>Al Estado le pertenecían las minas, tierras, bosques, aguas y todas las fuentes naturales de riqueza, además de que por ley se fijaba las condiciones para su utilización y concesión, a particulares, en propiedad o usufructo (art. 37).</p> <p>Por ley y previa indemnización, el Estado podía tomar a cargo o nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada (art. 38).</p> <p>Se reconocía por parte del Estado la libertad de comercio e industria (art. 39).</p> <p>El Estado garantizaba la libertad de trabajo (art. 42).</p> |
| <p>Constitución para la República del Perú de 1979</p> | <p>Dada el 12 de julio de 1979</p> | <p>Reconocía en su contenido, como derechos fundamentales de la persona, a contratar con fines lícitos sin autorización previa (art. 2.12), a elegir y ejercer libremente el trabajo de acuerdo a ley (art. 2.13), a la propiedad y a la herencia (art. 2.14), a participar de forma individual o asociada a la en la vida económica de la nación (art. 2.16).</p> <p>La principal fuente de riqueza reconocida por el Estado era el trabajo, así como le correspondía a dicho ente promover las condiciones económicas y sociales orientadas a eliminar la pobreza y a asegurar ante el desempleo y subempleo (art. 42).</p> <p>Agregado a ello, el Título III de esta Constitución, denominado «Régimen Económico» tenía como contenido diferentes capítulos, que son los siguientes: principios generales (arts. 110 a 117), recursos naturales (arts. 118 a 123), propiedad (arts. 124 a 129), empresa (arts. 130 a 137), hacienda pública (arts. 138</p> |

| | | |
|---|--|--|
| | | <p>a 147), moneda y banca (arts. 148 a 155), régimen agrario (arts. 156 a 160) y comunidades campesinas y nativas (arts. 161 a 163).</p> <p>En este sentido, si bien nuestro propósito no es pormenorizar respecto a la regulación representada en cada artículo, sí es necesario puntualizar elementos que entendemos esenciales de este régimen.</p> <p>Así, conforme prescribe el artículo 110, la justicia social se constituía como fundamento del régimen económico de la República, por lo que el Estado es el promotor del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso.</p> <p>De otro lado, la política económica y social se encontraba a cargo del Estado (art. 111).</p> <p>El Estado garantizaba el pluralismo económico (art. 112). La iniciativa privada era libre (art. 115).</p> <p>Se permitía el comercio exterior libre (art. 117).</p> <p>Los recursos naturales eran patrimonio de la nación (art. 118).</p> <p>El Estado consideraba a la propiedad como inviolable y la garantizaba (art. 125), permitiéndose la expropiación de acuerdo a ley (art. 127).</p> <p>Se reconocía la libertad de comercio e industria (art. 131).</p> <p>El Estado promovía la pequeña empresa y la actividad artesanal (art. 135).</p> <p>La ley determinaba el sistema bancario (art. 148).</p> <p>El desarrollo integral agrario era prioridad para el Estado (art. 156).</p> <p>El desarrollo integral de las comunidades nativas y campesinas era promovido por el Estado (art. 161).</p> |
| <p>Constitución Política del Perú de 1993</p> | <p>Promulgada el 29 de diciembre de 1993. Es la vigente Constitución peruana</p> | <p>Prescribe en su contenido, en cuanto a disposiciones en materia económica, las siguientes. Toda persona tiene los siguientes derechos: a la propiedad sobre sus creaciones, sean de clase intelectual, artística, técnica y científica, y de sus productos (art. 2.8); a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público (art. 2.14); a la libertad de trabajar (art. 2.15); a la propiedad (art. 2.16), y a participar de forma individual o asociada en la vida económica de la nación (art. 2.17).</p> <p>Aunado a ello, el Título III, denominado «Del Régimen Económico» da cuenta de la existencia de un especial marco normativo en la materia que nos ocupa.</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>Así, este título se compone de seis capítulos, que son los siguientes: principios generales (arts. 58 a 65); del ambiente y los recursos naturales (arts. 66 al 69); de la propiedad (arts. 70 a 73); del régimen tributario y presupuestal (arts. 74 a 82); de la moneda y la banca (arts. 83 a 87); del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas (arts. 88 a 89).</p> <p>Ahora bien, se debe especificar los principales elementos que compone el régimen económico en el Perú. Así, en cuanto a principios se prescriben: la iniciativa privada es libre, y se ejerce en una economía social de mercado (art. 58); el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria (art. 59); el reconocimiento por parte del Estado del pluralismo económico y mismo tratamiento de la actividad empresarial, sea pública o privada (art. 60); la libre competencia es vigilada por el Estado (art. 61); la libertad de contratar (art. 62); la inversión nacional y extranjera se someten en las mismas condiciones (art. 63); libre tenencia y disposición de moneda extranjera (art. 64); el interés de los consumidores y usuarios es defendido por el Estado (art. 65).</p> <p>De otro lado, se prescribe que los recursos naturales son patrimonio de la nación (art. 66); el derecho de propiedad es inviolable, el Estado lo garantiza y se ejercen en armonía con el bien común (art. 70); los tributos se crean, modifican o derogan y se establecen exoneraciones por ley o decreto legislativo (art. 74); el sistema monetario se encuentra fijado por ley, y es facultad exclusiva del Estado la emisión de billetes y monedas, la cual es ejercida por el Banco Central de Reserva del Perú (art. 83); el desarrollo agrario es apoyado por el Estado, por lo que garantiza la propiedad sobre la tierra (art. 88); la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas es respetada por el Estado, siendo sus tierras imprescriptibles (art. 89).</p> |
|--|--|---|

Ahora bien, reiterando que no es mi intención comentar pormenorizadamente o analizar el contenido económico de las constituciones citadas, es oportuno referir acerca del sentido del derecho constitucional económico, y asumir como base las constituciones políticas del Perú, dado que vale concebir a la regulación como una forma de comprender su connotación.

Teniendo en cuenta el contenido de la Constitución Política de 1823, los asuntos económicos no tenían mayor tratamiento que el referenciar a la propiedad, como puede entreverse de lo dispuesto en los artículos 193, 17, 34, 43, 92, 19, esgrimidos, por lo que se constituye como un requisito para el ejercicio tanto de la ciudadanía como para formar parte de cargos de representación. Además, las actividades realizadas al interior del Estado —las de empleo, fundamentalmente— eran aquellas que de algún modo servían para impulsar la economía y contribuir con el erario público. Así, el derecho constitucional económico se entiende como el orden normativo fijado por y para el Estado cuya su finalidad es servir como elemento regulador, normativamente hablando, de la actividad económica desarrollada en el territorio estatal.

A su vez, considerando el contenido de la Constitución Política de 1826, que prescribía genéricamente acerca de los asuntos económicos, es de resaltar la garantía de permisión de todo género de trabajo, comercio e industria, ejercidos bajo observancia de algunas limitaciones, como las costumbres públicas, la seguridad y la salubridad de los peruanos. Esta regla, de un lado, orientaba al conocimiento del modo de realización de las actividades de trabajo, comercio e industria en el país; y, de otra parte, se comportaba como elemental, pues facilitaba, al interior del Estado, la realización de actividades de orden económico que servían, a quienes las ejercían, como fuente de ingresos para la satisfacción de sus necesidades y para contribuir al impulso de la economía nacional. Además, si bien se otorgaba esta libertad, la misma se encontraba limitada; y entendemos que la fijación de límites se justificaba en la necesidad de que se garantice el buen desarrollo de estas actividades y se otorgue, así, adecuadas condiciones a sus destinatarios. Por su parte, las constituciones políticas de 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867 reproducen un similar tratamiento que en la de 1826, particularmente en cuanto a la libertad de realización de las actividades de trabajo, comercio e industria, y fija, incluso, los mismos límites a dichas actividades.

En este orden de ideas, el derecho constitucional económico es entendido como un orden normativo que tiene como especial regulación a los asuntos relacionados con el quehacer económico de los sujetos que integran un Estado, ya sean estos nacionales o extranjeros, quienes realizan actividades concernientes a la producción, al consumo, a la distribución de bienes y servicios y, en general, a las actividades de organización del Estado para la satisfacción de necesidades, fundamentalmente. A su vez, el Estado hace suya a la actividad económica por medio del derecho constitucional

económico, pues este último regula el alcance de su actividad en este asunto y determina su rol como promotor y como facilitador económico, porque otorga libertad para el ejercicio de las actividades como el comercio, el trabajo y la industria, las cuales son relevantes en la economía al constituir fuente para la obtención de recursos económicos y de riqueza, en general.

Agregado a lo indicado, atendiendo al contenido de la Constitución Política de 1920, la cual otorgaba mayor connotación al tema económico, sin dejar de considerar los aspectos relativos a la propiedad y al ejercicio de actividades de orden económico como el comercio, la industria o el trabajo que se han comportado, en el caso de la propiedad, como derecho inviolable y, en lo que respecta a las actividades citadas, se las ha considerado como aquellas ejercidas con plena libertad sin que afecten la moral, la seguridad y la salubridad de los ciudadanos. Así, se incorporaba importantes aspectos, tales como el tratamiento al monopolio, el rol del Estado ante el monopolio, ante el ahorro y ante el precio de productos destinados a la subsistencia de la población. Asimismo, es de anotar que la Constitución Política de 1933 reproducía lo que el texto constitucional de 1920 prescribía en cuanto a los asuntos económicos.

De esta forma, se hace notar que las citadas constituciones otorgaban mayor perfilamiento a la actividad económica; lo que nos permite reiterar que, el derecho constitucional económico es un orden esencial y necesario que es materia de interés para el ente público debido a que se comporta como una alternativa jurídica útil tanto para organizar las actividades económicas desarrolladas al interior del Estado, según la época, como para definir el rol del Estado frente a la economía teniendo como punto de llegada la observancia del bienestar social.

En cuanto a la Constitución Política de 1979, esta otorgaba tratamiento particular al régimen económico, puesto que reconocía la función estatal frente a la economía y a las actividades que pudieran establecerse producto de la actuación de los agentes económicos que directamente lo impulsaban, como son, por ejemplo, los sujetos dedicados al comercio, al trabajo, a la empresa. Además, se otorgaba énfasis en los recursos naturales existentes en el territorio de la República, considerándolos, opinamos, como fuente de riqueza y elemento impulsor de la economía del país. Del mismo modo, el Estado exteriorizaba su compromiso con el desarrollo integral del sector agrario y de las comunidades campesinas y nativas a las que reconocía por su importancia como parte del ámbito económico.

Con lo indicado, se puede afirmar que el derecho constitucional económico ha sido perfilado como el conjunto normativo que tiene como objeto a la economía nacional, porque le atribuye un carácter esencial para el desarrollo del Estado, habida cuenta de que por medio de la economía el país se impulsa y continúa en avance de cara a su desarrollo. A su vez, cabe considerar que establecer un régimen económico y otorgarle a tal conjunto normativo un rango constitucional es apropiado, ya que constituye un aspecto relevante para la vida social, económica y política del Estado, que debe regularse en la principal norma del Estado (la Constitución) no solo porque esta es una limitante al ejercicio del poder público, sino porque ella debe contener en sus disposiciones reglas de comportamiento de los agentes económicos y del propio Estado. Este último es quien debe facilitar, promover e impulsar toda actividad económica, que implica no solo determinar los mecanismos para la obtención de riqueza, sino, además, definir la redistribución de recursos a su cargo, pensando en el bienestar social y el desarrollo integral del país.

Finalmente, la Constitución Política del Perú de 1993 otorga pormenores sustanciales acerca del régimen económico en el Perú. Discurremos que los principios citados sustentan, orientan y legitiman a la actividad económica desarrollada en el territorio nacional; por ello, es importante que se conozcan, para garantizar su observancia. Además, el régimen se compone de otros elementos, como, por ejemplo, la propiedad, que es el elemento que sustenta a la economía; el asunto de la moneda, de la banca, de los recursos naturales, que sirven para la satisfacción de necesidades de las actuales y futuras generaciones; de los asuntos tributario y presupuestal, que son necesarios para la obtención de recursos de parte del Estado para ejecutar su función de bienestar general y cumplir sus deberes como tal; del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas cuyo rol estatal, frente a ellas, no es sino el velar por su desarrollo bajo la actividad tuitiva de sus tierras, y del reconocimiento de su identidad cultural que las caracteriza y las singulariza.

Con todo, lo que se quiere es manifestar que el derecho constitucional económico se encuentra entendido como un régimen especial o particular centrado en la economía y en todo lo que implica las relaciones de orden económico, vale decir, la creación de riqueza y el establecimiento de fuentes de ingresos; el tratamiento de los recursos útiles para el beneficio de las personas en tanto coadyuvan a la satisfacción de sus necesidades; la distribución y redistribución de riquezas por parte del Estado; la propie-

dad, que es inviolable y es ejercida en armonía con el bien común, y, en general, el rol del Estado en la economía. Asimismo, el derecho constitucional económico tiene como propósito no solo fundamentar, determinar y exteriorizar las reglas de juego de la actividad económica en el país, sino que, al mismo tiempo, pretende servir como instrumento impulsor para la fijación de otras reglas económicas, elaboradas en función de las necesidades temporales y la realidad nacional y global. En consecuencia, a partir de las constituciones políticas peruanas, se ha podido entender el sentido del derecho constitucional económico y la utilidad que ostenta, como tal, tanto para el Estado como para los sujetos que directa o indirectamente se encuentran vinculados con el quehacer económico. Cabe agregar que, si bien cada actor económico ostenta un rol, dicho papel se halla no solo dirigido por este marco normativo, sino también limitado *per se*.

Agregado a lo anotado, y en respuesta a la actividad propositiva efectuada a través del presente trabajo, se sugiere estimar en las futuras relaciones económicas, como las contrataciones, por ejemplo, a los aspectos de la globalización, las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial, puesto que, a la fecha (2023), están teniendo lugar de forma perceptible. De este modo, en su momento, será imperioso repensar la actividad económica en el Estado y, por consiguiente, será necesario fijar nuevas reglas que compongan no solo el marco constitucional de la economía, sino que también perfilen al propio derecho constitucional económico. Ello ayudará a considerar a la Constitución como un texto que prescribe sus reglas en función de las exigencias contemporáneas determinadas por el devenir del tiempo y, por ende, motivará tanto a los legisladores como a los académicos a proponer nuevas reglas y formas de protección para el impulso de este derecho y de la economía del país, las cuales se encuentran, en su interior, por esencia y por objeto.

III. Conclusiones

- La ordenación en materia económica, mediante el derecho constitucional económico, ha significado una relevante y exclusiva potestad por parte del Estado, debido a que con ella se ha hecho posible el perfilamiento de la economía y la delimitación y limitación del rol de los agentes económicos que actúan al interior del territorio estatal.
- Los elementos de orden económico prescritos en las constituciones políticas del Perú de los años 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993 han permitido encontrar un sentido

de derecho constitucional económico, el cual, fundamentalmente, constituye un ordenamiento especial y necesario que organiza la vida económica del país; asimismo, su perfilamiento ha sido progresivo y definido, a través tiempo, en atención a las exacciones contextuales determinadas por el Estado.

- El sentido del derecho constitucional económico se integrará a través del tiempo, en atención a las exigencias instauradas por el contexto contemporáneo, caracterizadas por el avance de la ciencia y de la tecnología, que no son ajenas al derecho. Por tal razón, al Estado le corresponde responder, por medio de la regulación, a toda exigencia para desplegar la utilidad y el sentido de su actividad regulatoria.

IV. Referencias

Blume, E. (1997). La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia. *Themis. Revista de Derecho*, (36), 29-37.

Congreso de la República del Perú. (s.f.). *Archivo Digital de la Legislación del Perú*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf

Congreso de la República del Perú. (s.f.). *Archivo Digital de la Legislación del Perú*. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx>

Ferrero, R. (2000). *Ciencia Política, Teoría del Estado y derecho constitucional General y Comparado*. Grijley.

Kresalja y Ochoa. (2016). *derecho constitucional económico*. PUCP.

Laguna, J. C. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Aranzadi.

Mordeglia, R. M. (1998). Elementos de derecho constitucional económico. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 235-271. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/34649/31621>

Real Academia Española. (2023). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es>

Derecho a la educación superior: Igualdad e inclusión

Right to higher education: Equality and inclusion

QUITO CORONADO, Lorena(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Origen de las universidades y el acceso a la educación superior. III. Derechos fundamentales inmersos en la problemática. 3.1. Derecho a la educación superior. 3.2. Derecho a la igualdad e inclusión educativa. IV. Análisis de la ley de discapacidad. V. Políticas Educativas e inclusión en las universidades públicas. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen: El presente artículo tiene como propósito dar a conocer la problemática que enfrentan las personas con discapacidad para acceder a la educación superior y las dificultades que enfrentan cuando ya han logrado acceder a las universidades, esto a pesar de que existe la Ley N.º 29973, cuya finalidad es establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de sus derechos, y más aún si también cuentan con una protección a nivel internacional. En ese sentido, el Estado, las instituciones que

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

se encargan de fiscalizar la educación de calidad y las universidades e institutos superiores estarían en la obligación de contar con una infraestructura adecuada y capacitación a todo el personal que labora en ellas. Todo ello, en aras de garantizar el acceso a la educación superior en condiciones de igualdad e inclusión. Sin embargo, la realidad fáctica es distinta; por ejemplo, conforme a los datos proporcionados por el Instituto de Estadística e Informática (INEI) del censo del 2017 el 21,3 % (681 mil 614) de la población con alguna discapacidad logró estudiar educación superior. El 13,2 % (423 mil 462) tienen estudios superiores (universitarios y maestría/doctorados) y el 8,1 % (258 mil 152) tiene estudios técnicos (superior no universitaria). En ese sentido, se ve afectado y/o vulnerado el derecho a la educación superior en igualdad e inclusión para las personas que sufren de algún tipo de discapacidad, porque no cuentan con las condiciones mínimas para poder culminar con éxito su carrera profesional y, como consecuencia de ello, el acceso al mundo laboral. Por tanto, el presente artículo busca reflexionar sobre los diversos argumentos y discusiones en torno al reconocimiento, garantía, protección y promoción del derecho a la educación superior.

Palabras clave: derechos fundamentales, igualdad, inclusión, educación superior universitaria

Abstract: The purpose of this article is to make known the problems faced by people with disabilities to access higher education and the difficulties they face when they have managed to access Universities, this despite the fact that there is Law N.º 29973 whose purpose is establish the legal framework for the promotion, protection and realization, in conditions of equality, of their rights, also counting on international protection. In this sense, the State, from the institutions that are in charge of supervising quality education, such as universities and higher institutes, would be obliged to have an adequate infrastructure and training for all the personnel that work in it. All this, in order to guarantee access to higher education in conditions of equality and inclusion. However, the factual reality is different just to mention that according to the data provided by the Institute of Statistics and Informatics (INEI) of the 2017 cease, only 21.3 % of the population with some disability has higher education, in which details that 21.3 % (681 thousand 614) of the population with some disability managed to study higher education. 13.2 % (423,462) have higher education (university and master's/doctorates) and 8.1 % (258,152) have technical studies (non-university higher). In this sense, the right to higher education in equality and inclusion is affected and/or violated, for people who suffer from some type of disability, because they do not have the minimum conditions to successfully

complete their professional career and as a consequence, access to the world of work. Therefore, this article seeks to reflect on the various arguments and discussions around the recognition, guarantee, protection and promotion of the right to higher education.

Keywords: *fundamental rights, equality, inclusion, university higher education*

I. Introducción

Para abordar el derecho a la educación superior en condiciones de igualdad e inclusión, primero tendríamos que partir de cómo debería interpretarse el artículo I de nuestra Constitución Política. Así, según nuestra constitución, la defensa de la persona humana y el respeto por dignidad es el fin supremo tanto del Estado como de la sociedad. Por tanto, corresponde determinar si actualmente somos un Estado constitucional de derecho que respalda lo señalado por dicho artículo, es decir, con libertades y derechos reconocidos y con existencia de mecanismos que garantizan su tutela y protección.

Cabe señalar que, en este nuevo modelo de Estado, la Constitución Política es la norma suprema, por lo que el Estado tiene la obligación de implementar políticas para la efectiva realización de los derechos de las personas.

Entonces, se infiere que el sistema educativo del Perú se dirige por políticas públicas. En ese contexto, el propio Estado y la comunidad educativa —sobre todo esta última— deben conocer sus derechos y deberes para accionar o intervenir en diversos contextos y así garantizar el derecho a la educación a la población, de modo que en el caso de las personas con discapacidad ellas puedan acceder a una educación superior en condiciones de igualdad e inclusión.

Por esta razón, el presente artículo pretende describir la problemática del acceso a la educación superior de las personas con discapacidad, así como si han logrado acceder a la universidad, y si esta cuenta no solo con una infraestructura adecuada, sino también brinda capacitaciones a los docentes y estudiantes que van a interactuar con este grupo de personas. Desde mi punto de vista, dicha capacitación debería ser transversal a todo el personal que labora en la universidad para que efectivamente se concrete el derecho a la educación superior de las personas con discapacidad en igualdad e inclusión y que este grupo humano se sienta parte de una sociedad democrática de derecho.

En conclusión, es el Estado peruano quien debe ser el garante de los derechos humanos, y uno de ellos es el derecho a la educación superior, el cual se debe respetar, proteger, garantizar y promover, como cualquier otro derecho.

II. Origen de las universidades y el acceso a la educación superior

La educación superior universitaria se inicia en el Perú con la creación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por Real Cédula expedida por Carlos V, el 12 de mayo de 1551. El mismo año 1571 obtiene la aprobación Pontificia y en el año 1574 recibe el nombre de Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Al año 2000, el Perú contaba con un total 24 universidades, de las cuales 6 eran públicas creadas por ley y 18 eran privadas. Esto como consecuencia de la creación del Consejo Nacional para la Autorización de Universidades, encargada de otorgar autorización de funcionamiento provisional de universidades, a solicitud de personas jurídicas constituidas como asociaciones civiles o sociedades anónimas, y previo cumplimiento de aspectos administrativos, que significa la acreditación de condiciones académicas, de infraestructura y financiera contenido en el respectivo proyecto. Según el portal de la Sunedu, hasta este año 2023, existen 51 universidades públicas y 92 universidades privadas.

Por otro lado, según la Estadística de la Calidad Educativa (ESCALE) del Ministerio de Educación, un 16 % de la población del país logra proseguir sus estudios al terminar la secundaria, es decir, que solo 3 de cada 10 jóvenes, de 15 años a más, accede a la educación superior en el Perú. Asimismo, de acuerdo con la nota de prensa N.º 136 del INEI, del 25 de julio del 2019, solo el 21.3 % de la población con alguna discapacidad recibe educación superior, y el 21,3 % (681 mil 614) de la población con alguna discapacidad logró estudiar educación superior. El 13,2 % (423 mil 462) tienen estudios superiores (universitarios y maestría/doctorados) y el 8,1 % (258 mil 152) tiene estudios técnicos (superior no universitaria).

En este contexto, el panorama de la educación en el Perú es preocupante. Por ello, se torna imperiosa la necesidad de tomar medidas para elevar el acceso a la educación superior y junto con ello generar más oportunidades de acceso para todas y todos. Por ende, la promoción de mayo-

res condiciones de inclusión y accesibilidad en la educación superior, en condiciones de igualdad, es fundamental, porque de esta forma se estaría garantizando el acceso a otros derechos fundamentales.

III. Derechos inmersos en la problemática

3.1. Derecho a la educación superior

El derecho fundamental a la educación, el cual se encuentra regulado en el artículo 14 de nuestra Constitución que señala que la educación promueve el conocimiento y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, entre otros. Es decir, que a través del acceso al derecho a la educación la persona se prepara para la vida y el trabajo, lo que le permitiría satisfacer otros derechos derivados de ello, como por ejemplo el derecho al trabajo, remuneración, entre otros. Educación que no necesariamente inicia y termina con la educación básica regular, sino que continua por la senda de la educación superior. Es por ello, que el Estado tiene el deber de promover el desarrollo científico y tecnológico de todas las personas condiciones de igualdad e inclusión.

Es ese sentido, el derecho humano básico a la educación superior es parte integral del derecho a la educación a lo largo de toda la vida. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional desde el 2005, en donde reconoció que el derecho a la educación universitaria constituye una posición *ius fundamental* específica del derecho fundamental, que garantiza a las personas participar plenamente en la vida social y política de sus comunidades, y es indispensable para la realización de otros derechos fundamentales.

Por otro lado, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) se define el derecho a la educación en los siguientes términos:

Artículo 26, inc. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 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.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) desarrolla en su artículo 13, inc. 1, lo siguiente:

Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen 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. Inc. 2. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

A nivel regional, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se detalla «Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas». En estos tres instrumentos cabe resaltar la importancia y el reconocimiento del derecho humano a la educación, el cual resulta de vital importancia en actuales discusiones sobre educación, en relación a las políticas de acceso e igualdad de oportunidades.

Asimismo, según Tomasevski (2002):

La educación es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales, cuando el derecho a la educación no está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando se niega o viola ese derecho. (p. 1)

Es por ello, que se puede afirmar que el acceder a una educación superior en igualdad de condiciones, resulta al igual que todos los derechos humanos indivisible, interdependiente y complementario de los otros derechos (Aguilar, 2013, p. 15).

En ese sentido, las obligaciones que tendría el Estado peruano sería, en primer lugar, respetar los derechos, es decir, que se abstenga de interferir en el goce de los derechos. En segundo lugar, sería el de proteger, esto quiere decir que el Estado impida la afectación de los derechos por parte de terceros. En tercer lugar, sería asegurar y realizar las obligaciones estatales de facilitar el acceso y de garantizar la plena efectividad de dichos derechos. Es por ello que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos implican garantizar la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad de la enseñanza (Tomasevski, 2002).

Por último, el acceso a la educación superior es un derecho fundamental que le corresponde a todos los seres humanos, independientemente de sus diferencias culturales, sociales, económicas, condición de discapacidad o estilos de aprendizaje, entre otros. Entonces, todos los organismos dedi-

cados a la educación superior están en la obligación de brindar un servicio educativo en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de discriminación. Esto de conformidad al enfoque inclusivo que establecen los tratados internacionales que ha ratificado el Estado peruano; por tanto, es su deber de tutelar los derechos humanos.

3.2. Derecho a la igualdad e inclusión educativa

Tal como se ha señalado líneas arriba el derecho a la educación superior constituye una posición *ius fundamental* específica del derecho fundamental a la educación, que garantiza a las personas participar plenamente en el mundo laboral. Desde esa óptica, se entiende entonces que igualdad indica equiparación, homogeneidad, ausencia de diferencia e inclusión alude a una acción que recae sobre un algo o alguien, indicando un efecto exógeno a ese algo o alguien sobre quien recae. Para clarificar mejor el tema, definamos el derecho a la igualdad y la inclusión educativa.

Entonces, ¿qué entendemos por derecho a la igualdad? García Morillo (1991) califica al principio de igualdad como el prototipo de un derecho relacional:

Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con o más bien, en la regulación, ejecución o aplicación del acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por sólo poner unos ejemplos. (p. 144)

Al respecto, nuestra Constitución reconoce el derecho a la igualdad en su artículo 2, inciso 2, el cual prescribe: «Toda persona tiene derecho: [...] A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole». Esto significa que estamos frente a un derecho fundamental y, por tanto, la exigencia de ser tratado de igual modo a quienes se encuentren en una situación idéntica. Por su parte, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, en el Exp. N.º 045-2004-PI/TC, fojas 20, ha reconocido y afirmado que «la igualdad consagrada constitucional-

mente detenta la doble condición de principio y derecho fundamental», en donde la igualdad como principio viene a ser uno de los pilares del orden constitucional, lo que permite la convivencia armónica en sociedad. Se infiere que, entonces, que la igualdad como derecho fundamental es entendida como el reconocimiento de un derecho subjetivo, es decir, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, pues el «derecho a la igualdad ante la ley», prevista en el art. 2, inc. 2, de la Constitución, quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos sin discriminación alguna.

Es por ello que se puede afirmar hasta aquí que nuestro derecho a la igualdad se halla entrañablemente vinculado al principio de no discriminación, porque no se podría hablar de un derecho a la igualdad si existe discriminación. Cabe resaltar que el mencionado derecho cuenta con un marco de protección internacional. Tenemos al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que todas las personas son iguales ante la ley. La Declaración Americana dispone en su artículo II que «todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna». Y el artículo 24 de la Convención Americana establece que «todas las personas son iguales ante la ley».

Por otro lado, si hablamos de personas con discapacidad, la igualdad es la condición deseable a alcanzar mediante una acción inclusiva. No obstante, lamentablemente hasta la fecha no hay de hecho una acción inclusiva que la propicie. Por lo consiguiente, hablamos de procesos de exclusión social que provocan una situación de discriminación o, dicho de otra manera, no igualdad de las personas que tienen alguna discapacidad, lo que propicia que no vivan una vida en igualdad de condiciones con respecto al resto de sus semejantes. Esto es porque, incluso en pleno siglo XXI, aún nuestra sociedad sigue siendo estructuralmente excluyente y desigualitaria, a pesar de la existencia de un marco legal nacional e internacional como son las normas uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, las cuales fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, cuya finalidad es garantizar que este colectivo pueda tener los mismos derechos que los demás, inclusive el de promover su plena participación en las diferentes esferas de la vida humana.

Veamos ahora, qué se entiende por inclusión educativa conforme a la Unesco (2005):

La Educación Inclusiva es un proceso destinado a abordar y atender a la diversidad de necesidades de todos los educandos mediante una participación cada vez mayor en el aprendizaje, entornos culturales y comunidades, y a reducir al mismo tiempo la exclusión dentro ya partir del entorno educativo. Esto requiere cambiar y modificar contenidos, enfoques, estructuras y estrategias.

En esa misma línea, la Unesco (2008) señaló que la educación inclusiva es un proceso dinámico, cuyo propósito es ofrecer una educación que respeta la diversidad, las necesidades y expectativas de aprendizaje de los educandos y las comunidades; por tanto, un medio para eliminar todas las formas de discriminación. Por su parte, el Estado peruano entiende por inclusión educativa al principio «que incorpora a las personas con discapacidad, grupos sociales, excluidos, marginados y vulnerables, especialmente en el ámbito rural, sin distinción de etnia, religión, sexo u otra causa de discriminación» (Minedu, 2008, p. 21). De ahí que, para contribuir en dicho proceso y para tener una educación de calidad, se elaboran las políticas de Estado.

Por ende, se puede decir que inclusión educativa es el proceso mediante el cual se garantiza que todas las personas, independientemente de sus habilidades, necesidades o características, tengan acceso a una educación de calidad, lo cual va a implicar proporcionar servicios y recursos adicionales para apoyar a los estudiantes con discapacidades o necesidades especiales, así como promover una cultura de aceptación y valoración de la diversidad en el aula. Asimismo, implica hacer efectivo el derecho de la no discriminación para lograr la plena participación, independientemente de su origen socioeconómico, capacidades o necesidades especiales; promover la igualdad de oportunidades en el aula; fomentar un aprendizaje inclusivo, entre otros. Porque solo de esta forma estaríamos garantizando el acceso a la educación superior inclusiva y de forma indirecta incidir en el desenvolvimiento pleno en las diferentes esferas de su vida. Sin embargo, la realidad fáctica dista mucho de lo que se debería entender por educación superior en igualdad de condiciones e inclusiva, puesto que, a pesar de que existe un marco legal que tutela los derechos de las personas con discapacidad, aún existen obstáculos y/o brechas que impiden su plena realización, como, por ejemplo, falta de una infraestructura adecuada, falta de capacitación para los docentes, falta de recursos, falta de apoyo familiar, ausencia de políticas y programas, etc.

IV. Análisis de la Ley de Discapacidad

Antes que nada, esbozaremos algunos antecedentes sobre esta ley. En el año de 1999 el gobierno promulgó la Ley N.º 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad. Y estando vigente dicha ley se aprobó el primer Plan de Igualdad de Oportunidades 2003-2007, el cual necesito contar con una política pública que brinde pautas generales que orienten las acciones por parte del Estado para lograr promover y asegurar la igualdad de oportunidades hacia las personas con discapacidad. Adicional a ello, también se aprobaron normas y tratados internacionales.

Por otro lado, la Ley General de Educación, que rige a partir del año 2003, establece que la educación se basa, entre otros principios, en la equidad y la inclusión; sin embargo, esto no se armoniza con la realidad. Por un lado, la equidad debe garantizar que toda la población cuente con igualdad de oportunidades, además de permanecer en un sistema educativo de calidad; y, por su parte, la inclusión se presume como la expulsión de barreras que imposibilitan o restringen la incorporación de las personas con discapacidad a la sociedad. En definitiva, los principios de equidad e inclusión no se aplican de forma completa, porque aún se mantiene un sistema educativo que separa a las personas con alguna discapacidad.

Dentro de este contexto, fue la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas la que influyó en el Plan de Igualdad de Oportunidades 2009-2018 y en la promulgación el 24 de diciembre de 2012 de la actual Ley General de la persona con discapacidad, Ley N.º 29973, cuya finalidad es establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión en la vida política, económico, social, cultura y tecnológica. Esta norma hace hincapié en la inclusión social, y busca la plena realización de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Sin embargo, la lucha por la inclusión no solo obedece a razones de índole social, sino también a cuestiones económicas.

En términos generales, la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008), la promulgación de la última Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPCD, 2012) y la aprobación del Reglamento de la LGPCD (2014) constituyen esfuerzos

por parte del Estado peruano para eliminar la exclusión social que histórica y tradicionalmente han sido víctimas las personas con discapacidad en nuestro país. Asimismo, la promulgación de la LGPCD implicó cambios esenciales respecto de las cuotas de empleo en favor de las personas con discapacidad y la obligación de los empleadores de realizar ajustes razonables en favor de los trabajadores con discapacidad. Si bien también son un punto importante los derechos laborales de las personas con discapacidad, en el presente artículo se abordará únicamente el derecho a la educación superior en condiciones de igualdad para dichas personas.

Cabe considerar, por otra parte, que la LGPCD no solo ha establecido el marco legal de promoción y protección de los derechos de la persona con discapacidad, sino que busca promover un buen desarrollo de la persona y una participación plena. Es por ello que es importante entender cómo define esta normativa a las personas con discapacidad. En la Ley N.º 29973 se define a la persona con discapacidad de la siguiente manera:

[...] aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Dicha definición incluye el concepto de «discapacidad universal» y de cómo el entorno que lo rodea no impida el pleno ejercicio de sus derechos. En definitiva, la ley señala diferentes temas dentro del marco legal, pertinente para el pleno desarrollo y participación efectiva. En concreto se establecen los derechos de la persona con discapacidad; los principios rectores de las políticas y programas del Estado; el rol de la familia; los recursos del Estado asignados; el derecho a la educación; la normativa sobre el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS); la normativa sobre el Sistema Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (SINAPEDIS), y, por último, sanciones, infracciones y entidades competentes.

En ese orden de ideas, cabe destacar que la igualdad en la ley está dirigida a prohibir la discriminación, tal como la contempla nuestra Constitución, la cual señala que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de

cualquiera otra índole (art. 2, inc. 2). Este principio actúa como límite al legislador, quien solo podrá establecer diferencias cuando pueda demostrar la existencia de un fin legítimo que justifique la diferenciación, el cual se debe plantear en términos de razonabilidad y adecuación al fin perseguido, sin incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir derechos u obligaciones a las situaciones que derivan de la aplicación de la norma (Mosquera, 2006, p. 22).

Por esta razón, la igualdad en la aplicación de la ley impone una obligación de todos los organismos del Estado involucrados en dicha problemática, quienes están encargados de aplicar la ley por igual a todos los que se encuentren en una misma situación, por lo que quedan desterradas las diferenciaciones basadas en condiciones personales, sociales, culturales, económicas, etc., de sus destinatarios, salvo que estas se estipulen en la misma norma.

V. Políticas educativas e inclusión en las universidades públicas

En esta parte se abordará acerca de las políticas educativas que establece el Estado peruano para garantizar el acceso de las personas con alguna discapacidad a las universidades. Más aún, dado que las políticas intervienen en nuestra realidad social para crear un cambio en un determinado contexto, es relevante definir en qué consisten las políticas. Para ello, se debe ahondar en políticas educativas.

Bell y Stevenson (2006) destacan que las políticas educativas se enfocan en diversos temas relacionados a la educación con el propósito de resolver demandas y brindar calidad educativa para mejorar los aprendizajes de los educandos. De esta forma, no solo se alivian los problemas del contexto en el que se aplican las políticas educativas, sino que también se logra que dichos estudiantes estén preparados para el futuro y sean competentes frente al resto del mundo (Viennet y Pont, 2017). Por tal motivo, las políticas son programas para mejorar el sistema educativo, por cuanto el objetivo es preparar a las personas para su desenvolvimiento en el campo laboral.

En el caso peruano, el Ministerio de Educación es el responsable de formular las políticas y las orientaciones técnico-pedagógicas para el desarrollo de la educación especial a nivel nacional. Esto con la finalidad de

que todas las personas con discapacidad puedan acceder a una educación de calidad en condiciones de igualdad. No obstante, para el caso peruano, la población más indefensa y con exiguas políticas educativas que garanticen una atención equilibrada y de calidad es la que presentan necesidades educativas personales.

Precisamente, el acceso a las universidades de las personas que tienen alguna discapacidad presenta un amplio abanico de desigualdades estructurales, entre las que se pueden mencionar a la discriminación social, falta de infraestructura adecuada, falta de capacitación a los docentes, entre otros, que obstaculizan el derecho a la enseñanza superior. Cabe reiterar que este derecho es un imperativo para asegurar el trabajo y de esta forma acceder al campo laboral y contar con sociedades más justas, desde el punto de vista social e inclusivo. En síntesis, si queremos una sociedad inclusiva para las personas con discapacidad que les garantice la igualdad de oportunidades, hemos de lograr que la inclusión y la igualdad de oportunidades sean principios prácticos y no meros valores carentes de contenido.

Con relación a la problemática expuesta, según el INEI, de acuerdo con el último Censo del 2017, en nuestro país hay 3 209 261 personas con discapacidad, lo que representa el 10,3 % de la población. Esto quiere decir que uno de cada 10 peruanos/as tiene discapacidad. El 48,3 % tiene dificultades para ver, el 15,1 % dificultades para moverse o caminar mientras un 18,5 % tiene dos o más discapacidades. Del universo total, el 56,7 % son mujeres y el 43,3 % varones. Asimismo, 40,1 % son personas adultas mayores y 14,3 % niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, según el nivel educativo alcanzado, el 40,5 % de las personas con discapacidad tienen educación primaria, el 23,6 % sin nivel o educación inicial, el 22,5 % educación secundaria, el 11,4 % superior no universitaria/universitaria, el 1,7 % educación básica especial y el 0,2 % maestría o doctorado. Conforme a los datos estadísticos se puede llegar a la conclusión que el 86.6 % de las personas con discapacidad no cuenta con educación superior: casi 1 364 300 personas con discapacidad. Como resultado, solo 211 103 personas con discapacidad tendrían educación superior.

Dentro de este marco, solo por poner un ejemplo, de acuerdo al portal de transferencia de la Universidad Nacional de Cajamarca se tiene los siguientes datos:

Cuadro 1
Proceso de admisión 2023

| Carrera | Modalidad | Primer examen | | Segundo examen | |
|---------------------------|------------------|---------------|-------------|----------------|-------------|
| | | Postulantes | Ingresantes | Postulantes | Ingresantes |
| Administración | Con discapacidad | 1 | 0 | 2 | 1 |
| Contabilidad | Con discapacidad | 1 | 0 | 1 | 1 |
| Contabilidad Chota | Con discapacidad | 1 | 1 | | |
| Derecho | Con discapacidad | 4 | 2 | 5 | 2 |
| Economía | Con discapacidad | 1 | 1 | | |
| Ed. primaria | Con discapacidad | 2 | 1 | 2 | 0 |
| Ed. inglés-español | Con Discapacidad | | | 1 | 0 |
| Ed. lenguaje y literatura | Con discapacidad | | | 2 | 1 |
| Ed. matemática y física | Con discapacidad | | | 1 | 0 |
| Enfermería | Con discapacidad | 1 | 0 | 4 | 1 |
| Enfermería Jaén | Con discapacidad | 1 | 0 | 3 | 1 |
| Ingeniería civil | Con discapacidad | 3 | 3 | 4 | 2 |
| Ingeniería civil Jaen | Con discapacidad | | | 1 | 1 |
| Ingeniería de minas | Con discapacidad | 3 | 2 | 4 | 1 |
| Ingeniería geológica | Con discapacidad | 1 | 1 | | |
| Medicina humana | Con discapacidad | 13 | 2 | 19 | 2 |
| Obstetricia | Con discapacidad | | | 2 | 1 |
| Medicina veterinaria | Con discapacidad | 1 | 1 | | |
| TOTAL | | 33 | 14 | 51 | 14 |

Del cuadro se puede inferir que los ingresantes con discapacidad no alcanzan ni siquiera a la mitad de vacantes. Entonces, ¿de qué educación con inclusión e igualdad hablamos? No puede haber educación de calidad si esta no es para todos, más aún si se considera a la educación universitaria como derecho y como servicio público, conforme al artículo 18 de la Constitución, que constitucionalmente persigue difundir, valorizar y transferir

conocimiento para mejorar la calidad de vida de las personas y la comunidad y, por ende, alcanzar el desarrollo sostenible y fomentar la solidaridad. No basta que las universidades realicen una reserva del 5 % de las vacantes en los exámenes de admisión para las personas con discapacidad, sino que debe haber un verdadero compromiso con el derecho fundamental a la educación superior en condiciones de igualdad e inclusión.

VI. Conclusiones

- La educación superior inclusiva es el medio para desarrollar las habilidades y capacidades de las personas con discapacidad con la finalidad de que logren integrarse al mundo laboral y de la mano de ello garantizar el pleno goce de otros derechos fundamentales.
- Si bien es cierto que existen políticas que promueven la inclusión, eso no basta para que este grupo de personas puedan acceder a una educación superior de calidad en igualdad e inclusión. Se necesita que exista un verdadero compromiso por parte de las autoridades universitarias.
- En definitiva, para que las personas con discapacidad logren acceder a la universidad no solo se requiere de políticas y compromiso de las autoridades universitarias, sino también de la sociedad. Tal como lo establece el artículo 1 de nuestra Constitución, la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, así como son parte del Estado, también lo son de la sociedad, es decir, que también dependen de sus congéneres, que en este caso vendrían a ser sus compañeros de clase.

VII. Referencias

- Aguilar, M., Astudillo, S., Calzón Fernández, Y., Cardozo, G., Di Carlo, F., & Fernández. (2013). *¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades*. APDH – IEM
- Bell, L., & Stevenson, H. (2006). *Education Policy: Process, Themes and Impact*. Routledge.
- García Morillo, J. (1991). La cláusula general de igualdad. En, *Derecho Constitucional*. (pp. 159-177).
- Mosquera Monelos, S. (2006). *El Derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de religión*. En Mosquera Monelos, Susana. *El Derecho Fundamental de Igualdad. II Jornadas sobre Derechos Humanos*. Palestra Editores.

- Minedu. (2008). *Informe nacional: la inclusión educativa en el Perú*. Minedu
- Tomasevski, K. (2002). *Contenido y vigencia del derecho a la educación*. Cuadernos pedagógicos.
- Unesco. (2005). *Informe de seguimiento de la Educación para todos en el Mundo. El imperativo de la calidad*. París: Unesco.
- Unesco. (2008). *Inclusive education: The way of the future*. Ginebra: International Bureau of education.
- Viennet, R., & Pont, B. (2017). *Education policy implementation: a literature review and proposed framework*. OECD Education Working Papers.

Convenios y Legislación nacional:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N.º 29973.

Principales fundamentos jurídicos para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú

Main legal grounds to declare the exceptional nullity of constitutional res judicata without affecting legal certainty in Peru

ALVARADO LUIS, Domingo Celestino(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamentos jurídicos para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú, como problema de investigación. III. Tribunales constitucionales y justicia constitucional. 3.1. Creación de los tribunales constitucionales. 3.2. Naturaleza de los tribunales constitucionales. 3.3. La justicia constitucional en el Perú. 3.3.1. Cosa juzgada constitucional. 3.3.2. Naturaleza jurídica de la aclaración y subsanación. 3.3.3. La nulidad como elemento implícito en el orden procesal constitucional. 3.3.4. Excepciones a la cosa juzgada constitucional. 3.3.5. Seguridad jurídica de la cosa juzgada constitucional.

(*) Juez, titular del 5^{to.} juzgado penal unipersonal, profesor Escuela de posgrado UNC (Cajamarca, Perú). Correo electrónico: dalvarado@unc.edu.pe. <https://orcid.org/0000-0001-8417-8081>

IV. Sentencias del TC declaradas nulas de forma y fondo. 4.1. Posiciones doctrinarias a favor de la nulidad de las sentencias del TC. 4.2. Posición asumida V. Conclusiones. VI. Referencias.

Resumen: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido excepciones al carácter inimpugnabile de las sentencias del Tribunal Constitucional con calidad de cosa juzgada. El objetivo es determinar los principales fundamentos jurídicos actuales para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú. El método adoptado es el analítico, con revisión bibliográfica y documental, principalmente textos de leyes, actos normativos constitucionales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Se concluye que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano es válido que se declare la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional, declarando de oficio la nulidad de la sentencia para no convalidar sentencias manifiestamente inconstitucionales por vulneración grave al debido proceso y por cambio irracional de la doctrina jurisprudencial o de un precedente vinculante fijado con antelación por el pleno del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, cosa juzgada, nulidad excepcional, seguridad jurídica, debido proceso, doctrina jurisprudencial, precedente vinculante

Abstract: *The jurisprudence of the Constitutional Court has established exceptions to the unappealable nature of the judgments of the Constitutional Court with the quality of res judicata. The proposed problem is what are the main legal grounds to declare the exceptional nullity of constitutional res judicata without affecting legal certainty in Peru. The objective is to determine the main current legal grounds to declare the exceptional nullity of constitutional res judicata without affecting legal certainty in Peru. The method adopted is the analytical one with a bibliographic and documentary review, mainly texts of laws, constitutional normative acts and jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court. The conclusion is that in the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court it is valid to declare the exceptional nullity of the constitutional res judicata, declaring ex officio the nullity of the sentence, so as not to validate manifestly unconstitutional sentences for serious violation of due process and for irrational change of the jurisprudential doctrine or a binding precedent set in advance by the full Constitutional Court.*

Keywords: *Constitutional Court, res judicata, exceptional nullity, legal certainty, due process, jurisprudential doctrine, binding precedent*

I. Introducción

En el Perú, respecto a la cosa juzgada constitucional, existen dos posiciones. La primera se inclina por el carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional, dada su naturaleza de máximo intérprete de la Constitución de 1993, garante de la supremacía y respeto a los derechos fundamentales; para ello invocan la seguridad jurídica y el primer párrafo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N.º 31307, que establece:

Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.

Sin embargo, la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional muestra que existen casos en los que no cabe invocar el principio de la inmutabilidad absoluta de la cosa juzgada constitucional. Tales casos constituirían excepciones y límites a los efectos de la cosa juzgada constitucional. De ahí que cabe preguntarse ¿cuáles son los principales fundamentos jurídicos para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú?

Con relación al problema planteado, el objetivo trazado consiste en determinar los principales fundamentos jurídicos actuales para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú, por lo que se parte por definir la cosa juzgada constitucional y la seguridad jurídica.

II. Fundamentos jurídicos para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú, como problema de investigación

La cosa juzgada constitucional, normativamente, está regulada en el primer párrafo del artículo 121 del nuevo Código Procesal Constitucional, de la misma forma que estuvo regulada en el derogado Código Procesal Constitucional. Una de sus peculiares características normativas es el no ser impugnabile. Sin embargo, a lo largo de la jurisprudencia emitida por

el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano, se aprecia que por diversas razones se ha excepcionado tal carácter de inmodificabilidad absoluta de la cosa juzgada, con lo cual se podría afectar la seguridad jurídica reclamada de la cosa juzgada y en especial de la cosa juzgada constitucional.

Como se puede apreciar, en el caso Panamericana Televisión S.A. contra SUNAT, en el Exp. N.º 04617-2012-PA/TC, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) concluyó, con sentencia del 12 de marzo de 2014, declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inexigible a la actora la deuda tributaria generada entre el 24 de febrero de 2003 y el 08 de junio de 2009, tiempo en el que Panamericana Televisión estuvo administrada judicialmente por Genaro Delgado Parker, por considerar que la exigibilidad de dicha deuda tributaria constituiría una expropiación judicial que vulneraba su derecho fundamental a la propiedad.

Contra dicha sentencia, el procurador de SUNAT propuso aclaración, después un pedido de nulidad. El 16 de mayo de 2014, el TC emite un auto declarando improcedente el pedido de aclaración. Sin embargo, el 03 de junio de 2014, seis nuevos magistrados del TC ingresan a funciones, pero permanece el tribuno Urviola, quien votó por la improcedencia del amparo del 12 de marzo de 2014.

El 09 de junio de 2014, la Sunat solicita que se integre el auto del 16 de mayo 2014, puesto que no se resolvió su pedido de nulidad o que, subordinadamente, en vía de reposición se declare la *nulidad* de la sentencia de 12 de marzo de 2014 y del auto del 16 de mayo de 2014. Por tal motivo, expone los siguientes fundamentos: la sentencia del 12 de marzo de 2014 vulnera la garantía del debido proceso; contraviene la jurisprudencia del TC; consigna hechos inexactos y contiene motivación aparente e impertinente. Era evidente que en el fondo la Sunat pretendía impugnar la sentencia emitida.

El TC, con auto del 18 de noviembre de 2014, con 4 votos de 6 y una abstención, resolvió declarar improcedente el pedido de integración realizado el 09 de junio de 2014, que contiene el de *nulidad* y el de reposición. El TC, en mayoría, interpretó y aplicó literalmente el art. 121 del Código Procesal Constitucional, que establece, contra las sentencias del Tribunal Constitucional, que no cabe impugnación alguna, por razones de seguridad jurídica y de respeto a la cosa juzgada. Igualmente invocó el art. 202 de la Constitución, que impide dejar sin efecto decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, modificar sentencias o retardar su ejecución.

Respecto al principio de Seguridad Jurídica, el TC sostuvo que tanto la cosa juzgada como la seguridad jurídica son principios básicos del orden jurídico; pero que la seguridad jurídica lo es en especial medida. Sustenta lo antes dicho, al expresar que la predecibilidad de las conductas frente a los supuestos determinados por el derecho, vienen a ser la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.

Asimismo, expresa que en todo Estado constitucional existe un órgano de cierre y que, en nuestro caso, ese órgano es el Tribunal Constitucional, según se desprende del precitado artículo 202, inciso 2, de la Constitución. Agotada la jurisdicción interna, solo se puede acudir a la jurisdicción supranacional (artículo 205 de la misma norma fundamental) en caso no se haya amparado la pretensión contenida en la demanda y es dicha instancia internacional la única que, de ser el caso, puede modificar lo resuelto por el Tribunal Constitucional (Sentencia del Exp. N.º 0016- 2002-AI/TC, Tribunal Constitucional, 2003).

Con esta decisión, el TC reforzó la característica de la inmutabilidad de sus sentencias cuando adquieren la calidad de cosa juzgada constitucional, y deja a salvo la excepción de la jurisdicción supranacional como única vía para modificar sus sentencias.

Por otro lado, en lo que respecta a la nulidad de sentencia, en el caso Luis Alberto Cardoza Jiménez (sentencia del Exp. N.º2135-2012-PA/TC, Tribunal Constitucional, 2014), contrario al criterio aplicado al caso Panamericana TV S. A. vs. SUNAT, arriba explicado, el Tribunal Constitucional declaró nula su sentencia de fecha 11 de julio de 2013, puesto que señaló expresamente que el acta de infracción del 19 de mayo de 2004 es nula, y se sustentó en que la sentencia emitida en autos no podía tomar esta como medio probatorio válido a efectos de respaldar la solución del caso.

En este proceso, frente al pedido de nulidad por parte de Repsol YPF Comercial S. A. C., que era la parte demandada, el TC declaró nula su sentencia por contradecir lo dispuesto en la sentencia del Exp. N.º 02698-2012-PA/TC (2012), que tiene la calidad de cosa juzgada constitucional, dado que en esta última se declaró nula el acta de infracción del 19 de mayo de 2008, que fue tomada en cuenta para resolver por la sentencia anulada (véanse sus fundamentos 4.3.2 al 4.3.5). Evidentemente, la sentencia anulada no podía tomar tal acta nula como medio probatorio válido para resolver el caso.

En este caso, se trató de un error en la tramitación del expediente, por cuanto se tuvo en consideración para resolver un acta de infracción que previamente había sido declarada nula.

En otros casos, tanto por razones de forma como de fondo, también el TC ha declarado nulas sus sentencias (ver cuadro de sentencias). Frente a tal situación, desde la doctrina, se señala que tal nulidad es posible para evitar que se dicte sentencias arbitrarias o inconstitucionales.

2.1. El problema

Partiendo del tema *la cosa juzgada constitucional*, desde el entendido de la constitucionalización del derecho o dentro de un Estado constitucional contemporáneo, se requiere la comprensión de sus instituciones jurídicas de conformidad con sus principios y valores. Debe entenderse la cosa juzgada constitucional como inaceptable que quede indemne, inmodificable, inalterable o en condición de incuestionable, pues cualquier pronunciamiento jurisdiccional constitucional que sea arbitrario, írrito, fraudulento o carente de motivación, cuyo contenido sea inconstitucional, no puede ni debe ser convalidado a fin de garantizar la seguridad jurídica de las decisiones constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional, tal como se advierte de la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional. Por ello, con relación a lo antes descrito cabe preguntarse ¿cuáles son los principales fundamentos jurídicos para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú?

III. Tribunales constitucionales y justicia constitucional

1.1. Creación de los tribunales constitucionales

Respecto a la creación de los tribunales constitucionales en el mundo, diversos juristas, como Favoreu (1994), señalan que existen en casi toda Europa, América Latina, Asia y África:

El desarrollo constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del desarrollo constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX. No se concibe hoy día, un sistema constitucional que no se reserve un lugar a esta institución, y en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto la existencia de un Tribunal Constitucional. (Monroy Cabra, 2007, p. 15)

Kelsen con su Proyecto de creación del Tribunal Constitucional Austriaco de 1918, que fue instituido luego en el año de 1920 en la Carta Austriaca, fue quien dio inicio a la jurisdicción constitucional (Gascón, 2008, citado por Alvarado Tapia, 2012).

En tal sentido, «Casi en forma unánime los constitucionalistas aceptan que el primer antecedente sobre el control de constitucionalidad lo constituye el caso *Marbury versus Madison*» (Blume, 1996, p. 130). De ahí que el juez John Marshall, designado presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, al resolver el caso, se pronuncia respecto a la defensa de la supremacía constitucional frente a las demás normas que fuesen contrarias a la Constitución y el deber que tienen también los jueces de velar por su vigencia y aplicabilidad.

En cuanto al origen de los tribunales constitucionales, la historia le dio la razón a Kelsen, quien sostenía que la confiabilidad de garantes de la Constitución debería recaer en los tribunales constitucionales. Así, Kelsen (1995) sostenía lo siguiente:

Defensor de la Constitución, significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. [...] Como toda norma cuya función también la Constitución puede ser violada solo por aquellos que deben cumplirla. (Monroy Cabra, 2004, p. 16)

En esa línea de ideas, la historia de los tribunales constitucionales se inicia con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco, así como el Alto tribunal Constitucional de Austria en 1920. Después, en 1931, se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales de España; en 1948, el Tribunal Constitucional italiano; en 1949, el Tribunal Constitucional alemán; en 1961, el turco, y en 1963, el yugoslavo. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial.

En América Latina, la jurisdicción constitucional aparece con la Constitución de 1979 de Perú. Luego, en 1980, en Chile se instaló nuevamente un Tribunal Constitucional; en 1982, en el Salvador; en 1985, en Guatemala. En 1989, en Costa Rica se instaló una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia. En 1991, en Colombia se instaló la Corte Constitucional. En 1945, en Ecuador se creó el Tribunal, reinstalado en 1998. En 1992, en Paraguay se creó la Sala Constitucional. En 1995 en Nicaragua se creó una Sala Constitucional. En México, mediante las reformas constituciona-

les 1994, 1996 y 1999, se estableció a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional, así como, en 2001, en Honduras.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 38 de la Constitución Política (1993) establece la defensa de la Constitución. En este sentido, los expertos estiman que es más democrático que el control de constitucionalidad esté a cargo de un órgano independiente y autónomo, antes que por el Poder Ejecutivo o Legislativo.

1.2. Naturaleza de los tribunales constitucionales

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se produjo un renacimiento de la justicia constitucional, Álvarez Conde (2000) sostenía que ello obedeció a las siguientes consideraciones:

a) La justicia constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de la Constitución. Se acepta que la constitución deje de ser una simple declaración de principios y se convierta en norma directamente aplicable; b) La justicia constitucional es consecuencia del principio de la supremacía de la Constitución, por lo cual la doctrina ha dicho que solo es posible en aquellos sistemas políticos dotados de Constitución rígida; y, c) La justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de legalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división de poderes, tanto en su aspecto horizontal como vertical. (Monroy Cabra, 2004, p. 22)

En este contexto jurídico, resulta evidente que los tribunales constitucionales son el mecanismo más idóneo para la defensa de la Constitución por excelencia, puesto que operan como órganos estrictamente judiciales y también como órgano de justicia política e incluye aspectos económicos y sociales.

1.3. La justicia constitucional en el Perú

3.3.1. Cosa juzgada constitucional

La cosa juzgada constitucional está regulada tanto en el artículo 6 del antiguo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N.º 28237, como en el artículo 15 del nuevo Código, aprobado por Ley N.º 30317 (23.07.21), bajo la siguiente prescripción: «En los procesos constituciona-

les solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo».

Cabe resaltar que la Constitución tiene como significado el que le otorgan los jueces en sus sentencias. Por tanto, el máximo interprete constitucional debe decidir siempre conforme con el texto constitucional y que sus decisiones cautelén la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional: la igualdad ante la ley y certeza jurídica constituirán cosa juzgada, la cual puede ser formal o material.

Al respecto, Hakansson (2015) sostiene:

La expedición de una sentencia tendrá la calidad de cosa juzgada en la medida que, producida en última instancia o mediante recursos extraordinarios, haya valorado todas las pruebas ofrecidas, argumentado todos sus extremos, ofreciendo una redacción que evidencie el conocimiento del proceso y contenido de las resoluciones que la preceden. (p. 149)

En este sentido, la cosa juzgada presenta dos expresiones: una formal y otro material. La *cosa juzgada formal* se caracteriza por su inatacabilidad a la sentencia con referencia al mismo proceso. Se tiene en cuenta el valor formal de la cosa juzgada cuando contra una sentencia no cabe interponer recurso alguno, puesto que mediante ella se extingue toda posibilidad de que la misma pueda ser modificada, lo cual se traduce en la imposibilidad procesal de que el resultado plasmado en la resolución del litigio sea directamente atacado. La cosa juzgada formal es firme desde el momento en que es dictada sin que pueda ser recurrida.

Mientras tanto, la *cosa juzgada material*, entendida como el efecto natural de algunas sentencias firmes, consiste en una precisa y determinada fuerza de vinculante, en otros procesos, a cualquier órgano jurisdiccional, respecto del contenido de esa decisión fuera del concreto proceso en que se desarrolla. La cosa juzgada material no se entiende únicamente como una mera repercusión negativa del fallo (es decir, no otro proceso sobre la misma materia), sino también positiva, por ello se habla del doble efecto o función de la cosa juzgada material.

Por la naturaleza del Código Procesal Constitucional contra las sentencias emitidas por el TC, no cabe impugnación alguna. En tal sentido, López Flores (2015) señala:

[...] el rasgo de «inimpugnabilidad», «inatacable» o «incuestionable» de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional, solo resulta pregonable respecto de las sentencias emitidas por él, situación en la cual no procede la interposición de medios impugnatorio alguno, sino tan solo la promoción de pedidos de aclaración o subsanación, los cuales de ningún modo tienen la vocación de influir sobre el fondo de la decisión emitida. (p. 161)

3.3.2. Naturaleza jurídica de la aclaración y subsanación

Resulta evidente que una sentencia que sea expedida por el Tribunal Constitucional tenga efectos de cosa juzgada. En consecuencia, solo cabe la posibilidad de aclarar o subsanar tal sentencia en lo que corresponde a aspectos accesorios, secundarios, circunstanciales; pero no respecto a los aspectos esenciales de la sentencia, a fin de garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, tal diseño se encuentra divorciado de la realidad jurisdiccional en el que —conforme se advierte en reiterada jurisprudencia— se ha evidenciado reiterados vicios o errores jurisdiccionales producidos en las instancias del Tribunal Constitucional. Ahora bien, lo anterior conlleva a la encrucijada de qué hacer frente a sentencias con vicios o errores judiciales que no garantizan la constitucionalidad de la decisión, que generan la opción de inmacular lo que a sabiendas contiene una grave afectación o privilegiar la decisión justa y, en consecuencia, corregir el vicio o error en sede constitucional, ello sin afectar la seguridad jurídica de las decisiones constitucionales.

3.3.3. La nulidad como elemento implícito en el orden procesal constitucional

El artículo 20 del antiguo Código Procesal Constitucional establecía que el Tribunal Constitucional anulará la resolución impugnada —de segunda instancia— si advierte que esta ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que afectó el sentido de la decisión, por lo que ordenará que se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, tanto el viejo como el nuevo código procesal constitucional no han señalado nada respecto a que el propio Tribunal Constitucional de oficio pueda anular sus propias sentencias.

Teniendo en cuenta que las decisiones jurisdiccionales son emitidas por personas y, por ende, son susceptibles de cometer errores, con los cuales se podría afectar valores fundamentales, resulta interesante analizar si se debe regular la potestad nulificadora de oficio, máxime si la nulidad

es una institución implícita e inherente a todo sistema jurídico procesal constitucional. Sin embargo, también debe atenderse a las consecuencias de la regulación de la nulidad de oficio en este tipo de sentencias, pues podría conllevar a la sobrecarga procesal, pero sobre todo a la inseguridad jurídica en cuanto la excepción nulificante se convierta en regla.

3.3.4. *Excepciones a la cosa juzgada constitucional*

La nulidad de oficio, al existir como un elemento implícito en la jurisdiccional constitucional y como concretización del valor justicia en los procesos constitucionales, podría ser ejercida contra sentencias que contienen vicios o errores *in iudicando* (error de criterio o de apreciación del derecho sustantivo) o *in procedendo* (inobservancia de normas procesales al resolver la cuestión litigiosa). Baste como ejemplos los casos reconocidos por el TC, y conforme los ha identificado López Flores (2015, p. 166): a) cuando una sentencia expedida por una Sala modifica o cambia la doctrina jurisprudencial o un precedente vinculante fijado con antelación por el Pleno del Tribunal Constitucional; b) cuando las sentencias del Tribunal Constitucional no sean formadas con los votos requeridos; c) cuando las sentencias se presentan incongruentes o discordantes entre la parte considerativa y la resolutive, lo cual perturba la ejecución misma de la sentencia emitida; d) cuando los efectos de la sentencia recaigan respecto de terceras personas que no participaron en el proceso y/o que no tuvieron conocimiento de él; e) cuando en la sentencia se omite el análisis de ciertos elementos de prueba que, de haber sido analizado oportunamente, hubiese dado lugar a una sentencia con fallo distinto; f) cuando en la sentencia emitida se haya aplicado una norma derogada, una norma no vigente (*vacatio legis*) o una norma declarada inconstitucional, y g) cuando en casos sustancialmente análogos se emitan sentencias contradictorias, rompiéndose el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

3.3.5. *Seguridad jurídica de la cosa juzgada constitucional*

Al respecto, Hakansson (2015) señala:

El hecho de no corregir una resolución que ha quedado firme y que goza de cosa juzgada equivale a decir que el máximo intérprete puede dictar resoluciones inconstitucionales, por tanto, puede afectar los derechos fundamentales mediante una sentencia cuya naturaleza es contraria a los fines del Derecho y la Constitución como su máxima expresión jurídica. (p. 150)

Esta posición podría suponer para algunos entendidos una amenaza de relativización a los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. Sin embargo, desde otra mirada, no debe medirse al derecho procesal constitucional en función de una postura rígida y de defensa dogmática de los principios, sino por su especial sensibilidad para ofrecer una respuesta constitucional y, por tanto, justa a los casos que se presenten y donde se encuentren en juego el pleno ejercicio de las libertades.

Según Monroy Gálvez (2015), el Tribunal Constitucional debe disponer la anulación de una sentencia con autoridad de cosa juzgada cuando se presenten lo siguiente: a) la existencia de un vicio insubsanable y socialmente insoportable, y b) si de la decisión resulte un paradigma trascendente para la comunidad jurídica y la sociedad.

IV. Sentencias del TC declaradas nulas de forma y fondo

Cuadro 1

Nulidades sustentadas en vicios que podemos considerar de forma

| Expediente | Sumilla |
|--|--|
| Sentencia del Exp. N.º 02386- 2008-AA/TC (2009). | Se declara, a pedido de parte (recursos de aclaración y de nulidad), la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el llamamiento del magistrado correspondiente para dirimir la discordia. |
| Sentencia del Exp. N.º 02488- 2011-HC/TC (2011) | A través de razón de relatoría y resolución de Presidencia se declara, de oficio, la nulidad de una sentencia y actos posteriores, por contener la firma de un magistrado equivocado. |
| Sentencia del Exp. N.º 5314-2007- PA/TC (2010) | A través de resolución de Sala se declara de oficio (aunque con ocasión de un pedido de nulidad presentado) nula y sin efecto la resolución, remitiendo los autos al magistrado respectivo para que, a la brevedad posible, emita su ponencia y continúe la causa según su estado. |
| Sentencia del Exp. N.º 03681- 2010-HC/TC. (2012) | Se declara, con ocasión de resolver recursos de nulidad y de reposición, la nulidad de una sentencia porque se contó mal el sentido de los votos y se llama al magistrado correspondiente para que se pronuncie sobre el extremo en el que subsiste el empate. |
| Sentencia del Exp. N.º 00831- 2010-PHD/TC (2011) | A través de resolución de presidencia se declara, a pedido de parte (solicitud de aclaración), la nulidad de una sentencia, pues se contabilizó mal el voto de un magistrado, por lo cual no se había conformado resolución. |

| | |
|--|---|
| <p>Sentencia del Exp. N.º 03992- 2006-AA/TC (2007)</p> | <p>Se declara, mediando escrito de parte, la nulidad de una sentencia debido a que no se notificó el sentido de un voto ni el llamamiento a otro magistrado para que dirima, y con ello las partes poder presentar sus alegatos, si lo deseaban. Se acepta la abstención de un magistrado «pues puede dudarse de su imparcialidad en razón a que se cometió un error en la tramitación del expediente ajeno a su conocimiento» y se ordena que «por Secretaría General se realicen las investigaciones y se sancionen a los responsables conforme lo decretado por el presidente del Tribunal Constitucional.</p> |
|--|---|

Nota. Pronunciamientos donde el Tribunal Constitucional peruano consagra la posibilidad de declarar la nulidad de sus propias resoluciones. Información utilizada por Eloy Espinoza Saldaña en la Revista Peruana de Derecho Constitucional. Cosa Juzgada Constitucional, N.º 9, de 2016 (edit. Centro de Estudios del Tribunal Constitucional. Nueva Época).

Cuadro 2

Nulidades sustentadas en vicios que podemos considerar de fondo

| Expediente | Sumilla |
|--|--|
| <p>Sentencia del Exp. N.º 04324- 2007-AC/TC (2008)</p> | <p>A propósito del pedido de nulidad del demandante, el Tribunal Constitucional peruano verificó que desestimó una demanda de cumplimiento por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos por la STC Exp. N.º 0168-2005- PC/TC. Expresó que las normas invocadas (referidas a la reincorporación del actor a su puesto de trabajo) contenían un «mandato condicional» («los extrabajadores podrán ser incorporados al puesto de trabajo del que fueron cesados en la medida en que existan las correspondientes plazas vacantes y presupuestales y aquellos que no alcanzaren plaza vacante podrán ser reubicados en otras igualmente vacantes del sector público). Sin embargo, el Tribunal constató que no tuvo en cuenta que el recurrente ya se encontraba laborando en una plaza presupuestada y vacante, en virtud a una medida cautelar confirmada en segunda instancia, por lo que declara nula la vista de la causa y actos posteriores y ordena que se emita nueva resolución.</p> |
| <p>Sentencia del Exp. N.º 00978- 2007-AA/TC (2009)</p> | <p>El Tribunal inicialmente declaró improcedente la demanda por (supuestamente) no haber recibido una información solicitada al demandante. Sin embargo, mediando escrito de parte, detecta que esta sí se había recibido, por lo que declaró la nulidad de la resolución para emitir una nueva.</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Sentencia del Exp. N.º 06348- 2008-AA/TC (2012) y Sentencia del Exp. 8130-2006-AA/ TC (2010)</p> | <p>En su sentencia el Tribunal ordenó a la sala de segundo grado admitir a trámite la demanda, cuando esta originariamente lo había hecho. Ante ello, la sala hace una consulta al Tribunal, que atendiendo a la contradicción existente declara nula su resolución y señala nueva fecha para la vista de la causa y, con ello, emitir pronunciamiento de fondo. El Tribunal en esta ocasión (a diferencia de todas las otras) fundamenta su «potestad nulificante».</p> |
| <p>Sentencia del Exp. N.º 4104-2009- AA/TC (2011)</p> | <p>Mediando el pedido de una de las partes (nulidad), el Tribunal anuló su decisión reconociendo que omitió evaluar un medio probatorio.</p> |
| <p>Sentencia del Exp. N.º 2023-2010- AA/TC (2011)</p> | <p>Con ocasión de resolver un pedido de aclaración presentado por el demandante, el Tribunal encontró que lo resuelto no correspondía al expediente, esto es, que no existía congruencia entre los fundamentos y lo solicitado en la demanda. Ante ello declaró nulo lo actuado luego de la vista de la causa y se dispuso continuar con el trámite.</p> |
| <p>Sentencia del Exp. N.º 00705- 2011-AA/TC (2011)</p> | <p>El Tribunal, al emitir su sentencia, impuso una multa de 25 URP a una aseguradora, basada en que en complicidad con unos médicos emitió una certificación médica alterando la verdad de manera intencional, en perjuicio de tercero. Sin embargo, posteriormente la multada (a través de un pedido de nulidad parcial de sentencia) puso en conocimiento del Tribunal Constitucional la resolución que archivó la denuncia penal contra la aseguradora. Ante ello, «dado que la empresa demandada ha probado fehacientemente que el hecho motivador de la sanción en su contra ha desaparecido por haberse archivado la denuncia penal, corresponde modificar la sentencia de autos en este extremo, dejando sin efecto la multa impuesta [...] y corrigiendo el extremo en que se señala que la demandada ha actuado con palmaria mala fe».</p> |
| <p>Sentencia del Exp. N.º 2046-2011- HC/TC (2011)</p> | <p>Con ocasión de resolver un pedido de parte (reposición), la Sala declara la nulidad de su resolución (todo lo actuado después de la vista de la causa), debido a que no se valoró un documento crucial, que demostraba que se mantenía la detención del demandante y que no se había producido la sustracción de la materia, como había declarado inicialmente el Tribunal Constitucional.</p> |
| <p>Sentencia del Exp. N.º 02135-2012- AA/TC (2016)</p> | <p>Atendiendo el pedido de nulidad de sentencia formulado por una de las partes, la Sala declaró nula la resolución cuestionada, porque tomó en cuenta como prueba un documento (acta de infracción) que de modo expreso había sido declarado nulo en una anterior sentencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. N.º 02698-2012-PA/TC). Con ello, ordenó que se fije una nueva fecha para la vista de la causa.</p> |

Nota. Pronunciamientos donde el Tribunal Constitucional peruano consagra la posibilidad de declarar la nulidad de sus propias resoluciones. Información utilizada por Eloy Espinoza Saldaña en la Revista Peruana de Derecho Constitucional. Cosa Juzgada Constitucional, N.º 9, de 2016 (edit. Centro de Estudios del Tribunal Constitucional. Nueva Época).

4.1. Posiciones doctrinarias a favor de la nulidad de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Destacados juristas en la materia, en la *Revista Cuaderno sobre Jurisprudencia Constitucional*, N.º 10 (2015, ed. Palestra), han expresado fundadas razones a favor de que el Tribunal Constitucional peruano declare la nulidad de oficio, en forma excepcional y en vía jurisprudencial, a fin de no convalidar inconstitucionalidades basadas en afectación grave a derechos fundamentales con la consecuente inseguridad jurídica que se generaría. Dichos juristas en esencia han señalado lo siguiente:

- a) Marisol Peña Torres: «La nulidad, no referirse a nuevas circunstancias. Debe ser un mecanismo de integración».
- b) Miguel Ángel Fernández González: «La nulidad, para enmendar o evitar fraudes, inseguridad y riesgo de grave afectación a derechos fundamentales».
- c) Juan F. Monroy Gálvez: «La nulidad, cuando el vicio sea insubsanable y socialmente insoportable y cuando el Tribunal Constitucional proponga nuevo paradigma jurídico social».
- d) Carlos Hakansson: «La nulidad, para evitar sentencias inconstitucionales y para dar una respuesta constitucional justa a las libertades».
- e) Berly Javier F. López Flores: «La nulidad, de oficio, contra sentencias que contienen vicios o errores iudicando o in procedendo y, cuando se modifica o cambia la doctrina o un precedente vinculante».
- f) Luis Castillo Córdova (2015), refiriéndose al caso Panamericana TV S. A, vs. SUNAT, señala que, al aplicar el art. 121 del nuevo Código Procesal Constitucional, y al no haberse interpretado dicho dispositivo legal mediante los métodos teleológico y sistemático, sino solo por el método literal, se ha afectado la seguridad de un proceso justo. Como ejemplo, se señala:

Interpretación literal:

N121: Está prohibido toda impugnación contra las sentencias del Tribunal Constitucional.

Interpretación sistemática (1, 38, 45 y 202 CPE) y teleológica (valor persona y dignidad):

N121: Está prohibido toda impugnación contra las sentencias del Tribunal Constitucional, *salvo* que se trate de sentencia manifiestamente inconstitucionales.

N121: Está permitida la impugnación contra sentencias manifiestamente inconstitucionales del Tribunal Constitucional.

4.2. Posición asumida en el presente trabajo

Ahora corresponde responder la pregunta inicial de este artículo: ¿cuáles son los principales fundamentos jurídicos para declarar la nulidad excepcional de la cosa juzgada constitucional sin afectar la seguridad jurídica en el Perú? Luego del análisis de las sentencias, en las que el propio Tribunal Constitucional peruano, en forma excepcional, por razones de forma y de fondo declaró la nulidad de sentencias que tendrían la calidad de cosa juzgada constitucional, además de apreciar las posiciones de expertos en el tema, a favor de esta nulidad excepcional, como aquella otra posición en contra, cabe asumir que la nulidad excepcional de las sentencias del TC para evitar convalidar graves daños a los derechos fundamentales o inconstitucionalidad resulta necesaria y racionalmente viable como un mecanismo de auto control, solo mediante la jurisprudencia con motivación cualificada. Por otro lado, no se sería conveniente establecer la nulidad de oficio de la cosa juzgada constitucional en la vía normativa, en razón de que ello generaría una indebida sobrecarga, dada la fuerte costumbre litigiosa y por cuanto se pondría en riesgo la seguridad jurídica de las decisiones de fondo del máximo intérprete constitucional como consecuencia de crear un mecanismo recursal más (riesgo que considero no se produciría si se realiza solo en vía jurisprudencial).

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe indicar que en el derecho comparado (por ejemplo, en Colombia) ya se han dado diversas respuestas, que atienden a la correspondiente normatividad de cada país. Esta corriente buscaría no impedir la facultad nulidificante en la jurisdicción constitucional, al asumir que tal facultad resultaría indispensable para garantizar las funciones propias del Tribunal Constitucional, esto es, garantizar la seguridad jurídica mediante un mecanismo de autocontrol.

V. Conclusiones

Luego del análisis correspondiente de la jurisprudencia y doctrina, respecto al tema en cuestión, se llega a las conclusiones siguientes:

- Es posible que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se excepcione la cosa juzgada, declarando la nulidad de la sentencia para garantizar derechos fundamentales como un mecanismo de auto control.
- No se afecta la seguridad jurídica de la cosa juzgada constitucional con la excepcional nulidad de oficio por el Tribunal Constitucional ante sentencias inconstitucionales o con graves agravios de fondo.
- La cosa juzgada constitucional será inimpugnabile cuando sea fruto del debido proceso, con respeto de los derechos fundamentales.
- La cosa juzgada constitucional no convalida arbitrariedades, fraudes o inconstitucionalidades.
- Ante la cuestión de viabilizar la nulidad excepcional de las sentencias constitucionales sin afectar la seguridad jurídica, se presentan dos posiciones contradictorias, además de una propia, a saber:
 - a. La primera postura, estima que las sentencias constitucionales emitidas por el TC peruano, a fin de evitar inseguridad jurídica y no afectar la majestad de la cosa juzgada constitucional, con la consecuente sobre carga con nulidades deducidas por los justiciables partes de una tradicional cultura litigiosa, no debe declararse la nulidad de las sentencias constitucionales que adquieren la cosa juzgada.
 - b. La segunda postura, estima que la sentencias que emita el TC Peruano como órgano de cierre, no podría convalidar decisiones inconstitucionales con graves daños a los derechos fundamentales, y existiendo jurisprudencia en el sentido de declarar de oficio la nulidad de sentencias írritas por el propio TC, a semejanzas de la Corte Constitucional Colombiana, considera que debe plantearse la nulidad dentro de un plazo no mayor de tres días de notificado, debiendo plantearse solo cuando la decisión produzca agravio evidente, intolerables, con motivarse cualificada y solo por la parte perjudicada.

- c. Nuestra posición es que la nulidad de las sentencias constitucionales emitidas por el TC peruano con agravio a los derechos fundamentales o debido proceso se declaren nulas, concordando con los fundamentos de la posesión segunda, pero además para evitar discusiones innecesarias, se regule de forma expresa este tipo de nulidad excepcional a fin de evitar afectación a derechos fundamentales.

VI. Referencias

- Alvarado Tapia, K. (2012). Jurisdicción constitucional: Naturaleza, política, legitimidad y límites del Tribunal Constitucional. *IUS Facultad de Derecho USAT*, 2(1), 5-11. <http://www.revistas.usat.edu.pe/ojs.index.php/ius>
- Blume Fortini, E. (1996). El Tribunal Constitucional peruano como supremo. *Derecho PUCP*(50), 125-205. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.005>
- Castillo, C. (2015). *Revista Cuaderno sobre jurisprudencia constitucional*, (10).
- Constitución Política del Perú (2013). Presidencia del Consejo de ministros. <https://pcm.gob.pe>
- Hakansson Nieto, C. (2020). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra Editores.
- López Flores, B. J. (2015). El Tribunal Constitucional y su labor armonizadora de la seguridad jurídica y el valor justicia. *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, (153).
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- Sentencia del Exp. N.º 04617-2012-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. (2014). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-PA/TC.pdf>.
- Sentencia del Exp. N.º 2135-2012-PA/TC, Tribunal Constitucional del Perú. (2014). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/2135-2012-PA/TC.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 02698-2012-PA/TC, Tribunal Constitucional del Perú (2012), <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02698-2012-PA/TC.pdf>

- Sentencia del Exp. N.º 02386- 2008-AA/TC. Tribunal Constitucional. (2009). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02386-2008-AA/TC.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 02488- 2011-HC/TC. Tribunal Constitucional. (2011). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02488-2011-PA/HC.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 5314-2007-PA/TC. Tribunal Constitucional. (2010). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/5314-2007-AA.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 03681- 2010-PHC/TC. Tribunal Constitucional. (2012). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03681-2010-HC.html>
- Sentencia del Exp. N.º 00831- 2010-PHD/TC. Tribunal Constitucional. (2011). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00831-2010-HD.html>
- Sentencia del Exp. N.º 03992- 2006-AA/TC. Tribunal Constitucional. (2007). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03992-2006-AA.html>
- Sentencia del Exp. N.º 04324- 2007-AC/TC. Tribunal Constitucional. (2008). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04324-2007-AC.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 00978- 2007-AA/TC. Tribunal Constitucional. (2009). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/0978-2007-AA.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 06348- 2008-AA/TC. Tribunal Constitucional. (2012). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/06348-2008-AA.html>
- Sentencia del Exp. N.º 2023-2010- AA/TC. Tribunal Constitucional. (2011). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02023-2010-AA.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 00705- 2011-AA/TC. Tribunal Constitucional. (2011). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/0705-2011-AA.pdf>
- Sentencia del Exp. N.º 02135-2012- AA/TC. Tribunal Constitucional. (2016). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02135-2012-AA%202.pdf>

Algoritmos, modelos matemáticos y redes neuronales para modernizar el sistema de justicia: Un amauta pro, versión IA 2023, para asistir al Juez del siglo XXI(*)

Algorithms, mathematical models and neural networks to modernize the justice system: A pro amauta, IA2023 version, to assist the Judge of the XXI century

CASTOPE CERQUÍN, Lorenzo(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Inteligencia artificial. 2.1. ¿Qué es la inteligencia artificial? 2.2. Los presupuestos de la IA. 2.2.1. Digitalización. 2.2.2. Estandarización y sistematización. 2.2.3. Base de datos de gran volumen (big data). 2.2.3. Interoperabilidad.

(*) El presente artículo se ha titulado Un amauta pro, versión IA 2023 (Inteligencia Artificial 2023), en honor al gran amauta del imperio del Tahuantinsuyo, con la finalidad de resaltar la importancia de la primera base de datos de los pueblos del antiguo Perú y la buena gobernanza de datos que les permitía registrar, guardar y gestionar no solo su contabilidad, sino también su historia, leyes y cultura; otros sistemas, como Prometea, PretorIA, Sócrates, entre otros, resaltan culturas que sentimos muy ajenas.

(***) Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte y profesor de la escuela de posgrado UNC (Cajamarca, Perú). Correo electrónico: dalvarado@unc.edu.pe. <https://orcid.org/0000-0001-8417-8081>

2.3. Elementos de IA. 2.3.1. Algoritmo. 2.3.2. Modelo matemático. 2.3.3. Interfaz. 2.3.4. Red neuronal. **2.4.** La IA en el sistema de justicia. **2.5.** Límites de la IA. **2.6.** La IA en el sistema de tutela de la víctima de violencia familiar. **2.7.** La IA y los juicios de probabilidad urgentes. **2.8.** Concepto del sistema de predicción de medidas de protección. **III.** Conclusiones. **IV.** Referencias.

I. Introducción

El glosario de palabras en idiomas indígenas del libro *El espía del Inca* (2020), de Rafael Dumett, describe al amauta del Imperio de los Incas como «hombre sabio, depositario de conocimiento, docente que impartía instrucción en el Yachayhuasi⁽¹⁾. Entre sus funciones estaba la de componer quipus sagrados en loor del Inca». El Amauta registraba las memorias y elogios en honor del Inca y las transmitía a sus alumnos, futuros gobernantes, en la casa del saber, gracias a un instrumento denominado «quipu».

La gobernanza de los datos del Tahuantinsuyo se realizaba utilizando el quipu, la herramienta tecnológica de los incas del siglo XV. Incluso antes era una eficiente base de datos que registraba, guardaba y transmitía la información numérica y no numérica. El Quipucamayoc, una suerte de contador, escribano e historiador, registraba e interpretaba los datos, la historia y las costumbres de los pueblos del antiguo Perú.

En el año 2008, se descubrió el M373; pero no se trata de algún robot mascota, asistente médico o de algún robot sexual, como tampoco del algoritmo o código matemático de algún asistente con inteligencia artificial (IA), como Alexa, Siris, Chat.GPT-4, Ross, Prometea, Petroria, Xiao Zhi 3.0, o alguna «pequeña sabiduría» tecnológica. Tampoco se trata de un avión de combate o un arma de última generación. En realidad, solo se trata de una base de datos antigua, del siglo XV, de origen Chancha e Inca. El M373 es un código elaborado por Umberto Miccelli para la numeración y clasificación de todos los quipus existentes y accesibles a los investigadores (Dumett, 2020).

Esta base de datos del siglo XV permitía a los Quipucamayoc registrar, guardar y transmitir información no solo contable, sino también de carácter histórico, como las genealogías, los eventos importantes e inclusive

⁽¹⁾ Yachayhuasi: Casa del saber. Lugar en que los hijos de principales incas e incas de privilegio recibían educación.

las costumbres (Miccelli, 2008). Un quipu gigante hallado en una Chullpa-M373⁽²⁾ servía para recordar hechos, leyes, ritos y ceremonias; por ejemplo, para guardar la descripción codificada de una danza con sus pocos pasos básicos diversamente ordenados, una descripción fila a fila de un patrón textil, incluso una partitura musical o una ley: «por el color del hilo, tamaño y número de nudos sacaban la ley que prohibía tal o cual delito y la pena que se daba a quien la quebrantaba» (Miccelli, citando a Garcilaso, 1976 [1609]).

El quipu encontrado en Ayacucho fue elaborado entre los años 1535-1600, su dimensión, la utilización parcial de cabello humano, el color de las cuerdas y los nudos de más de diez vueltas, que supera la base decimal del registro numérico de los quipus, sugieren que guarda información importante y que parte no era de carácter contable; sin embargo, debido a que se desconoce el patrón del diseño de la serie de cuerdas y la sucesión de nudos (algoritmo), así como el código con el que debe leerse (modelo matemático), es casi imposible descifrar la información exacta que contiene.

Para darnos cuenta de lo extraño que puede ser este sistema para quien no lo conoce, Miccelli nos recuerda que los conquistadores del Tahuantinsuyo y los cronistas contaban con el sistema de notación numérica de los números romanos, la más común en todo Occidente Europeo del siglo XVI. Sin embargo, debido a que tenían poca familiaridad con el sistema de base decimal, consideraron al quipu un instrumento del demonio y ordenaron su destrucción masiva en el Concilio de Lima de 1583 (p. 73).

II. Inteligencia artificial (IA)

Cinco siglos después, en 2023, asistimos a otro singular encuentro con la tecnología, esta vez, la del siglo XXI: una época de transformación global, pospandemia COVID-19, inédita, de grandes transformaciones en la gobernanza de datos, la transmisión de la información y la generación de conocimiento gracias a la masificación del uso de las tecnologías de

(2) La historia del M373 comienza cuando unos pobladores que realizaban trabajos de excavación y desbroce de acequias en la localidad de Aucará, provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho, encontraron una Chulpa (fardo funerario de piedra). En el interior de dicha construcción, encontraron una momia recubierta de algodón en posición fetal y, entre su ajuar funerario, una bolsa de piel de venado con un quipu de extraordinarias dimensiones (420 cm) y en perfecto estado, al que Miccelli denominó «M373» («Umberto Miccelli: Un quipu gigante hallado en una Chulpa (M373)». Véase en Dumett, R. 2020, p. 731).

la información (TI) y, especialmente, de la inteligencia artificial (IA). Los más moderados, entre los hispanos, ven en la IA una oportunidad para mejorar la gestión de la información y el conocimiento humano (Oppenheimer, Hildebrandt, del Río, Cárdenas, Nieva, Corvalán, Díaz, entre otros)⁽³⁾. En efecto, permitirá distinguir el conocimiento básico, estándar y la actividad repetitiva y rutinaria del conocimiento complejo, creativo, y la actividad innovadora y especial, que no puede dejarse a cargo de los algoritmos y de los modelos matemáticos.

2.1. ¿Qué es la inteligencia artificial?

El resumen ejecutivo del sistema Prometea nos brinda las nociones iniciales de la IA, de los años 70 y 90:

[La automatización de] actividades que asociamos con el pensamiento humano, actividades como la toma de decisiones, la resolución de problemas, el aprendizaje. (Bellman, 1978)

El arte de crear máquinas que realizan funciones que requieren inteligencia cuando las realizan personas. (Kurzweil, 1990)

El estudio de los cálculos que hacen que sea posible percibir, razonar y actuar. (Winston, 1992)

Inteligencia artificial [...] se ocupa del comportamiento inteligente en los artefactos. (Nilsson, 1998)

En la actualidad, la investigación y el desarrollo de la inteligencia artificial ha tenido gran impulso gracias a la inversión y asociación de corporaciones interesadas en nuevas tecnologías de la información. Una consulta

⁽³⁾ Díaz Vargas, C. (2023, 31 de enero). Discurso de orden por el 167 aniversario de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. *Panorama Cajamarquino*, 6. Entrevista a Yordi Nieva Fenoll. En Pabón Abogados & Asociados. (2022, 9 de noviembre). *Inteligencia Artificial en los Procesos Judiciales con @jordinieva-fenoll1546* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=GKNV821wkm8>
Oppenheimer, A. (2023, 9 de enero). El asistente robótico que lo cambiará todo. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/el-asistente-robotico-que-lo-cambiara-todo-por-andres-oppenheimer-noticia/>
Del Río, P. ChatGPT, el poder de los mediocres. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/inteligencia-artificial-educacion-chatgpt-el-poder-de-los-mediocres-por-patricia-del-rio-noticia/>
Hildebrandt, H. (2023, 24 de febrero). Propuesta de golpe de Estado. *Hildebrandt en sus trece*. *Matices*, 12.

rápida en Bing, el buscador de Microsoft, nos informa que «OpenAI es una organización de investigación en inteligencia artificial (IA) fundada el 11 de diciembre del 2015, con un capital de mil millones de dólares, que se dedica a la creación de sistemas de IA». Sus propietarios son un grupo de empresarios y expertos en tecnología, como Elon Musk, Sam Altman, Peter Thiel, Reid Hoffman y Greg Brockman.

En noviembre de 2022, OpenAI lanzó la primera versión de ChatGPT, una IA diseñada para mantener conversaciones y responder preguntas empleando la información obtenida gracias a la aplicación de técnicas de aprendizaje automático y procesamiento del lenguaje natural. La cuarta versión de Chat GPT-4, lanzada el 14 de marzo del 2023, es capaz de interpretar fotos y explicar lo que estas contienen gracias a su poderoso algoritmo, con una base de datos notablemente mayor a la de su predecesor ChatGPT-3. Desde entonces, ChatGPT ha generado tendencia mundial en los medios y en las redes, además de que ha iniciado un carrera por el control de los datos y los medios digitales entre Google Chrome y Microsoft Bing. No resistimos la tendencia y le preguntamos al ChatGPT: ¿quién eres? En estricto, la consulta fue ¿qué es la inteligencia artificial? En tiempo real, procesando de forma sorprendente lenguaje natural, nos contestó lo siguiente:

La inteligencia artificial (IA) es un campo de la informática que se centra en la creación de sistemas y programas informáticos que pueden realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana. La IA se basa en algoritmos y modelos matemáticos que permiten a los sistemas aprender de los datos y experiencias pasadas y tomar decisiones basadas en esa información⁽⁴⁾.

Para validar la información brindada por la IA, revisamos los conceptos de los expertos. Nieva-Fenoll (2022) sostiene que «La inteligencia artificial es una enorme base de datos que se relaciona a través de algoritmos y ante un problema específico da una respuesta o propone una posible solución» (Pabón Abogados & Asociados, 2022, 9 de noviembre).

Por su parte Pereyra (2022) sostiene que:

[...] el simulador de sentencia: se usa hace algunos años en los grandes estudios y también se viene desarrollando en los tribunales

(4) Citamos la respuesta del Chat.GPT.3.5 (febrero, 2023), no la versión Chat.GPT-4, por ser la primera más técnica y específica.

de justicia. Es inteligencia artificial que basado en el caso concreto simula lo piensa que podría ser la sentencia. Considera todas las decisiones dictadas anteriormente y frente a un nuevo caso predice la posible solución. Los algoritmos valoran los precedentes y frente a un caso predicen la solución. (En Perspectiva, 2022, 11 de agosto)

Finalmente, Noreña (2023) explica, «en palabras sencillas, la inteligencia artificial es una rama de la informática que desarrolla sistemas que son capaces de ejecutar trabajos que requieren inteligencia humana mediante una serie de algoritmos» (párr. 3). Véase que esta noción, en síntesis, es muy parecida a la brindada por el ChatGPT3.5, aún más lo es con la noción genérica que brinda el ChatGPT-4.

Como puede advertirse, el ChatGPT ha brindado una respuesta satisfactoria a una pregunta determinada, procesando la información de su base de datos y procesando lenguaje natural. La información brindada ha sido validada con la bibliografía citada. Además, se ha verificado que tiene aprendizaje automático, porque aprende de sus inconsistencias y de la información que se le brinda.

En síntesis, se puede afirmar que la IA es un sistema informático experto que registra, almacena y procesa una gran cantidad de datos gracias a eficientes algoritmos y mediante modelos matemáticos que programan redes neuronales y lenguaje natural, ya que propone soluciones a problemas determinados. La IA programa una sucesión ordenada y sistemática de actividades y tareas (algoritmo) para procesar una big data; opera un conjunto de ecuaciones y fórmulas (modelo matemático) para conectar diversas unidades de entrada (variables e indicadores) con otras preestablecidas (redes neuronales); utiliza técnicas de aprendizaje automático en todo el proceso, y, finalmente, mediante procesamiento de lenguaje natural, proyecta una solución concreta (unidad de salida).

2.2. Los presupuestos de la IA

La construcción y programación de una IA requiere de una infraestructura tecnológica preexistente, ya que esta no es factible sin que la actividad o proceso esté digitalizada, estandarizada y sistematizada en una gran base de datos y, de preferencia, en un sistema interoperable, esto es, la conexión de todos los sistemas operativos necesarios para desarrollar una determinada actividad o proceso, pues, en el mejor de los escenarios de gobernanza de datos, los sistemas deberán interoperar.

La importancia de esta infraestructura para la modernización del sistema de justicia ha sido considerada como objetivo estratégico (OE) del Plan Institucional del Poder Judicial, aprobado mediante Resolución Administrativa N.º 000136-2021-P-PJ, de fecha 17 de febrero del 2021 (PEI) 2021-2030, así como objetivo prioritario (OP) de la Política de Reforma del Sistema de Justicia, aprobado mediante D. S. N.º 012-2021-JUS (OP). En ese sentido, para modernizar el sistema de justicia, aplicando inteligencia artificial en la gestión del proceso y los servicios, se requieren de tres pasos previos: digitalización, estandarización y sistematización y base de datos de gran volumen (big data).

2.2.1. Digitalización

Uno de los objetivos del Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial es precisamente fortalecer el desarrollo de la transformación digital. Este objetivo estratégico institucional (OEI) está orientado a cubrir las necesidades de información, así como monitorear los cambios tecnológicos y desarrollar actividades para la digitalización de servicios, procesos e información del Poder Judicial, a través del *uso intensivo* de las tecnologías digitales y la innovación dirigida por datos.

La transformación digital (TD), en la Corte de Lima Norte, se viene implementando en el Sistema Integrado Judicial, que permite generar, guardar y transmitir documentos electrónicos tanto en formato de texto editable (Word) como en PDF (documento en formato portable) y agregar documentos digitalizados y con la implementación del expediente judicial electrónico (EJE) penal y no penal. Especialmente, en el sistema de protección contra la violencia, se ha alcanzado la digitalización casi en su totalidad. El expediente judicial electrónico está siendo repotenciando y es objeto de mejora continua desde la Oficina de coordinación de Proyectos de la Gerencia General del Poder Judicial.

2.2.2. Estandarización y sistematización

La estandarización y sistematización de documentos, así como de los datos que generan las actividades —desarrolladas en cada etapa del proceso judicial—, está alineada también con otros dos objetivos prioritarios de la Política de Reforma del Sistema de Justicia que buscan, por un lado, (OP1) impulsar la gobernanza de los datos y la interoperabilidad del sistema de justicia y, por otro lado, (OP9) fortalecer la predictibilidad de las decisiones judiciales y la adecuación normativa.

La Comisión de Gestión de despacho Judicial de la Corte de Lima Norte viene implementando un plan de estandarización y sistematización de las decisiones judiciales que se emiten en el sistema de protección de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Esta comisión, con sus técnicos y el soporte de la Gerencia de Desarrollo Corporativo y la Gerencia de informática del Poder Judicial, viene validando, además, la digitalización de las actividades y procesos de dicho sistema de protección.

La Corte de Lima Norte ha solicitado implementar un modelo predictivo para brindar una o más soluciones judiciales para la emisión de medidas de protección, esto es, un Amauta PRO en versión ciencia de datos del 2023 para asistir al juez del siglo XXI.

2.2.3. Base de datos de gran volumen (big data)

Otro de los objetivos prioritarios del Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial es la gobernanza de los datos. En un mundo globalizado, el nuevo petróleo que mueve la economía mundial son los datos. Esta nueva realidad global exige también una nueva forma de gobernar los datos y la información generada en todas las actividades y procesos del Poder Judicial, debido a que no se puede administrar ni medir lo que no se conoce ni se registra. Por tal razón, es prioritario generar y gestionar una gran base de datos, especialmente, hacer ciencia y minería de datos, antes de proyectar y tomar decisiones, pues, como bien se dice: «generar una big data es salir de la fe».

En ese sentido, se requiere un buen sistema de registro, almacenamiento y transmisión de datos, así como protocolos adecuados para recuperar la información en caso de riesgo o para migrar de un servidor o migrar la base de datos del SIJ al EJE sin perder datos valiosos. Del mismo modo, es necesario incorporar analistas y científicos de datos que realicen lo siguiente: **a)** minería de datos (buscar, clasificar y codificar datos valiosos) y **b)** proponer soluciones con modelos o algoritmos descriptivos o predictivos, con la finalidad de agregar valor a nuestros datos y decisiones institucionales, que resulta siendo el activo más valioso que tiene el Poder Judicial.

En la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, contamos con diez Servidores FTP de última generación, adquiridos entre los años 2020 y 2021, y además de seis más en proceso de actualización. El sistema de protección contra la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar tiene implementado un servidor FTP, exclusivo para alojar la base de

datos de última generación, que permite operar el Sistema Integrado Judicial y el sistema de Notificaciones Judiciales (SERNOT), así como el EJE.

Por su parte, la gerencia general, con el respaldo del presidente del Poder Judicial, mediante servicio de terceros, viene gestionando la contratación de un equipo de ciencia de datos que, a velocidad de cruce, trabaje en la prueba de factibilidad de un modelo de predicción para el otorgamiento o no de medidas de protección. La Corte de Lima Norte ha solicitado implementar este sistema de predicción en los procesos de violencia familiar.

2.2.4. Interoperabilidad

La política de reforma del sistema de justicia tiene otros dos objetivos relacionados con la interoperabilidad de los sistemas del poder judicial y los sistemas de las demás instituciones. En el ámbito del sistema de protección contra la violencia familiar, es un objetivo estratégico institucional (OEI) la interoperabilidad entre la Policía Nacional y el Poder Judicial. Este objetivo busca garantizar el acceso a la justicia de todas las personas y modernizar los procesos judiciales *en línea y en tiempo real*.

En Lima Norte, desde el 2020, se implementa un sistema interoperable entre el Sistema de Denuncias Policiales-SIDPOL (antes), Sistema de Protección de Víctimas por Violencia SIPROVIV (ahora) de la Policía Nacional del Perú (PNP); el Sistema Integrado Judicial de Expedientes (SIJ); el Expediente Judicial Electrónico (EJE) y el Servicio de Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial (SERNOT). Este sistema registra la denuncia de violencia en línea y, en tiempo real, la remite al juez, quien califica la denuncia, emite las medidas de protección y las notifica a los interesados y a la Policía Nacional del Perú, para su cumplimiento. Se debe mencionar que todo el proceso es digital, es decir, cero papeles.

2.3. Elementos de la IA

Abordar los elementos esenciales que permite operar la Inteligencia Artificial (IA) es un asunto altamente técnico, puesto que su tratamiento requiere mayor análisis y excedería el propósito de este ensayo. De modo que, gracias a ChatGPT y el buscador Bing, en esta oportunidad, solo estamos en condiciones de reproducir algunas referencias generales de los principales elementos de la IA: algoritmo, modelo matemático, interfaz y redes neuronales.

2.3.1. *Algoritmo*

Los algoritmos son un conjunto de pasos o instrucciones para diseñar programas y sistemas informáticos con la finalidad de resolver un problema o realizar una tarea específica.

Un algoritmo puede ser tan simple como una lista de pasos para hacer una tarea determinada, o puede ser extremadamente complejo y requerir un gran número de cálculos y decisiones. En el sistema de justicia, por ejemplo, los algoritmos pueden valorar los precedentes, por lo que, frente a un caso nuevo, predicen la solución.

2.3.2. *Modelo matemático*

Un modelo matemático es un conjunto de ecuaciones y fórmulas que se utilizan para representar un sistema o proceso. Los modelos matemáticos pueden ser muy útiles para predecir el comportamiento de un sistema en diferentes situaciones y para analizar la relación entre las diferentes variables que influyen en ese comportamiento.

En la inteligencia artificial, los modelos matemáticos se utilizan para crear sistemas de aprendizaje automático y para realizar tareas específicas, como el reconocimiento de voz o imagen, la clasificación de datos y la toma de decisiones basada en los datos. (ChatGPT 3.5, 2023, *¿Qué es un modelo matemático*)

2.3.3. *Interfaz*

Una interfaz, en palabras sencillas, es un puente, un punto de conexión entre dos o más sistemas, lo que les permite interactuar entre sí. En ese sentido, el Chat.GPT-4, consultado en el buscador Bing de Microsoft, nos informa:

[...] en informática, una interfaz es un punto de contacto o conexión entre dos o más sistemas o componentes, que permite la comunicación y el intercambio de datos, información o señales entre ellos. Por ejemplo, una interfaz de usuario (UI) es la forma en que los usuarios interactúan con una aplicación en una pantalla mediante botones, menús, iconos y otros elementos visuales. Existen diferentes tipos de interfaces: **(a)** de hardware (USB y HDMI), que permiten la conexión de dispositivos físicos, y **(b)** de software, que permiten que las aplicaciones interactúen con

otras aplicaciones o servicios en la red. En resumen, «una interfaz es una abstracción que permite la interacción entre diferentes sistemas, componentes o usuarios de manera estandarizada y fácil de usar. (2023, *¿Qué es una interfaz?*)

2.3.4. *Red neuronal*

La red neuronal no es más que «bases de datos en conexión» (Nieva-Fenoll, 2022). Esta definición brindada por el profesor español es didáctica e ilustrativa, pues una red neuronal, en estricto, no es solo base de datos en conexión. El portal web aws.amazon.com⁽⁵⁾, de forma más detallada, nos indica que «Las neuronas artificiales son módulos de *software*, llamados nodos, y las redes neuronales artificiales son programas de *software* o algoritmos que, en esencia, utilizan sistemas informáticos para resolver cálculos matemáticos» (AWS, 2023, párr. 1).

Una red neuronal básica tiene neuronas artificiales interconectadas en tres capas:

Capa de entrada

La información del mundo exterior entra en la red neuronal artificial desde la capa de entrada. Los nodos de entrada procesan los datos, los analizan o los clasifican y los pasan a la siguiente capa.

Capa oculta

Las capas ocultas toman su entrada de la capa de entrada o de otras capas ocultas. Las redes neuronales artificiales pueden tener una gran cantidad de capas ocultas. Cada capa oculta analiza la salida de la capa anterior, la procesa aún más y la pasa a la siguiente capa.

Capa de salida

La capa de salida proporciona el resultado final de todo el procesamiento de datos que realiza la red neuronal artificial. Puede tener uno o varios nodos. Por ejemplo, si tenemos un problema de clasificación binaria (sí/no), la capa de salida tendrá un nodo de

(5) Amazon Web Services (AWS), se auto define como «la plataforma en la nube más adoptada y completa en el mundo, que ofrece más de 200 servicios integrales de centros de datos a nivel global. Millones de clientes, incluso las empresas emergentes que crecen más rápido, las compañías más grandes y los organismos gubernamentales líderes, están usando AWS para reducir los costos, aumentar su agilidad e innovar de forma más rápida».

salida que dará como resultado 1 o 0. Sin embargo, si tenemos un problema de clasificación multiclase, la capa de salida puede estar formada por más de un nodo de salida. (AWS, 2023, párr. 3-5)

2.4. La IA en el sistema de justicia

La IA aplicada al arte, como el algoritmo DALL-E, es capaz de generar una pintura; por ejemplo, en 2018, se subastó una en 432 500 dólares (DW, Made for minds, 2018, párr. 1). Aplicada al lenguaje y literatura, como el ChatGPT, su modelo matemático y su poderoso algoritmo es capaz de procesar una gran cantidad de datos y redactar un informe, una biografía, un poema o generar una fórmula matemática. De esta manera, está revolucionando la gestión de la información y el conocimiento humano.

En cuanto al uso de la IA en el derecho, los sistemas de predicción Watson o Ross, procesan una gran cantidad de normas y precedentes judiciales y proyectan informes jurídicos. De manera similar, en el sistema de justicia, la IA se emplea desde hace varios años y en distintos países, pero con algunas reservas, incluso en algunos la han prohibido⁽⁶⁾, debido a las controversias en torno a fiabilidad, sesgos e inequidad de los algoritmos.

Teniendo en cuenta la información de ChatGPT y la bibliografía consultada, podemos hacer una lista de algunos algoritmos y modelos matemáticos que se han utilizado en el sistema de justicia de varios países:

1. **Compas:** Es un sistema de puntuación de riesgo que se utiliza en los Estados Unidos para predecir la probabilidad de que una persona reincida en la delincuencia. El sistema utiliza una variedad de factores, como el historial de delitos de una persona, su edad, su género y su raza, para generar una puntuación de riesgo que se utiliza para informar las decisiones judiciales.
2. **Harmony:** Es otro sistema de puntuación de riesgo que se utiliza en Reino Unido para evaluar el riesgo de que una persona cometa un delito violento.
3. **LSI-R:** Es un sistema de evaluación de riesgos que utiliza Canadá y opera de forma similar a Harmony y Compas.

⁽⁶⁾ Las soluciones basadas en IA ya se aplican en los sistemas jurídicos de muchos países, sobre todo para optimizar las bases de datos y hacerlas más accesibles. Sin embargo, solo unos pocos países están preparados para ir más allá. Francia, por ejemplo, prohibió cualquier desarrollo de litigios predictivos basados en IA en 2019, argumentando, entre otras cosas, el riesgo de la comercialización de datos.

4. **Riscambi:** Es un programa de predicción del nivel de reincidencia de que un reo cometa un nuevo delito que España utiliza con la finalidad de otorgarle beneficios penitenciarios.
5. **PredPol:** (EE. UU. 2012): Es un modelo matemático creado en EE. UU. La revista Time, lo calificó uno de los 50 mejores inventos de 2011. El programa de «patrullaje predictivo», como se llama, fue desarrollado por un equipo de científicos de la Universidad de Santa Clara y la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA). El programa analiza lugares y horarios de crímenes cometidos recientemente y los combina con información sociológica y con datos de los patrones de comportamiento criminal. La novedad de PredPol, según los expertos, es que logra niveles de precisión nunca antes alcanzados: establece zonas de peligro potencial de apenas 150 por 150 metros, y lo hace en tiempo real a partir de modelos matemáticos y de aprendizaje adaptativo por computadora (ACL, en inglés). Funciona también en Nueva York, Atlanta y otras ciudades y habría logrado reducir en 20 % el número de delitos. (Perasso, 2012, párr 3).
6. **Case law analytics:** Es un sistema de predicción que utiliza modelos matemáticos, algoritmos y se apoya en la IA para proporcionar servicios de cuantificación de riesgos para abogados basados en una asociación de larga data entre abogados y matemáticos. El sistema ha permitido, por ejemplo, anticipar correctamente el 79 de los veredictos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Considera todas las decisiones dictadas anteriormente y frente a un nuevo caso predice la posible solución (**Legalttechsummit, 2020, Percyra**).
7. **Socrates** (Brasil, 2017): Es un programa de inteligencia artificial que procesa una data de 108 millones de casos. Se basa en el análisis de casos repetitivos. El Tribunal Supremo de Justicia tiene el programa Sócrates que ha tomado 300 000 decisiones judiciales para predecir los casos futuros (**Legalttechsummit, 2020, Percyra**).
8. **El Tribunal de Internet** (China, 2019): Es un mega sistema horizontal conectado con todos los organismos públicos y privados. Todo el proceso y la sentencia se dicta por IA. Existe un juez que supervisa y controla la decisión; sin embargo, si decide apartarse, debe fundamentar su decisión. El sistema funciona al revés, la IA no asiste al sistema y al juez, sino que el juez asiste al Tribunal de Internet. La crítica incide en que es un gran sistema

de control. La persona que es condenada y no cumple la sentencia, no puede comprar un boleto de bus o avión, no tiene acceso al crédito ni al comercio electrónico (Zhabina, A. (2023, párr. 1-2).

9. **El juez holográfico** (China, 2019): Es un sistema que ha tomado todos los rostros de los Jueces de China, los ha mezclado y ha generado el rostro del juez holográfico. Este sistema junto a la realidad aumentada son prototipos para interactuar en un proceso judicial, que permitiría a una persona estar en su casa mientras un holograma suyo podría estar participando digitalmente en un juicio; o permitir la enseñanza del juicio oral del proceso de forma virtual, en línea, mediante el juego de roles y la participación de hologramas, esto es, la irrupción del metaverso⁽⁷⁾ en el sistema de justicia. (**Legaltechsummit**, Pereyra, 2020).
10. **DoNotPay**: Es un abogado robot que brinda consejos legales, que está interviniendo en los tribunales de EE. UU. para casos simples como las multas de tránsito. Sin embargo, recientemente, habría sido demandado por haber intervenido en un Tribunal sin tener título en derecho (Magallanes, 2023, párr 1).
11. **Ross Intelligence**. (Canadá, 2016): Es un sistema de predicción desarrollado con base en la tecnología del superordenador Watson. Brinda una respuesta del caso basado en toda la legislación vigente, la doctrina y la jurisprudencia aplicable al caso. «Es una herramienta de *legal research* o investigación legal. Es decir, **un buscador de jurisprudencia y documentación legal más avanzado que los habituales**. Pero además no es aplicable en cualquier materia, ya que ROSS se ha especializado en **quiebras y concursos de acreedores**» (Legaltechies. 2017, párr. 4).
12. **Prometea** (Argentina, 2017): «Es un sistema de *software* que tiene como cometido principal la automatización digital de proce-

⁽⁷⁾ El metaverso es un universo post-realidad, un entorno multiusuario perpetuo y persistente que fusiona la realidad física con la virtualidad digital. Se basa en la convergencia de tecnologías, como la realidad virtual (RV) y la realidad aumentada (RA), que permiten interacciones multisensoriales con entornos virtuales, objetos digitales y personas. (Microsoft Edge, Chat. *¿Qué es el metaverso?* 2023, 13 de abril). Véase, en términos parecidos, la definición del metaverso y, además, la disposición de la judicatura colombiana de utilizar el metaverso como instrumento para el intercambio de mensajes de datos y el desarrollo de audiencias. Tribunal Administrativo del Magdalena (despacho 1) de la Rama Judicial de la República de Colombia (2023). Resolución Judicial. Santa Marta D.T.C.H: 10 de febrero 2023. <https://forogpp.files.wordpress.com/2023/02/2020-014-siETT-vs-nacion-policia-nacional-solicitud-audiencia-en-el-metaverso-1.pdf>

tos de tareas reiterativas y la aplicación de IA para la elaboración predictiva de dictámenes jurídicos en los casos análogos para cuya solución ya existen precedentes judiciales reiterados». El sistema funciona como un sistema de estadísticas dirigida. Esto es tomando como referencia ciertas palabras clave predefinidas por un grupo de expertos, reconoce con un grado de probabilidad los fallos relevantes almacenados en una base de datos y predice la solución adecuada al caso. La herramienta de IA desarrollada permite realizar un dictamen jurídico de forma íntegra⁽⁸⁾ (Estevez et al., 2017, pp. 46- 51).

- 13. Pretoria:** Es un sistema que puede «leer», detectar, predecir y elaborar resúmenes sobre miles de sentencias en pocos segundos. «Está basado en la experiencia Prometea (Argentina) pero hubo que hacer un código nuevo porque el objetivo es totalmente diferente y la magnitud es mucho mayor. Además, hubo que adaptarse a la cultura jurídica que fue quizás el desafío mayor. La Corte Constitucional de Colombia es de las cortes que más casos atiende. Argentina recibe 30 mil casos por año y la de Colombia supera los 700 mil».

El sistema es capaz de leer e interpretar y a partir de allí realiza automáticamente y sin intervención humana tres grandes tareas: 1) la *búsqueda* de información de interés para la selección de las sentencias; 2) la *categorización* siguiendo criterio de relevancia establecidos por la Corte Constitucional, y 3) la *elaboración* de estadísticas que permiten visualizar de manera íntegra las tutelas presentadas en ese ámbito de la justicia.

En un primer momento, los criterios de categorización y de estadísticas estarán disponibles solo para sentencias relacionadas con temas de salud (Jaimovich, 2020, ¿Cómo funciona?, párr. 1).

- 14. Estonia:** El país más avanzado del planeta en materia digital está implementado la inteligencia artificial en casos de pequeños montos, en donde el proceso y la sentencia se gestiona con IA. Ott Velsberg, director de datos de Estonia, tiene la labor de diseñar una IA robot que se encargue de la enorme acumulación de disputas legales en las cortes, al menos en lo que respecta a reclamos menores (**Legaltechsummit, 2020, Percyra; Cárdenas, 2023; ChatGPT-4**).

(8) Juan G. Corvalán, director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial (IALAB) Universidad de Buenos Aires (Derecho) sería cocreador de Prometea. (Véase perfil de Corvalan, 2020, <https://ar.linkedin.com/in/juan-gustavo-corvalan>)

Como se puede advertir, los sistemas de predicción, como Compas, Harmony o LSI-R, son modelos de predicción de soluciones jurídicas; no obstante, han sido cuestionados y limitados por su alto sesgo, como, por ejemplo, por razón de la raza. El sistema de predicción Prometea (Argentina) tiene una aplicación relativa, pues se aplica para recomendaciones no vinculantes de una sola dependencia del Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Buenos Aires. El sistema Pretoria, que no es un sistema de predicción de decisiones judiciales, sino un modelo estadístico, se viene aplicando en la Corte Constitucional de Colombia para buscar, seleccionar y categorizar sentencias, así como para elaborar estadísticas integrales de una materia determinada.

Pretoria (2020), sin embargo, al ser un sistema basado en la versión inicial de Prometea (2017), constituye un paso atrás en la construcción de un modelo de predicción de decisiones o recomendaciones judiciales, debido a que:

[...] uno de los problemas con los que se encontraron a la hora de crear PretorIA es que *no había suficientes datos de entrenamiento (disponibles y digitalizados) para desarrollar una solución, es decir que faltaba los volúmenes necesarios de información (big data) para entrenar el sistema empleando redes neuronales*. Y ese fue uno de los motivos por los cuales optaron por generar otro tipo de modelo de predicciones, basado en un sistema de aprendizaje automático supervisado, siguiendo la técnica de clasificación o *topic model*, que requiere «interactuar mucho entre humano y máquina hasta que logras buenas tasas de acierto que supera el 90 %». (Jaimovich, 2020)

2.5. La IA y los juicios de probabilidad urgentes

En nuestro país, como en todos los demás países del mundo, nos hemos visto obligados a abreviar tiempos en el uso de las tecnologías de la información, ya que, por la necesidad y las circunstancias de la emergencia sanitaria del 2020 y 2021, hemos tenido que implementarlas en todas las actividades y procedimientos públicos y privados.

Al igual que en la experiencia argentina, creemos que la IA es factible, por ahora, en los casos específicos, repetitivos y no complejos, debido a que aún no se ha alcanzado generar una big data, una total transformación digital de los procesos, ni la gobernanza de todos los datos que genera el Poder Judicial. La estandarización y sistematización de los datos y docu-

mentos es más rápido y viable en los casos simples, estándares o habituales; en cambio, los casos complejos o emblemáticos requieren creatividad, alto nivel de razonamiento y decisiones innovativas por parte del juez.

No obstante, en teoría, todas las actividades y procesos jurídicos podrían estandarizarse y sistematizarse. El derecho sintéticamente es un algoritmo, pues, como bien sostiene Guastini (2018):

[...] el derecho es un discurso, una secuencia de enunciados. Un enunciado a su vez, es una secuencia de palabras dotada de forma sintáctica y sentido completo. Los enunciados de los cuales está compuesto el Derecho son enunciados de un lenguaje normativo o preceptivo o, dicho de otra manera, directivo. (pp. 27-28)

Por ahora, entonces, debemos convenir que los sistemas de predicción de soluciones judiciales, esto es, el uso de algoritmos, modelos matemáticos y redes neuronales para asistir al sistema judicial y al juez mediante un programa que proyecte decisiones judiciales, es más factible en los juicios urgentes de probabilidad, como las medidas judiciales provisionales, que cuenten con procesos y actividades digitalizadas, estandarizadas y sistematizadas, con base de datos de gran volumen y un sistema interoperable.

2.6. Límites de la IA

El propio ChatGPT nos advierte que «es importante tener en cuenta que estos sistemas y modelos matemáticos pueden ser útiles para ayudar a los jueces y magistrados a tomar decisiones informadas, pero también deben ser utilizados con precaución y en conjunto con la experiencia y el juicio humano» (Chat GPT3.5, 2023).

El propósito de incluir la IA en la producción de textos o como fuente de consulta para la construcción de una resolución judicial la describe una sentencia del Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia, al considerar que «el propósito no es, en manera alguna, reemplazar la decisión del Juez. Lo que realmente buscamos es optimizar los tiempos empleados en redacción de sentencias, previa corroboración de la información suministrada por IA» (Consejo Superior de la Judicatura-República de Colombia, 2023⁽⁹⁾).

(9) Resolución del Juzgado de circuito Laboral 001. Cartagena-Bolívar, 30 de enero 2023. <https://forogpp.files.wordpress.com/2023/01/sentencia-tutela-segunda-instancia-rad.-13001410500420220045901.pdf>

Los sesgos (riesgo de prejuicio o discriminación)⁽¹⁰⁾ y la ausencia de un código ético de los algoritmos y los modelos matemáticos son los otros dos grandes retos que representa la inteligencia artificial, especialmente, en el sistema de justicia, pues «no podemos hacer ley de nuestros prejuicios» ni debemos ser asistidos por algoritmos o modelos matemáticos inequitativos.

Además, debe advertirse de otras limitaciones relacionadas con los presupuestos financieros, los medios y los tiempos para implementar la IA en los sistemas de justicia, como bien los resalta el informe de Prometea. Por ejemplo, cuando el costo de aprendizaje es elevado, la tarea es urgente o sujeta a plazos, la carga de trabajo es grande y las viejas rutinas conviven con las nuevas herramientas tecnológicas, existe un alto riesgo de fracaso de cualquier proyecto de la IA.

Los límites y riesgos de la IA en el sistema de justicia es un tema crítico y capital, por lo que requiere mayor amplitud y análisis, lo que excede estas líneas. Por ahora, solo estamos en condiciones de enunciarlos y dejar para otra oportunidad su desarrollo.

2.7. La IA en el sistema de tutela de la víctima de violencia familiar

En la Corte de Lima Norte, el sistema judicial de tutela de la víctima de violencia regulado por la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo Familiar, vigente desde 24 de noviembre de 2015, se viene implementando mediante dos procedimientos distintos:

El sistema de protección, a cargo del juez de familia especializado en violencia, otorga protección a la víctima de violencia mediante un proceso urgente, el cual exige solo un juicio de probabilidad, concede las medidas requeridas por la víctima o las más adecuadas al caso, sin necesidad de escuchar a la otra parte. En cambio, **el sistema de sanción**, a cargo del juez penal, requiere de un proceso debido, un proceso de cognición y de prueba plena de los hechos y la responsabilidad del denunciado.

El sistema de tutela de la víctima de violencia en la Corte de Lima Norte funciona mediante un sistema interoperable, desde julio de 2020. Mediante una interfaz, este sistema vincula el SIDPOL (antes), SIPROVIV

(10) SESGOS: Discrimina minorías, condiciones personales: raza, edad, condición social. El juez de motivo: *in judice*. Los jueces son más clementes cuando tienen hambre que cuando acaban de comer.

(ahora), de la Policía Nacional con el SIJ, el EJE y el SERNOT del Poder Judicial. Este sistema interoperable permite registrar la denuncia de violencia en el SIPROVIV desde la Comisaría Básica y de Familia y, en tiempo real, transmitirla al SIJ y EJE del Módulo de Violencia de los Juzgados de Familia, donde se califica y emite las medidas de protección inmediatamente, sistema interoperable que se ha replicado en todo el país.

Uno de los objetivos estratégicos del Plan Institucional del Poder Judicial al 2030 busca la transformación digital. En ese marco jurídico, desde el 24 de febrero de 2022, el sistema de protección funciona mediante el expediente judicial electrónico EJE que promueve la migración del expediente físico al expediente digital.

Cabe mencionar que el sistema cuenta con un instrumento de gestión de calidad que permite registrar las denuncias de violencia, medir y gestionar los plazos y las actividades en cada etapa y emitir medidas en cuatro horas. Para los casos de riesgo severo, dicho plazo se cuenta desde el registro de la denuncia hasta la notificación de la resolución que concede medidas de protección.

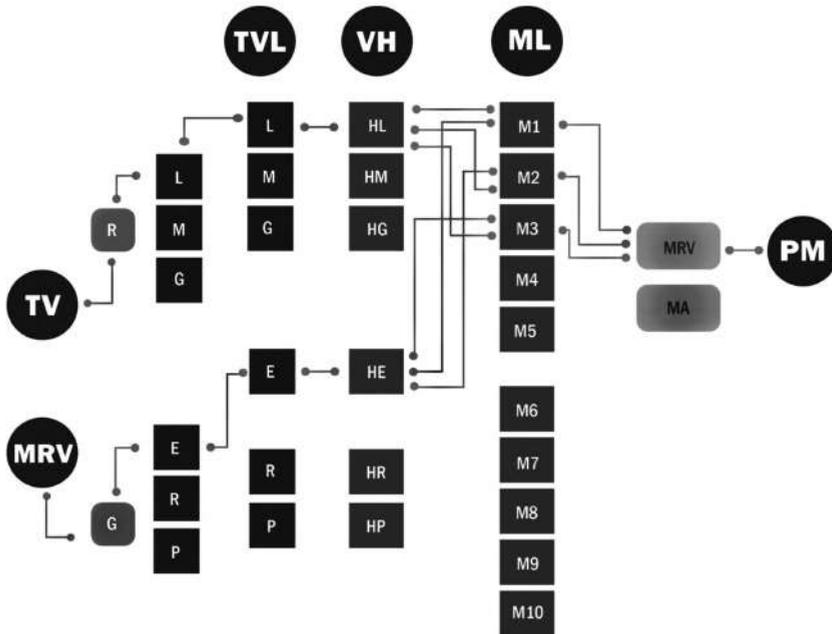
De esta manera, el sistema de gestión de calidad mide la eficacia del sistema en función del tiempo y resuelve la dilación del proceso, pero no mide ni controla la congruencia ni predictibilidad de las decisiones; de ahí que hay necesidad de dar el siguiente paso y medir la eficacia del sistema en función de la congruencia procesal y de los precedentes judiciales, mediante un sistema automatizado de predicción de medidas de protección. Para ello se requiere verificar cuatro pasos previos: (1) digitalizar actividades y procesos; (2) estandarizar y sistematizar datos y documentos; (3) una base de datos de gran volumen (big data), y (4) validar el sistema interoperable. Luego, corresponde desarrollar el algoritmo para procesar la información de cada etapa del proceso y generar puntos de conexión que permitan la transferencia de información y datos con la finalidad de proyectar las medidas requeridas por la víctima o las más adecuadas al caso.

El sistema requiere de un modelo que permita relacionar las variables del caso (tipo de violencia, riesgo y gravedad) con las previstas por la ley, aquellas con las variables de casos similares ya resueltos. Del mismo modo, debe vincular la gravedad de los hechos y el riesgo de la víctima con las características de las medidas previstas por la ley. Todo esto con la finalidad de proyectar los hechos, los fundamentos y las medidas más adecuadas al caso concreto, predicción que le permitirá al juez tomar decisiones más rápidas y con mejor información.

Enseguida se describen las conexiones (red) que podrían vincular los hechos de violencia episódicos y riesgo leve con las medidas genéricas y específicas de baja intervención y restricción de derechos, lo que lograría predecir las medidas de protección necesarias para proteger a la víctima de violencia psicológica episódica en riesgo leve.

Ilustración 1
Red de conexión para medidas de protección genéricas

| Unidad entrada | Variable entrada | Indicador entrada | Variables legales predeter | Variables históricas | Medidas históricas | Unidad salida | Proyecto final |
|----------------|------------------|-------------------|----------------------------|----------------------|--------------------|---------------|----------------|
|----------------|------------------|-------------------|----------------------------|----------------------|--------------------|---------------|----------------|



- TV: Tipo de violencia
- MRV: Medida requerida por la víctima
- R: Nivel de riesgo, Leve Moderado y Grave
- G: Gravedad hechos: Episódico, Reiterado y Patológico
- TVL: Tipo de Violencia prevista por la ley. Leve, Moderado y Grave
- VH: Violencia histórica: Leve, Moderado y Grave
- MH: M1 mínima intervención y restricción... M10 máxima intervención y restricción
- MA: Medida más adecuada
- PM: Proyecto de medidas de protección
- H: Hecho: Episódico, Reiterado, Patológico

El sistema tutelar de protección contra la violencia familiar es un terreno dúctil para la automatización del proceso y la predicción de la decisión mediante IA. El sistema no requiere probar el hecho de violencia o el riesgo de la víctima, basta que estos sean probables. Por tanto, es posible anticipar la decisión basada en un sistema automatizado.

En la Corte de Lima Norte se presentan un promedio de 23 000 denuncias de violencia al año (2022). En aproximadamente 5 000 no se conceden medidas de protección; en los 18 000 restantes sí se conceden. De todos los casos en que se concede protección inmediata contra la violencia (18 000), el 80 % de denuncias está referido a riesgo leve-moderado y el 20 % restante son casos de riesgo grave o muy grave. El propósito es incorporar inteligencia artificial a la mayor carga procesal que representa riesgo leve-moderado, y ahorrar con ello tiempo y esfuerzo para que el juez y asistentes judiciales se enfoquen, con mayor cuidado, a ese 20 % de casos que representa el mayor riesgo, incluso, riesgo de lesiones graves o hasta feminicidio.

En ese sentido, consideramos que es factible el uso de la IA en el sistema tutelar contra la violencia familiar, esto es, un algoritmo que mediante técnicas de aprendizaje automático vincule, de forma congruente, los hechos de violencia de un caso concreto con las medidas de protección requeridas; conecte los hechos del caso y el nivel de riesgo con las variables previstas en la ley y las registradas en casos similares, y, procesando lenguaje natural, proyecte las medidas adecuadas para el caso. Este sistema además descartará, automáticamente, las medidas impertinentes e incongruentes con el caso propuesto.

El sistema de predicción, además, podría ampliarse a procesos sumarios (alimentos y desalojo, a procesos ejecutivos), pues, si bien estos requieren un juicio de certeza, el análisis de los hechos, la controversia, la legislación y la jurisprudencia es menos compleja, más uniforme y cuantitativa.

La incorporación de IA en los procesos de alimentos, desalojo y ejecutivos, por un lado, permitiría que tanto el juez de primera como el de segunda instancia liberen tiempo y capacidades para reorientarlas a actividades cognitivas relevantes (labores complejas, mayor reflexión en casos emblemáticos o mediáticos, capacitación en horas laborales, mejores soluciones, innovación, etc.). Por otro lado, permitiría agregar valor público: eficiencia y productividad a la labor judicial y mayor satisfacción personal (identidad institucional de jueces y servidores judiciales).

2.8. Concepto del sistema de predicción de medidas de protección

El sistema de predicción de modelos y recomendaciones judiciales automatiza las actividades y procesos repetitivos, no complejos, del sistema tutelar de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar y propone una solución jurídica. Se trata de un sistema de predicción automatizado y secuencial, en tres etapas. **La primera** clasifica y define la factibilidad y complejidad del caso, identificando el tipo de violencia, la gravedad de los hechos y el riesgo de la víctima; **la segunda** proyecta la resolución definiendo el tipo de violencia, el nivel de riesgo, la complejidad del caso y redacta los hechos y los fundamentos, y **la tercera** proyecta el otorgamiento o no de las medidas de protección vinculando los datos del caso, la normativa vigente y los casos similares ya resueltos.

III. Conclusiones

- El proyecto permitirá que las medidas de protección se concedan inmediatamente y de forma congruente con las medidas requeridas, con la gravedad de los hechos y con el nivel de riesgo de la víctima.
- El modelo estadístico, en una primera etapa, permitirá discriminar las denuncias de violencia con riesgo leve-moderado (80 %) de aquellas con riesgo severo-extremo (20 %). Las primeras se asignarán a la inteligencia artificial y las segundas exclusivamente al juez.
- El modelo predictivo, en una segunda etapa, proyectará medidas rápidas y congruentes, lo que mejorará la predictibilidad judicial, pues las medidas serán concedidas inmediatamente y conforme a los precedentes ya emitidos para casos similares.
- El sistema de predicción de medidas será un instrumento para mejorar la calidad de las decisiones judiciales, mas no sustituirá al juez. Este último, corregirá el proyecto y lo validará con su firma; la segunda instancia hará lo propio en vía de revisión.

IV. Referencias

AWS. (2023). ¿Qué es una red neuronal? <https://aws.amazon.com/es/what-is/neural-network/>

Corte Superior de Justicia Lima Norte. (2023, 16 de marzo). *Posibilidades y Retos de la Inteligencia Artificial en el ejercicio de la función jurisdiccional* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=n8XNQXY-b7o>

- Castope Cerquín, L. (2023, 11 de abril). Los desafíos de la inteligencia artificial en el sistema de justicia. *Suplemento Jurídica. El Peruano*. <https://www.elperuano.pe/noticia/209807-suplemento-juridica-los-desafios-de-la-inteligencia-artificial-en-el-sistema-de-justicia>
- Del Río, P. (2023, 26 de febrero). ChatGPT, el poder de los mediocres. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/inteligencia-artificial-educacion-chatgpt-el-poder-de-los-mediocres-por-patricia-del-rio-noticia/>
- Díaz Vargas, C. (2023, 31 de enero). Discurso de orden por el 167 aniversario de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. *Diario Panorama Cajamarquino*
- Dumett, R. (2020). *El espía del Inca* (3.^a reimp.). Lluvia Editores.
- DW Made for minds. (2018, 26 de octubre). Cuadro creado por algoritmo es subastado en 432.500 dólares. <https://www.dw.com/es/cuadro-creado-con-inteligencia-artificial-es-subastado-en-432500-d%C3%B3lares/a-46051181>
- En Perspectiva. (2022, 11 de agosto). *Inteligencia Artificial aplicada a la Justicia y al sistema judicial. Ventajas, riesgos y debates* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=VIUzehwIB9c>
- Estevez, E., Linares Lejarraga, S., & Fillottrani, P. (2017). Prometea: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial. <https://publications.iadb.org/es/prometea-transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial>
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del Derecho Positivo*. Palestra Editores.
- Hildebrandt, C. (2023, 24 de febrero). Propuesta de golpe de Estado. «El protectorado cibernético que habrá de regirnos establecerá el centro de solución de conflictos». *Hildebrandt en sus trece*.
- Jaimovich, D. (2020, 28 de julio). La Justicia de Colombia usará un sistema de inteligencia artificial basado en un desarrollo argentino. *Infobae*. <https://www.infobae.com/tecnologia/2020/07/28/la-justicia-de-colombia-usara-un-sistema-de-inteligencia-artificial-basado-en-un-desarrollo-argentino/>
- Magallanes, D. (2023, 14 de marzo). Demandan a primer abogado robot que utiliza IA por no tener un título en Derecho. *La República*. <https://onx.la/6c5d7>

- Miccelli, H. (2008). Un quipu gigante hallado en una Chullpa -M373.
- Noreña, D. (2023, 13 de marzo). Inteligencia Artificial- ChatGPT4. *Diario Gestión*. <https://onx.la/bf8a1>
- Oppenheimer, A. (2023, 9 de enero). El asistente robótico que lo cambiará todo. *El Comercio* <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/el-asistente-robotico-que-lo-cambiara-todo-por-andres-oppenheimer-noticia/>
- Pabón Abogados & Asociados. (2022, 9 de noviembre). *Inteligencia Artificial en los Procesos Judiciales con @jordinieva-fenoll1546* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=GKNV821wkm8>
- Perasso, V. (2012, 8 de agosto). Tecnología para predecir dónde ocurrirá el próximo robo. *BBC News Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/08/120808_tecnologia_prediccion_crmenes_predpol_california_vp
- Zhabina, A. (2023, 20 de enero). *Cortes chinas ya resuelven casos con inteligencia artificial*. DW Made for minds. <https://www.dw.com/es/las-cortes-de-china-ya-utilizan-inteligencia-artificial-para-resolver-casos/a-64471873>

Derecho Civil y Procesal Civil



Personas con discapacidad y acto jurídico testamentario

Persons with disabilities and testamentary legal act

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). III. Reformas introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1384 que inciden en el ámbito sucesorio. IV. Acto jurídico testamentario. V. Capacidad jurídica y manifestación de voluntad con relación al acto jurídico testamentario celebrado por las personas con discapacidad. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen: El reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, consagrado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, ha significado para los ordenamientos

(*) Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestra en Ciencias con mención en Derecho (línea: Derecho Civil y Comercial) por la Escuela de Posgrado de la UNC. Doctora en Ciencias con mención en Derecho por la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Máster en Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona. Miembro de la Academia Peruana de Derecho Constitucional y de la Academia Peruana de Derecho de Familia y Sucesiones. Docente de pre- y posgrado. Directora de la Escuela Académico profesional de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: smanique@unc.edu.pe.

jurídicos internos la modificación de la legislación civil específica que recoge las diversas situaciones o relaciones jurídicas en las que intervienen las personas con discapacidad. Así, en el presente artículo se describirá en qué ha consistido tal reforma respecto al acto jurídico testamentario, y en qué medida las categorías de capacidad jurídica, manifestación de voluntad e invalidez deben ser comprendidas luego de los cambios introducidos por el Derecho Legislativo N.º 1384. Se evidencia que la celebración del acto jurídico testamentario ha variado, puesto que antes era permitida solo para quienes contaban con capacidad de ejercicio plena y con formalidades rigurosas; en cambio, actualmente, se faculta a las personas con discapacidad el derecho a otorgar testamento, con la implementación de ajustes razonables, que posibilitan, incluso, la intervención del apoyo respecto a un acto jurídico considerado hasta hace muy poco como eminentemente personalísimo; por tanto, constituye una de las circunstancias más relevantes del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, en cuanto a materia testamentaria se refiere.

Palabras clave: personas con discapacidad, acto jurídico testamentario, capacidad jurídica, manifestación de voluntad, apoyos, formalidad

Abstract: The recognition of legal capacity of persons with disabilities, enshrined in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, has meant for domestic legal systems the modification of specific civil legislation that reflects the various situations or legal relationships in which persons with disabilities intervene. Thus, in this article we will describe what this reform has consisted of with respect to the testamentary legal act, and to what extent the categories of legal capacity, manifestation of will and invalidity should be understood after the changes introduced by Legislative Law 1384. It will be evident that the celebration of the testamentary legal act, previously allowed only for those who had the capacity to fully exercise and with rigorous formalities, has changed, since, currently, people with disabilities are empowered the right to grant wills, with the implementation of reasonable accommodations and even enabling the intervention of support with respect to a legal act considered until very recently as eminently personal, this being one of the most relevant circumstances of the recognition of legal capacity to people with disabilities in terms of testamentary matters.

Key Words: people with disabilities, testamentary legal act, legal capacity, manifestation of will, supports, formality

I. Introducción

La celebración de actos jurídicos constituye para cualquier persona la manera de autorregular su esfera jurídica. Al vincularse con los demás sujetos, busca satisfacer las diversas necesidades de orden personal o económico que a lo largo de la vida pueden presentarse, dados los múltiples intereses en juego.

Así, dentro de estas probabilidades, existe un acto jurídico calificado como *mortis causa*, denominado «testamento», mediante el cual las personas solemos establecer disposiciones respecto a nuestro patrimonio u otras consideraciones de orden personal a fin de que se efectivicen una vez producido el fallecimiento.

Este acto jurídico testamentario es por excelencia calificado como personalísimo, solemne y unilateral; sin embargo, más de uno de estos criterios de calificación ha sido impactado por la reforma introducida en nuestro país por el Decreto Legislativo N.º 1384. En tal sentido, actualmente, se flexibiliza el carácter personalísimo del acto, pues, en algunas circunstancias —si así lo requiere la persona con discapacidad—, el apoyo podrá intervenir (facilitando la comprensión o comunicación) en la elaboración del testamento.

En igual medida, respecto a la formalidad del testamento, actualmente se han introducido palpables cambios, como la obligatoriedad para los notarios de la implementación de ajustes razonables; por ejemplo, en el caso de que el testador sea una persona con discapacidad, se le impone al notario ciertas obligaciones, relacionadas a la lectura y a la necesidad de comprensión del testamento por parte del otorgante.

Así, aun tratándose de un acto jurídico unilateral, si bien se mantiene esta clasificación, el testador que cuente con alguna discapacidad puede no solo tener presente a su apoyo, sino además pedir su intervención para la comprensión, el entendimiento e incluso la viabilización de su manifestación de voluntad.

Con todo ello se permite la participación efectiva de las personas con discapacidad en un acto jurídico, por demás importante y trascendente para todo ser humano, en igualdad de condiciones que los demás. De esta manera, se canaliza el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es el derecho a la herencia, así como disponer de su patrimonio para después de su muerte.

II. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)

La Convención fue ratificada por el Perú el 30 de enero de 2008 y está en vigencia desde el 3 de mayo de 2008. Su propósito fundamental es reconocer con capacidad jurídica a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, así como garantizar su autonomía e independencia en todos los actos de su vida.

La CDPD reconoce principios tales como la autonomía individual, expresada en la libertad para tomar decisiones propias, la independencia, la no discriminación, la participación e inclusión en la sociedad y la igualdad de oportunidades como esenciales para consolidar una perspectiva de derechos humanos frente a las personas con discapacidad.

El artículo 1 de la Convención⁽¹¹⁾ recoge de manera muy ilustrativa los postulados del modelo social de discapacidad adoptado. Así, precisa:

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Con la Convención, se propugna un cambio de mentalidad: no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia —limitación intelectual—, puesto que ello supone marginarla o dejarla a un lado, cuando se la priva de su capacidad de decidir por sí misma, al actuar por ella su representante (Sánchez, 2022, p. 22).

En el artículo 12 se establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de su vida, por lo que obliga a los Estados parte a adoptar las acciones pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso a las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para nuestro planteamiento, interesa poner especial atención en lo señalado en el inc. 5 del mencionado artículo 12, el cual estipula lo siguiente:

⁽¹¹⁾ Organización de las Naciones Unidas (ONU). Asamblea General. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), artículo 1.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Como se indica, son los Estados los que están en la obligación de garantizar el despliegue de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De forma precisa se señala que dentro de ese ejercicio, por ejemplo, debe garantizarse el derecho a heredar bienes (entiéndase tanto desde la posición activa, así como la pasiva, es decir, poder testar, así como tener la condición de heredero o legatario).

Dicho de otro modo, efectivizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en cuanto a la herencia, se constituye en uno de los derechos expresamente establecido en la Convención, y por ende de obligatorio cumplimiento, siendo la legislación interna y específica de cada Estado, la que con normas de desarrollo, en este caso el Código Civil y la Ley del Notariado, establezca los parámetros precisos para garantizar el efectivo ejercicio de tal derecho por parte de las personas con discapacidad.

III. Reformas introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1384 que inciden en el ámbito sucesorio: capacidad, manifestación de voluntad, testamento

| Código Civil de 1984 | Decreto Legislativo N.º 1384 |
|--|---|
| Capacidad jurídica | |
| <p>Artículo 3. Capacidad de goce Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones establecidas por ley.</p> | <p>Artículo 3. Capacidad jurídica Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por Ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igual de condiciones en todos los aspectos de la vida.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>Artículo 42. Plena capacidad de ejercicio Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 - Incapacidad absoluta y 44 - Incapacidad relativa.</p> | <p>Artículo 42. Capacidad de ejercicio plena Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.</p> |
| <p>Artículo 43. Incapacidad absoluta Son absolutamente incapaces: Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.</p> | <p>Artículo 43. Incapacidad absoluta Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2. Derogado.</p> |
| <p>Artículo 44. Incapacidad relativa Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2. Los retardados mentales. 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4. Los pródigos. 5. Los que incurrn en mala gestión. 6. Los ebrios habituales. 7. Los toxicómanos. 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</p> | <p>Artículo 44. Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2. Derogado. 3. Derogado. 4. Los pródigos. 5. Los que incurrn en mala gestión. 6. Los ebrios habituales. 7. Los toxicómanos. 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.</p> |
| <p>Artículo 45. Representante legal de incapaces Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.</p> | <p>Artículo 45. Ajustes razonables y apoyo Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección. Artículo 45- A. Representantes Legales Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.</p> <p>Artículo 45-B. Designación de apoyos y salvaguardias Pueden designar apoyos y salvaguardias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente. 2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente. 3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado. 4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código. |
|--|---|

De los artículos antes descritos se aprecia el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, se deroga la interdicción y la curatela y se establecen los sistemas de apoyos y salvaguardias. Ello supone que las personas con discapacidad pueden celebrar por sí mismas actos jurídicos, debido a que, al ser el testamento un acto jurídico, y tras reconocérseles con capacidad jurídica, se ha modificado también la capacidad de testar, a la que refiere el derecho sucesorio. Por lo tanto, se habilita a las personas con discapacidad a otorgar testamento, por lo que se regulan las condiciones específicas para que las mismas puedan manifestar su voluntad de manera directa con la consideración de ajustes razonables y con la asistencia de los apoyos respectivos, en caso haya necesidad.

A continuación, se describirán los cambios introducidos respecto a la manifestación de voluntad, y se desprende de los mismos que se realizan precisiones puntuales en cuanto a la manifestación de voluntad expresa y la manifestación de voluntad tácita, cuando quien la emita sea una persona con discapacidad.

| Código Civil de 1984 | Decreto Legislativo N.º 1384 |
|--|---|
| Manifestación de voluntad | |
| <p>Artículo 141. Manifestación de voluntad La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.</p> | <p>Artículo 141. Manifestación de voluntad La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revela su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.</p> |

Varsi (2021) señala «la persona con discapacidad es capaz y manifiesta voluntad, y genera efectos jurídicos con sus actos incluso con la designación de apyo para la formulación de su voluntad». (p. 176)

Agregando a lo anterior, corresponde describir las modificaciones que se han producido a nivel del acto testamentario y que actualmente posibilitan el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad, su participación como testigos y la derogación de las causales de invalidez que antes se sustentaban en la denominada «incapacidad».

| Código Civil de 1984 | Decreto Legislativo N.º 1384 |
|--|---|
| Testamento | |
| <p>Artículo 696. Formalidades del testamento por escritura pública Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener. | <p>Artículo 696. Formalidades del testamento por escritura pública Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que estén reunidos en un sólo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad. |

| | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas. 4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario. 5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija. 6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad. 7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido. 8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto. | <ol style="list-style-type: none"> 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener. 3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador. 4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario. 5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija. 6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera. 7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido. 8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto. 9. Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez. |
| <p>Artículo 705. Personas impedidas de ser testigos testamentarios Están impedidos de ser testigos testamentarios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los que son incapaces de otorgar testamento. 2. Los sordos, los ciegos y los mudos. 8. [...] | <p>Artículo 705. Personas impedidas de ser testigos testamentarios Están impedidos de ser testigos testamentarios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los que son incapaces de otorgar testamento. 2. Derogado 8. [...] |

| | |
|--|--|
| Artículo 808. Nulidad y anulabilidad de testamento Es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada. Es anulable el de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687. | Artículo 808. Nulidad y anulabilidad de testamento Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687. |
|--|--|

Así como en el Código Civil se han realizado las modificatorias referidas a las formalidades de la escritura pública, que alcanza al testamento bajo esta clase, ha ocurrido lo propio con respecto a la Ley del Notariado, como se aprecia a continuación:

Artículo 54. Contenido de la Introducción

La introducción expresará:

[...]

- i) La indicación de intervenir de apoyos, a las personas que sean apoyos no les alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos
- j) La indicación de los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.

Artículo 56. Impedimentos para ser testigo

Para intervenir como testigo se requiere tener la capacidad de ejercicio de sus derechos civiles y no estar incurso en los siguientes impedimentos:

- a) Derogado.

Como se aprecia, se ha derogado lo correspondiente a los denominados incapaces. Con ello se confirma la habilitación de las personas con discapacidad para participar como testigos a nivel notarial; consecuencia generada por el reconocimiento de su capacidad jurídica.

IV. Acto jurídico testamentario

De manera previa, conviene realizar algunas precisiones respecto a la sucesión de modo general:

Implica la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de naturaleza patrimoniales que tenía una persona y que, con motivo de

su muerte biológica o presunta judicialmente declarada, determina de forma inexorable su transmisión a los causahabientes que le sobreviven. En la transmisión hereditaria, acontece la subrogación de una persona por otra como titular de derechos y obligaciones. Hay un cambio de sujetos porque el patrimonio del causante permanece, pero el nuevo titular es el sucesor llamado por voluntad del causante o por la ley. (Fernández, 2014, p. 24)

En la sucesión testamentaria, el testamento se constituye en el acto jurídico por excelencia, mediante el cual el causante dispone de su patrimonio para después de su muerte. Por tanto, importa el despliegue de un derecho fundamental consagrado en el artículo 2, inc. 16, de la Constitución Política del Perú⁽¹²⁾, que también es desarrollado en la norma especial, como es el Código Civil, en la cual se establece la naturaleza, sujetos habilitados, formalidades, clases y causales que pueden afectar su validez.

Así, la sucesión testamentaria, se encuentra regulada en el Código Civil peruano, en los siguientes términos:

Artículo 686. Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala.

Son válidas las disposiciones de carácter patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

En palabras de Armaza (2004), «la autonomía privada faculta a una persona para que, autorregulando sus intereses y regulando los intereses de sus sucesores, dentro de la ley, señale el curso que habrá de tener la sucesión que cause su muerte» (p. 132).

El testamento se constituye así en un acto jurídico de naturaleza marcadamente patrimonial, por el cual el testador dispone de su patrimonio en todo o en parte con efecto para después de su muerte, pudiendo contener disposiciones de índole extrapatrimonial; hallándose sometido a las restricciones legales imperativas relacionadas con la legítima y las formalidades testamentarias (Fernández, 2014).

⁽¹²⁾ Toda persona tiene derecho a: la propiedad y la herencia.

Y es precisamente, respecto a los requisitos de validez del acto testamentario, que hoy nos encontramos ante un escenario distinto, en el que se ha atribuido capacidad para testar a las personas con discapacidad, se han derogado las causales de invalidez derivadas de la discapacidad, además de que se exige como formalidades intrínsecas al testamento la implementación de ajustes razonables para viabilizar la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad, permitiéndose asimismo la intervención del apoyo.

V. Capacidad jurídica y manifestación de voluntad en relación al acto jurídico testamentario celebrado por las personas con discapacidad.

La capacidad jurídica debe ser entendida refiriéndonos en primer término a la original concepción establecida en el Código Civil de 1984 —entiéndase antes de la modificatoria introducida por el D. Leg. N.º 1384—, así, Mejía precisa que la capacidad se regía bajo el binomio capacidad versus incapacidad, manteniéndose vigentes las instituciones de la interdicción y la curatela; así el régimen legal para las personas mayores con alguna discapacidad seguía el modelo médico rehabilitador, de modo tal que una vez declarada la interdicción, la persona era sustituida por un curador, quien actuaba por ella; bastando para su acreditación, contar con el certificado médico, el cual se constituía en la prueba suficiente para que el Juez declare la interdicción de la persona incapaz y designe un curador elegido según un orden de prelación familiar determinado por el Código (2019).

Por el reconocimiento de capacidad jurídica a quienes alcancen la mayoría de edad, se habilita de manera general a todas las personas, el poder ejercer por sí mismas sus derechos, independientemente de si tienen alguna situación de discapacidad.

Sin embargo, más allá del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, corresponde poner especial atención en la estructura de cualquier acto jurídico y la particular manera de configuración de la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad que cuenten con apoyos; por cuanto, no será suficiente aplicar la tradicional conformación de la manifestación de voluntad, cuyo proceso interno de formación importa atender al discernimiento, intención y libertad auna-

do al acto mismo de declaración; pues dicho proceso ha sido pensado y elaborado bajo el supuesto de personas sin discapacidad y exclusión de los denominados «incapaces».

Urge así, la necesidad de una comprensión distinta respecto al proceso de formación y declaración de la voluntad, atendiendo precisamente a la situación de discapacidad, los ajustes razonables, pero sobre todo a la naturaleza del apoyo, ya sea para la comprensión de las consecuencias del acto jurídico a celebrar, la exteriorización de la manifestación de voluntad siempre atendiendo a la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad, con especial atención en su historia de vida y comportamientos habituales.

Así, si el proceso de formación de voluntad en el caso de las personas con discapacidad involucra a terceros, precisa de ajustes razonables e incluso faculta al juez a deducirla, resulta claro que se generarán también especiales consecuencias para la teoría de invalidez del acto jurídico y sus causales.

El razonamiento anteriormente esbozado es perfectamente aplicable al acto jurídico testamentario, y ello justifica la modificación de diversos artículos relacionados con la capacidad para testar, la exigencia de ajustes razonables, la intervención de los apoyos y las causales de invalidez del testamento; pues, nos hallamos ante una concepción diametralmente opuesta respecto a la inclusión de las personas con discapacidad en la celebración de actos trascendentes para su esfera jurídica.

En este sentido, como refieren Bustamante y Isaza (2019), esta nueva concepción de la «capacidad jurídica» tiene un gran impacto en la participación y en el relacionamiento de la persona con discapacidad en los diversos ámbitos de su vida, más aún porque, tradicionalmente, la sustitución de la voluntad era la respuesta jurídica para asegurar la validez de sus actos, ya que la voluntad solo podía celebrarse mediante la intervención de un tercero designado para decidir por ella. Tal proceder se justificaba en la protección de la persona; sin embargo, ello generaba que la voluntad y los derechos de la persona con discapacidad no se tengan en cuenta para las decisiones sobre su vida.

El radical cambio de concepción involucra comprender que la discapacidad no puede ser una razón para restringir el poder de actuación a las personas con discapacidad, por lo que queda proscrita toda situación que implique su exclusión y la posibilidad de que sea un representante quien ejerza sus derechos.

Especial atención merece el acto jurídico testamentario, debido a que, antes de la reforma introducida por el Decreto Legislativo N.º 1384, se negaba a las personas con discapacidad mental el derecho a otorgar testamento, es decir, había una anulación total de su capacidad jurídica para este específico acto, ya que por la naturaleza personalísima del acto testamentario era imposible que su representante legal pueda realizarlo por ellas.

La dinámica actual no solo instituye la capacidad jurídica de testar a las personas con discapacidad, sino que además habilita al apoyo para que pueda intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública, por lo que flexibiliza el carácter personalísimo del testamento.

Esto también viene significando para los notarios, la obligatoriedad de implementar los ajustes razonables dentro de los oficios notariales, a fin de garantizar la efectivización del derecho a testar de las personas con discapacidad.

Y ello se produce por cuanto el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad escala a la esencia misma del acto jurídico, como lo es la manifestación de voluntad, pues esta debe ser repensada en atención a las personas con discapacidad, y al tipo de discapacidad que tienen. Así, Varsi (2021), de forma muy acertada precisa que:

Con el nuevo régimen, la persona con discapacidad es capaz de ejercicio pudiendo manifestar su voluntad; puede decir no solo lo que siente, sino decir y hacer lo que quiere trascendiendo jurídicamente. El tema es determinar cuándo una expresión es una manifestación de voluntad, efectiva, real, capaz de generar efectos jurídicos. La manifestación de voluntad como institución jurídica no es la misma por lo que requiere de un análisis nuevo a tono de la nueva dimensión de la capacidad. (p. 161)

Este proceso de formación y declaración de voluntad ha sido teóricamente construido en función de las personas que no tienen discapacidad; por tanto, requerirá ser complementado y adecuado a aquellas situaciones en las que intervenga una persona con discapacidad. Entonces, se pretende que la manifestación de voluntad ya no se agote en su formalización a través de la declaración, sino que debe atender a ese proceso integral de formación y, finalmente, de manifestación, en el cual, los apoyos se convierten en una pieza fundamental para que la persona con discapacidad

pueda formar y expresar su voluntad y vincularse jurídicamente. Esto se explica con el impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tal como lo señala Pau Pedrón, citado por Sánchez (2022):

En la Convención de 2006, se propugna una reforma para cambiar la mentalidad ya que no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia —limitación intelectual—, puesto que ello supone marginarla o dejarla a un lado al privarla de su capacidad de decidir por sí misma, actuando por ella su representante. Lo que tiene sentido es ayudar o apoyar a esa persona para que logre tomar la decisión que esa persona con discapacidad quiere, la que desea, la que sea de su interés (en sentido subjetivo), facilitándole que quiera algo, atendiendo a su voluntad, a sus deseos o preferencias —no objetivamente en el sentido de buscar lo que según otros le conviene—. (p. 18)

Así, por ejemplo, este proceso, requerirá que inicialmente el notario (para el testamento por escritura pública) indague respecto a la comprensión del contenido y las consecuencias del acto o la intervención del apoyo para ayudar a esa comprensión, además de tener en cuenta la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, y a la posibilidad de verificar si existen los clásicos vicios de la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación) o aquellos que afectarían directamente a su especial situación como lo serían: la influencia indebida y el conflicto de intereses; en el caso por ejemplo de que el propio apoyo sea beneficiario en el testamento (supuesto para el cual la norma prevé que deberá contarse con el consentimiento del juez)⁽¹³⁾.

En este orden de ideas, se evidencia que las modificaciones implementadas respecto al acto jurídico testamentario establecen los términos generales para garantizar la manifestación de voluntad efectiva de las personas con discapacidad; sin embargo, resulta muy probable que las situaciones fácticas sobrepasen lo normado y sea necesario el análisis e interpretación de los casos deconstruyendo la tradicional visión de manifestación de voluntad y gestando una nueva teoría que en complemento a la que tenemos permita atender a los supuestos de intervención de las personas con discapacidad y sus apoyos.

⁽¹³⁾ Art. 696, inc. 9, del Código Civil.

VI. Conclusiones

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito internacional y el Decreto Legislativo N.º 1384 en el ámbito interno al reconocer capacidad jurídica a las personas con discapacidad, permiten su participación efectiva en la celebración de diversos actos jurídicos y con ello la autorregulación de su propia esfera jurídica.
- Como consecuencia del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, se ha modificado la tradicional estructura de los actos jurídicos en general, pues, ha impactado tanto en la manifestación de voluntad como en la formalidad exigida para su celebración.
- El testamento como acto jurídico de última voluntad es un claro ejemplo de reconocimiento, puesto que las personas con discapacidad ya no son excluidas de su otorgamiento, por lo que es necesario el establecimiento de ajustes razonables y la participación del apoyo en la elaboración misma del testamento por escritura pública.
- Al reconocerse capacidad para testar a las personas con discapacidad, también se las ha habilitado para poder participar como testigos; situación que no contemplaba la norma anterior.
- El testamento deja de ser un acto jurídico eminentemente personalísimo, pues se permite al apoyo estar presente cuando el testador lo otorga; asimismo se exige el consentimiento del juez en el caso de que el apoyo sea beneficiario del testamento.

VII. Referencias

- Armaza, J. (2004). *Sucesiones: de la sucesión en general*. Adrus.
- Bregaglio, R., & Constantino, R. Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384. En *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, pp. 32-59.
- Bustamante, J., & Isaza, F. (2019). Capacidad Jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 1996 de 2019. En, *Capacidad legal de las personas con discapacidad* (pp. 4-13). Ministerio de Justicia y de Derecho, Colombia.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11 período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. CRPD/C/GC/1. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en
- Espinoza Espinoza, J. (2008). *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
- Martínez Pujalte, A. L. A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 42.
- Mejía, R. (2019). La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial. Implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En, *Capacidad legal de las personas con discapacidad, Ministerio de Justicia y de Derecho* (pp. 62-97).
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- Palacios, A. (2008). Modelo social de la discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad. En, *Colección Cermi.es N.º 36*. Ediciones Cinca.
- Poder Ejecutivo. Decreto Legislativo N.º 1384. 04 de setiembre de 2018. Diario Oficial *El Peruano*.
- Poder Ejecutivo. D. S. N.º 016-2019. Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1384. 23 de agosto de 2019. Diario oficial *El Peruano*.
- Sánchez Hernández, Á. (2022). Aspectos Generales de la Reforma del Código Civil relativa a las Personas con Discapacidad Intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. En *Rev. Boliv. de Derecho*, (33), 14-51.
- Varsi, E. *Tratado del derecho de las Personas. Capacidad*. Fondo Editorial Derecho Universidad de Lima.

Notas sobre el surgimiento de la propiedad privada predial en el periodo colonial temprano en Celendín, Cajamarca, Perú

Notes on the emergence of private property in the early colonial period in Celendín, Cajamarca, Peru

ALIAGA DÍAZ, César Augusto (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La composición de tierras. III. Las composiciones de tierras en Celendín. IV. Naturaleza jurídica y efectos de la composición de tierras. V. Conclusiones. VI. Referencias.

Resumen: En el presente artículo, tomando nuevos trabajos de historia regional, que aportan datos obtenidos de protocolos notariales y judiciales del periodo colonial en Celendín, Cajamarca, ofrecemos una primera aproximación sobre una de las figuras más importantes del derecho patrimonial colonial, como es el caso de las composiciones de tierras, que dieron origen a la propiedad privada moderna en esta región del Perú.

(*) Magíster en Ciencias, en la línea de Derecho Civil y Comercial. Profesor de Derecho Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en la Unidad de Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: caliagad@unc.edu.pe

Palabras clave: composición de tierras, derecho de propiedad, derechos reales

Abstract: *In this article, taking new works of regional history, which provide data obtained from notarial and judicial protocols of the colonial period in Celendín, Cajamarca, we offer a first approximation on one of the most important figures of colonial patrimonial law, as is the case of land compositions, which gave rise to modern private property in this region of Peru.*

Keywords: *land composition, right of ownership, rights in rem*

I. Introducción

La historiografía peruana sobre el periodo colonial ha concentrado tradicionalmente su atención en los casos de Lima y el sur del país. Sin embargo, llenando un vacío notable, en los últimos años, se han empezado a publicar algunos trabajos sobre dicho periodo en Cajamarca y en el norte del Perú en general.

A los conocidos trabajos de Rostorowsky y Remi (Las visitas a Cajamarca, 1571-1572/1578, 1992) Dammert Bellido (Cajamarca en el siglo XVI, 1997), Waldemar Espinoza (Miradas Etnohistóricas de Cajamarca, 2017) y Gaitán Pajares (El apogeo de Cajamarca. La escuela barroca cajamarquina y sus grandes artistas, 2013), han venido a sumarse los trabajos de autores locales, como los de Lezcano Merino (El advenio de Celendín, 2012), Rodríguez Villa (El viejo pueblo «San Miguel de Catamucho» en Cajamarca. Una historia olvidada, 2016), Sarmiento Gutiérrez (Cofradías de Cajamarca, siglos VIII, VIII y XIX, 2018) y, más recientemente, Aliaga Apaéstegui (Nueva relación de Celendín, donde se cuenta de sus espacios, actores y hechos entre 1565 a 1809, 2022), que aportan nuevos datos y miradas sobre nuestra historia regional.

En la medida que estos últimos trabajos recogen datos de los protocolos notariales y judiciales que se guardan en diversos archivos nacional y regionales, además de datos históricos y sociales en general, nos aportan también importantes noticias sobre diversas instituciones jurídicas de ese periodo histórico, suficientes como para hacer una primera aproximación a algunas de ellas.

En el presente artículo, tomando datos de esos nuevos textos de historia regional, ofrecemos una primera aproximación sobre una de las más importantes figuras del derecho patrimonial colonial, como es el caso de las composiciones de tierras.

II. La composición de tierras

El derecho romano (Kaser, Knutel y Lohsse, 2022) puso las bases respecto a los derechos sobre las cosas. La regulación posterior sobre posesión, propiedad, usufructo, y demás derechos reales, no ha hecho sino recoger, desarrollar, reformar o adaptar a las nuevas realidades las viejas instituciones propuestas por los jurisconsultos romanos.

Un tema central de los derechos reales es, precisamente, las formas de adquisición de la propiedad, tanto en sus formas originarias (la apropiación, la accesión, la especificación y la mezcla, entre otros) como en las formas derivadas, que resultan de la prescripción adquisitiva o de las que se intermedian a través de contratos como la compraventa, la permuta y la donación, entre otros.

El derecho ha querido desde siempre que estas formas de adquisición de la propiedad sean legítimas, seguras y duraderas, a fin de permitir que sus titulares puedan ejercitar de manera directa y sin intermediarios las facultades que el ordenamiento le reconoce sobre un determinado bien, así como para exigir su respeto por todas las personas con las que se interrelacionan, y hacer posible sus atributos de persecución y preferencia frente a derechos de terceros (Avendaño Valdez y Avendaño, 2019).

Las instituciones reales de base romanista nos llegaron a través de las compilaciones castellanas, previamente filtradas por la regulación visigoda, que se impusieron tras la colonización a partir de 1492. Siendo plenamente reconocible su impronta en la legislación republicana que también ha seguido, entre otros, los modelos del Código Civil francés de 1804, del Código Alemán de 1900 y del Código Civil italiano de 1942, desarrollados también sobre las mismas bases romanistas.

El proceso colonial, sin embargo, dio lugar al surgimiento de nuevas instituciones jurídicas que legalizaran el proceso de ocupación y apropiación de los territorios amerindios que se incorporaban al dominio del imperio español, que parten de la noción que tales tierras se constituían en patrimonio real o como dominio eminente de la Corona.

Jurado (*Las composiciones de tierras en los pueblos de indios en dos jurisdicciones coloniales de la Huasteca, 1692-1720*) recuerda, en efecto que, «los derechos de la monarquía castellana sobre las tierras baldías de los virreinos americanos constituyen un aspecto nodal abordado por disposiciones regias y juristas del *ius commune* con el fin de asentar la legitimidad de la corona sobre las mismas».

La autora citada agrega que, desde los primeros días de la colonización, se consideró que los montes, tierras, pastos y aguas contenidos dentro de los límites precisados en el Tratado de Tordesillas, y que no fueran posesión comunal indígena, se encontraban entre las regalías del monarca castellano por los títulos emanados de las bulas pontificias y del «derecho de conquista».

Se trata de derechos, más bien privilegios, que fundaron la presunta legitimidad de la corona para distribuir la tierra realenga entre los particulares, tal como realizó tempranamente a partir de capitulaciones firmadas con los conquistadores, mediante cédulas de gracia o merced y, más adelante, mediante las llamadas «composiciones de tierras».

Aparecieron, así, estas dos nuevas formas de adquisición de tierras por gracia de la Corona: la «consolidación de tierras» y las «mercedes de tierras». Ambas permitieron reconocer la ocupación de tierras ocupadas por los conquistadores o entregadas como premio a los colonizadores por los servicios a su majestad, respectivamente.

En cuanto a las mercedes, Mayorga (2017) señala lo siguiente:

En principio, el beneficiario de una merced podía ser cualquier vasallo español, indio o negro libre. En las peticiones se alegaban servicios prestados a la Corona, propios o de ascendientes, se invocaba la carga de una familia a la que se debía sustentar y el tener la calidad de «vecino» o el ser conocido como persona honrada. La extensión de la tierra concedida fue variable. Siguiendo la misma práctica que durante la reconquista española, que señalaba recompensas diferenciadas según se hubiera luchado a pie o a caballo, en los primeros años las porciones de tierra en las Indias se diferenciaron en caballerías y peonías. Aunque algunas disposiciones fijaron las medidas de unas y de otras, en la práctica no tuvieron general aceptación y, según los accidentes del terreno, parece haberseles dado un contenido diferente según las zonas.

La concesión de una merced, además de premiar a los conquistadores, se orientaban a favorecer el asentamiento de los mismos en los nuevos territorios, por eso su otorgamiento implicaba algunas obligaciones para el beneficiario, especialmente las que se orientaban a obtener el arraigo del favorecido. Esto porque dichas mercedes buscaban asegurarse la «vecindad», es decir, la obligación de residir en el lugar durante cierto lapso por el beneficiario, quien se hallaba comprometido a la construcción de

edificios, el cultivo de las tierras y la crianza de ganado. Solo cumplidos tales deberes, el dominio quedaba perfeccionado y su titular podía recién disponer de la tierra como auténtico dueño.

Existe, en efecto, consenso respecto a que la corona castellana compensó los servicios prestados por los conquistadores con dominio particular de las tierras con el objeto de instaurar una política de población, en la medida que, a cambio de la merced, se imponían determinados requisitos —entre los que figuraban un plazo para efectuar la ceremonia de posesión, la vecindad, el cultivo, la crianza de ganado o la construcción de edificaciones, entre otros—, cuyo cumplimiento perfeccionaba el dominio del particular (Jurado, s. f.).

Por otro lado, en cuanto a las composiciones de tierras, según Mayorga (2017), ellas suponían «La legalización de una ocupación de hecho de tierras realengas al margen de lo determinado por las leyes vigentes». Este procedimiento incluía, en consecuencia, «a quienes hubieran ocupado tierras sin título alguno, a quienes se hubieran extendido más allá de los límites fijados en sus títulos, a quienes hubieran recibido mercedes de funcionarios o de instituciones no habilitados y a quienes no hubieran hecho confirmar las recibidas de autoridades locales».

Esto quiere decir que la llamada «composición de tierras» fue un procedimiento judicial para obtener título de propiedad por parte de quienes las estuvieran ocupando como poseedores precarios o incluso como ilegales.

Este mecanismo fue, sin duda, uno de los preferidos para adquirir la propiedad de las tierras, ya que permitía a sus ocupantes el acudir ante las autoridades a fin de su reconocimiento y tasación y, de este modo, obtener un título de propiedad, luego de pagar unas tasas en favor de la Corona.

En teoría, este mecanismo no debería afectar la propiedad de los indios, puesto que su legitimidad fue reconocida tempranamente por la Corona:

En las instrucciones impartidas a los conquistadores se aclaraba que no debía repartirse a los peninsulares la tierra de los indios y que sus estancias debían ubicarse lejos de los pueblos de naturales para evitar que el ganado dañase sus labranzas. Las leyes 7,9,12,16,17,18 y 19 del título 12, libro 4 y las leyes 8 y 20 del título 3, libro 6 de la *Recopilación* se refieren a la protección de las tierras de los naturales dentro de las dos vertientes señaladas. Paralelamente, las leyes que reglamentaron el régimen de encomiendas

precisaron que el derecho del encomendero debía limitarse a percibir el tributo indígena sin que pudiera bajo ningún concepto disponer de su tierra. (Mayorga, 2017)

Es conocido que la monarquía reconoció tempranamente la legitimidad del dominio indígena sobre sus tierras, a partir de las proposiciones jurídicas y teológicas formuladas por Francisco de Vitoria. El mencionado fraile sostuvo que, por derecho natural, todos los hombres eran libres y dueños de sus cosas, incluidos los infieles, a los que no se podía privar de su dominio por ser pecadores o criaturas irracionales. Dicha postura fue seguida también por Luis de Molina, Domingo de Soto, Bartolomé de las Casas y Vázquez de Menchaca, quienes reconocieron el derecho al dominio público y particular de los pueblos no cristianos, ya que negaron que sus territorios pudiesen considerarse *res nullius* y ser objeto de apropiación (Jurado, s. f.).

Sin embargo, en la realidad, las cosas fueron muy diferentes. Muchas composiciones de tierras, en favor de españoles, criollos y mestizos, se hicieron sobre tierras del resguardo indígena, intangibles en teoría.

III. Las composiciones de tierras en Celendín

Según Aliaga Apaéstegui (2022), durante el periodo colonial, se realizaron en el nororiente peruano (Cajamarca, Amazonas y Moyobamba) seis composiciones de tierras. Algunas de ellas incluyeron a predios ubicados en Celendín, tal como puede apreciarse en el cuadro siguiente:

Cuadro 1
Composiciones tierras en Celendín, con indicación de virreyes y jueces intervinientes, 1595 – 1658

| Año | Virrey | Juez de comisión de tierras |
|------------|----------------------------|---|
| 1595 | García Hurtado de Mendoza. | Juan Zapata Cárdenas, con su ayudante Blas de Alcántara Romero. |
| 1606 | Luis Velasco y Castilla | |
| 1643 -1644 | Pedro de Toledo y Leyva | Pedro Meneses, con su ayudante Carlos Arias. |
| 1656- 1658 | Luis Enrique de Guzmán | Fray Francisco Huerta Gutiérrez. |

Fuente: Aliaga Apaéstegui (2022)

La primera composición de tierras, la de 1595, benefició, entre otros, a Juan de Mori Alvarado, hijo mestizo del conquistador de Chachapoyas, sobre los predios de Pallaj, Llanguat, Santa Catalina de Pizón y San Juan de Tincat; a Ana Salazar (esposa de Andrés de Rojas), sobre los fundos de Guañambra; a Gómez de Chávez, sobre los sitios de Uniber en Guachimín (Huasmín) y San Antonio de la Rucma; a Bartolomé Alonso Gil, sobre el predio de San Isidro del Guaucó, y al indígena Diego Buit, a nombre de los mitmas guayacuntus, sobre las tierras de Mullipata.

La composición de 1606, por su parte, ratificó la composición hecha a favor de los indios guayacuntus y del español Gómez de Chávez y de sus sobrinos en Huasmín.

La composición realizada en los años de 1643 y 1644 reconoció como propietarios a los mitmas guayacuntus sobre sus posesiones en Guacampana viejo y Chucupampa; a los mitmas conchucos sobre el fundo El Sauce; a Juan de Rojas Salazar, sobre Chucupampa; a Francisco Araujo Guzmán, sobre Cashaconga; a Francisco Santiago Saldaña, sobre una parte de Mullipata y La Congona; a Juan Salazar Avilés, sobre el Utco y un paraje en Chucupampa; a Juan Marín Goicochea, sobre San Antonio de la Conga y el potrero Amante de Gelij, que poseía, desde 1594, su madre María Arteaga; a Bartolomé Alonso Gil, sobre la Estancia del Tingo; a Tomás y Juana Aguilar (Hijos de Jerónimo Aguilar Mori), sobre San Francisco de Gelij, con su potrero Guacoto y sus parajes Tintayuc, Calo y Macat (Malat); a Francisco Aguilar, sobre San Luis de Alanya y Tustín (Toste); a Nicolás Bravo Bustamante, sobre la estancia de Pallán y gran parte de Llalampata; a Eugenio Hurtado Alcócer, sobre el paraje de Tallambo; a el español Juan Marín Manzanero, sobre los predios de Santa Ana de Chaquil y una parte del sitio de Tallambo en Ocsamarca; a Juan Marín Manzanero y a Rodrigo Carguacushma (cacique indígena), sobre la parte de las estancias de Macas y del Guaucó; al indígena Juan Vargas Tantavilca, sobre la estancia de Suruchuku, con su paraje de Salacat; a los mestizos Leonardo y Gómez de Chávez, sobre el paraje de Ventanas de Guachimín y las estancias de La Rucma, San Antonio de Chamach, Yungapata y Susan; al mestizo Francisco Santiago, sobre una parte de La Rucma, el Mullipata y el paraje de la Congona, y, finalmente, a Eugenio Hurtado Alcócer, sobre la estancia de Santa Ana de Pallac (Las Pallas) y otra del paraje Yayampata (Llanlanpata).

El juez Fray Francisco Huerta Gutiérrez, responsable de la composición realizada entre 1656 y 1658, declaró nulas muchas de las composiciones realizadas por el juez Meneses. Sin embargo, legalizó las posesiones de

Alonso Muñoz y de su esposa María Arteaga, sobre la estancia Sinmoch (Chamach); de Francisco Araujo Salgado y Guzmán, quien recompuso la estancia San Isidro del Guauco; de Bernabé de Chávez, sobre una parte del paraje Ventanas de Guachimín; de Leonardo de Chávez, sobre la estancia de Guachimiun (Unived) y un sector de Llaguán y otro en Susan; de Fernando de Chávez, sobre el paraje La Colpa; de Bartolomé Alonso Gil, quien recompuso sus posesiones sobre El Tingo, parte de Cagua-y-pampa y el paraje Succhamayu (Meléndez); de Baltazar Ortiz de la Serna, sobre la estancia de Ocsamarca, los parajes de la Quinua, Malat, los potreros de la playa del Marañón y los corrales de Paucamayu y Candansi (Cantage); de Nicolás Bravo Bustamante, quien recompuso la hacienda San Antonio de Pallán y el paraje de Llallampata; del indígena Juan Vargas Tantavilca, sobre las tierras de San Francisco de Yanayacu, Salacat y el potrero de Sorochucu; de Juan Domingo Llanos, sobre el paraje San José de Cumo y el potrero Cayambe en Suruchucu; de Miguel Rojas Salazar y Juana Aguilar, sobre la estancia Gelij y los parajes de Malat y Tingayuc y el potrero Guacoto; de Melchor Malaver, sobre el paraje de Yungapata; de Miguel Ruiz Atalaya, sobre la estancia de Candén; del indio tacabambumbos Francisco Guamán, sobre un corral y un sector de Guañanra, comprada antes de Eugenio Hurtado Alcócer.

Como puede advertirse, las composiciones de tierras beneficiaron a poseedores españoles, mestizos e indígenas, quienes habrían adquirido la posesión por ocupación directa, usurpación, herencia o compras imperfectas.

IV. Naturaleza jurídica y efectos de la composición de tierras

Desde su regulación y aplicación no hubo consenso sobre la naturaleza jurídica y los alcances de la composición de tierras. De hecho, se pueden distinguir hasta tres posiciones sobre esta cuestión: una primera, que la considera como una forma de prescripción adquisitiva; una segunda, como un caso de subasta de bienes de la Corona, y, una tercera, que la aproxima a un procedimiento de saneamiento de títulos imperfectos.

Tal como se ha señalado, la composición de tierras fue un procedimiento judicial destinado a otorgar títulos a quienes ya las venían ocupando de hecho por cierto tiempo, con la exigencia de un pago en favor de la Corona, pues la intención de las reales cédulas que autorizaron el procedimiento fue «confirmar a los poseedores en su posesión» (Jurado, s. f.).

Según esta interpretación, la concesión de tierras sería un procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio, desarrollada a partir de la antigua institución romana de la *usucapión*. De hecho, varios jurisconsultos de la época la consideraron expresamente como casos de prescripción a pesar de que, al comienzo, no se exigía el requisito de acreditar la posesión por un tiempo determinado. Este plazo solo aparece en la real cédula del 10 de junio de 1646, que dispuso que para que un poblador pudiera componer las «demasías» era necesario que hubiera poseído por diez años. Otras disposiciones posteriores habrían exigido un plazo posesorio más amplio: cuarenta años (Jurado, s. f.).

Otros jurisconsultos de la época consideraron la composición de tierras como típicos casos de subasta pública, ya que en alguna instrucción virreinal se indicaba expresamente que los predios baldíos y que pertenecieran a su majestad debían venderse en «en publica almoneda y rematarlo en quien más diere por ello» (Jurado, s. f.).

Carrera Quezada (2015), estudiando diversos expedientes de composición de tierras, llegó a la conclusión de que por este procedimiento se podían regularizar diversas situaciones que estaban al margen de la ley, tales como la ocupación indebida de la tierra, la condición extraoficial de los extranjeros o, incluso, para sanear o dispensar todas las faltas, defectos y vicios que pudiesen presentar las escrituras u otros documentos de los poseedores. Todo ello, a través de un pago a la Real Hacienda.

El citado autor remarca que la composición de tierras, en efecto, era un mecanismo de negociación o pacto entre el soberano y sus súbditos, en el cual las dos partes resultaban beneficiadas. Por un lado, el vasallo corregía su condición irregular y obtenía certeza legal respecto de las tierras que ocupaba; y, por otro lado, la Corona se favorecía de la contribución monetaria correspondiente (Carrera Quezada, 2015).

Entonces, según esta última interpretación, la composición era un procedimiento para sanear situaciones de hecho irregulares, mediante el cual una situación ilegal podía convertirse en legal, con lo que se generaba un título que amparaba el derecho del posesionario, y que en última instancia le concedía el dominio absoluto. Interpretación que aproxima la composición de tierras a la figura del título supletorio conocida hasta ahora en nuestro ordenamiento procesal civil.

Las composiciones de tierras, favorecidas con las políticas de reducción de las comunidades indígenas y la conocida disminución demográfica de las mismas, determinaron una transformación absoluta tanto en el dominio como de la explotación de las tierras, en la medida que desaparecen o se reducen al mínimo las formas de posesión y explotación comunales, e instala, en su lugar, nuevas relaciones de producción sobre la base de la propiedad privada.

Es importante comprender, sin embargo, que esta nueva «propiedad» que empieza a imponerse como relación social hegemónica es distinta, en su función social, respecto de la propiedad romana como de la propiedad moderna o capitalista.

Esa distinción no se refiere, empero, al contenido jurídico esencial del derecho, ya que en cualquiera de los tres estadios mencionados se pueden reconocer los atributos de la fórmula romana: *uti, frui y abuti*, es decir, que la propiedad podría ser definida como el derecho del titular para usar, disfrutar y disponer de un bien determinado.

Lo que distingue a la propiedad del periodo colonial con las formas anteriores o posteriores es la función social de la misma. Función que está determinada por el desarrollo de las relaciones de producción de tipo feudal transportadas desde Europa, que se fueron imponiendo en el proceso de colonización durante los siglos XVI y XVIII, en la medida que los «derechos de propiedad» son siempre productos históricos que reflejan las relaciones sociales en torno a las cosas y a las formas de explotación y aprovechamiento.

Marx (1979, pp. 17-18) distinguía «la propiedad feudal o por estamentos» tanto de la «propiedad antigua» como de la «propiedad burguesa», al remarcar que en la primera tenía como punto de partida el campo, mientras que en los otros casos encontramos a la ciudad y sus necesidades como referente de la configuración específica de los derechos patrimoniales.

Cuando se dice que la propiedad feudal tuvo como punto de partida al campo, se remarca que su configuración concreta se encontró condicionada por los fenómenos demográficos que la contextualizaron.

De hecho, al igual que en Europa, en América, la propiedad feudal se desarrolló también en un contexto caracterizado por una población escasa (derivada de la reducción generada por la viruela y otras enfermedades que diezmaron a la población indígena) y además diseminada en grandes áreas y a la que los conquistadores no aportaron gran in-

cremento. Circunstancias que, por ejemplo, en Cajamarca, favorecieron el desarrollo de los latifundios agrarios y ganaderos con el trabajo de poblaciones asignadas en condición de servidumbre, mismas que han caracterizado a la propiedad en nuestros espacios rurales hasta la reforma agraria de los años 70 del siglo pasado.

Es claro, además, que esta forma peculiar de organización de la propiedad en el periodo colonial temprano que venimos analizando configuró, asimismo, los privilegios del estamento propietario en el campo social y político, pues sólo ellos podían ser considerados para el ejercicio de cargos en la administración colonial, los puestos superiores de la iglesia católica y en los cuerpos armados oficiales. De allí la necesidad de conservar la propiedad de los fundos en el entorno familiar, así como evitar la subdivisión y la venta de los terrenos, los mismos que eran preferentemente transferidos mediante testamentos con mandas y condiciones especiales para preservar la unidad de los predios.

V. Conclusiones

El presente artículo nos ha permitido conocer someramente la naturaleza, características y efectos de la consolidación de tierras, la cual constituye una de las instituciones del derecho colonial que reconfiguraron el régimen de posesión y explotación de las tierras en Celendín, Cajamarca, y que dio origen a una forma de propiedad privada de carácter feudal, distinta de la propiedad privada moderna o burguesa.

VI. Referencias

- Aliaga Apaéstegui, E. J. (2022). *Nueva relación de Celendín, donde se cuenta de sus espacios, actores y hechos entre 1565 a 1809*. Publimagen.
- Avendaño Valdez, J., & Avendaño A., F. (2019). *Derechos Reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Carrera Quezada, S. E. (2015). Las composiciones de tierras en los pueblos indios de dos jurisdicciones coloniales de la Husteca, 1692-1720. *Estudios de historia novohispana*.
- Dammert Bellido, J. (1997). *Cajamarca en el siglo XVI*. Imprenta Diocesana.
- Espinoza Soriano, W. (2017). *Miradas Etnohistóricas de Cajamarca*. Universidad Nacional de Cajamarca.

- Gaitán Pajares, E. (2013). *El apogeo de Cajamarca. La escuela barroca cajamarquina y sus grandes artistas*. Lumina copper.
- Jurado, C. (s. f.). *Las composiciones de tierras en los pueblos de indios en dos jurisdicciones coloniales de la Huasteca, 1692-1720*.
- Kaser, M., Knutel, R., & Lohsse, S. (2022). *Derecho romano privado*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Lescano Merino, C. (2012). *El adviento de Celendín*. Lumina copper.
- Marx, C. (1979). *La ideología alemana*. Editorial Andreus Ltda.
- Mayorga, F. (21 de julio de 2017). Obtenido de <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-149/la-propiedad-de-tierras-en-la-colonia>
- Rodríguez Villa, J. H. (2016). *El viejo pueblo «San Miguel de Catamuche» en Cajamarca. Una historia olvidada*. Universidad Nacional de Cajamarca.
- Rostoroswsky, M., & Remi, P. (1992). *Las visitas a Cajamarca, 1571-1572/1578*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Sarmiento Gutiérrez, J. (2018). *Cofradías de Cajamarca, siglos VIII, VIII y XIX*. Municipalidad Provincial de Cajamarca.

¿Debe imponerse la paternidad socioafectiva frente a la paternidad biológica en los procesos de impugnación de paternidad en el Perú?

Should socioaffective paternity be imposed over biological paternity in paternity challenge processes in Peru?

COLORADO HUAMÁN, William(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La filiación. III. Paternidad socioafectiva. IV. El interés superior del niño y el derecho a la identidad. V. Criterio adoptado por la Corte Suprema sobre el cuestionamiento de la filiación. VIII. Conclusiones. IX. Referencias.

(*) Ex Juez Supernumerario del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Con estudios en Doctorado en Derecho en la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias mención Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador extrajudicial y con especialidad en Derecho de Familia. Correo electrónico: wcoloradoh@unc.edu.pe

Resumen: La realidad nos presenta un supuesto constante, donde muchos varones reconocen a un hijo en la creencia de ser los legítimos progenitores porque la madre les hizo creer que el/la menor fue concebido producto de las relaciones sexuales que mantuvieron; sin embargo, en el devenir del tiempo advierten que fueron engañados, por lo que, mediante una prueba de ADN, buscan y corroboran que biológicamente no comparten carga genética. Al presentarse la falta de correspondencia biológica, inician un proceso judicial de impugnación de paternidad (o anulabilidad del acto jurídico) para dejar sin efecto el reconocimiento hecho. No obstante, se encuentran con el criterio del órgano jurisdiccional (Estado), según el cual, pese a los resultados de la prueba de ADN, donde se corrobora que el accionante no es el padre biológico, este debe seguir manteniendo la calidad de padre, a fin de proteger el interés superior del menor y consolidar su derecho a la identidad dinámica (paternidad socioafectiva), que conlleva a la imposición de una paternidad no deseada, además de consecuencias negativas que afectan derechos fundamentales.

Palabras claves: filiación, paternidad socioafectiva, interés superior del niño, derecho a la identidad

Abstract: Reality presents us with a constant assumption, where many men recognize a child in the belief that they are the legitimate parents, because the mother made them believe that the minor was conceived as a product of sexual intercourse; however, in the course of time, the subjects realize that they were deceived; Therefore, through a DNA test, they seek and confirm that biologically they do not share genetic load.

When the lack of biological correspondence occurs, they initiate the judicial process of contesting paternity, seeking to annul the acknowledgment made; Finding, with the criterion of the jurisdictional body (State), that despite the results of the DNA test, where it is confirmed that the plaintiff is not the biological father, he must continue to maintain the quality of parent, under the argument of protecting the superior interest of the minor and consolidate his right to dynamic identity (social-affective paternity); entailing the imposition of unwanted paternity, bringing negative consequences that affect the fundamental rights.

Key words: filiation, socio-affective paternity, best interests of the child, right to identity

I. Introducción

En los últimos años, nuestra Corte Suprema ha dejado de lado los resultados de la prueba de ADN para dar prioridad a los lazos afectivos generados producto de la convivencia entre el padre con el hijo. Dicho de otra manera, «valora las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos, al margen de si estos comparten o no carga genética».

De esta manera, para el colegiado supremo, debe prevalecer la paternidad socioafectiva, sin tomar en cuenta la prueba de ADN y mucho menos el cuestionamiento (impugnación de paternidad) que realiza el padre que reconoció y que ha descubierto que no comparte lazos sanguíneos con su hijo. Más aún se llega al extremo de crear un requisito adicional, referido a buscar y/o identificar al presunto padre biológico, si aquel progenitor legal desea que se ampare su pedido de impugnación (o anulabilidad de acto jurídico).

Así, bajo el argumento de proteger el interés superior del niño (a) y, sobre todo, su derecho a la identidad, se impone una paternidad, por lo que se omite el propio cuestionamiento que realiza el padre que reconoció, que descubre que no comparte lazos consanguíneos; peticionando la revocación de todos los derechos que otorgo; sin perjuicio del desmedro de sus propios derechos fundamentales, al perpetuarse obligaciones de carácter alimentario y generarse incluso derechos hereditarios no deseados.

La problemática descrita nos permite, en esta oportunidad, analizar la institución de la filiación, el interés superior del niño, el derecho a la identidad, la paternidad socioafectiva y los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la impugnación de paternidad.

II. La filiación

La familia es concebida como aquel «grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas» o, también considerado, como el «conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje» o «hijos o descendencia». Las nociones mencionadas tienen como característica principal el elemento «parentesco», que resalta la relación entre parientes. En consecuencia, nos conduce a la institución de la filiación, entendida en

términos sencillos, como el nexo o vínculo que une a padres, madres e hijos y que forma parte del derecho a la identidad⁽¹⁾ de una persona. Como lo recuerda Aguilar (2013):

El termino filiación alude a los hijos y la ley establece la situación legal de los hijos respecto de sus progenitores y lo trata a través de lo que se conoce como la sociedad paterno filial matrimonial y la sociedad paterno filial extramatrimonial. [...] En ambos casos, la filiación termina generando familia, al establecer la relación entre padres e hijos, no interesando si provienen de un matrimonio o no.

Sin embargo, la filiación no comienza a nivel jurídico, sino a nivel orgánico o natural, pues existe un hecho biológico denominado «concepción», el cual relaciona a los progenitores para luego surtir efectos jurídicos una vez que el concebido sea reconocido. En tal virtud, se puede decir que, en estos momentos, incluso, no es necesario la existencia de un hecho biológico para dar origen a este vínculo, ya que a través de la adopción se puede consolidar dicha unión.

Ahora bien, la filiación puede ser establecida de tres maneras. La primera, denominada «legal», se produce cuando la norma establece como requisito la concepción y el vínculo matrimonial para declarar el nexo filial entre los padres y su hijo. Aquí, el artículo 361 de nuestro Código Civil considera «hijos matrimoniales» a los concebidos y nacidos dentro del matrimonio; a los concebidos fuera, pero nacidos dentro del matrimonio (luego de los 180 días de su celebración), y a los concebidos dentro y nacidos fuera (dentro de los 300 días de la disolución).

A través de este tipo de filiación, se presume la voluntad del padre en reconocer al menor, para lo cual debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Maternidad acreditada.
- b. Matrimonio entre la madre y el marido a quien se atribuye la paternidad.
- c. Nacimiento durante el matrimonio y antes de transcurridos trescientos días de su disolución.

(1) Como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, en el expediente N.º 02432-2005-PHC/TC: «el derecho a la identidad comprende el nombre, conocer a sus padres y llevar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica».

La esencia de esta filiación esta basa en la presunción romana *pater is est*, como lo detalla Varsi (2013):

El principio de atribución paternal sustentado en el matrimonio tiene antecedentes muy remotos [...]. Sin embargo, la mayoría de los textos establecen su origen en la máxima contemplada en el Digesto (Lib. II, tit. IV, ley 5) que reza *Pater est is quem justae nuptiae demonstrant*, «padre es el que se demuestra con las nupcias». (p. 130)

Así, cuando la mujer casada se halla en la espera de un hijo, este se presume que es del marido. Dicha presunción es catalogada como «absoluta» y, por ende, incuestionable. Sin embargo, en la actualidad, al contarse con la prueba genética de ADN, se puede desacreditar tal presunción y demostrar científicamente que no existe un nexo biológico entre el marido y el hijo⁽²⁾.

El segundo tipo de filiación es denominado «extramatrimonial», el cual es producto de la voluntad del padre (voluntad de querer reconocer al menor pese a no ser el padre biológico). Aquí, los hijos son catalogados como extramatrimoniales porque han sido concebidos y nacidos fuera del matrimonio, o nacidos a partir del día 301 de haberse disuelto el vínculo matrimonial.

Varsi (2013) nos recuerda que «la calidad filial extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica (el nacimiento) se producen fuera del matrimonio. Esta regla permite determinar que hijos son matrimoniales y cuáles no» (p. 157). Por tanto, dentro de este tipo de filiación, el menor reconocido es producto de un encuentro ocasional entre sus progenitores o de una relación que no reviste la formalidad legal (matrimonio), con el cual los padres consiguen cumplir con sus deberes, esto es, velar por el bienestar del infante, respetando sus derechos.

En cuanto a la determinación de este tipo de filiación, puede realizarse de manera judicial (cuando existe una sentencia que declara la filiación del menor) o de manera voluntaria (cuando existe un reconocimiento expreso del padre con respecto del menor).

(2) Muestra de ello, es que el artículo 361 del Código Civil: el hijo nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

La tercera tipología de filiación es la «adopción», la cual tiene los mismos efectos que el vínculo de sangre, porque se le reconoce a la persona adoptada el «derecho a ser hijo» y, de este modo, garantizarle una vida en familia.

De esta manera, si el menor nace mientras existe el vínculo matrimonial entre la madre y el padre, habrá una filiación matrimonial; de no existir el vínculo matrimonial, podrá haber una filiación extramatrimonial, pudiendo darse el caso que se produzca el reconocimiento pese a conocerse que uno no es el padre biológico del menor.

Así, la forma cómo se haya establecido el vínculo filiatorio en nada afecta al menor, lo único que genera es su calificativo de «hijo matrimonial» o de «hijo extramatrimonial». Bajo dicho contexto, Fernández (2013) nos precisa:

La filiación así entendida se encuentra regulada en el Libro de Familia de nuestro Código Civil, debido a que dicha regulación está orientada a que las personas cuenten con un vínculo paterno y materno filial formalmente establecido y a partir del cual se genere una serie de consecuencias jurídicas. (p. 53)

A partir de ello, podemos inferir que la filiación es lo más importante de la relación de parentesco, ya que este vínculo tiene impregnado un conjunto de derechos y obligaciones entre los padres y los hijos.

III. La paternidad socio afectiva

A la par de la filiación biológica y legal, en estos momentos, ha surgido la filiación socioafectiva, la cual se sustenta en los lazos afectivos que se van construyendo de manera diaria, en el desarrollo de la vida, como así lo precisa Varsi (2013):

[...] la paternidad socioafectiva es sinónimo de convivencia familiar en la que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos de derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico. Más allá de los genes, lo que interesa al derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones familiares (afectividad). Sustentada en una posesión de estado de paternidad se basa modernamente en el afecto y no puede ser contradicha en mérito a la verdad real que la sostiene, reafirmandose el principio de inmodificabilidad del estado de filiación. (p. 94)

En tal sentido, en los estratos judiciales, cuando en el proceso judicial de impugnación de paternidad o invalidez del acto de reconocimiento se discute la paternidad, está ya no se condiciona con la filiación que tiene el antecedente biológico, sino que va más allá en tanto, se viene tomando en cuenta el derecho a la identidad, que no solo se agota con el conocer el dato genético, sino en comprender el cumulo de experiencia, afecto, solidaridad, que se va formando, siendo conocida esta situación, como «paternidad social o filiación socioafectiva».

En esta nueva institución, una persona que no es el padre biológico se comporta como si fuera lo fuera, ya que se encarga de cuidar a los hijos, de asumir responsabilidades propias de un progenitor, y establecer con ello una relación beneficiosa para el hijo o hija. Aspecto que viene siendo reconocido por nuestro órgano jurisdiccional, pues, en la Casación N.º 3392-2016, f. j. 5, se indica:

El estado de posesión constante de hijo constituye un supuesto de hecho autónomo del vínculo de filiación extramatrimonial, el cual consiste en vivir como un hijo, detentar públicamente la apariencia que se manifiesta a través de un conjunto de actitudes, comportamiento, opiniones y creencias, en suma, es la filiación vivida.

En consecuencia, lo que viene evaluando nuestros tribunales son todos aquellos actos directos y continuos de la relación que existe entre un padre y su hijo. El objetivo es salvaguardar dicho vínculo, puesto que no puede ser modificado de un momento a otro, porque el menor se vería perjudicado y, con ello, se generaría inestabilidad, afectando sus derechos.

IV. Interés superior del niño y el derecho a la identidad

Desde los inicios de la humanidad existe la inclinación natural en la protección de los niños por parte de la madre, al tratarse de un nuevo miembro de la horda, tribu, clan, etc., el cual, por sus características inofensivas, necesita de atención especial. Este amparo evoluciona en el tiempo, y es en el siglo XIX cuando muchos países toman consciencia del valor de un niño, porque constituye el sucesor y quien perpetuara el apellido de la familia, cuidando los bienes que se dejen. Así, se crean diversos cuerpos normativos internacionales⁽³⁾, siendo el más importante la Conven-

(3) La Declaración de Ginebra sobre los derechos de los Niños, aprobada por la Sociedad de Naciones del 26 de diciembre de 1924. La Declaración Universal de Derechos

ción Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual es ratificada por el Perú en el año de 1990, por la cual se busca proteger de manera íntegra al menor de edad.

En el año de 1992, con la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes, se fortalece el tratamiento legal para este grupo humano, los cuales ya no son objeto de compasión y represión, sino sujetos de derechos en proceso de desarrollo. A partir de ello, se consolida el interés superior del niño en el artículo IX del Título Preliminar⁽⁴⁾ como estándar para la correcta administración de justicia. Por su parte, el Tribunal Constitucional señala que este principio comprende también una actuación tuitiva por parte de los operadores jurídicos, a quienes les corresponde la adecuación e interpretación de las normas más favorables al infante⁽⁵⁾.

Para Chunga (como se citó en De Orbegoso, 2019), este principio consiste en dar preferencia al niño en la aplicación del derecho que le pueda corresponder a un adulto. Y esto tiene sentido, pues un infante es una parte que posee características singulares y particulares; por lo tanto, más allá de algún resultado, siempre debe procurarse el respeto a sus derechos.

No podemos dejar de mencionar que, al resultar abstracto su entendimiento, mediante la Ley N.º 30466 y su reglamento⁽⁶⁾, el legislador se encargó de normar los parámetros y las garantías procesales para su consideración en los procesos y procedimientos en los cuales se vean inmersos niños y adolescentes.

Por otro lado, somos conscientes de que la persona, al ser un ente libre, toma decisiones y se proyecta en sociedad a corto, mediano y largo plazo, por lo que necesita ser individualizado. Como resultado, surge el derecho a la identidad, el cual significa ser este y no otro.

Humanos. La Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

(4) En todas las medidas concernientes al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerara el Principio de Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

(5) Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC; 02132-2008-PA/TC y 04058-2012-PA/TC.

(6) Aprobado mediante D. S. N.º 002-2018-MIMP.

Para Sessarego (como se citó en Barletta, 2018):

[Este derecho es] el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad»; a partir de ello, se distingue la identidad estática y la dinámica; la primera se refiere a aquellos componentes que tienden a permanecer naturalmente en el tiempo, como es el nombre, sexo, nacionalidad, idioma, entre otros; mientras que la segunda identidad alude a aquellos componentes de la personalidad que naturalmente viven, como es la edad, la experiencia, el entorno familiar; y, en esta dinámica se consolidan aprendizajes, al crearse hábitos, moldeándose con ello la identidad del individuo.

No podemos dejar de mencionar que este derecho se encuentra consolidado en el artículo 2, inciso 1, de nuestra Constitución del Perú, como un derecho fundamental; siendo su contenido desarrollado por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC, donde se expresó «[es el] derecho de todo individuo de ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es.

El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, también de manera expresa, detalla que este incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Así, la Corte Suprema, al interpretar este derecho, no solo mira su arista estática, sino también el aspecto dinámico, cuando en la Casación N.º 2921-2001 Lima precisa que «el derecho a la identidad de la persona, [...] involucra el derecho de toda persona de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder».

Entonces, el derecho a conocer quiénes son nuestros padres también implica hablar sobre la «verdad biológica», es decir, que los hijos deben conocer quiénes son sus padres. No obstante, existen circunstancias que dificultan ello, como es una violación sexual, la inseminación artificial, la adopción y el abandono de un expósito (recién nacido) o un niño de corta edad.

V. Criterio adoptado por la Corte Suprema sobre el cuestionamiento de la filiación

Frente a lo expuesto, se ha podido apreciar que nuestro ordenamiento jurídico se encarga de establecer la situación legal de los hijos, respecto de sus progenitores, y los aborda a través de la institución de la «Sociedad

Paterno Filial Matrimonial» (artículos 361 a 376) y la «Sociedad Paterno Filial Extramatrimonial» (artículos 386 a 417).

Ahora bien, producto de los avances científicos, ha surgido la prueba de ADN, que, al ser incluida en el Código Civil, permite que las presunciones del *pater is*, así como el acto de reconocimiento, pierdan eficacia, como lo refleja la modificación del artículo 396 del Código Civil:

El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor.

No obstante, se habilita que la paternidad pueda ser cuestionada, por lo que se permite investigar sobre ella. De este modo, se reconoce que una persona tiene derecho a conocer su origen biológico, el cual debe prevalecer. Por ejemplo, en la Consulta N.º 132-2013-La Libertad, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, se aprueba la inaplicación del artículo 395 del Código Civil⁽⁷⁾ y, en consecuencia, se convalida la decisión que declara fundada la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por David Manuel Cañapataña de la Cruz en contra de Romina Nelly Ramírez Liñan y el menor J. J. Vadiño Cañapataña Ramírez, al evidenciarse, mediante prueba de ADN, que el demandante no es el padre biológico del menor.

Sin embargo, en los últimos años, el colegiado Supremo viene dejando de lado los resultados de la prueba de ADN para dar prioridad a los lazos afectivos generados a lo largo de la vida entre el padre con el hijo, es decir, valora las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos de derecho, al margen de si estos comparten o no carga genética, como se tiene en la Casación N.º 3797-2012-Arequipa, f. j. 11:

[...] a criterio de este tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse

(7) Artículo 395 del Código Civil: El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

sólo en el dato genético; pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que hace idéntico a sí mismo.

[...] en ese contexto, el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones vagas de terceros que no individualizan y su impugnación se realiza catorce años después de que libremente aceptó la paternidad del menor. Para casos como este resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomentan la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

Por su parte, en la Casación N.º 1622-2015-Arequipa, f. j. 12, se precisa:

[...] el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivo, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad de su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación.

No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria.

Para la Corte Suprema, debe prevalecer la paternidad socioafectiva, sin tomar en cuenta la prueba de ADN y el propio cuestionamiento (impugnación de paternidad) que realice aquel padre que reconoció y que ha

descubierto que no comparte lazos sanguíneos con su hijo. Incluso se llega al extremo de crear el requisito adicional de buscar o identificar al padre biológico, si aquel desea que se ampare su pedido de impugnación, como así lo precisa la Casación N.º 1622-2015-Arequipa, f. j. 14:

[...] en esta medida, las normas cuya infracción se denuncian (artículo 399 y 400 del Código Civil) y que establecen una clara limitación para el ejercicio de la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no resultarían opuestas al derecho a la identidad, cuando en el proceso no se logre identificar al verdadero padre biológico y simplemente se opte por excluir el apellido del padre que lo reconoció. *Contrario sensus*, cuando se ha logrado identificar plenamente el real origen biológico, la aplicación de las normas referidas si resultarían opuestas al derecho a la identidad de una persona [...].

Entonces, podemos apreciar que bajo el argumento de proteger el derecho a la identidad del menor y su interés superior, en estos momentos, se viene imponiendo una paternidad, en cuanto lo que se busca es proteger la situación fáctica presente; criterio que no compartimos, pues consideramos:

- a) Valorar en cada caso en concreto el comportamiento desplegado por cada progenitor, por lo que debe estimarse si este conocía o no su verdad biológica con su hijo(a).
- b) Aunado a la conducta que desplegó desde la puesta en conocimiento de la incompatibilidad de parentesco biológico.
- c) Apreciar la posibilidad económica y emocional para acceder al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela jurisdiccional efectiva, que materia-lice el pedido de impugnación o invalidez del acto de reconocimiento.

Asimismo, cabe hacer hincapié en la afectación al propio derecho de identidad del menor involucrado, cuando se busca su protección, porque con la imposición de un padre legal, no obstante, se estaría restringiendo momentáneamente el derecho de saber quién es su padre biológico.

Finalmente, se advierte también la afectación a los derechos del padre legal impuesto, puesto que, pese a petitionar la revocación de todos los derechos que otorga a través del acto de reconocimiento, el ente estatal administrador de justicia le perpetua obligaciones. Una de ellas es de ca-

rácter alimentario. Y en caso de negativa a otorgarse, será impuesto a través de un mandato judicial, por lo que podría verse inmerso, incluso, en la comisión del respectivo delito de omisión a la asistencia familiar.

VI. Conclusiones

- Nuestra Corte Suprema, en los procesos de impugnación o invalidez del acto de reconocimiento, ha asumido el criterio de hacer prevalecer la paternidad socioafectiva; por tanto, da prioridad a los lazos afectivos generados a lo largo de la vida, frente a la paternidad biológica, la cual, a través de la prueba de ADN, permite conocer si se comparte carga genética.
- La decisión tomada por los magistrados supremos de representar la imposición de una paternidad de los menores involucrados, bajo el argumento de proteger los derechos e intereses, los perjudica porque no les permite conocer su origen biológico en el desarrollo de su vida. Asimismo, afecta los derechos fundamentales de la persona reputada como progenitor; pues se le reafirma derechos y obligaciones, como es el derecho alimentario, vital para la subsistencia de las personas.
- Estas situaciones negativas conllevan a que el órgano jurisdiccional no pueda cumplir con la finalidad del proceso judicial (resolver un conflicto de intereses y generar paz social); por el contrario, genera muchos más problemas, que finalmente desgastan las relaciones interpersonales de los sujetos involucrados.

VII. Referencias

- Aguilar, B. (2013). *La filiación en la jurisprudencia en el Tribunal Constitucional*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Barñetta, C. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia*. Lima: editorial Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cornejo, H. (1991). *Derecho familiar peruano*. Octava edición. 2 tomos. Lima: Studium.
- Fernández, M. (2016). *Manual de derecho de familia*. Lima: Fondo Editorial.
- Orbegoso, C. (2019). *El interés superior del Niño al amparo de la Constitución Política del Perú*. Lima: editorial Grijley.

Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia*. Primera edición. 4 tomos. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Manrique, S. (Diciembre 2018). Constitucionalización de la filiación: de la paternidad biológica a la paternidad socioafectiva. *Grijley*, 6(1), 29-42.

Retos para garantizar el derecho de alimentos a favor de los menores de edad, de hogares monoparentales, en el Perú

Challenges to guarantee the right to food for minors from single-parent households in Peru

ROJAS RUIZ, Nilton Y. (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática nacional y local en relación al derecho de alimentos. III. Factores que dificultan la protección del derecho de alimentos. IV. Propuesta de garantías para la protección del derecho de alimentos. V. Avances en la protección del derecho de alimentos. VI. Retos para la protección del derecho de alimentos. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: Esta investigación tiene como objetivo evidenciar algunos factores fácticos y jurídicos que dificultan la protección del derecho de alimentos para menores de edad de hogares monoparentales en

(*) Abogado. Maestro en Ciencias en la Mención de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Doctorando en Derecho en la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de pre- y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca en Perú. Correo electrónico: nilton.rojas@hotmail.com

el Perú. Ello permitirá proponer un sistema de garantías a fin de lograr la eficacia del referido derecho. Se analizaron 15 expedientes de alimentos en favor de menores de edad de hogares monoparentales, en los que se identificó algunos factores fácticos y jurídicos que dificultan garantizar dicho derecho. Si bien hay un avance considerable en la protección del derecho de alimentos por los cambios legislativos postpandemia, en la actualidad, persisten los problemas que dificultan la optimización del derecho de alimentos. Frente a la problemática descrita, se proponen soluciones que parten de la siguiente premisa, que constituye nuestra tesis central: los alimentos es un derecho de naturaleza constitucional individual y social, es decir, que debemos superar la concepción individual de los alimentos y concebirla como derecho social de prestación. Por tanto, proponemos crear un sistema de garantías que involucre al Estado y a la sociedad para lograr la eficacia del derecho de alimentos en su dimensión social.

Palabras clave: derecho de alimentos, eficacia, ineficacia, factores fácticos y jurídicos, familias monoparentales, garantías, optimización, derechos de prestación, derechos sociales

***Abstract:** This research aims to highlight some factual and legal factors that hinder the protection of the right to food for minors from single-parent homes in Peru. This will make it possible to propose a system of guarantees in order to achieve the effectiveness of the aforementioned right.*

15 cases of maintenance for minors from single-parent homes were analyzed, in which some factual and legal factors that make it difficult to guarantee said right were identified. Although there is considerable progress in the protection of the right to food due to post-pandemic legislative changes; However, to date, problems persist that make it difficult to optimize the right to food.

Faced with the problem described, solutions are proposed. This, starting from the following premise that constitutes our central thesis: food is a right of an individual and social constitutional nature; That is, we must overcome the individual conception of food and conceive it as a social right to benefits. Therefore, we propose creating a system of guarantees that involves the State and society to achieve the effectiveness of the right to food in its social dimension.

Keywords: food law, ineffectiveness, factual and legal factors, single-parent families, guarantees, optimization, benefit rights, social rights

I. Introducción

La investigación surge a partir de la preocupación por un grave problema que aqueja a nuestro país, esto es, la vulneración del derecho de alimentos de los menores de edad. Y es que la carga procesal en materia de alimentos es abundante, como se aprecia del siguiente informe de la Defensoría del Pueblo:

La carga procesal es la cantidad de expedientes por resolver que tienen los órganos jurisdiccionales, los mismos que pueden estar en trámite (sin sentencia) o en ejecución de sentencia. Al respecto, se consultó a 575 juezas y jueces sobre la cantidad de expedientes judiciales que tienen asignados. De la información recogida, se obtuvo un promedio, a nivel nacional, de 1789,2 expedientes por órgano jurisdiccional. (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 105).

La realidad evidencia que, por lo general, son las madres de familia que encabezan hogares las que deben demandar alimentos para sus hijos. Sin embargo, el Estado aún no ha adecuado la legislación a los cambios sociales que trae consigo, por ejemplo, la diversificación del modelo familiar, como la familia monoparental.

Existe una serie de factores fácticos y jurídicos que dificultan la protección del derecho de alimentos para los menores de edad que pertenecen a familias monoparentales. Se identificaron dichos factores mediante el análisis de 15 expedientes sobre alimentos para menores de edad, tramitados en el Distrito Judicial de Cajamarca-Sede, entre los años 2012 al 2016. Si bien existieron limitaciones logísticas y humanas para realizar un estudio más amplio, los aportes de este trabajo son vigentes y de alcances este general.

A la actualidad, se siguen evidenciando factores fácticos y jurídicos que dificultan la protección del derecho de alimentos para los menores de edad que pertenecen a familias monoparentales. A partir de la problemática detectada, se plantean los fundamentos teóricos y jurídicos para lograr garantizar el derecho de alimentos.

Nuestro aporte se sustenta en la teoría de los derechos fundamentales desde la perspectiva del constitucionalismo garantista y principialista. Ambas posturas coinciden que uno de los problemas fundamentales en los modernos Estados Constitucionales de Derecho es dotar de eficacia a los

derechos sociales (Rojas Ruiz, 2018). Las cuestiones que se trata de abordar, principalmente, es quién y cómo se puede garantizar el derecho de alimentos para menores que pertenecen a hogares monoparentales.

Consideramos que el derecho de alimentos es un derecho individual (en cuyo caso corresponde en primer orden a los progenitores garantizarlo); pero, que también se debe concebir como un derecho social. Como tal, corresponde crear un sistema de garantías para otorgar eficacia al mismo. Concluimos con que es deber primordial del Estado, cuando menos, garantizar un contenido esencial (un monto mínimo vital y tutela urgente) del derecho de alimentos en la dimensión social.

Para tales efectos, el presente trabajo tiene la siguiente estructura: se aborda la problemática vigente, los aspectos metodológicos, los resultados y discusión, los avances en la protección en el contexto de pandemia, los retos para la protección del derecho de alimentos y, finalmente, las conclusiones.

II. Problemática nacional y local en relación al derecho de alimentos

El Informe N.º 001-2018-DP/AAC, realizado por la Defensoría del Pueblo, es mucho más amplio en cuanto al análisis de los problemas fácticos en la tramitación de procesos de alimentos. Dicha investigación refuerza nuestra tesis. Por ejemplo, en el informe de la Defensoría —de la revisión de 3512 expedientes archivados; también, de la realización de 1668 entrevistas a justiciables y 575 a jueces y juezas, en las 33 Cortes Superiores de Justicia— se concluye lo siguiente:

Primero, el 90.2 % de las demandas (3 007 casos) presentadas por mujeres fueron a favor de los alimentos de niñas, niños y adolescentes. Segundo, son mujeres las que más acuden al proceso de alimentos; pues, se tiene un porcentaje del 95.3 % (3 347 casos). Tercero, en su gran mayoría, la pensión de alimentos constituye el único sustento económico que tienen las mujeres demandantes para atender las necesidades básicas de sus hijos e hijas, ya que, el 50.6 % se dedican a las labores del hogar, mientras que el 16.8 % se encuentra en situación de desempleo; además, solo el 16.3 % de demandantes realiza una actividad laboral remunerada. Cuarto, el monto otorgado como pensión de alimentos resulta insuficiente; esto se debe, entre otros factores a que, solo en un 18.7 % (656) de los casos se ha demandado la asignación anticipada de alimentos; un alto porcentaje

de jueces y juezas (81.2 %) otorga una pensión que no supera los 500 soles. Quinto, existe una demora excesiva en la tramitación del proceso de alimentos; así como, la dilación en la ejecución de las sentencias. Sexto, hay dificultades en las condiciones de acceso a la justicia en los procesos de alimentos; debido a que, al año 2018, 802 magistrados se encargaban de resolver la gran cantidad de demandas de alimentos presentadas (que para ese año ascendió a 78,394 casos); además, solo en 4 de las 33 Cortes Superiores de Justicia (12.1 %), los jueces fueron capacitados en materia de alimentos por la Academia de la Magistratura; también, menos de un tercio de los jueces y juezas no pudo comunicarse directamente con las partes (29.4 %) en los distritos judiciales en lo que predominan las lenguas originarias; finalmente, el formulario estándar para la presentación de demandas de alimentos presenta omisiones, como, la imposibilidad de demandar el aumento de la pensión de alimentos o la imposibilidad de solicitar una asignación anticipada de alimentos.

El presente trabajo es resultado de una investigación realizada en la tesis de maestría titulada: *Máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el sistema jurídico peruano*. La referida tesis se publicó en RENATI, en el año 2018. Los problemas identificados, como se verá más adelante, responden a la realidad local de Cajamarca; pero no son muy diferentes a la problemática expuesta en el Informe de la Defensoría del Pueblo N.º 001-2018-DP/AAC antes citado.

Es importante señalar que en el contexto de la pandemia se han dado cambios significativos en cuanto a la tramitación del proceso de alimentos —con la regulación del «Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente», regulado por la Directiva N.º 007-2020-CE-PJ; y también con la Ley N.º 31464—. Sin embargo, pese a dichas mejoras, en la actualidad, aún persisten los problemas de fondo, respecto a la eficacia del derecho de alimentos para menores de edad.

Veamos, los menores de edad que pertenecen a familias monoparentales atraviesan una serie de desigualdades fácticas. Estas desigualdades materiales se evidencian en la persona que representa legalmente al menor y ejerce la tenencia, es decir, por lo general, la madre. El análisis de 15 expedientes, en materia de alimentos, nos permitió identificar cuáles son los factores fácticos (barreras) que deben enfrentar las madres que demandan alimentos en favor de sus menores hijos. El análisis de estos expedientes también permitió entender que hay factores fácticos, con re-

lación al demandado, que de igual forma limitan el derecho de alimentos. Por otro lado, se deben considerar aquellos factores de carácter procesal que inciden en la normal tramitación del proceso de alimentos, lo cual también se identificó de la tramitación de dichos procesos.

Sumado a lo anterior, es necesario identificar las disposiciones sustantivas y procesales que regulan el derecho de alimentos, pero, que son ineficaces para la protección del mismo, tales como la ineficacia de los artículos 568 y 675 del Código Procesal Civil; el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes, y el artículo 479 del Código Civil.

La problemática se agrava si el derecho de alimentos no tiene un reconocimiento constitucional expreso. Ahora bien, tampoco el Tribunal Constitucional ha desarrollado los contenidos constitucionales que se deben proteger.

Todos los factores antes enumerados son los elementos más relevantes que conforman la realidad problemática de la eficacia del derecho de alimentos. Dichos factores deben ser abordados holísticamente a fin de dotar de eficacia a un derecho tan fundamental como lo es los alimentos.

III. Factores que dificultan la protección del derecho de alimentos

Mediante el método de análisis, se descompuso el derecho objeto de estudio (alimentos para menores de edad de hogares monoparentales) tanto en el ámbito fáctico como jurídico. El fenómeno fáctico se identificó analizando expedientes judiciales sobre alimentos (tramitados en el Distrito Judicial de Cajamarca-Sede).

Por consiguiente, se identificaron los aspectos más relevantes de los actos procesales trascendentales en cada una de las etapas del proceso, como la demanda, auto admisorio, contestación, notificaciones, audiencia, sentencia, apelación.

Luego, se sintetizó la información concluyendo cuáles son los factores fácticos que afectan el derecho de alimentos, los mismos que han sido agrupados en un ámbito material y otro procesal. Del mismo modo, se relacionó algunos éstos problemas con disposiciones jurídicas que regulan tales supuestos de hecho, lo que permitió verificar si las normas jurídicas cuestionadas son eficaces o no.

Asimismo, se recurrió a la inducción para corroborar la primera hipótesis de nuestra investigación; la cual es una conclusión genérica que evidencia de cierta forma algunas barreras de acceso a la justicia. Las premisas que sustentan dicha conclusión son datos particulares extraídos del fenómeno fáctico (extraídos de los actos procesales de los expedientes judiciales) y jurídico (disposiciones normativas ineficaces).

1.1. Factores fácticos

Con relación a la *primera hipótesis*, de los 15 procesos analizados que representan al 100 %, se tiene lo siguiente.

1.1.1. Factores de carácter material

Dificultan la máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el Perú, y son los siguientes:

- a) La demandante carece de trabajo remunerado 80 %.
- b) La demandante carece de instrucción 86.6 %.
- c) La demandante carece de vivienda 13.3 %.
- d) La subsistencia personal del menor depende exclusivamente de la demandante 100 %.
- e) Insolvencia económica del obligado 33.3 %.
- f) Asesoramiento al demandado por abogado particular, pese a que no cuenta con recursos económicos 26.7 %.
- g) Pago de aranceles judiciales por parte del demandado, pese a que no cuenta con recursos económicos 13.3 %.

1.1.2. Factores de carácter procesal

Dificultan la máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el Perú, y son los siguientes:

- a) No se hace efectiva la asignación anticipada de alimentos 86.6 %.
- b) Dilación del proceso imputable a la administración de justicia 46.4 %.

- c) Dilación del proceso por dificultad para la notificación al demandado 46.6 %.
- d) Dilación del proceso por interposición de apelación de sentencia sin fundamentos por parte del demandado 6.6 %.
- e) Dilación del proceso por interposición de demanda de reducción de alimentos por parte del obligado 6.6 %.

1.2. Factores jurídicos

1.2.1. Normas sustantivas ineficaces

Dificultan la máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el Perú:

- a. **Ineficacia del artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes**⁽¹⁾. Este artículo regula el orden de prelación para demandar alimentos en caso de ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero. La disposición resulta ineficaz porque no otorga seguridad jurídica, esto es, lleva a discusiones técnicas una tras otra, pues surgen las siguientes problemas: (i) en caso de ausencia del obligado principal, ¿primero se tiene que iniciar un proceso de declaración judicial de ausencia para luego demandar alimentos al obligado siguiente?; (ii) en caso de desconocimiento del paradero del obligado principal, ¿debemos demandar al obligado siguiente o primero optamos por demandar al obligado principal que desconocemos su paradero y lo emplazamos mediante edictos?.
- b. **Artículo 479 del Código Civil**⁽²⁾. Este artículo regula el orden de prelación para demandar alimentos en caso de pobreza. La disposición

(1) Artículo 93 del Código de los niños y adolescentes: «Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad;
2. Los abuelos;
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
4. Otros responsables del niño o del adolescente».

(2) Artículo 479 del Código Civil: «Entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue».

es ineficaz porque no otorga seguridad jurídica, ya que nos lleva a la siguiente discusión técnica: ¿se debe demandar al obligado principal y en este proceso se tendría que demostrar su insolvencia económica?, o ¿la insolvencia del obligado principal se discutiría en el proceso que se inicie al obligado siguiente?

Particularmente, considero que probar la pobreza del obligado es una prueba casi diabólica, más aún si el artículo 481 del Código Civil establece que no es necesario investigar rigurosamente los ingresos del obligado.

1.2.2. Normas procesales ineficaces

Dificultan la máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el Perú:

- a. **Artículo 568 del Código Procesal Civil**⁽³⁾. Esta disposición regula que, para efectos de liquidación, la pensión se computa a partir del día siguiente de notificación al obligado con el auto admisorio. Para determinar la ineficacia del artículo, se ha tomado en cuenta el número de procesos en los que ha existido demora o es imposible la notificación de la demanda. De acuerdo con lo anterior, del 100 %, el 46.6 % de los procesos analizados evidencian que existe inconvenientes para notificar al demandado. Con ello se demuestra que se lesiona el derecho del menor, al no poder computarse los alimentos mientras no se notifique al obligado.
- b. **Artículo 675 del Código Procesal Civil**⁽⁴⁾. El artículo establece que se otorga la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es

(3) 568 del Código Procesal Civil prescribe que «[...] el secretario de juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda [...]».

(4) Artículo 675 del Código Procesal Civil prescribe que «En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil.

En los casos de hijos menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.

El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva».

requerida por los hijos menores con indubitable relación familiar; además, es obligación de juez conceder de oficio ello. No obstante, del 100 % de casos analizados en el 86.6 % de los procesos, se evidencia que no es efectiva la medida cautelar.

IV. Propuesta de garantías para la protección del derecho de alimentos

Ante todo, se debe señalar que, mediante el método sistemático, se analizó las disposiciones jurídicas en materia de alimentos —artículos 4 y 6 de la Constitución Política del Perú y el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes— para concluir que estamos ante un derecho constitucional implícito.

Mediante razonamiento deductivo, se elaboró la *segunda hipótesis* de la presente investigación. Para ello, en primer lugar, se ha abordado la teoría de los derechos fundamentales, desde la perspectiva del constitucionalismo principialista y garantista. El punto en común de ambas teorías es que se necesita dotar de eficacia a los derechos sociales, pues creemos que el derecho de alimentos tiene una dimensión social que necesita ser garantizada. Los puntos de divergencia en las teorías son cómo y quién debe garantizar dichos derechos cuando el ordenamiento jurídico presenta problemas de lagunas, incoherencias o inconsistencias. En segundo lugar, se ha optado por una posición mixta, a saber, sobre la base de los aportes más importantes de ambas teorías se ha diseñado un sistema de garantías para la protección del derecho de alimentos que involucre a legisladores, jueces y demás órganos del Estado, e incluso a la sociedad civil. El esquema del razonamiento, como se aprecia, es de lo general a lo particular.

En tal sentido, la segunda hipótesis se centra en que, para lograr la máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad, en el sistema jurídico peruano, se requiere:

- A. Partir de la cabal comprensión de la naturaleza jurídica de los alimentos
Esto quiere decir que se debe asumir que los alimentos es un derecho fundamental implícito, de naturaleza individual y carácter social. Por tanto, corresponde dotar de un contenido esencial a cada dimensión, ello es condición para determinar las prestaciones que deben satisfacer los sujetos obligados. Entonces, como derecho individual el contenido esencial está conformado por lo necesario para el sus-

tento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente (artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes); y los sujetos obligados para satisfacer este contenido son los padres. Como derecho social, es necesario crear un contenido esencial de los alimentos, el cual debe estar delimitado por el acceso a un mínimo vital (entendido como la libre disposición de unos recursos económicos mínimos); asimismo, estaría conformado por la tutela urgente cuando el demandado no cumple con la asignación anticipada (para ello es necesario la implementación de una política pública para el otorgamiento de un subsidio de ayuda familiar para hijos pertenecientes a familias monoparentales).

B. Desarrollar garantías institucionales y extrainstitucionales para optimizar el derecho de alimentos

Esta propuesta se divide en dos partes:

i. Garantías institucionales

- a) Es necesario una reforma constitucional para la incorporación del principio de protección de subsistencia de los menores de edad pertenecientes a hogares monoparentales.
- b) El Tribunal Constitucional del Perú y/o el Congreso debe desarrollar el contenido esencial del principio de protección de subsistencia de los menores de edad pertenecientes a hogares monoparentales. Dicho contenido estaría conformado por dos criterios: un monto mínimo vital y la tutela urgente mediante el otorgamiento de un subsidio de ayuda familiar por parte del Estado cuando el obligado no cumple con la asignación anticipada de alimentos.
- c) Es necesario derogar el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes, puesto que esta norma establece el orden de prelación para prestar alimentos en caso de ausencia o desconocimiento del paradero de los padres (se establece como orden de prelación a (i) los hermanos mayores de edad, luego a (ii) los abuelos, (iii) los parientes colaterales hasta el tercer grado, y, finalmente, (iv) otros responsables del menor de edad). Dicho artículo no otorga seguridad jurídica para la protección de un derecho tan fundamental y

de tutela urgente, debido a las discusiones técnicas que se puede generar.

- d) Se debe modificar el artículo 479 del Código Civil, el cual regula que, por causa de pobreza del obligado principal, la obligación pasa al obligado siguiente. De igual forma, dicha disposición puede acarrear discusiones técnicas vulnerando el principio de la seguridad jurídica.
- e) Asimismo, es necesario modificar el artículo 568 del Código Procesal Civil. Este artículo regula el momento desde que se computa las pensiones alimenticias devengadas, esto es, a partir del día siguiente de la notificación con la demanda. El problema radica en que no se puede computar la pensión cuando es imposible o se retrasa la notificación al demandado.
- f) Se debe modificar el artículo 675 del Código Procesal Civil, que regula la medida de asignación anticipada de alimentos. Dicha regla es eficaz cuando el demandado es trabajador dependiente y se encuentra en planilla; sin embargo, resulta ineficaz cuando el demandado no cuenta con trabajo o es informal.
- g) Se debe modificar el artículo 24 literal b) del Decreto Supremo N.º 017-93-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a efectos de exonerar, al demandado, del pago de tasas judiciales cuando la pretensión demandada no excede de 20 URP, tal como se ha previsto para el caso de la demandante.
- h) Debe existir reservas de puesto de trabajo en instituciones públicas y privadas para madres que encabezan un hogar monoparental (tal como se ha previsto para las personas con discapacidad); ello, debido a la desigualdad fáctica en la que se encuentran este tipo de familias.
- i) Se debe diseñar una política pública de ayuda familiar, consistente en el desembolso de dinero por parte del Estado para menores de edad que pertenecen a hogares monoparentales, y siempre que el demandado no cumpla con la asignación anticipada de alimentos. Lo anterior, con cargo a que dicho dinero sea devuelto por el obligado en el mismo proceso de alimentos.

- j) Las municipalidades y gobiernos regionales deben diseñar, desarrollar, ejecutar y monitorear planes de capacitación para el trabajo de madres de familias pertenecientes a hogares monoparentales.
- k) Las DEMUNA debe agilizar los trámites ante la Dirección de Sistemas Locales y Defensorías del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para la autorización de emisión de actas de conciliación con calidad de título ejecutivo, puesto que no todas las DEMUNA tienen dicha autorización.
- l) El Ministerio de Justicia debe contratar más defensores de oficio que asuman procesos de alimentos, dado que existen barreras económicas de acceso a la justicia tanto de la parte demandante como demandada.
- m) Las universidades públicas y privadas, a través de los consultorios jurídicos gratuitos, como parte de la responsabilidad social, deben fortalecer la asesoría gratuita en los procesos de alimentos para lograr disminuir las barreras de acceso a la justicia por falta de economía.

ii. Garantías extrainstitucionales

- a) Empoderar a las madres, que encabezan familias monoparentales, mediante la capacitación y acceso efectivo a puestos de trabajo para que, de esta forma, puedan afrontar sus necesidades personales y la de sus hijos.

V. Avances en la protección del derecho de alimentos

Tras el contexto de la pandemia de la COVID-19 —pandemia de coronavirus, derivada de la enfermedad causada por el virus SARS-CoV-2—, se dieron muchos cambios a nivel normativo para que el funcionamiento del sistema de justicia se adecue a dicha realidad. Tal es el caso del proceso de alimentos, que se tuvo que ajustar al contexto de la virtualidad. Es así que, el 04 de junio de 2020, mediante Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial N.º 000167-2020-CE-PJ, se aprobó la Directiva N.º 007-2020-CE-PJ que regula el «Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente». Ello supuso un avance significativo en la tramitación del proceso de alimentos, pues, mediante

dicha directiva, se implementaron mecanismos de celeridad, oralidad y el empleo de recursos tecnológicos disponibles para ayudar a los jueces, personal jurisdiccional y de apoyo de los juzgados de paz letrados del Perú. Entre las novedades de la directiva están las siguientes:

- a) En el *artículo 2*, respecto a la calificación y admisión de la demanda, se señala que, si el juez advierte la omisión o defecto subsanable, no declarará la inadmisibilidad, sino la admisión a trámite y concederá al demandante un plazo razonable para que subsane durante el desarrollo del proceso.
- b) En el *artículo 3*, respecto al auto admisorio, el juez además deberá fijar fecha para la realización de la audiencia única dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda (aunque en la realidad el plazo no siempre se cumple). Cabe mencionar que también puede requerir medios probatorios de oficio para que luego sean actuados en audiencia, que incluye la posibilidad de investigar respecto a la capacidad económica del obligado.
- c) En el *artículo 4*, respecto al traslado del auto admisorio, se señala que excepcionalmente se puede notificar por WhatsApp o correo electrónico a las partes.
- d) En el *artículo 6*, respecto a la audiencia única, se ha regulado que en ella, mediante resolución, se admite el escrito de contestación de demanda o la declaración de rebeldía. Además, en ese acto, el juez realiza la entrega de la copia del escrito de contestación y sus anexos al demandante para que pueda contradecir. También se regula que, dependiendo de la edad y la madurez del niño, deberá ser informado, oído y participar en el proceso de alimentos. Finalmente, si el demandante y el demandado no concurren a la audiencia única, y existen todos los medios probatorios, el juez podrá emitir sentencia (a diferencia de antes de la vigencia de dicha norma, si las partes no estaban en audiencia el proceso se archivaba).
- e) En el *artículo 7* se regula que se promueve la oralidad de los medios probatorios.
- f) En el *artículo 8* se establece la audiencia única, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y video mediante cualquier medio apto.

En igual sentido, mediante Ley N.º 31464, publicada el 4 de mayo de 2022, se modificó el Código Procesal Civil y Código de los Niños y Adolescentes para garantizar la celeridad en los procesos de alimentos. Entre las principales novedades están las siguientes:

- a) Se incorporó el artículo 164-A en el Código de los Niños y Adolescentes, en el cual se establece que la demanda pueda presentarse de manera virtual a través de la mesa de partes electrónica; también se permite por medio de formularios físicos y electrónicos.
- b) Se modificó el artículo 564 del Código Procesal Civil, en el cual se establece que el juez puede solicitar de oficio información del centro de trabajo del demandado e investigar los ingresos y obligaciones de este, en entidades como SUNAT, SUNARP o RENIEC.
- c) Se agregó el artículo 167-A al Código de los Niños y Adolescentes, el cual establece que, en el auto admisorio, además, se debe fijar fecha y hora para la realización de la audiencia única (dentro de los diez días posteriores a la notificación con la demanda a las partes). Además, el juez podrá solicitar la asistencia del defensor público cuando lo requiera la parte demandante. Finalmente, en el auto admisorio se puede notificar a las partes por correo electrónico o aplicaciones de servicios de mensajería instantánea para dispositivos móviles.
- d) Se agregó el artículo 170-A al Código de los Niños y Adolescentes, mediante el cual se establece que la audiencia única puede ser presencial o virtual. Asimismo, si ninguna de las partes concurre a la audiencia única, y existen los medios probatorios suficientes para resolver, el juez emite sentencia.
- e) En el artículo 173 se regula que concluidos los alegatos en la audiencia también se emite, oralmente, la sentencia. También se debe ordenar practique la liquidación de pensiones.

Los avances son importantes, pero aún queda pendiente solucionar los problemas de fondo con relación a cómo, quién, en qué momento se debe proteger el derecho de alimentos.

VI. Retos para la protección del derecho de alimentos

Como se puede advertir del acápite anterior, los avances son significativos para la celeridad del proceso; sin embargo, hay cuestiones materiales de fondo que aún no se han resuelto. Por ejemplo, existen factores fácticos, catalogados como de carácter material y procesal, que dificultan la máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el Perú. Los primeros están relacionados con aquellas circunstancias en las que se encuentra el progenitor que demanda los alimentos en favor de sus hijos, tales como la falta de trabajo remunerado, carencia de instrucción y de vivienda. La subsistencia personal del menor depende exclusivamente de la parte demandante. Vale decir que también existen otros factores relacionados con el demandado; por ejemplo, la insolvencia económica, el asesoramiento por un abogado particular y pago de aranceles judiciales, pese a que no cuenta con recursos económicos.

También existen factores de carácter procesal que dificultan la protección del derecho de alimentos, tales como el incumplimiento de la asignación anticipada, dilación del proceso imputable en la propia administración de justicia, dificultad para la notificación al demandado, apelación de sentencia sin fundamentos, e interposición de demanda de reducción de alimentos por parte del obligado.

Por otro lado, se recomienda derogar el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes; norma que establece el orden de prelación para prestar alimentos en caso de ausencia o desconocimiento del paradero de los padres. Dicho artículo no otorga seguridad jurídica en la protección de los alimentos.

Se debe modificar el artículo 479 del Código Civil (prescribe que por causa de pobreza del obligado principal la obligación pasa al obligado siguiente), debido a que se debe delimitar con más detalle el término «pobreza», como, por ejemplo, discapacidad severa que le impide trabajar.

Se debe incorporar al artículo 568 del Código Procesal Civil para que el cómputo de la pensión sea desde el día siguiente de la notificación con la demanda, siempre y cuando se trate de hijos con indubitable relación familiar. Y la notificación se debe realizar por todo tipo de medios disponibles.

Se debe modificar el artículo 675 del Código Procesal Civil, que regula la medida de asignación anticipada de alimentos, para que el Estado supla al obligado si este no cumple, con cargo a devolución de lo abonado más intereses.

Se debe modificar el artículo 24 literal b) del decreto supremo N.º 017-93-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial) para que también se exonere al demandado del pago de tasas judiciales cuando la pretensión del demandante no excedan las veinte (20) Unidades de Referencia Procesal.

A pesar de que las constituciones actuales ya contemplan enunciativamente los derechos sociales, estos no son eficaces; entonces, el reto es garantizar los derechos sociales de prestación. El constitucionalismo de igualdad implica crear un sistema pertinente de garantías, el órgano legitimado es el legislativo (Ferrajoli, 2001). En igual sentido, Alexy (1993) considera que los derechos a prestaciones en sentido estricto, es decir, los derechos fundamentales de carácter social, «Son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares» (p. 482). Somos partidarios de que, en el nuevo modelo de Estado («Estado constitucional y social de derecho»), los jueces también deben desarrollar contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social, de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan —como los clásicos derechos de libertad— a exigir únicamente omisiones estatales.

VII. Conclusiones

- Del artículo 6 y 4 de la Constitución Política del Perú, se puede interpretar que implícitamente se reconoce el derecho de alimentos a favor de los menores de edad. Por tanto, el derecho de alimentos es un derecho constitucional implícito; no obstante, es necesario un reconocimiento expreso.
- Existen factores fácticos, materiales y procesales que dificultan la máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el Perú. Los primeros están relacionados con aquellas circunstancias (desigualdades fácticas) en las que se encuentra el progenitor que demanda los alimentos en favor de sus hijos. No obstante, también existen otros factores relacionados con la parte demandada que afectan la protección del derecho de alimentos. De la misma manera, existen factores de carácter procesal que lesionan el derecho de alimentos.

- Para el diseño de un sistema de garantías, no se debe dejar de lado los factores jurídicos que dificultan la optimización del derecho de alimentos. Éstos están referidos a la ineficacia de disposiciones sustantivas y procesales, tales como: el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes, artículo 479 del Código Civil, los artículos 568 y 675 del Código Procesal Civil.
- Hay un avance considerable en la protección del derecho de alimentos por los cambios legislativos en el contexto de la pandemia (con la Directiva N.º 007-2020-CE-PJ que regula el «Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente», y la Ley 31464). No obstante, consideramos que aún existe el reto del diseño e implementación de una serie de garantías para la protección del derecho objeto de estudio.
- Los retos son asumir que el derecho de alimentos es un derecho fundamental de naturaleza individual, pero también de carácter social. Por tanto, corresponde a los jueces y/o legisladores dotar de un contenido esencial a cada dimensión, ya que es condición para determinar las prestaciones que deben satisfacer los sujetos obligados. Entonces, como derecho individual, el contenido esencial está conformado por lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica, recreación del niño o del adolescente, y los sujetos obligados para satisfacer dicho contenido son los padres. Como derecho social, el contenido esencial debe estar delimitado por el acceso a un monto mínimo vital y la tutela urgente en la protección de las necesidades, lo cual se puede lograr a través del otorgamiento por parte del Estado de un subsidio económico de ayuda familiar para hijos pertenecientes a familias monoparentales, el cual debe efectivizarse en caso de que el demandado no cumpla con la asignación anticipada de alimentos.
- Finalmente, optimizar el derecho de alimentos a favor de los menores se logrará diseñando un sistema de garantías institucionales y extra institucionales que tornen eficaz tanto en la dimensión individual como social.

VIII. Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. G. Valdés, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe N.º 001-2018-DP/AAC El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos*. Biblioteca Nacional del Perú.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli* (A. de Cabo y G. Pissarello, Eds.). Trotta.
- Rojas Ruiz, N. Y. (2018). *Máxima optimización del derecho constitucional implícito de alimentos a favor de los menores de edad en el sistema jurídico peruano*.

La libertad para testar con mínimas restricciones en el Perú: propuesta para limitar la asignación forzosa de la legítima

The freedom to test with minimal restrictions in Peru: proposal to limited the forced assignment of the legitimate

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho sucesorio y su relación con el derecho de familia. III. La herencia y la protección de la familia. IV. El testamento. V. La autonomía privada de la voluntad. VI. La Libertad para testar y la necesidad de limitar la asignación forzosa de la legítima. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen: El presente artículo analiza la cercana relación existente entre el derecho sucesorio y el derecho de familia, y lo que justifica restringir la libertad de testar con la asignación forzosa de la legítima. En la actualidad, se hace necesario modificar el sistema sucesorio en

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho por la Universidad Privada del Norte. Docente de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú. Correo electrónico: joel.romeromendoza@gmail.com

el Perú, en el sentido de darle primacía a la libertad de testar sobre los derechos legitimarios, pero limitando estos últimos. Así, se propone limitar la asignación forzosa de la legítima a casos excepcionales, lo que permitirá una mayor libertad para testar y la expresión de la última voluntad de las personas humanas respecto al destino de su patrimonio hereditario para después de su muerte. Asimismo, se cuestiona la asignación forzosa de la legítima como restricción a la libertad para testar, por cuanto es solo para los herederos forzosos (por el solo hecho de serlo), por lo que no es una justificación para la protección familiar por parte del Estado. También se analiza a qué familia debe protegerse con la asignación forzosa de la legítima y en qué situaciones. Para ello, se va tratar sobre el derecho sucesorio y su relación con el derecho de familia; la herencia y la protección familiar; el testamento; la autonomía privada de la voluntad, y, finalmente, la libertad para testar y la necesidad de limitar la asignación forzosa de la legítima.

Palabras clave: libertad para testar, autonomía privada de la voluntad, derechos legitimarios, restricciones para otorgar testamento, la asignación forzosa de la legítima

***Abstract:** This article analyzes the close relationship between succession law and family law, that justifies restrictions on the freedom to test with the forced assignment of the legitimate one; however, currently it is necessary to modify the succession system in Peru, to give primacy to the freedom to test over legitimate rights, limiting the latter. We propose to limit the forced assignment of the legitimate to exceptional cases, for greater freedom to test and the expression of the last will of human persons regarding the destination of their hereditary patrimony. It is questioned that the forced assignment of the legitimate as a restriction on the freedom to test is for the forced heirs, solely for having that condition, and that the justification is the protection of the family. We will analyze which family should be protected with the forced assignment of the legitimate one and in what situations. For this, it will address the succession law and its relationship with family law; inheritance and family protection; the testament; private autonomy of the will; and finally, the freedom to test and the need to limit the forced assignment of the legitimate one.*

***Key words:** freedom to test, private autonomy of the will, legitimate rights, restrictions to grant a will, forced assignment of the legitimate*

I. Introducción

Los códigos son instrumentos jurídicos muy importantes para los países, ya que regulan las relaciones sociales de los seres humanos en un momento histórico determinado, además de que tienen por objeto que se pueda vivir en paz en una sociedad organizada. En tal sentido, los códigos en las distintas ramas del derecho deben ser revisados y actualizados continuamente, con la finalidad de garantizar la protección a los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, la codificación debe adecuarse a la realidad social a la cual se va a aplicar. En concreto, los códigos civiles deben ser evaluados y actualizados (con las modificaciones que sean necesarias) sobre la base de lo dispuesto en las constituciones políticas, el estudio realizado por la doctrina y la aplicación de los códigos por la jurisprudencia, así como teniendo en cuenta una determinada realidad social.

De Trazegnies (2004) señala:

Los códigos son estructuras que duran un largo plazo y que pueden ser utilizadas y decoradas de diversas maneras a lo largo de su vigencia. Son zócalos o cimientos extensos en el tiempo sobre los cuales pueden construirse diversos tipos de edificios, adaptados a las necesidades del momento. (pp. 33- 34)

Conviene subrayar que, con el transcurso del tiempo, las sociedades evolucionan por factores sociales, políticos y económicos, y dado que no se puede abarcar todos los comportamientos humanos por medio de la codificación, se hace necesario una evaluación continua de los códigos civiles en los países con la finalidad de que se apliquen de acuerdo con su propia realidad.

Asimismo, como la sociedad está en constante evolución, y al ser la codificación el vehículo más idóneo, es necesario un remozamiento, una actualización y una adecuación de las instituciones jurídicas con la realidad (Alterini y Soto, 2000, p. 517).

El Código Civil peruano, promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 295, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, regula la sucesión testamentaria en la Sección Segunda del Libro IV. Asimismo, en el Título Tercero de la mencionada sección se regula la legítima y la porción disponible. De modo que, con una vigencia mayor a los treinta años, se hace

imperioso la revisión y actualización de nuestro Código Civil respecto a la sucesión testamentaria y la asignación forzosa de la legítima, posibilitando una mayor libertad para testar.

En nuestro país se acoge el sistema de libertad restringida para testar; por consiguiente, la persona humana que quiere disponer de su patrimonio hereditario para después de su muerte puede hacerlo con las limitaciones establecidas en la ley.

Es así que la asignación forzosa de la legítima constituye una restricción a la libertad para testar de las personas humanas, pues les impide disponer libremente de su patrimonio hereditario para después de su muerte, pese a ser propietarios del citado patrimonio.

Ahora bien, cabe mencionar que tanto el derecho a la libertad de testar como los derechos legitimarios coexisten. Asimismo, un derecho prima sobre el otro con base en el sistema de autonomía de la voluntad privada para testar acogido por un determinado país; sin embargo, los derechos en mención no pueden ser absolutos.

El presente artículo busca reflexionar acerca de la necesidad, en nuestro país, de darle primacía a la libertad para testar, como expresión de la autonomía privada de la voluntad, sobre los derechos legitimarios. Ello implica un cambio en el sistema de la autonomía privada de la libertad para otorgar testamentos, en el cual se amplíe la libertad para testar con mínimas restricciones, por lo que es un gran paso limitar la asignación forzosa de la legítima.

Por otro lado, el Estado debe intervenir en favor de los herederos forzosos cuando verdaderamente lo necesiten, pero enfocado en una verdadera protección familiar. A nuestro entender, la asignación forzosa de la legítima debería ser excepcional, ya que no encontramos una justificación razonable.

Si bien es cierto que el derecho de sucesiones cumple una finalidad social que, basado en la solidaridad familiar, busca la protección a la familia, pensamos que la asignación forzosa de la legítima no constituye en sí misma una protección familiar, dado que no hablamos de una copropiedad de los bienes, sino de una propiedad exclusiva del causante.

La protección constitucional a la familia debe ser interpretada en torno a la protección de cada uno de sus miembros, que incluya al causante, esto es, no solo desde la posición de los herederos forzosos.

Acorde con lo mencionado anteriormente, creemos que el hecho de tener la condición de herederos forzosos no los hace merecedores de una protección especial que limite la autonomía de la voluntad privada de aquella persona que quiere otorgar testamento. Sin embargo, habrá casos en los cuales sí se justifica una asignación forzosa de la legítima.

En el presente artículo explicaremos las razones por las cuales se debe limitar la asignación forzosa de la legítima, pero no estableceremos los casos específicos, que será materia de otra investigación más amplia, pues se tiene que evaluar factores sociales, económicos, y culturales a fin de no afectar derechos fundamentales del causante, así como de los beneficiados con la legítima.

Por lo tanto, se realizará un análisis crítico de las normas imperativas establecidas en el Código Civil vigente relacionadas al derecho de sucesiones y la legítima. Asimismo, se reflexionará acerca de la conveniencia de modificar dicho código y dar primacía a la libertad para testar sobre los derechos legitimarios, proponiendo limitaciones a la asignación forzosa de la legítima, con la finalidad de que se exprese la última voluntad de las personas humanas que quieren otorgar testamento, con mínimas restricciones legales.

II. El derecho sucesorio y su relación con el derecho de familia

Existen distintas teorías respecto a la justificación de la existencia del derecho de sucesiones. Es así que su reconocimiento y negatoria tiene distintas teorías que explican su fundamento. En aquellas teorías que justifiquen la existencia del derecho sucesorio se tiene como premisa la existencia del derecho de propiedad⁽¹⁾.

Para empezar, debemos mencionar que la existencia del derecho sucesorio es necesaria, por lo que, siguiendo al autor Maffía, consideramos que la teoría del afecto presunto del causante es la más adecuada para justificar su reconocimiento.

(1) Maffía, J (1993), señala como teorías que justifican la trasmisión hereditaria a las siguientes: a) Teoría del derecho natural, b) Teoría biológica, c) Teoría del afecto presunto del causante, d) Teoría de la copropiedad familiar, y, e) Teoría utilitaria. Asimismo, indica que existen teorías negatorias del derecho sucesorio. pp. 4 y 5.

Maffía (1993) explica que la teoría del afecto presunto del causante se sustenta en la prevalencia de la voluntad del difunto expresada en su testamento; y, si no lo ha redactado, la ley debe organizar un sistema que responda a presunción de cuál hubiera sido su voluntad (p. 5).

Luego, asumiendo la mencionada teoría, creemos que podría expresarse la última voluntad del causante en el testamento si se establecieran mínimas limitaciones legales. Así, por ejemplo, la asignación forzosa de la legítima debe darse en situaciones muy excepcionales.

El derecho de sucesiones se relaciona con otras ramas del derecho dentro del derecho privado, como el derecho de personas, derechos reales, derecho de obligaciones y el derecho de familia, que no van a ser objeto de análisis en el presente artículo, salvo la relación con este último.

Conviene subrayar que el derecho de sucesiones tiene como fundamento el derecho de propiedad y constituye una trasmisión del patrimonio del causante para después de su muerte.

Como afirma Armaza, hay una incuestionable sujeción del derecho hereditario al derecho de propiedad; no obstante, esta no es absoluta (Armaza, 2004, p. 64).

Respecto a la relación del derecho de sucesiones con el derecho de familia, podemos afirmar que ambos se relacionan, al cumplir el primero de los mencionados una función social de solidaridad familiar, que justifica la intervención del Estado con normas imperativas de protección familiar, a fin de no dejar desamparada a la familia del causante después de su muerte.

A continuación, es necesario reflexionar sobre el alcance de la protección familiar del Estado en materia sucesoria, es decir, ¿se justifica el beneficio de la legítima para herederos forzosos por el solo hecho de serlo? Consideramos que no. Además, para merecer una protección del Estado, el familiar beneficiado con la legítima debería tener una condición especial que lo haga vulnerable; por ejemplo, que sea menor de edad, persona con discapacidad, etc.

Cabe aclarar que es razonable que el Código Civil vigente establezca la asignación forzosa de la legítima para los herederos forzosos; pero no se justifica ese beneficio para todos ellos, por el solo hecho de serlo, ya que debemos considerar que el causante es propietario de su patrimonio.

Entonces, debe establecerse en el Código Civil vigente algunos supuestos por los cuales se imponga una asignación forzosa de la legítima en beneficio de los herederos forzosos para que la protección del Estado se justifique, teniendo como criterio el estado de vulnerabilidad, necesidad urgente, condición especial, u otros que sean razonables.

Por ejemplo, nos preguntamos si merecería protección especial (como la asignación forzosa de la legítima) aquel heredero forzoso que ha recibido cuidado, alimentación, educación y que actualmente puede generar su propio patrimonio. A nuestro parecer, la protección familiar debe ser únicamente para familiares que lo necesiten y se encuentren en estado de vulnerabilidad o alguna situación especial que lo justifique, pues lo contrario significaría que todos los herederos forzosos merecen protección del Estado, lo cual no es cierto.

En síntesis, podemos afirmar que, en la actualidad, se daría un paso muy importante en la legislación peruana si se modifica el sistema de autonomía de la voluntad para el otorgamiento de testamentos, así como si se establece la primacía del derecho de testar sobre los derechos legitimarios y restringir la asignación forzosa de la legítima para casos excepcionales, los cuales deben ser establecidos en el Código Civil vigente.

III. La herencia y la protección de la familia

La herencia está constituida por el patrimonio hereditario del causante, que se trasmite a sus sucesores, la cual posee naturaleza patrimonial (bienes, derechos y obligaciones) y, excepcionalmente, extrapatrimonial.

Como mencionamos anteriormente, el fundamento para la existencia del derecho sucesorio debe ser la teoría del afecto presunto del causante que privilegia la autonomía de la voluntad privada del causante sobre los derechos legitimarios, con la finalidad de que se exprese en el testamento su última voluntad respecto al destino de su patrimonio hereditario.

Ahora veremos cómo se regula la sucesión testamentaria en nuestro país, respecto a la autonomía privada de la voluntad del causante.

El artículo 686 del Código Civil peruano vigente prescribe que mediante el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala. Asimismo, establece que son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

Si bien es cierto la herencia está constituida por los bienes, existe un defecto en la redacción del artículo 686 del citado código, ya que refiere que también forman parte de la herencia los derechos y obligaciones. En ese sentido, el patrimonio que se trasmite a los sucesores del causante es la herencia, que tiene naturaleza patrimonial (bienes, derechos y obligaciones) y, excepcionalmente, extrapatrimonial.

Por otro lado, tenemos que el artículo 723 del Código Civil vigente señala: «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos».

La autonomía privada de la voluntad del causante tiene límites legales, a saber: el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas de protección familiar, como la asignación forzosa de la legítima.

Consideramos que la modificación del Código Civil vigente, en el sentido de privilegiar el derecho a testar sobre los derechos legitimarios, tiene como sustento la constitucionalización del derecho sucesorio con base en la protección familiar por parte del Estado a todos sus integrantes.

En efecto, la constitucionalización de las áreas del derecho son procesos que se dan como consecuencia de la influencia normativa de la Constitución Política de los diferentes ordenamientos jurídicos, en busca de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas humanas.

Landa (2018) señala:

La constitucionalización del derecho también es sobre todo una cuestión jurídica, en la medida en que su eficacia requiere de técnicas de integración y argumentación jurídica para la defensa de los fines esenciales de la carta magna —derechos fundamentales y límites a los excesos del poder—. (p. 57)

Todo proceso de constitucionalización se realiza por influencia de factores sociales, políticos y económicos que se dan en la sociedad. Por esta razón, se busca fortalecer los contenidos de los distintos derechos fundamentales de las personas humanas en cada momento histórico.

El derecho de sucesiones y el derecho de familia tienen una regulación normativa que es complementaria y garantiza la protección de la familia a nivel constitucional.

Así, tenemos que el artículo 4 de la Constitución política del Perú establece:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

En consecuencia, las normas imperativas para regular el otorgamiento de testamento deben adecuarse a lo establecido en la Constitución Política sobre la protección de la familia, reconocida como instituto natural y fundamental de la sociedad.

Para la protección legal a la familia, existen normas imperativas en el derecho sucesorio que limitan la autonomía privada de la voluntad de las personas humanas para otorgar testamentos. Es así que la asignación forzosa de la legítima restringe el derecho de testar.

Existen teorías respecto a la protección de las normas imperativas en favor de la familia y aquellas que consideran que no son necesarias. Las teorías proteccionistas propugnan la defensa de normas imperativas como la asignación forzosa de la legítima en favor de los herederos forzosos.

Fernández (2014) indica sobre la tesis proteccionista: «Generalmente el patrimonio obtenido por una persona no es solo fruto del esfuerzo personal, sino también, en alguna forma, de los miembros de su familia».

Por su parte, Tuesta (2022) indica:

Doctrinalmente, la *ratio legis* de la legítima es precisamente garantizar el sustento de la familia del causante más allá de su muerte. No obstante, esta figura descansa en suposiciones que no se ajustan con la realidad; una de ellas es que el patrimonio a heredar fue adquirido con el esfuerzo conjunto de la familia —en una suerte de copropiedad en sentido lato— y que, por tanto, corresponde que regrese a ellos cuando el titular representante de la familia fallezca. (p. 153)

Actualmente, la tesis proteccionista de la familia que señala que el patrimonio de una persona ha sido fruto del esfuerzo personal y también de la familia (por lo cual justifica la imposición legal de la legítima) no tiene sustento, pues los miembros de la familia no son copropietarios. Debe ser muy excepcional el caso de patrimonios familiares construidos con el esfuerzo de cada uno de los integrantes de la familia.

Si bien no estamos de acuerdo con la tesis proteccionista de manera total, consideramos que la asignación forzosa de la legítima debe existir, pero de manera excepcional.

Debemos entender que la protección a la familia debe darse para todos sus integrantes, incluyendo al causante, por lo que debe respetarse su autonomía privada de la voluntad, pues lo contrario ocasionaría la vulneración al derecho de testar como parte del derecho fundamental a la libertad personal.

Varsi (2011) establece que el Estado a través de las normas y políticas protegen a la familia y su misión es brindarle mecanismos eficientes que la regulen y permitan su desenvolvimiento en sociedad considerando el desarrollo personal de cada uno de sus miembros (p. 253).

La protección que brinda el Estado a la familia debe ser para aquellos integrantes que verdaderamente lo necesiten. No podemos pensar que los herederos forzosos requieran una protección del Estado por ese solo hecho. Imaginemos el caso de herederos forzosos que han desatendido al causante y luego reciban parte de la herencia, sin merecerlo.

Fernández (2014) señala:

Los defensores de la negación del derecho de sucesiones sostienen que no resulta justo ni útil que el hombre que habría pedido en vida disponer de sus bienes lo haga después de muerto a favor de determinadas personas que nada han hecho para adquirir la herencia dejada. (p. 65)

Creemos que no se debe limitar el derecho de una persona a dejar testamento a personas que lo han apoyado durante su vida, sin tener un vínculo sanguíneo, o a las personas que ellos consideren.

Si bien es cierto se limita la autonomía privada de la voluntad en mérito a la protección de la familia, consideramos que la familia que se debe proteger es aquella que requiere urgentemente un apoyo por razones especiales.

La legislación nacional no puede ser ajena a la realidad actual en donde cada integrante de la familia puede crear su propio patrimonio y no atenerse a una herencia. Además, teniendo en cuenta que el causante es propietario de su patrimonio hereditario, no se justifica una imposición de la legítima para los herederos forzosos, salvo casos muy excepcionales.

Respecto a la familia, Varsi (2011) señala:

Consciente de que su origen estaría dado en la satisfacción de caprichosas necesidades o del surgimiento de nuevas costumbres, no podemos permitir que la ley sea ajena a esta realidad y debe empezar a proyectar sus normas a fin de proteger a la familia, sin descuidar o restringir los derechos y aspiraciones de las personas que la componen. Cada institución del Derecho de familia va adecuando sus objetivos y fines de acuerdo a la época vivida. (p. 56)

Creemos que el Estado debe proteger al heredero forzoso, pero el cual, además, tenga alguna condición especial que lo haga vulnerable.

La asignación forzosa de la legítima para familiares que pueden tener su propio patrimonio y no requieren de la herencia del causante no se justifica, ya que la persona que otorga testamento como integrante de la familia también tiene derecho a expresar su voluntad libremente, sin restricciones legales irrazonables.

Consideramos que el límite a la libertad de testar debería encontrarse en el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas sobre la asignación forzosa de la legítima, pero únicamente para supuestos específicos, con lo que se garantiza que se exprese la última voluntad del causante, con mínimas restricciones.

En la actualidad, debe evaluarse si la normativa vigente es adecuada o debería modificarse con la finalidad de darle mayor autonomía a la voluntad de las personas humanas que desean otorgar un testamento, ya que en la mayoría de casos no se estaría protegiendo a la familia con solo hecho de asignarle de manera forzosa la legítima a los herederos forzosos, pues se generaría en algunas personas que se atengan únicamente a la herencia futura y a no crear su propio patrimonio.

Definitivamente, la protección a la familia incluye al causante que tiene derecho a disponer de su patrimonio hereditario conforme lo crea conveniente, con las limitaciones del orden público, las buenas costumbres y normas imperativas razonables.

En definitiva, si bien la asignación forzosa de la legítima busca proteger a la familia, no debe ser para todos los herederos forzosos, únicamente por tener ese vínculo con el causante, sino para aquellos que tengan una condición especial que los haga vulnerables.

IV. El testamento

El testamento es un acto jurídico que expresa la última voluntad de una persona humana para después de su muerte, respecto al destino de sus bienes, derechos y obligaciones, cuya naturaleza puede ser patrimonial o extrapatrimonial, con las limitaciones que establece la ley.

Lohmann (2017) expone lo siguiente:

[...] no puede pregonarse del testamento que sea un acto jurídico ordinario, al menos si se lo quiere calificar de fuente creadora de relaciones jurídicas. La situación —no la relación— jurídica sucesoria nace *ex lege* porque alguien tiene que suceder al difunto en sus posiciones jurídicas; de modo que por delegación del ordenamiento el testamento solo cumple la función de establecer un régimen normativo sustitutorio del legal sobre el «quien» y el «cómo» de la sucesión. (pp. 263-264)

Por su parte, Álvarez (1990) indica que el testamento es un acto formal, unilateral, revocable y personalísimo, principalmente de disposición de bienes, llamado a surtir sus efectos *mortis causa* (p. 223).

En el mismo sentido, Fernández (2014) refiere que «El testamento es un acto jurídico unilateral, unipersonal, escrito y solemne por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte» (p. 173).

Por otro lado, Ferrero (2012) señala que el testamento es la declaración de última voluntad que hace una persona al disponer de sus bienes y asuntos que le atañen para después de su muerte (p. 345).

Asimismo, Gómez (2011) define al testamento como «aquel acto unilateral de última voluntad en el que el otorgante (testador) determina el destino de sus bienes para después de su muerte, y en su caso, establece otras disposiciones, de carácter patrimonial o no patrimonial» (p. 101).

Para otorgar testamento en el Perú, se deben cumplir algunas formalidades establecidas en el Código Civil vigente, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad absoluta del testamento.

En nuestro país existe una exagerada rigidez formal para el otorgamiento de testamentos, lo que ocasiona que no sea muy utilizado por los peruanos en la actualidad⁽²⁾.

(2) Conforme señala la Oficina General de Comunicaciones de Sunarp, son pocos los peruanos que dejan un testamento para distribuir ordenadamente sus bienes y

Lohmann (2017) señala sobre la disciplina global del régimen testamentario en nuestro país:

[...] desde el punto de vista documental, su exagerada rigidez formal, y desde el punto de vista comercial el estrecho margen que el ordenamiento concede a la autonomía del testador, todo lo que a la postre determina que la utilidad social del testamento resulte mínima y, por tanto, de poco uso. (p. 253)

Como podemos apreciar, una rigidez formal y limitaciones (a nuestro parecer) no razonables en la legislación nacional ocasionan que no se utilice masivamente. En tal sentido, Tuesta (2022) refiere que la restricción que impone la legítima causa desincentiva en las personas para elegir la vía testamentaria (p. 156).

Dicho lo anterior, se hace necesario un cambio en la regulación del otorgamiento de testamentos con normas más flexibles, más simples, más aún dado el avance de la tecnología, que actualmente permite la identificación, comunicación, corroboración de información, entre otras facilidades, para que se pueda utilizar los testamentos de manera masiva. Además, se hace imprescindible darle más amplitud a la autonomía privada de la voluntad de las personas humanas y limitar la asignación forzosa de la legítima para casos excepcionales.

Creemos que la sola condición de heredero forzoso no debe ser suficiente para el beneficio de la legítima, ya que la función social del derecho sucesorio se basa en la solidaridad familiar, pero para la familia que merece protección. En otras palabras, la legítima debe ser para los herederos forzosos que, además, tengan alguna condición que los haga vulnerables.

V. La autonomía privada de la voluntad

La autonomía privada de la voluntad tiene una acepción amplia y una acepción restringida. En una acepción amplia, la autonomía privada es el poder reconocido por el ordenamiento jurídico al ser humano para

evitar futuros conflictos familiares cuando llegue el inevitable final. Ello se refleja en el número de testamentos inscritos en la Sunarp, entre enero y octubre de 2022: 7 812). Esta es una cifra significativamente menor frente al número de sucesiones intestadas tramitadas en el mismo lapso: 131 264. Véase Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/345550-te-explicamos-como-inscribir-un-testamento>

governarse, como quiere, dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico (Torres, 2015, p. 159). En cambio, en una acepción restringida, podemos afirmar que la autonomía privada de la voluntad es entendida como aquella libertad de toda persona humana para regular sus propios intereses en los actos jurídicos que celebre, con los límites establecidos en la ley.

Cabe subrayar que el principio de la autonomía de la voluntad se ejerce de acuerdo al principio de la sucesión familiar (Armaza, 2004, p. 113). En el derecho sucesorio, si bien existe la autonomía privada de la voluntad para el otorgamiento de testamento, hay límites legales que restringen dicha autonomía. Uno de los límites a la citada autonomía se encuentra en la imposición de la asignación forzosa de la legítima, cuya finalidad es la protección familiar, que a nuestro entender debe limitarse únicamente a casos excepcionales.

En cuanto a la función preceptiva del testamento, Lohmann (2017) indica que, con base en el principio de autonomía privada, conduce al intérprete a entender el testamento como un auténtico mandato de conducta respecto de lo que debe hacerse con los bienes, derechos y obligaciones que integran el acervo sucesoral (p. 389).

Asimismo, respecto a la autonomía privada, esta faculta a una persona para que, autorregulando sus intereses y regulando los intereses de sus sucesores, dentro de la ley, señale el curso que habrá de tener la sucesión que cause con su muerte (Armaza, 2004, p. 132).

Ahora bien, el establecimiento de la asignación forzosa de la legítima implica una restricción a la libertad del testador y, por lo tanto, a su autonomía privada de la voluntad, al no poder expresar su última voluntad sobre el destino de su patrimonio hereditario para después de su muerte.

Al respecto, Armaza (2004) indica que la legítima configura el mayor obstáculo contra una irrestricta autonomía de la voluntad (p. 164). Por su parte, Gómez (2011) sugiere que esta presupone la existencia del testamento y trata de proteger a determinados parientes, construyendo la libertad del causante (p. 485). Para Aguilar (2011), «[...] la legítima es una restricción al derecho de propiedad, más precisamente a la facultad de libre disposición, en tanto que el propietario del bien no puede disponer como mejor le parezca» (p. 225).

De ahí que, en la actualidad, en nuestro país, se hace necesario un cambio legislativo, en el sentido de darle mayor importancia a la autonomía de la voluntad privada de la persona humana al otorgar testamento, y evaluar la asignación forzosa de la legítima solamente para casos excepcionales.

Consideramos que, si una persona ha cumplido con sus obligaciones como padre o madre, esto es, con protección, alimentación y educación para sus hijos, no se entiende por qué motivo los hijos (como herederos forzosos) deban atenerse a una herencia, pues ellos pueden tener su propio patrimonio.

De igual manera, en el caso de los otros herederos forzosos, como los demás descendientes (además de los hijos), padres, ascendientes, cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho, deben ser beneficiados con la legítima únicamente en casos excepcionales.

Por otro lado, Fernández (2014) señala sobre la tesis abolicionista: «La abolición de la legítima permitirá que los hijos desarrollen sus propias facultades para subvenir a sus necesidades con su propio esfuerzo sin esperanzarse en recibir algún día una herencia que, a lo mejor, no merecen» (p. 240).

Dicho lo anterior, no creemos adecuada la tesis abolicionista de la legítima, porque existen casos en los cuales sí se justifica la intervención del Estado para proteger a los herederos forzosos que se encuentran en estado de vulnerabilidad o estado de necesidad urgente. Por ejemplo, deben protegerse a menores de edad, personas con alguna discapacidad, algunos derechos del cónyuge o integrante de la unión de hecho, etc.

Por lo tanto, la autonomía privada de la voluntad de las personas que quieren dejar testamento debe ser limitada únicamente por motivos justificados. Y a nuestro parecer, la imposición de la asignación forzosa de la legítima para los herederos forzosos, por ese solo hecho, no tiene justificación.

Si bien la libre disposición del patrimonio hereditario del causante para después de su muerte debe tener limitaciones legales, como no contravenir el orden público o las buenas costumbres y las normas imperativas, la legítima debe regularse para proteger a integrantes de la familia que verdaderamente lo necesiten.

Pensamos que debe limitarse la voluntad de testar de una persona únicamente en casos de familiares que tengan una condición especial que los haga vulnerables, ya que en la mayoría de los casos los herederos forzosos no necesitan de una herencia para ejecutar su proyecto de vida.

Finalmente, consideramos que la limitación de la autonomía de la voluntad de una persona que desea dejar testamento debe ser mínima, solamente en casos excepcionales y con criterios objetivos que deben ser establecidos en el Código Civil vigente.

VI. La Libertad para testar y la necesidad de limitar la asignación forzosa de la legítima

La libertad para testar forma parte de la autonomía privada de la voluntad de las personas humanas, por medio de la cual dichas personas pueden decidir libremente respecto al destino de su patrimonio hereditario para después de su muerte, con las limitaciones de ley. Una de las limitaciones para otorgar testamento se encuentra en la asignación de la legítima para herederos forzosos.

Una persona puede disponer de todos sus bienes a título oneroso sin limitaciones, salvo aquellas que perjudiquen a terceros, por lo que las limitaciones para otorgar testamento deberían ser aquellas que tienen una justificación constitucional, esto es, con base en la protección familiar.

En concreto, la imposición de la asignación de la legítima para los herederos forzosos debe regularse sobre la base de una necesidad urgente, estado de vulnerabilidad, o alguna condición que justifique una protección del Estado.

En tal sentido, el Estado debe garantizar la función social del derecho sucesorio expresada en la solidaridad familiar, con normas imperativas para la protección familiar de cada uno de los integrantes de la familia, al producirse el otorgamiento de testamento, que tengan en cuenta que el causante también es integrante de la familia.

Para establecer la primacía del derecho a testar sobre los derechos legítimos, se debe analizar cada caso concreto. Por ello, se hace necesario el establecimiento de causales por las cuales se establezca la asignación forzosa de la legítima justificada en una protección familiar.

La legítima se encuentra regulada en el Título III, de la Sección Segunda, del Libro IV, del Código Civil vigente. Así tenemos, que el artículo 723 del Código Civil vigente señala: «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos». Asimismo, en el artículo 724 del citado código se precisa que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los

padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. Posteriormente, se establece en los artículos 725, 726 el porcentaje de la asignación forzosa de la legítima, y como consecuencia de ello, la libre disposición del patrimonio del causante⁽³⁾.

Si bien no podría existir una libertad absoluta para el otorgamiento de testamento, por cuanto no se debe contravenir el orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas para proteger a la familia, debe evaluarse a qué familia debe protegerse con la asignación forzosa de la legítima, ya que no es razonable la protección al heredero forzoso, por el solo hecho de serlo.

En los casos en los cuales el causante ha educado a sus hijos y les ha brindado todo el apoyo para que ellos tengan su propio patrimonio, y no tengan ninguna necesidad de esperar recibir una herencia de su padre o madre, no es razonable limitar la voluntad de una persona de disponer de su patrimonio conforme lo crea conveniente, salvo las limitaciones de ley. Lo mismo ocurre con los otros herederos forzosos que reciben una herencia por tener esa condición.

Existen dos posiciones en la doctrina sobre la autonomía de la voluntad para testar:

- a) Libertad absoluta.
- b) Libertad restringida.

En nuestro país, se acoge la libertad restringida para testar, puesto que se admite la libertad para testar, pero con limitaciones legales.

El principio de la relación familiar y el de la igualdad entre los sucesores se erigen como circunstancias que, definitivamente, limitan la autonomía de la libertad testamentaria (Armasa, 2004, p. 163)

Consideramos que es razonable establecer normas imperativas para proteger a la familia; sin embargo, dicha protección debe alcanzar a los familiares que tengan una condición especial que los haga vulnerables, mas no a todos los familiares por el solo hecho de ser herederos

(3) Artículo 725. El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Artículo 726. El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

forzosos. No debemos olvidar que el causante también es integrante de la familia y tiene derecho como propietario de su patrimonio hereditario a disponer del mismo.

Armasa (2004) señala:

Parecen suficientes los deberes impuestos a los padres para educar, alimentar, asistir, etc., a sus hijos; más allá de esto, las limitaciones nos parecen excesivas; debería, pensamos, otorgarse más libertad al testador para autorregular sus intereses y los intereses de los otros sujetos de la sucesión. (p. 168)

Por su parte, Espada (2021) refiere que, si existen familiares que actuaron de forma solidaria con el causante en vida, es legítimo que se les garantice una asignación, con lo cual la misma se convierte en una forma de protección a las relaciones familiares cuyo fortalecimiento se pretende garantizar constitucionalmente (p. 134)

Pensamos que toda persona que crea un patrimonio durante su vida tiene derecho a disponer de sus bienes a través de un testamento con mínimas restricciones legales, ya que es propietario de los mismos, pues así expresará su última voluntad y, por ende, se garantizará el derecho a su libertad personal.

Finalmente, podemos afirmar que la libertad para testar debe tener primacía sobre los derechos legitimarios, por los siguientes motivos: a) el patrimonio hereditario es propiedad del causante; b) la protección familiar por parte del Estado es para todos los integrantes de la familia, incluyendo al causante; c) la protección familiar por parte del Estado a los herederos forzosos, únicamente por tener esa condición, no tiene amparo constitucional, ya que se limita injustificadamente la autonomía de la voluntad privada del causante; d) la asignación de la legítima (como está establecida actualmente en el Código Civil vigente) vulnera el derecho de testar del causante, ya que no puede disponer libremente de su patrimonio hereditario.

VII. Conclusiones

- El derecho de sucesiones se relaciona con el derecho de familia al cumplir el primero de ellos una función social de solidaridad familiar, que justifica la intervención del Estado con normas imperativas

de protección familiar a fin de no dejar desamparada a la familia del causante después de su muerte.

- La modificación del Código Civil vigente, en el sentido de privilegiar el derecho a testar sobre los derechos legitimarios, que implica un cambio del sistema de la autonomía privada de la voluntad para testar, tiene como sustento la constitucionalización del derecho sucesorio con base en la protección familiar por parte del Estado a todos sus integrantes.
- Las restricciones legales para otorgar testamento deben limitarse a no contravenir el orden público o las buenas costumbres y la imposición de la asignación forzosa de la legítima para herederos forzosos, siempre y cuando estos tengan alguna condición que los haga vulnerables, por lo que debe establecerse en el Código Civil vigente los supuestos para su aplicación.
- En nuestro país, debe realizarse un cambio en la regulación del otorgamiento de testamentos con normas más flexibles, más simples, más aún dado el avance de la tecnología, que permite la identificación, comunicación, corroboración de información, entre otras facilidades para que se pueda utilizar los testamentos de manera masiva.
- No consideramos adecuada la tesis abolicionista de la legítima, porque existen casos en los cuales sí se justifica la intervención del Estado para proteger a herederos forzosos que se encuentran en estado de vulnerabilidad o necesidad urgente. Por ejemplo, deben protegerse a menores de edad, personas con alguna discapacidad, algunos derechos del cónyuge o integrante de la unión de hecho, etc.
- La libertad para testar debe tener primacía sobre los derechos legitimarios, por los siguientes motivos: a) el patrimonio hereditario es propiedad del causante; b) la protección familiar por parte del Estado es para todos los integrantes de la familia incluyendo al causante; c) la protección familiar por parte del Estado a los herederos forzosos, únicamente por tener esa condición, no tiene amparo constitucional, ya que se limita injustificadamente la autonomía de la voluntad privada del causante; d) la asignación de la legítima (como está establecida actualmente en el Código Civil vigente) vulnera el derecho de testar del causante, ya que no puede disponer libremente de su patrimonio hereditario.

VIII. Referencias

- Aguilar, B. (2011). *Derecho de sucesiones*. Ediciones Legales.
- Alterini, A., y Soto, C. (2000). El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina. *Derecho PUCP*, (53), pp. 513-529. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.014>
- Álvarez, J.A (1990). *Curso de derecho Hereditario*. Civitas.
- Armasa, J. (2004). *Derecho civil. Sucesiones: de la sucesión en general*. ADRUS.
- De Trazegnies, F. (2004). El código civil de 1984: ¿Vejes prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. *Themis. Revista de Derecho*, (49), pp. 23-35.
- Espada, S. (2021). Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (36), pp. 113-140.
- Fernández, C. (2014). *Derecho de sucesiones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrero (2012). *Tratado de derecho de sucesiones*. Gaceta Jurídica.
- Gómez, J. (2011). *Derecho de sucesiones*. Jurista Editores.
- Landa, C. (2018). *La constitucionalización del derecho. El caso de Perú*. Palestra Editores.
- Lohmann, J. G. (2017). *Derecho de sucesiones* (t. 1). Gaceta Jurídica.
- Maffía, J. O. (1993). *Manual de Derecho sucesorio* (t. 1 y 2). Ediciones Depalma.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Oficina General de Comunicaciones-Sunarp. Te explicamos cómo inscribir un testamento. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/345550-te-explicamos-como-inscribir-un-testamento>
- Torres, A. (2015). *Acto Jurídico* (vol. 1). Instituto Pacífico.
- Tuesta, F. (2022). Tríada legítima: la interrelación entre la propiedad, el derecho sucesorio y la familia. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (105), pp. 141-159.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (t. 1). Gaceta Jurídica.

Derecho Penal y Procesal Penal



Criterios jurídicos para la integración del enfoque de género en la teoría del delito a nivel de la tipicidad subjetiva

Legal criteria for the integration of the gender approach in the theory of crime at the level of subjective typicity

BRINGAS FLORES, Sandra Maribel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Integración del enfoque de género como categoría de análisis en el derecho. 2.1. El enfoque de género. III. Constitución Política, política criminal y el derecho penal: la dignidad de las personas como fin supremo del Estado. 3.1. Funcionalidad del derecho penal. 3.2. Derecho penal y enfoque de género. IV. Teoría del garantismo penal y la protección a la mujer de los delitos y las violencias. 4.1. *Ultima ratio* del derecho penal como propósito de un Estado democrático. V. Alcances del elemento «tipicidad y tipicidad subjetiva» dentro de la teoría del delito. 5.1. Elementos del tipo penal: subjetivo y objetivo. VI. Acerca de los criterios jurídicos para introducir el enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva a nivel de la teoría del delito. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

(*) Abogada. Maestra en Ciencias, mención Derecho Penal y Criminología. Fiscal Provincial (T) en Prevención del Delito del Distrito Fiscal de Cajamarca. Docente invitada de la Escuela de Posgrado de Unidad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: sandrabringas@gmail.com

Resumen: En la presente entrega, se expone la necesidad de contar con criterios jurídicos para la integración del enfoque de género en la teoría del delito a nivel de la tipicidad subjetiva, en aquellos delitos cualificados por la víctima mujer. Para ello, se señala que el enfoque de género es una herramienta metodológica que sirve para analizar el derecho, así como para evidenciar las relaciones disímiles y desventajas por los roles que la sociedad ha impuesto en perjuicio de las mujeres cuando son víctimas de un delito, lo que genera conflictos sustantivos y procesales a la hora de resolverlos penalmente. Por tal razón, desde el positivismo incluyente y el garantismo penal, se proponen cinco criterios jurídicos, con sustento constitucional y convencional, que deben tener en cuenta los intérpretes razonables de la ley para abordar desde la investigación un acto delictivo, consistentes en i) dignidad humana como bien jurídico general; ii) equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio; iii) metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados; iv) precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad), y v) recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica. La propuesta busca promover que el derecho penal se justifique si garantiza simultáneamente los derechos de la víctima y del potencial autor del delito.

Palabras clave: criterios jurídicos, enfoque de género, teoría del delito, tipicidad subjetiva

Abstract: In this installment, he exposes the need to have legal criteria for the integration of the gender approach in the Theory of Crime at the level of Subjective Typicality, in those crimes qualified by the female victim. For this, it is pointed out that the gender approach is a methodological tool that serves to analyze the law, evidencing the dissimilar relationships and disadvantages due to the roles that society has imposed to the detriment of women when they are victims of a crime. This generates substantive and procedural conflicts when it comes to resolving them criminally. For this reason, from inclusive positivism and criminal guarantees, we propose five legal criteria, with constitutional and conventional support, that reasonable interpreters of the law must take into account, to approach a criminal act from the investigation, consisting of: i) human dignity as a general legal good; ii) equity and non-discrimination as the basis of an anti-discrimination right; iii) Methodology and/or procedure that evidences an acknowledgment of the victim, its context, background, and

duly accredited facts; iv) accuracy of basic principles of criminal law (principle of criminal legality, strictness of criminal law and true law) and criminal procedural law (due process, presumption of innocence, objectivity), and v) recurrence to criminal law in the event of intolerable social reproach due to its impact on peaceful coexistence. The proposal seeks to promote that criminal law is justified if it simultaneously guarantees the rights of the victim and the potential perpetrator of the crime.

Keywords: *legal criteria, gender approach, crime theory, subjective typicity*

I. Introducción

En los últimos años el derecho penal peruano, debido a la incorporación del enfoque de género, ha sufrido diversas modificaciones en sus fundamentos sustantivos-dogmáticos a través de la tipificación de nuevos injustos y el incremento en el *quantum* de las penas de los delitos ya existentes, sobre todo aquellos cualificados por la víctima mujer. Estos cambios han sido motivados por la realidad de los diferentes tipos de violencias hacia la mujer. Esta violencia, manifestada de diferentes maneras por su género (mujer social y culturalmente contextualizada), ha conllevado a que se presenten diversos cambios en la legislación especial peruana (v. gr. Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, D. Leg. N.º 1323), en diferentes áreas del derecho, a causa del alto índice de casos de violencia sexual, familiar y física que tienen como víctimas a las mujeres.

De otro lado, ante el fracaso o percepción de falta de severidad para frenar esta violencia, la política criminal de nuestro país ha ido desarrollando una tendencia a la tipificación de delitos con perspectiva de género. De ese modo, se viene cambiando la postura tradicional del desarrollo del derecho, siempre analizado y desarrollado desde un enfoque aparentemente neutral, pero que no se ve reflejado en la jurisprudencia, sino que, como lo señala Julissa Mantilla, «ha resultado siendo causa y consecuencia de construcciones sociales y culturales que refuerzan modelos estereotipados y discriminatorios» (2017, p. 5). La doctrina penal ha mostrado, mayoritariamente, su oposición a la introducción de perspectivas diferenciadas en el abordaje de delitos que tienen como víctimas a las mujeres. Dicha postura se refleja en las propias sentencias judiciales y es la manifestación de la resistencia al análisis de una categoría como lo es el enfoque de género en la médula del derecho penal: la teoría del delito. Es más, ha generado dificultades en el abordaje de la tipicidad (calificación de un hecho al tipo

penal) relacionada con delitos vinculados a violencia sexual, feminicidio y aquellos derivados de violencia familiar, lo que evidencia dificultades procesales vinculados con la valoración de la prueba.

En este escenario, apreciamos que la tendencia de nuestra política criminal obliga a repensar el análisis de la teoría del delito y, principalmente, el análisis de la tipicidad subjetiva, donde la valoración de la acción genera posturas contradictorias, pese a la necesidad dogmática penal sobre el elemento subjetivo del tipo —la discriminación— y los criterios para determinarlo en los casos de violencia de género, cuya materialización se da en aquellos delitos que tienen como sujeto pasivo a una víctima mujer.

II. Integración del enfoque de género como categoría de análisis en el derecho

2.1. El enfoque de género

El concepto de «género» se entiende como una categoría donde, en buena cuenta, la perspectiva, el enfoque de género o la perspectiva de igualdad de género (en términos del Tribunal Constitucional peruano) evidencian la desigualdad en relaciones en las que se encuentran las mujeres respecto de los hombres, donde las primeras se hallan en un especial y desventajoso estado de vulnerabilidad.

La Convención Belem do Pará incorporó por primera vez en su texto la expresión «género», con lo que se convirtió en el primer tratado internacional, en el marco del derecho convencional, en utilizar este término, muy recurrido en su uso por las ciencias sociales. Por ello, Toledo Vásquez (2008) señala que este término alude a construcciones sociales que subyacen al entendimiento de la feminidad y la masculinidad en un contexto dado. El género como concepto posee dos aspectos inseparables: uno como significado simbólico y otro como conjunto de relaciones sociales materiales. Se verifican en diferentes escenarios (lo público y lo privado).

Patricia Ruiz (1998), McDowell (2009), Villanueva Flores (2009) y Susana Mosquera (2017) coinciden en señalar que la categoría género, como enfoque, contribuye a explicar esta desigualdad existente entre hombres y mujeres, y lo que este desequilibrio presenta en sus vidas, así como también en la organización social. A partir de los roles que se les asigna por sus diferencias biológicas, se pueden advertir situaciones que perjudican a uno de los sexos, pero con mayor incidencia a las mujeres.

Estas diferencias entre hombres y mujeres, por la diferencia biológica, trascienden también en el plano de las relaciones jurídicas y, por tanto, en el derecho en general. Dentro de las tres características que Frances Olsen (2009, p. 138) presenta de los dualismos, la tercera identifica al derecho con el lado masculino.

Este término nacido en el campo de las ciencias sociales ha sido introducido en el derecho (de manera particular en los derechos humanos), y no con pacífica aceptación, más aún cuando su análisis y aspectos circundantes vinculados con los valores y la práctica social ha merecido que el poder punitivo del Estado lo aprehenda para legislar y recoger una problemática compleja y estructural relacionada con la violencia en contra de la mujer y sus múltiples manifestaciones.

El enfoque de género, actualmente, se ha convertido en una estrategia que ha ingresado en diversos espacios, en búsqueda de la igualdad material o, de hecho, en políticas públicas de sectores claves que pone a prueba la mirada o enfoque que se ha venido arrastrando en perjuicio del tratamiento entre hombres y mujeres. Las políticas públicas se encuentran obligadas a incorporar esta mirada de manera transversal para determinar su incidencia en las relaciones entre hombres y mujeres, más aún porque, al decir de Carmona Cuenca (2015, p. 28), «son debidas a las relaciones desiguales de poder establecidas entre los géneros desde hace miles de años y la situación subordinada de las mujeres en la mayor parte de las sociedades, dominadas por el patriarcado». Como resultado, se presenta lo que hoy se denomina «la transversalización de la perspectiva de género», que también ha significado la inclusión dentro de la política criminal de la región, y en especial en el derecho, en procura de lograr la igualdad de género.

El término «enfoque de género», conforme a lo que recoge la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, señala que, por él, se reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres construidas sobre la base de las diferencias de género, una de las principales causas principales de violencia contra las mujeres (art. 3, inc. 1).

No obstante ello, se puede decir que tanto el enfoque de género como la perspectiva de género aluden a asuntos de discriminación por razón de género, que comprenden actos de violencia contra las mujeres o un tratamiento distinto del derecho que termina afectando la forma o modo en que se abordan los conflictos que producto de las relaciones se pueden

presentar. De modo tal que, por el enfoque de género, se puede advertir, dentro de un análisis de los dualismos, que el derecho siempre se ha ubicado del lado masculino por una jerarquización y sexualización de las relaciones interpersonales y dualismos que clasifican a los seres humanos.

III. Constitución Política, política criminal y el derecho penal: la dignidad de las personas como fin supremo del Estado

En nuestro país, la Constitución Política de 1993 no contempla de manera expresa los lineamientos de la política criminal peruana. No se definen los lineamientos constitucionales, propios de un Estado constitucional, que se deben seguir para asegurar la protección de la persona cuando sus derechos (bienes jurídicos) son conculcados por los particulares o por el propio Estado.

No obstante, contamos con el artículo 44, Título II, referido al Estado y la Nación, que en su primer párrafo prescribe:

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Como se podrá advertir, de esta directriz se desprende la obligatoriedad del Estado social y democrático de derecho que poseemos de garantizar seguridad a los integrantes, frente a cualquier evento que pueda generar amenaza a la paz y convivencia social. Entonces, también implica la necesidad de desarrollar un programa político que esté basado en una estrategia coherente y garantista de los derechos fundamentales, y promueva la criminalización de conductas y, por ende, la sanción punitiva que merezca aquel que atente contra este objetivo estatal.

La justificación constitucional de esta necesidad la encontramos en este vínculo que, necesariamente, tiene el derecho constitucional con el derecho penal, pues garantiza, en palabras de Tiedemann (2003, p. 15), que «la ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias». Ello es fundamental porque concreta el principio de proporcionalidad y subsidiaridad del derecho penal; y es garantía de la

existencia a los límites al poder punitivo del Estado, que va en consonancia con el artículo 1 de la carta fundamental que promueve la protección de la persona humana y su dignidad.

Garaycott Orellana (2012) señala que, de la lectura de los artículos que contempla nuestra Constitución, de manera dispersa, se puede colegir que en el ámbito jurídico-constitucional no se dio una norma —ni hay— que de modo expreso regule la política criminal. Su existencia es difusa, como lo son las normas constitucionales que se orientan a regular y exponer una sanción punitiva para aquel que conculca un bien jurídico protegido por el derecho penal. Existe, entonces, una respuesta en función del momento histórico o mediático que se vive. Probablemente se recurra a un simbolismo o a un derecho penal simbólico y populista que crea un escenario expectante y de fantasía, pero que en la práctica no soluciona el problema.

3.1. Funcionalidad del derecho penal

La doctrina penal aborda, con unanimidad poco cuestionada, la naturaleza, la definición y los fines del derecho penal. En este sentido, no resulta extraño que el derecho penal sea entendido como aquella rama del derecho público que trate las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias (Roxin, 1997, p. 44), y cuya misión se relacione con la protección de la convivencia en sociedad de las personas.

Es de apreciar que teóricos como Zaffaroni (1980, p. 32), Villavicencio Terreros (2014), Roxin (1997), García-Pablos De Molina (2009) y Pérez López (2021, p. 36) coincidan en que la función del derecho penal tiene relación con la protección o tutela de bienes jurídicos a través de regular la conducta humana externa, puesto que está orientado a la protección de derechos fundamentales, mediante la imposición de una sanción, y así cumplir su rol de ser un medio de control social del Estado y de intervención subsidiaria. Todo ello en busca de la convivencia pacífica de la sociedad. Mientras tanto, el penalista mexicano Jiménez Cano (2008, p. 23) señala que, en primer lugar, el objeto del derecho penal es el comportamiento criminal y sus cualidades, como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; y, en segundo lugar, que también se debe tener en cuenta a las teorías de la protección de los bienes jurídicos, el aseguramiento de la convivencia humana y la motivación del derecho penal.

En este sentido, el derecho penal, como medio control social formalizado, busca garantizar, entonces, que los ciudadanos hombres y mujeres logren concretar su proyecto de vida en condiciones de convivencia pacífica. La importancia, en general, de los medios de control social formales, como el derecho penal, radica en que son instrumentos mediante los cuales la sociedad ejerce control sobre los individuos (la escuela, la iglesia, la familia, etc.); sin embargo, en el caso del derecho penal, este sirve para garantizar el proceso de criminalización de las conductas monopolizadas por el derecho penal.

Sostenemos que el derecho penal *como instrumento de control social formal* está orientado a la protección de bienes jurídicos de especial relevancia para la convivencia en sociedad. Esa es la justificación para que la norma penal (Código Penal), en su parte sustantiva, posicione a la vida como el primer bien jurídico a proteger, vinculada con la integridad física y la salud (art. 106 CP). Y es que la dimensión vital de la persona comprende, en primer orden, a la vida como un principio, sin el cual todos los derechos fundamentales no tendrían sustento ontológico, ya que no tiene sentido hablar de derechos más allá de la existencia humana.

En este aspecto, abordar el concepto de «dignidad» es fundamental. No en vano la Constitución Política del Perú contempla, en su artículo 1, que «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», lo cual implica que la dignidad como principio constituye un límite para el legislador penal, que a su vez, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sino más bien como sujetos de derechos y obligaciones (f. j. 34, sentencia recaída en el Expediente N.º 33-2007-PI/TC 25/09/2009)

3.2. Derecho penal y enfoque de género

El derecho siempre ha sido cuestionado por la crítica feminista, porque en la práctica ha pretendido ser neutral y objetivo. Incluso siempre se ha asumido que es racional, objetivo, abstracto y universal; sin embargo, a pesar de los esfuerzos de que, desde la ley, se desarrolle con igualdad formal, en la práctica, existe la aplicación del derecho con vicios de discriminación. Frances Olsen (2009, p. 140), así como otros autores, señala que se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y «masculinos» de los dualismos, por lo que afirman categóricamente que

el derecho es masculino y no femenino. Este autor sugiere que las características que se le han dado al derecho se relacionan con lo racional, objetivo, abstracto y universal, todo lo cual alude a los atributos de lo masculino. Lo contrario significaría atribuirle las características de lo femenino, desde la perspectiva de los hombres, por eso es tan valorado por esas características de racional y objetivo.

Sin embargo, y desde el cambio legislativo que se ha producido a la fecha, constitucionalmente también, en segundo orden de protección y aparejado al bien jurídico «vida», la protección que se brinda se orienta a la integridad moral, psíquica y física. Estos bienes jurídicos son muy importantes, pues constituyen el cimiento esencial para el libre desarrollo de la personalidad. Y es por ello que, conforme al programa constitucional, se dirige a buscar en su dimensión el logro de la realización plena del individuo como propósito último y primero de todo el sistema jurídico, político y social.

El artículo 1 de nuestra Constitución Política peruana, al igual que la Constitución colombiana, establece que «la persona y el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Esta directriz constituye la norma rectora de la ley penal de nuestro ordenamiento, puesto que, en la actualidad, el derecho penal democrático debe someter el cuerpo normativo al análisis constitucional, en tanto y en cuanto son los bienes jurídicos, libertad y dignidad de la persona, los involucrados y afectados cuando el *ius puniendi* del Estado interviene para sancionar una conducta que quebranta la convivencia social y hace que el acto antisocial se convierta en intolerable e irreprochable.

En definitiva, el derecho penal encuentra su límite en una norma superior a la ordinaria (Bricola 1973, p. xxi), lo que significa que es la Constitución Política la norma que en aspectos sustantivos y procesales se convierte en el instrumento de control de lo analizado por los jueces frente a un conflicto penal. De lo anterior se infiere que el análisis del delito, la concepción del hecho típico, del ilícito de la culpabilidad, la sistemática y la dogmática clásicas están condicionadas, en parte, por el dictado constitucional. De allí que en la perspectiva de este autor —la cual compartimos— devienen en importantes aspectos relacionados con los fines de la pena: ¿qué bienes jurídicos proteger?, ¿contra qué formas de agresión y niveles de lesividad?, ¿cuáles son fuentes legítimas?, entre otras. Para este autor, tanto el parlamento como el juez deben adherirse a la normativa

constitucional de los principios y las reglas que deben guiar al legislador y al intérprete. Al respecto, Klaus Tiedemann (2003, pp. 47-49) precisa la importancia de que la norma penal, en su parte especial, concuerde, entre otros aspectos, con las garantías vinculadas al individuo y como derecho subjetivo fundamental, respecto a la certeza de lo que el legislador decida sancionar como delito.

Entonces, la importancia de las normas constitucionales en materia penal para la teoría del delito radica en que la dación de una norma penal debe seguir una estricta concordancia con el programa de la Constitución, que, para el caso de nuestro país, se corresponde con la exigencia de estándares relacionados con la perspectiva del Estado de derechos y principios procesales que protejan los derechos humanos.

Por ello, cuando Bacigalupo (2005, p. 41) en su obra, *Derecho penal y Estado de derecho*, se refiere a la relevancia que tiene el ordenamiento constitucional, básicamente implica la recurrencia a la interpretación constitucional para también realizar la interpretación de la norma, acorde con los principios superiores fundamentales. De allí que un Estado constitucional requiere para su instauración de la presencia inexorable de garantías y derechos para los ciudadanos que podrían eventualmente verse dentro de un proceso penal (ya sea como víctima o como procesado) que los proteja con garantías que impidan el exceso del poder punitivo del Estado.

La Constitución Política comprende un programa penal que se erige, o debería hacerlo, sobre la base de garantías y derechos, más allá de lo meramente establecido por la ley. Este programa penal debe estar claramente expuesto porque el derecho constitucional no solamente influye, sino que marca el sendero de criminalización de conductas que debe seguir el legislador en el marco de un Estado constitucional de derecho, que abarca tres aspectos importantes a tener en cuenta: la prevención, la sanción y la resocialización de aquel que es encontrado responsable penalmente.

En este entender, y no con menos razón, Klaus Tiedemann (2003, p. 15) señala que la relación entre derecho constitucional y derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas, desde los tiempos de la Ilustración. Para este autor, «la Ley no debe establecer más penas que la estricta y manifiestamente necesarias», por lo que recurre, entonces, al principio de la razonabilidad, valora la dignidad de la persona y, de algún modo, apuesta por la resocialización de la persona condenada,

puesto que una pena como la cadena perpetua —impuesta para el caso de los delitos sexuales— significa negar este fin de la pena y, más bien, podría entenderse como retribucionismo duro y puro.

Sobre este punto, no solo concordamos, sino que resaltamos que recurrir a un derecho penal de naturaleza liberal, donde su construcción debe hacerse en función de un derecho penal justo y con garantías, además de ser evidente, garantiza un real Estado de derecho y respeto a la dignidad de la persona. Así lo declara el artículo 1 de nuestra Constitución Política, que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Ahora bien, no solo los derechos relativos a la justicia, sino también aquellos relacionados con las garantías que la Constitución contempla; por ejemplo, los derechos-principios contemplados en la carta magna, especialmente el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (art. 2, inc.1), al igual que el derecho a la igualdad ante la ley, que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (art. 24, inc. 2). Estos son derechos que sirven de sustento para la protección de la vida, la salud y la integridad física. Lo propio ocurre, cuando la norma fundamental alude (art. 2, inc. 24) lo siguiente:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Este es el fundamento de garantías procesales que todo procesal penal debe contemplar.

En este sentido, la Constitución Política no agota su presencia en el derecho penal, sino que, además, ejerce influencia en la política criminal. Esto es así sobre la base de los principios y valores que ella contempla, y que además declara su protección (como la dignidad y el respeto a la vida de las personas). Al respecto, Klaus Tiedemann (2003, p. 21) indica que la dogmática del sistema penal es asunto de la doctrina y la jurisprudencia, lo cual implica que forma parte de un «derecho ordinario» y es monopolio de la «jurisdicción ordinaria».

Concluimos afirmando que existe una gran responsabilidad en que el legislador tenga en cuenta los principios constitucionales para poder encaminar y determinar la política criminal de nuestro país, teniendo como punto de partida la dignidad de las personas, con equidad y sin discriminación. Las cuestiones fundamentales de la dogmática penal están abiertas a la influencia directa del orden constitucional, pues se erigen en piedras angulares de un estado democrático de derecho, es decir, el derecho penal, al involucrar bienes jurídicos como la libertad, la vida, la libertad, se ubica dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la política criminal.

IV. Teoría del garantismo penal y la protección a la mujer de los delitos y las violencias

La teoría del garantismo penal, cuyo exponente es Luigi Ferrajoli, explica los postulados del modelo garantista del constitucionalismo y el derecho penal. Actualmente, frente a la recurrencia del legislador como primera opción del derecho penal para sancionar los diversos delitos y las violencias que afectan a la mujer en cualquier etapa de su vida, Bernal Pulido (2005), en su libro *El derecho de los derechos*, aborda, desde el principio de proporcionalidad, la necesidad de hacer un control constitucional de los tipos penales y de las penas. Ello con el propósito de determinar aquellos límites que posee el legislador en su potestad-facultad propositiva y creadora de tipos penales, por la especial relevancia que ello tiene frente a los derechos fundamentales.

En este entender, debe tenerse presente que el derecho penal siempre está ligado a derechos fundamentales, pues en algunos casos son bienes jurídicos los que se encuentran comprometidos y en potencial restricción. De allí que «el derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento entre el legislador y la Corte», es decir, entre el poder legislativo y el control constitucional.

Es por esta razón que Luigi Ferrajoli desarrolla la teoría del garantismo penal y, como su máximo exponente, propugne la necesidad de recurrir de manera mínima al derecho penal, es decir, que esta recurrencia se dé, siempre que se justifique la tutela a la víctima, pero también al autor. Si bien este autor se inclina por el positivismo jurídico y sustenta que el derecho penal tiene una ineludible separación de la moral, su teoría es suma-

mente importante cuando se trata de postular la restricción de libertades desde el derecho penal, solo si esta intervención no es abusiva o arbitraria.

Con referencia a los fundamentos del derecho penal, Ferrajoli (1989, pp. 213-214) menciona que existe una justificación externa y legitimación interna del derecho penal. Estos dos conceptos sustentan de «legitimidad» y de «legitimación» del derecho penal. Las primeras tienen que ver con las razones externas, esto es, si la aplicación de algunos institutos del derecho penal es justa con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales, sobrenaturales; mientras que el segundo con razones internas por las normas de derecho positivo.

En atención a ello, existe sustento para advertir que la tipificación de delitos que involucran un análisis del enfoque de género tiene una base de legitimación externa, pues también recoge eventos criminológicos, de política y moral, donde cualitativa y cuantitativamente la víctima es una mujer. Sin embargo, en cuanto a la legitimación interna, no corresponde a los principios-base del derecho penal, en cuanto implican una permanente confrontación con el derecho penal.

Entonces, la teoría del garantismo penal se orienta a postular un tipo de derecho que garantice derechos subjetivos. Estos derechos se califican como «garantías», las que no son solo teoría, sino que, además, se deben poner en práctica, por la necesidad de que el derecho penal, y lo que regula, sea sometido al control judicial constitucional. Ferrajoli (2006, p. 12) indica que existe una exigencia derivada del proyecto o programa de un «derecho penal mínimo», que no es sino el sinónimo del garantismo penal, por medio del cual se busca que el modelo teórico y normativo del derecho penal sea capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva tanto en «la previsión legal de los delitos» como en su «comprobación judicial», en aras de someterla a límites muy estrictos para tutelar los derechos de la persona. Finalmente, y, sobre todo, son derechos fundamentales.

Ahora bien, respecto a los derechos fundamentales, nuestra Constitución Política contiene numerosas garantías. Ellos no son solamente los derechos subjetivos, sino que se convierten en principios objetivos del orden constitucional. En su significado objetivo, los derechos fundamentales poseen directrices constitucionales y mandatos a los poderes públicos, por lo que son elementos que permiten estructurar al Estado de derechos, los que resultan de abordaje necesario cuando se trata de resolver los casos procesados penalmente.

4.1. *Ultima ratio* del derecho penal como propósito de un Estado democrático

Al analizar los límites del poder punitivo del Estado, en el marco de un sistema democrático, se verifica que el «principio de *ultima ratio*» se convierte en uno de los más importantes. Su existencia justifica la intervención del Estado, como último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas «formales e informales». Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

De modo tal que el principio de *ultima ratio*, al vincularlo con el principio de mínima intervención del sistema penal, de acuerdo con lo vertido por Castillo Alva (2004, pp. 210-211), este viene a constituir un criterio político criminal que no se puede sustituir, pues orienta y dirige la actividad jurídico-penal de un Estado democrático donde se busca garantizar la convivencia humana bajo una cultura pacífica y de respeto a la libertad de la persona.

Por tanto, como es un principio político-dogmático, en buena cuenta, el Estado debe considerarlo en todos los delitos, y no solo para aquellos que pudieran generar alarma social, puesto que podría incurrirse en un Estado totalitario, ya que «[...] la pena o medida de seguridad no puede verse como el primer recurso de lucha contra la delincuencia, sino como la última arma, dado que es la más dura y grave de todas las sanciones estatales conocidas» (Castillo Alva, 2004, p. 211). Es evidente que el derecho penal debe intervenir cuando los otros medios formales e informales de control social han fracasado, es decir, que se han fomentado escenarios de riesgo de tipo familiar, personal o comunitario.

Sin embargo, según Garaycott (2012, p. 55), al carecer de una regulación expresa y específica de una política criminal en la Constitución Política de 1993, resulta fundamental un Estado constitucional de derecho, lo mismo como norma-principio que como norma-regla (entendiéndose como mandatos que prescriben actuación concreta), desde las cuales se determinen y delimiten a las diversas áreas del derecho, y porque, además —como lo señala este autor—, la Constitución es facilitadora de la política criminal, mientras que esta viabiliza también la eficacia de la norma constitucional. Existe una simbiosis y relación recíproca entre ambas.

La política criminal, entonces, dentro de un Estado constitucional de derecho, es necesaria para generar un escenario del poder punitivo del Estado. El derecho penal, a través de la función preventiva de la pena, tanto en su vertiente positiva como negativa, necesitan de un norte, sobre todo en la labor preventiva de delitos, violencias y comportamientos antisociales.

Al respecto, cabe señalar que, desde el cambio de la política pública ocurrida con la entrada en vigencia de la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y los cambios de modificación e introducción de nuevos tipos penales, han ido incrementando drásticamente las penas, confrontando principios punitivos (v. gr. mínima intervención) y evidenciando la carencia de una política criminal en el Perú, diseñada a nuestra realidad carcelaria.

Ahora bien, cabe citar lo que señala Castillo Alva sobre el principio de intervención mínima y su comprensión de los subprincipios de fragmentariedad y subsidiaridad. Este autor precisa que el derecho penal, como es la *ultima ratio* del orden jurídico, interviene cuando otros resortes de la política social son insuficientes, y, al reparar en ello, mediante determinados tipos penales y solo en los fragmentos más graves de ilicitud, lo cual se puede resumir en la siguiente frase: «un mínimo de intervención con un máximo de eficiencia» (2004, p. 217).

Este máximo de eficiencia, en la práctica, ha quedado demostrado, no alcanza los niveles de satisfacción. La pena no cumple esa función negativa general en la población. Para el sistema de administración de justicia, que se va cargando de casos, es una realidad que, lejos de disminuir los niveles de violencia de género, más bien, presenta incrementos vinculados, como los escenarios de confinamiento, donde las mujeres son, principalmente, las víctimas de violencia en sus diversas manifestaciones (ONU Mujeres, 2020).

V. Alcances del elemento «tipicidad y tipicidad subjetiva» dentro de la teoría del delito

Dentro de un sistema teleológico-racional, el tipo posee tres funciones, al decir de Roxin (1997, p. 277), que se deben tener en cuenta: i) función sistemática, ii) la dogmática y iii) una político-criminal. El mencionado autor explica que la función sistemática del tipo consiste en la descripción del comportamiento prohibido con todas sus características.

La función dogmática del tipo radica en la descripción de los elementos, cuyo desconocimiento excluye el dolo. Y, finalmente, su función político-criminal comprende la realización del principio *nullum crimen sine lege*.

Entonces, la importancia de la tipicidad como categoría radica en que cumple con una función de prevención general negativa (cuando se hace alusión a la pena) y de prevención general positiva (cuando se intenta fijar en el colectivo social), pues persigue un propósito de formación de conciencia social de las normas. De allí que se señale que:

La tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena [...]. La precisión y claridad de la descripción del hecho punible busca garantizar la objetividad en el proceso de adecuación típica lo cual es un presupuesto para el subsiguiente juicio de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. (sentencia C 297/16, fundamento 20)

El derecho penal, por medio de la conminación e imposición de sanciones, espera —en un ideal de deber ser— que la población se contramotive, que se guarde fiel a la norma. A través del tamiz que significa la teoría del delito y sus componentes, previa verificación del principio de legalidad, se podrá imponer una pena y, por lo tanto, se podrá generar conciencia en el autor y en la población.

La teoría del delito, a través de la historia ha ido cambiando, en función a las corrientes del Causalismo, Finalismo y Funcionalismo. Nuestro Código Penal se ajusta a la teoría del finalismo, la cual está orientada a estudiar la acción y su proceso de cambio y proyección al analizar el pensamiento, con arreglo a los nexos objetivos y a lo que el autor se proyecta. En otras palabras, el autor actúa motivado bajo un propósito y por eso ejecuta acciones orientadas a la concreción de su fin.

La tipicidad es un elemento muy importante de la teoría del delito, además de que constituye el núcleo de cada tipo penal. Su construcción se da mediante la precisa descripción de una conducta humana, bajo el cumplimiento del principio de legalidad, representada como acción. Mayer

(2007, p. 113) señala que las modalidades de la acción forman una esfera restringida, y se encuentran comprendidas los elementos de tipo legal que añaden de modo esencial una relación de la acción con el espacio y tiempo o con un determinado objeto o sujeto. De modo tal que las modalidades de la acción son de modo enteramente igual que sus partes integrantes, elementos del tipo legal.

En esta investigación, consideramos de trascendencia referirse al objeto de la acción, por lo que es necesario distinguir entre el bien jurídico que se protege a través de la amenaza penal y que es lesionado o puesto en peligro por la acción típica (objeto de tutela) y el objeto perteneciente al tipo legal, lo que Mayer (2007, p. 123) denomina «objeto del hecho». Cabe señalar que el objeto del hecho es siempre fácil de establecer mediante la interpretación gramatical del tipo; mientras que el objeto de tutela no es determinable sin una interpretación sistemática, y no siempre se da con claridad. Por ello, en el caso de delitos donde se cualifica a la víctima por ser mujer, el realizar esta interpretación, desde la perspectiva o enfoque de género, tiene por objeto generar un análisis distinto de la conducta, no solo de la víctima, sino también del sujeto agente. En concreto, en el enfoque de género, en este aspecto, permitirá analizar la acción típica para identificar el contexto o escenario completo en el que corresponde analizar o estudiar tanto a la presunta víctima como al agresor.

5.1. Elementos del tipo penal: subjetivo y objetivo

Un elemento crucial dentro de la tipicidad es el dolo. Este implica un «querer» y «conocer» (en términos de Roxin). Empero, Porciúncula (2014, p. 308) señala que, partiendo de una concepción cognitiva del dolo, este es conocimiento —por parte del autor— del significado típico de su acción. Dicho autor afirma que el «querer» se encuentra separado absolutamente dependiente del «conocer», lo cual significa que no basta el conocimiento del actuar ilegal y de su consecuencia jurídica para desmotivar a aquel que va a cometer el delito, sino otros factores, como, por ejemplo, sus contextos, que confluyen para dar lugar al acto antijurídico. No obstante, para efectos de la presente tesis, resulta importante establecer que el dolo se encuentra evidentemente separado del móvil, pues es allí donde el enfoque de género permitirá tener un análisis más completo de la conducta del agresor, pero también de la situación de la víctima.

Esta interesante propuesta radica en la necesidad de contar con una teoría de la prueba del dolo, la cual no debe incurrir en el error de buscar probar el conocimiento que requiere el dolo por medio de una investigación acerca de la existencia o no de una entidad psicológicamente real situada en el ámbito interno del autor. Porciúncula afirma que «es justamente a través de lo externo, es decir, a través del comportamiento del autor y de sus circunstancias, con lo que podemos verificar lo que él conocía» (2014, p. 309). Y agrega: «[...] el conocimiento exigido en el dolo no es una entidad psicológicamente real situada en el ámbito interno del autor, sino un componente de un sentido exteriorizado». Para este autor, el contexto social constitutivo del significado de la acción se convierte en el criterio para la atribución del conocimiento requerido por el dolo; todo dolo se vuelve, así, un *dolus in actio ipsa*. El contexto marca una pauta importante en el caso de los delitos, donde la víctima es una mujer. De allí que se requiere una propuesta, que, además de analizar el dolo y ese elemento subjetivo trascendente, también analice el móvil, donde podemos ubicar el contexto y condiciones de las partes de un delito.

VI. Acerca de los criterios jurídicos para introducir el enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva a nivel de la teoría del delito

Llegado a este momento, y habiendo expuesto algunas ideas sobre la necesidad de que la recurrencia al derecho penal se dé bajo el principio de mínima intervención y respetando derechos y garantías de la dualidad víctima-imputado, sumado a lo complejo que resulta todavía introducir el enfoque de género dentro de la tipicidad subjetiva a nivel de la teoría del delito y las cuestiones problemáticas que su aplicación ha generado, proponemos cinco criterios jurídicos que se necesitan para hacer uso del enfoque de género a nivel de la tipicidad subjetiva dentro del análisis que todo delito sigue, pero en particular los delitos que tienen a una víctima mujer. Estos criterios servirán también para tutelar principios y garantías para la contraparte: el autor del delito. Dichos criterios son los siguientes:

1.1. Dignidad humana como derecho y principio constitucional

La dignidad de la persona y su propuesta de protección nace en el positivismo jurídico. Su concepción se relaciona también con la protección de aspectos como la libertad, la igualdad y no discriminación, que,

en buena cuenta, constituyen «valores básicos superiores», de obligatoria acogida por los Estados, tal como lo señala Mesía Ramírez el núcleo y fundamento de este nuevo orden habría de ser la dignitas humana (2004, p. 19). Respecto a la dignidad, es importante tener en cuenta que sus alcances y diversas denominaciones encierran aquel valor supremo de la que es poseedor el ser humano, independientemente de su sexo. En esta línea, es de apreciar que la persona ocupa un lugar privilegiado y con absoluto valor jurídico, oponible frente a todos, por lo que la ley desde su dación y aplicación, no debe generar distinciones entre las personas (hombres y mujeres) tomando como base el sexo.

1.2. Equidad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio

De acuerdo con Anders Kompass (2005, p. 95), la igualdad es la piedra angular de toda sociedad que aspire a la democracia, la justicia social y el pleno respeto de los derechos humanos. Por ello, dentro de los estándares de protección del derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias que definen y comprenden los alcances de este principio-derecho. La igualdad es relativa, mientras que la equidad es el propósito que busca generar la intervención del derecho penal que no genere sobrecriminalización de conductas, en perjuicio de perpetuar estereotipos en desmedro de uno de los sexos, para no incurrir en discriminación.

En buena cuenta, este principio-derecho coloca a las personas en un plano de equivalencia. La consideración del derecho principio igualdad es importante para la integración del enfoque de género, ya que permitirá construir un derecho igualitario; sin embargo, generar igualdad material entre hombres y mujeres es un proceso lento y de proyección con cambios de estereotipos.

Este principio implicará una valoración de la conducta previa evaluación de los hechos. Al momento de la valoración de la conducta, y su calificación, esta debe hacerse a nivel de la tipicidad subjetiva de los delitos cualificados por la víctima mujer, lo cual viene a constituir la igualdad y no discriminación como fundamento de un derecho antidiscriminatorio. Esto es así porque en la investigación ha quedado sentado que el derecho por años no ha mantenido una postura neutral; y en cambio, ha generado mecanismos y procedimientos jurídicos establecidos en perjuicio de las mujeres.

De acuerdo con lo señalado por Barrére Unzueta (2014), el derecho antidiscriminatorio fue resultado de la evidencia de desigualdades, planteado por las minorías que veían afectados sus derechos civiles por la «raza», para luego también considerar entre otros aspectos el sexo. Sin embargo, desde la impartición de justicia, e incluso desde el nivel de la investigación del delito, obliga que, actualmente, desde el enfoque de género, se deba contextualizar los hechos en procura de generar prueba, pero también de promover igualdad material. Al respecto, Poyatos i Matas (2017) señala:

Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo de forma contextualizada con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistemáticas asimétricas sociales entre sexo, la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad igualitaria. Una justicia sin perspectiva de género, no es justicia». (p. 180)

Por lo tanto, el enfoque de género promoverá, desde un análisis jurídico, relaciones equitativas entre los sexos.

1.3. Metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados

Un tercer criterio jurídico a incorporar, tal como lo hemos visto durante la investigación, es la «metodología y/o procedimiento que evidencia un reconocimiento de la víctima, su contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados». Este criterio se presenta con relación a la víctima, debido a que, como se presenta en la parte general del Código Penal (arts. 45-46 E), el legislador contempla una serie de presupuestos relacionados con la aplicación de la pena, siempre en función, por tanto, con el autor del delito, a saber: los presupuestos para fundamentar y determinar la pena (art. 45), consideraciones para la individualización de la pena (art. 45-A), circunstancias de atenuación y agravación (art. 46), circunstancia agravante por condición del sujeto activo (art. 46-A), entre otros aspectos. Sin embargo, no existe un capítulo dedicado a las consideraciones o aspectos que el juzgador debe tener respecto a la víctima.

Entonces, el punto de partida para analizar el delito es tener en cuenta la realidad vivida por la víctima. Por tal motivo, Susan Emmenegger (2001, p. 44) señala, en alusión al estudio de los métodos de las críticas feministas, que, aunque es una cuestión parcial y subjetiva, limitada a las experiencias

de una población limitada (en este caso de las víctimas), es necesario tener presente «la cuestión femenina». Sin embargo, también cabe traer la propuesta de Luigi Ferrajoli (1989), pues corresponde advertir los derechos y libertades que un derecho penal democrático debe tutelar cuando se trata de imponer la máxima violencia estatal: la pena. Concordamos con ello, pues es necesario conocer si el derecho aborda la realidad social femenina de la misma forma como lo hace con la realidad social masculina, más si en este último caso el agresor, en los delitos donde la víctima mujer, es predominantemente un varón. En efecto, en la mayoría de las veces parte por abordar los hechos desde los prejuicios machistas. De allí que, tal como lo señala Poyatos Matos (2017, p. 174), en alusión a la importancia de juzgar con perspectiva de género, «debe partirse de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres».

Esta cuestión femenina, en palabras de Katharine T. Bartlett (2011, p. 32), no es más que formular «la pregunta por la mujer», además de que implica puntualizar que «una pregunta se convierte en un método cuando es formulada con regularidad». En el caso de esta pregunta por la mujer, o la cuestión femenina, se busca conocer el contexto en el que la víctima mujer sufre el delito, lo cual implica conocer sus antecedentes, que generen la orientación de la intervención de la autoridad, a efecto de recabar los elementos probatorios que acrediten el delito. Poyatos i Matas, citando a Alphonse Bertillon (2017, p. 174), nos recuerda que «solo se ve lo que se mira y solo se mira lo que se está preparado para ver».

Al respecto, como se ha podido señalar en el marco teórico de la presente investigación, el enfoque de género permitirá precisar un procedimiento respecto al análisis de aquellos delitos donde la víctima es una mujer, y exige que se analice el factor subjetivo distinto al dolo que implica analizar el contexto que rodea los hechos vinculados a la historia de la víctima y del agresor, sus antecedentes vinculados a aquellos elementos fácticos que rodean los hechos generan el delito; que se encuentren acreditados con métodos o procedimientos técnicos (peritajes antropológicos, psicológicos, físicos, etc.) y documentales (declaraciones testimoniales, referenciales, videos, documentos, o en el contexto, antecedentes y hechos debidamente acreditados.

El enfoque de género dentro del abordaje de delitos vinculados a una víctima mujer implica, entonces, reconocer como un criterio jurídico el contexto de la víctima que genere un marco de actuación de las autoridades

vinculadas con la precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal y ley cierta) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad).

1.4. Precisión a principios básicos del derecho penal (principio de legalidad penal, taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad)

Durante la investigación se ha determinado que el enfoque de género podría generar, en una primera lectura, contradicción frente a los principios de legalidad penal, taxatividad de la ley penal mínima intervención; asimismo, una posible vulneración si no se actúa de acuerdo a principios y garantías constitucionales, como el debido proceso, presunción de inocencia y objetividad en el razonamiento valorativo de la prueba.

Al respecto, se debe tener en cuenta que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces cuentan con poderes discrecionales o arbitrarios al momento de resolver los casos (y cabe la posibilidad de que se puedan incluir a las posturas discriminatorias, sexistas y prejuiciosas), lo que hace que el juez determine el sentido de una norma. Sin embargo, como se ha podido verificar desde la redacción de los tipos penales que se van incorporando al catálogo penal, se advierte la forma cómo la norma va dirigiendo la actuación de la autoridad desde la asunción de un caso, puesto que tiene como resultado que se considere que el acceso a la tutela judicial efectiva implique asumir como verdad lo que se denuncie.

En este punto, consideramos muy importante no perder el principio de objetividad, precisamente, para que la dignidad como criterio jurídico no se vea perjudicado en el caso del agresor; principio que se recoge muy claramente en el Código Procesal Penal (artículo IV), cuando se refiere al titular de la acción penal (el fiscal penal), y prescribe como una «obligación a actuar con objetividad», esto es, indagar los hechos constitutivos del delito, así como también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Ahora bien, durante el desarrollo del presente trabajo, hemos advertido, de acuerdo a las referencias verificadas y evidencias analizadas, que existe una tendencia a priorizar en el análisis del enfoque de género en favor del sexo femenino, lo que, en buena cuenta, en su mala aplicación como herramienta de análisis, puede generar afectación a estos principios y garantías de connotación constitucional.

Conforme este criterio, se debe tener especial interés en considerar los principios de legalidad penal (taxatividad de la ley penal, mínima intervención) y derecho procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, objetividad); propios de un Estado democrático de derecho, donde la importancia a la dignidad de la persona y su libertad poseen un sentido moral más que jurídico, ya que la perspectiva no solo debe ser tutelar a la víctima, sino también abordar la realidad del autor.

1.5. Recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica

Tal como se ha podido analizar hasta aquí, la recurrencia al derecho penal denota una utilización de esa característica simbólica, en cuanto colabora a reconocer o hacer visibles aquellos problemas con carga de negatividad para las mujeres, pues ellas son las víctimas principalmente (por ejemplo, casos de abuso sexual). Se recurre al derecho penal por la amenaza o coerción que significa la existencia de un tipo penal, a través del cual se impone una pena no simbólica, a la que se le agrega la imposibilidad de que su autor una vez sancionado merezca beneficios penitenciarios.

Este criterio jurídico tiene que ver con un principio fundamental del derecho penal, relacionado con el «principio de mínima intervención». García Pablos De Molina (2009, p. 506) sostiene y con razón lo siguiente:

[...] en definitiva uno de los objetivos prioritarios de las Ciencias Penales y Criminológicas de nuestro tiempo, es verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: «la pena» y agrega, limitar con rigor el *ius puniendi*, es el reto más claro que tiene la ciencia penal.

En este sentido, con relación a los delitos cualificados por la víctima mujer, hemos podido advertir en la presente investigación de cómo el derecho penal y procesal penal han sufrido modificatorias e impactos trascendentes en su contenido, en procura de no generar vías alternativas cuando se comenten actos antisociales en perjuicio de las mujeres, y más bien se opte por un solo camino: sancionar penalmente todo acto que tenga al sexo femenino en la consideración de víctima. No obstante ello, y como lo hemos señalado, llegado este momento, no corresponde retroceder en la

integración del enfoque de género a nivel de la teoría del derecho penal, y por ende una postura cerrada del derecho penal frente a los tipos penales género específicos que vayan exigiendo una mirada desde la desigualdad, pues existe un sistema convencional de protección a los derechos humanos que así lo exige, pues la violencia en cualquiera de sus manifestaciones se ha dirigido a conculcar y afectar sinceramente, derechos de las mujeres que, desde la perspectiva del derecho penal, ha terminado lesionando bienes jurídicos, objetivo del derecho penal.

Por ello, este último criterio, que se ha propuesto en esta investigación, es la recurrencia al derecho penal ante hechos de reproche social intolerable por su impacto en la convivencia pacífica. Al respecto, se parte por reconocer que la finalidad del derecho penal no es educar, sino, más bien, imponer la fuerza del Estado frente a un hecho que quebranta la convivencia pacífica por actos que se hacen insostenibles en la convivencia dentro de una comunidad. De allí que su recurrencia sea de *ultima ratio*, y cuando los otros medios de control social han fallado. Tal como lo propone García Pablo De Molina (2009, p. 509), no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de recurrir la fuerza más poderosa del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, ya que el derecho penal no es la solución al problema del crimen, más si se tiene en cuenta el impacto negativo de aquel en las personas. Sin duda, resulta conveniente traer a colación un estudio realizado por la Dra. Sofia Rivas La Madrid, cuando en el Pleno del Acuerdo Plenario expuso la importancia de determinar conflicto de violencia (2019). La citada magistrada mencionó, a propósito de la discusión sobre aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio, la distinción de estos conceptos, por lo que apeló a valoraciones que tiendan a un enfoque restaurativo, que exige primero la distinción de las violencias que pueda sufrir la mujer de aquellos conflictos que puedan presentarse en el seno de la familia.

De ese análisis, se puede concluir que solo en aquellos casos que existe un contexto de violencia con un desvalor de acción y vulneración a un bien jurídico (principio de lesividad), por lo que se debe recurrir a la aplicación del principio de oportunidad. Finalmente, dependiendo de la gravedad, se buscaría la respuesta punitiva del Estado.

VII. Conclusiones

- Existe base constitucional de derecho convencional y filosófico para determinar la especial relevancia del enfoque de género en la política criminal de nuestro país, que le da sustento a la modificación de la ley penal para sancionar aquellas conductas que, por el desvalor de la acción o la conducta del sujeto agente, justifica el poder punitivo del Estado. Sin embargo, la comprensión limitada de sus alcances, relacionados con el derecho-principio de igualdad, ha conllevado a la criminalización de conductas que podrían representar una mínima lesividad de bienes jurídicos, trastocando principios penales sustantivos de un Estado democrático, social de derecho: mínima intervención, proporcionalidad y humanidad de penas.
- El enfoque de género es una herramienta importante que permite analizar y criticar el derecho desde una perspectiva no neutral, pero objetiva. Por ello, para que sea parte de la dogmática de la teoría del delito, a nivel de tipicidad subjetiva en los delitos donde la víctima es mujer, se requiere como sustento la consideración de circunstancias particulares que le dan contexto a aquellos delitos cuya valoración diferenciada es obligatoria (v. gr. feminicidio, agresiones en contra la mujer y los integrantes de del grupo familiar, violencia sexual y lesiones contra la mujer y los integrantes del grupo familiar). Todo ello sobre la base a los derechos-principios de dignidad e igualdad entre las personas.
- La dinámica creadora de tipos penales (a nivel de derecho penal parte especial), como acto de política criminal, es casi siempre un acto de desafío a la teoría del delito. Esta estructura se compone de los elementos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; postulados que son inmovibles. Es el tipo penal el que debe ser evaluado, a través de la intervención del fiscal y el juez, en las secuencias preestablecidas por la norma procesal penal. Lo deben hacer desde la base constitucional, convencional y bajo dogmática penal. El resultado del tipo penal, que es conmovido por el enfoque de género, tiene que ser, por verificación, en resultados probatorios del delito, es decir, casi siempre se verifica a partir de la comisión de un acto delictivo.
- De cara al abordaje de los delitos donde la víctima es mujer, se requiere que el enfoque de género sea introducido en la tipicidad subjetiva, analizando la acción no desde el dolo, sino desde el factor discriminación, como un elemento distinto al dolo, pero de carácter subjetivo,

que evidencia la relación asimétrica entre la víctima y el agresor. El enfoque de género necesita sustentarse en criterios jurídicos para que permita que el operador jurídico pueda evaluar una conducta en el plano de la tipicidad, a efecto de evitar la sobre criminalización de conductas. Estos criterios jurídicos permiten garantizar derechos de la víctima como del agresor, desde la etapa de la investigación del hecho, durante el proceso y juzgamiento.

- La aplicación adecuada del enfoque de género, a nivel de política criminal, permitirá que el derecho penal (así también el derecho procesal penal) sea considerado como un mecanismo de sanción solo en aquellos casos en los que los otros medios de control social hayan fracasado. Esto implica que su comprensión debe darse en la real dimensión tanto para el agresor como para la víctima, en procura de lograr que la recurrencia al derecho penal se dé en casos en donde la vulneración al bien jurídico se convierta en intolerable.

VIII. Referencias

- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho penal y el Estado de derecho*. Editorial Jurídica de Chile.
- Barllett Katharine T., & Alvites Alvites, E. (Coords.). (2011). *Métodos Feministas en el Derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Palestra Editores.
- Barrére Unzueta, M. de los Á. (2014). *El derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*. Grijley.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. ISBN 9789586169028
- Bricola, F. (1973). Teoría Generale del Reato en Novísimo digesto italiano (vol. 19). En, *Colección Maestros del Derecho Penal*, N.º 38. UTET.
- Carmona Cuenca, Encarna. (2015). La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Castillo Alva, J. L. (2004). *Principios del derecho penal. Parte general*. Gaceta Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal. La fuente del sistema acusatorio*. Colección Lecturas Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Colección Series y Procesos. Editorial Trotta.
- García Pablos De Molina, A. (2009). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Centro de Educación Continua. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Garaycot Orellana, N. O. (2012). *Política criminal en la Constitución Política del Perú. Análisis crítico sobre la ausencia de política criminal como sistema en la Constitución Política del Perú*.
- Jiménez Cano, R. M. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Kompas, A. (2005). *Violencia, género y derecho. Femicidio, justicia de Derecho*. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, LIX Legislatura.
- Mantilla Falcón, J. (2017). *Manual. Curso protección contra la violencia de género y el grupo familiar*. Academia de la Magistratura.
- Mayer, M. E. (2007). Derecho penal. Parte general. En J. C. Faira (Ed.), *Maestros del Derecho Penal*. Editorial B de F.
- McDowell, L. (2009). *La definición de género. El género en el derecho. Ensayos Críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos.
- Mosquera, S. (2017). Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos. Mujer y Constitución. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú.
- Olsen, Frances. (2009). *El sexo del derecho. El género en el derecho. Ensayos críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos Neconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos.
- Poyatos i Matas, G. (2017). Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género». *Mujer y Constitución. Revista peruana de Derecho Constitucional*.
- Pérez López, J. (2021). *Derecho penal. Parte general*. Instituto Pacífico
- Rivas La Madrid, S. (2018). Interpretación sistemática al tipo penal de agresiones entre los integrantes del grupo familiar. *Actualidad Penal*, (50).
- Rivas La Madrid, S. (2019). ¿La calidad de la víctima o las relaciones de poder y sometimiento? Un análisis sobre cuál es el desvalor de la

conducta en los delitos de violencia de género y contra los integrantes del grupo familiar. *Actualidad Penal*, (58).

Rivas La Madrid, S. (2020). Los Avances en la interpretación de la otra pandemia: la violencia familiar. Comentarios al Recurso de Nulidad N.º 2030-2019. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (134).

Ruiz Bravo, P. (1998). Una aproximación al concepto de género. En, *Sobre género, derecho y discriminación*. Pontificia Universidad Católica del Perú - Defensoría del Pueblo.

Tiedemann, K. (2003). Constitución y derecho penal. *Serie Derechos y Garantías*, (7).

Villanueva Flores, R. (2011). Tipificar el feminicidio: ¿la huida simplista al derecho penal? En S. Chiarotti (Ed.^a), *Contribuciones al debate sobre la tipificación Penal del Feminicidio/femicidio*. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM).

Toledo Vásquez, P. (2010). Tipificación del feminicidio/feminicidio: otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres. En D. Heim y E. Bodelón (Coord.^{as}), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (vol. 2, pp. 163-178).

Zaffaroni, E. R., Aliaga, A. y Slokar, A. (2005). *Manual de derecho penal, Parte general*.

Zaffaroni, E. R. (2009). El discurso feminista y el poder punitivo. En Género en el derecho. *Ensayos críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Zaffaroni, E. R., Bailone M. y Mavila León, R. (2017). *Dogmática penal y criminología cautelar. Una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis en la criminología mediática*. Ideas Solución Editorial.

Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar* (1.^a reimp.).

Zaffaroni, E. R. (2017). *Dogmática penal y criminología cautelar*. Ideas Solución Editorial.

Teoría del caso en los juicios penales: desde la perspectiva de la defensa técnica

Case theory in criminal trials: from the perspective of technical defense

MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto, utilidad y características. III. Estructura de la teoría del caso. IV. Presentación de la teoría del caso. V. Críticas a la teoría del caso. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen: En el presente trabajo, se desarrolló el principal aspecto de la litigación oral. El objetivo es establecer la utilidad y características de la teoría del caso, además de la estructura que esta deba tener para una adecuada presentación en los juzgados. Asimismo, a raíz de un caso en concreto (resguardando la identidad de los acusados y agraviados), se da a conocer uno de los posibles caminos que se puede transitar para materializar una teoría que luego será expuesta ante un juez imparcial. Para tal efecto, se abordan posturas que discrepan con la utilidad y efectividad que debiera mostrar la teoría del caso.

(*) 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. Maestro en Ciencias por la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca Mención de Derecho Penal y Criminología. Estudiante del programa doctoral por la misma casa superior de estudios. Ponente en eventos académicos. Abogado litigante.

Dichos criterios son analizados, de los cuales surgen los resultados de esta investigación, los mismos que respaldan a la teoría del caso como un camino para lograr resultados satisfactorios en los juzgados. Finalmente, arriba a conclusiones que demuestran como una adecuada teoría del caso nos llevaría a tener éxito en los tribunales.

Palabras claves: técnicas de litigación oral, teoría del caso, juzgados, juicio oral, proceso penal

Abstract: *In the present work the main aspect of oral litigation was developed, therefore, we aim to establish the utility and characteristics of the theory of the case, the structure that it must have for an adequate presentation in the courts; Likewise, as a result of a specific case (protecting the identity of the accused and aggrieved) we present one of the possible paths that can be followed to materialize a theory that will later be exposed before an impartial Judge. In the same way, we will address positions that disagree with the utility and effectiveness that the theory of the case should show, these criteria are analyzed in the present work from which we obtain results that support the theory of the case as a way to achieve satisfactory results in the Courts. Finally we arrive at conclusions that show how an adequate theory of the case would lead us to succeed in court.*

Key words: *oral litigation techniques, theory of the case, courts, oral trial, criminal process*

I. Introducción

Desde la promulgación del Código Procesal Penal el 28 de julio de 2004, se han introducido cambios sustanciales en el modelo procesal penal peruano y, con ello, en el avance de nuevas habilidades en las personas que se dedican a defender causas penales en los juzgados del país, dado que el nuevo modelo procesal penal implica el tránsito de un modelo inquisitivo reformado a uno de corte acusatorio con rasgos adversariales.

En este aspecto, las técnicas de litigación oral se vuelven indispensables para afrontar una contienda en el ámbito penal, sobre todo en los juzgados. Y si se entiende que el juicio oral es la etapa principal del proceso penal, entonces también se comprenderá que el enfrentamiento en los juzgados, de posturas diversas, conlleva a crear, desarrollar y exponer un aspecto de la realidad que ha causado estragos en el aspecto jurídico penal. A esta presentación de posturas contrapuestas que muestran los sujetos procesales en los juzgados se le denomina «teoría del caso».

La teoría del caso viene a ser las posturas que manejan cada uno de los sujetos procesales; sin embargo, esta debe tener una estructura que la diferencie de otras teorías o posturas de personas que nada tienen que ver con los aspectos jurídicos penales. Esta estructura se compone de aspectos fácticos, jurídicos y probatorios.

II. Concepto, utilidad y características de la teoría del caso

En el desarrollo del nuevo proceso penal, se impone la formulación de la teoría del caso por parte de defensores y fiscales; por lo tanto, observaremos algunas definiciones que sobre la materia se encuentran en algunos textos:

Reyes Medina y otros autores han manifestado que:

En todo proceso penal el abogado defensor y el acusador deben contar cada uno con una versión que convenza al juzgador de la fuerza de sus argumentos, y que les sirvan para planear y monitorear el desarrollo de cada etapa del proceso penal.

La teoría del caso es el planteamiento de cada parte sobre los hechos, las pruebas y su connotación jurídica. La teoría del caso permite determinar cuáles son los hechos relevantes conforme a las descripciones abstractas del legislador sobre las conductas punibles [...].

«Estos hechos deberán en el transcurso del proceso transformarse de relevantes en probados, una vez se surta el debate público y contradictorio. Para convertirse en probados deberán precisarse las pruebas que sean conducentes a establecer cada hecho pertinente, y planear su práctica en el juicio. Todo se enmarca en el principio de legalidad, que da la fortaleza jurídica a los hechos y pruebas debatidos, orienta la argumentación de las partes y sustenta la decisión final. (Medina, 2003, p. 121)

En la obra *Manual de formación para operadores jurídicos*, encontramos:

La teoría del caso es el planteamiento que la acusación o la defensa hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan, y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.

Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma como ocurrieron los hechos, y la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

Es el guion de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas. (Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 102).

Por otro lado, podemos señalar que la teoría del caso es la herramienta imprescindible sin la cual no podemos afrontar eficiente y eficazmente un proceso. Nace con la determinación de nuestra versión de los hechos y contiene el planteamiento estratégico del litigante. Es la partitura que nos indica cómo conseguir que nuestra pretensión resulte vencedora, que nos advierta nuestras debilidades, que nos muestre cuál es el camino a seguir, así como también, el cómo y cuándo hacer valer nuestra versión. Este planteamiento se realiza sobre los hechos penalmente relevantes, atendiendo a las pruebas que lo sustentan, y sin dejar de lado el análisis penal de los hechos.

Sin embargo, no hay que confundir teoría del caso con las diversas estrategias que ejecutemos para hacerla efectiva. Podemos tener diversas estrategias (en el ámbito procesal, constitucional, penal, etc.), pero debemos tener una sola teoría del caso, una sola versión de los hechos. En tal sentido, la concreción de la teoría del caso se puede realizar a través de la ejecución de diversas estrategias, pero no al revés: una estrategia jamás debe implicar la ejecución de diversas teorías del caso, al menos no respecto a los mismos hechos.

Se puede concluir que, en la estructuración de la teoría del caso, resulta adecuado tratar de aproximarse a la misma formulación que utiliza el método científico: la elaboración de una hipótesis. Esta última debe ser sometida a una verificación; y, una vez comprobada, por intermedio de la verificación, estaremos ante la comprobación de lo que se pretendía demostrar.

Asimismo, el beneficio que se deriva de la construcción de la teoría del caso consiste en erradicar la improvisación en los asuntos de la defensa penal.

Cuando se ha construido la teoría del caso, podemos afirmar que ha surgido una planeación general sobre el asunto penal y se han realizado las averiguaciones por parte del equipo investigativo. La construcción de la teoría del caso es el precedente necesario en que fundamentamos los alegatos que les presentamos a los jueces, además de que nos indica la selección de las pruebas que queramos hacer valer como elementos de juicio. Asimismo, la construcción de la teoría del caso nos indica el derrotero de la estrategia defensiva tendiente a refutar la imputación de la Fiscalía o, por el contrario, a buscar preacuerdos con el adversario connatural.

Para ello, la teoría del caso se la define como la tesis que tanto el Ministerio Público como la defensa expone en los juzgados. En palabras de Peña (2016), «la teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que la sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan» (p. 212). Asimismo, Blanco Suárez (como se citó en Peña, 2016) afirma que la teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad.

Extrayendo la información obtenida, se puede decir que la teoría del caso es la narración clara y precisa de los hechos que se suscitaron en el plano ontológico, pero que tienen relevancia para el derecho, por tener estos hechos implicancias para el ordenamiento jurídico.

Tal es así, la teoría del caso como técnica de litigación oral es un ejercicio profundamente estratégico en la que cada parte (abogado fiscal o defensor) diseñan una teoría y desarrollan una estrategia en aras de hacer prevalecer su versión de los hechos frente al juez.

De esta manera, la teoría del caso deviene en útil para los sujetos procesales, por lo que la información obtenida a lo largo de la etapa de investigación preparatoria deberá cumplir con presupuestos fácticos que posteriormente serán sustentados con elementos probatorios.

Para lograr concatenar toda la información, se contará con un mapeo del caso, que incluya sus debilidades y fortalezas, que le permita al abogado mantener una línea lógica de la información que se hará llegar al juez de juicio; este aspecto lleva al cumplimiento de las principales características de la teoría del caso, las mismas que se presentan a continuación:

- a) **La teoría del caso debe ser sencilla en su presentación.** Quiere decir que debemos considerar utilizar elementos claros y no intentar sorprender al juzgador con palabras rebuscadas, ni con construcciones jurídicas complejas, esto permitirá que el magistrado entienda la postura del litigante y en su oportunidad darle la razón.
- b) **La teoría del caso debe ser lógica.** Debe guardar una especial coherencia entre las proposiciones que se sustenten, las mismas que deberán ser acreditadas con los medios probatorios idóneos. Esta característica no deberá ser pasada por alto, toda vez que las posturas sin sustento en las máximas de la lógica serían rechazadas en cualquier contexto, mucho más en los tribunales de justicia.

- c) **La teoría del caso deberá ser creíble.** La presentación de los postulados fácticos, jurídicos y probatorios deben reflejar un acontecimiento real, propio de la vida cotidiana y que ni siquiera se acerque a algún postulado metafísico.
- d) **La teoría del caso deberá ser única.** El litigante podrá tener varias posturas en relación con el caso, pero de estas deberá tomar la que pueda ser corroborada en juicio. Una vez que se ha decidido la tesis que se sustentará en juicio, es recomendable no cambiarla en el transcurso del mismo y que se mantenga como la única postura que deberá ser corroborada.
- e) **La teoría del caso deberá ser omnicomprendensiva.** Deberá lograrse que en su composición confluyan el elemento fáctico (los hechos), el elemento probatorio (los medios de prueba) y el elemento jurídico (supuesto de tipicidad) para que su permanencia no dependa de factores externos.
- f) **La teoría del caso deberá ser sustentada en el principio de legalidad.** Solamente con la aplicación del derecho vigente deberán sustentarse los elementos fácticos, probatorios y jurídicos.

III. Estructura de la teoría del caso

La teoría del caso en su composición se sustenta en los siguientes aspectos: estructura fáctica, estructura jurídica y estructura probatoria.

3.1. Estructura fáctica

Este aspecto está compuesto por los hechos del caso; en otras palabras, son los acontecimientos llevados a cabo en el mundo real que alcanzan resultados jurídico-penales.

Para ello, el litigante tendrá que identificar en la estructura fáctica los supuestos que conlleven a esclarecer la estrategia de ataque o defensa frente al juzgador e identificar las afirmaciones de hecho relevantes.

Para nuestro caso, podemos hacerlo utilizando las siguientes preguntas:

- Con el supuesto ¿dónde?, identificamos el elemento de ubicación de la supuesta actividad delictiva.

- Con la pregunta ¿quién realizó la acción y/o omisión punible?, reconocemos al sujeto activo del delito.
- Al preguntarnos ¿qué hizo?, podemos encontrar la acción imputada o atribuida.
- Si nos preguntamos ¿a quién se lo hizo?, podemos identificar al sujeto pasivo del delito.
- Si preguntamos ¿cómo lo hizo?, podremos definir la circunstancia de modo.
- Al preguntarnos ¿con qué lo hizo?, determinaremos el instrumento con que se habría realizado el supuesto acto delictivo.
- Si nos preguntamos ¿por qué lo hizo?, encontraremos el móvil de la actividad criminal.

Estos son los supuestos con los cuales identificamos en el elemento fáctico al sujeto activo, el sujeto pasivo, el lugar el modo y el tiempo en los cuales suceden los hechos y el móvil por el cual el sujeto activo habría desprendido el comportamiento criminal.

La identificación de cada uno de estos elementos permite al litigante decidir una línea de defensa, atacando los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, así como identificar los aspectos de la antijuridicidad formal o material, como los elementos de la culpabilidad.

3.2. Estructura jurídica

La estructura legal de la teoría del caso se sustenta en el principio de legalidad, para lo cual debemos en primer término identificar los elementos normativos con los cuales se sustentará la teoría del caso.

En el elemento jurídico, podemos encontrar dos supuestos de aplicación para la teoría del caso. Primero, desde el aspecto de acreditación en la teoría jurídica, y, segundo, cuando se cuente con evidencia o antecedentes que permitirían destruir una de las afirmaciones de los hechos del tipo penal.

Entonces, consideramos que la aplicación de la acreditación de una teoría jurídica se realiza desde aspectos netamente dogmáticos, que desarrollan criterios de teoría del delito, aspectos de tipicidad (objetivo-subjetiva) de antijuridicidad (formal-material) de culpabilidad; fundamentos que no necesitan de un criterio probatorio específicamente.

Sin embargo, en un segundo plano, pero no menos importante, con la evidencia o elementos probatorios, el litigante podrá confirmar o desacreditar las afirmaciones de hecho. Es fundamental identificar cada uno de los supuestos de hecho y relacionarlos con los medios de prueba.

3.3. Estructura probatoria

La estructura probatoria se debe concentrar en cada afirmación de los hechos que han sido identificados en la estructura fáctica, para ello se debe utilizar elementos de prueba que demuestren o nieguen las afirmaciones de hecho, entre los principales medios de prueba que se obtienen para alcanzar este objetivo encontramos la prueba testimonial, la prueba pericial y la prueba documental.

IV. Presentación de la teoría del caso

La teoría del caso será presentada en la audiencia de juicio oral desde la narración del alegato de apertura hasta el alegato de clausura, y pasado por la actividad probatoria.

En la presentación de la teoría del caso, se rescata el alegato de apertura, que viene a ser la exposición discursiva y persuasiva de la teoría del caso, los fundamentos jurídicos que permiten soportar, legal y doctrinalmente la tesis y las pruebas que lo demuestras y que serán practicadas en el debate. Sin embargo, es prudente aclarar que aún no existe un formato o única estructura de alegato, porque este depende de las particularidades del caso y de la formación y estilo del abogado (Casarez y Guillén, 2012).

No debemos argumentar, al momento del alegato de apertura, puesto que este no es para emitir conclusiones, ya que materialmente no se tiene nada probado (desde el punto de vista normativo es causal válida de objeción). Por lo tanto, las conclusiones las dejaremos para los alegatos finales.

También se debe evitar prometer lo que no se cumplirá, esto es, no se debe sobredimensionar los alcances de la prueba que se presentará, ya que esto genera costos de credibilidad. No se debe emitir opiniones, porque el alegato de apertura no es una instancia para apelar a los sentimientos del juzgador, por lo que deberá presentarse la teoría del caso de forma objetiva.

Se debe tratar de personalizar el conflicto, es decir, presentar el caso de manera humana y no caer en abstracciones. Se puede ayudar con audiovisuales; entre más complejo sea el caso, hay más necesidad de ayuda audiovisual.

En la actividad probatoria, tendremos que extraer la información pertinente con la finalidad de dar sustento a la teoría del caso que se maneje. Es oportuno en este supuesto utilizar diferentes técnicas de litigación, con el objetivo de concatenar el elemento probatorio con el aspecto fáctico de la teoría del caso. Con ello lograremos sustentar un adecuado alegato final.

El alegato final nos servirá para mostrar la forma con la cual se acreditaron los elementos fácticos con cada uno de los elementos probatorios.

V. Críticas a la teoría del caso

El reconocido juez supremo César Eugenio San Martín Castro ofreció una ponencia en el ya clásico espacio académico del Poder Judicial, denominado «La cátedra de los jueves», dirigido por el juez superior César Sahuanay Calsín. El evento se dio en el auditorio de La Academia de la Magistratura, titulado «La colaboración eficaz y la prueba trasladada». El juez supremo César San Martín encendió un gran debate luego de afirmar que la *teoría del caso* es una tontería. «Son criterios adversariales que no tiene el Código»: agregó, un tanto mortificado.

En ese mismo sentido, criticó las resoluciones que consignan en su desarrollo el mencionado concepto: «Yo me enfermo cada vez que veo en una sentencia judicial: teoría del caso. ¿Qué caso?», cuestionó el juez supremo. Es por ese mismo motivo que exhortó a que los jueces, fiscales u operadores de justicia a dejar de usar ese concepto, porque, según refiere el magistrado, es equivocado.

Por otro lado, en una entrevista realizada por Meini a San Martín Castro, este vuelve a postular su posición que recrimina la denominada teoría del caso:

Meini: Tengo una pregunta sobre estos rasgos que se mencionan —básicamente oralidad, contradicción, intentar dar las mayores garantías al proceso—: algunas voces sostienen que en el nuevo modelo adquiere una relevancia inusitada el dominio de la **teoría del caso**. Sin necesidad de que esta postura deba ser vista como algo opuesto a la dogmática, pareciese que hay una apuesta eventualmente excesiva por la teoría del caso, como si el abogado que lleva un proceso penal debiera fundamentalmente dominar el arte escénico y de la persuasión antes de tener bagaje dogmático, tanto sustantivo como procesal.

San Martín: Yo soy un firme contradictor de esa posición. Me parece fatal que se considere, cuando se habla de esta famosa «teoría del caso», que se destaquen solamente las habilidades **dialécticas y prácticas** de un abogado. Aun sin desconocer que son importantes, no toma en cuenta que estamos frente a hechos que se definen normativamente y, por consiguiente, el uso del derecho penal es absolutamente fundamental. Una estrategia procesal tiene que partir primero de definir los hechos y de darles las respuestas jurídico-penales que correspondan y, desde las posibilidades probatorias que uno tiene que hurgar, que tiene que establecer, debe ir modulando sus puntos de vistas sobre el particular.

Desde luego, creo que lo fundamental es que un abogado sepa dogmático tanto material cuanto procesal. Evidentemente, luego tiene que definir una estrategia que está centrada en introducir en el proceso a nivel de defensa algunas líneas, ya sea de desprestigiar la prueba de cargo presentada por la parte contraria, o de presentar hechos impositivos, excluyentes, alternativos y su evidencia correspondiente.

El abogado tiene que tener esa «habilidad múltiple» de apreciar en su conjunto las posibilidades que una situación de hecho presenta; pero de ninguna manera, porque sería creo un error gravísimo, hay que ir a la pura dialéctica y al puro manejo escénico, teniendo en cuenta, primero, que el abogado está frente a un juez profesional, y no frente a un jurado: ese es un aspecto vital que nos permite decir «¡cuidado!» con las lecturas extranjeras. (Meini Méndez, 2010, p. 15)

Pues bien, San Martín Castro en la ponencia que dio es muy claro al mencionar que lo que hacen las partes son averiguaciones, luego en virtud de esas averiguaciones realizan afirmaciones, las cuales presentan al órgano jurisdiccional, y lo que el órgano jurisdiccional realiza es verificar dichas afirmaciones; y aunado a lo que refiere en la entrevista, un abogado no solo debe persuadir ni utilizar sus habilidades prácticas, sino que debe conocer el derecho, donde deberá definir primero los hechos, luego subsumirle y darle respuesta jurídico penal coadyuvado por las posibilidades probatorias.

No obstante, recordemos que el abogado o el fiscal no solo debe conocer el derecho, sino que debe contar con todas las estrategias necesarias para explicar los argumentos respecto de los hechos que cada uno tiene, es decir, para presentar su caso manejado, formulado en virtud de

los hechos, la norma y las pruebas, necesitará de estrategias, y uno de estos es la teoría del caso, una forma metodológica que ayudará a cada parte a entregar al órgano jurisdiccional nuestra postura respecto de un caso y el manejo que tenemos sobre esta llevará a otorgar al juez la convicción suficiente para otorgar credibilidad a lo que argumentamos.

Ahora bien, respecto de la idea de que en el código no se encuentra previsto la denominada teoría del caso, nos preguntamos ¿dónde está escrito, en el Código Procesal Penal, los términos «afirmación sobre lo averiguado» y la «verificación de la afirmación sobre lo averiguado»? Por ello precisamos que la teoría del caso es un planteamiento metodológico que cada una de las partes propone para el desenvolvimiento y eficaz desarrollo del proceso sobre los hechos penalmente relevantes.

En esta línea de ideas, es una posición histórica que cada una de las partes ha de proponer, sustentar y acreditar, pues de ser como lo refiere el juez supremo, la tarea de la defensa técnica se resumiría a la negación de afirmaciones, cuando a la luz del Código Procesal Penal esto no es así, puesto que la defensa técnica tiene la tarea de construir su teoría del caso, consistente en exponer su historia acerca de los hechos, sustentarlos y acreditarlos.

VI. Conclusiones

- El nuevo sistema procesal penal impone la necesidad de una teoría del caso como una guía o ruta tanto para la defensa como para el fiscal de poder presentar, argumentar y convencer a un juez sobre los hechos, la norma aplicable y las pruebas.
- Para ganar un proceso, debemos contar con previo conocimiento del caso y, posteriormente, diseñar responsablemente nuestra teoría del caso.
- Se requiere de un diseño previo, que los hechos expuestos sean consistentes, que nuestra versión esté suficientemente probada, sin dejar de lado, el análisis penal de adecuación típica.
- Son características de la teoría del caso que el diseño de este empiece desde el momento en que tenemos conocimiento de los hechos. La teoría del caso se orienta al juicio oral.

VII. Referencias

- Casarez Zazueta, O. F., & Guillén López, G. (2012). *Teoría del caso en el Sistema Penal Acusatorio*. En M. E. Gálvez Esparza, M. Á. López Uriarte, J. Romero Ochoa, & C. Hortencia Arvizu, *Memorias del V Coloquio Tendencias Actuales del Derecho*. Universidad de Sonora. http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_OLGA_Y_GERMAN_GUILLEN.pdf
- Medina, C. A. (2003). *Sistemas procesales y oralidad*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Meini Mendez, I. (2010). Entrevista al doctor César San Martín, a cargo del Fiscalía General de la Nación. (2005). *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Manual general para operadores jurídicos* (Primera ed.). Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia USAID.
- Profesor Iván Meini. *Derecho PUCP*, (65), 13-27. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3036>
- Stalling Dávila, B. A. (s. f.). *Teoría del Caso*. Instituto de Defensa Pública Penal.

Derecho laboral y procesal laboral



Límites a la imposición del despido sucesivo homólogo y posibilidad del control de validez por el juez cautelar

Limits on the imposition of successive equivalent dismissal and possibility of review of validity by the precautionary court

VALDIVIA DÍAZ, Franklin(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Poder de dirección y el proceso laboral peruano. 2.1. Poder de dirección y despido en la relación laboral. 2.2. El proceso laboral peruano. 2.3. Medidas cautelares en el proceso laboral. III. Principales razones que limitan la imposición del despido sucesivo homólogo y posibilidad del control de validez por el juez cautelar. 3.1. Vigencia de un mandato cautelar, que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva y refuerza la protección del derecho al trabajo en su dimensión de salida. 3.2. Carácter vinculante de los principios del proceso laboral. 3.3. El deber de los Estados a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo, a través de vías procedimentales céleres e idóneas. IV. Conclusiones. V. Referencias.

(*) Abogado y Maestro en Cs. Mención en Derecho del Trabajo por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Derecho Laboral y Procesal Laboral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad. Estudios de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona. Ex discente PROFA-AMAG. Consultor y abogado litigante en causas laborales.

Resumen: La protección contra el despido arbitrario en el Perú consiste en bien la reposición, o bien en la indemnización por despido arbitrario. En este último caso, el trabajador puede plantear medida cautelar que le permita, provisionalmente, prestar servicios laborales, lo que genera una relación laboral impuesta por mandato judicial. En esta relación laboral, el empleador se encuentra habilitado para desplegar su poder de dirección, por lo que puede despedir a dicho trabajador. Frente a este escenario, el trabajador está ante dos despidos sucesivos: el primero (despido originario), que motivó el planteamiento de la petición de reposición y la medida cautelar originaria, y el segundo, materializado durante la vigencia del mandato cautelar anteriormente otorgada (despido sucesivo). En este contexto, las reglas procesales, actualmente establecidas, permiten el planteamiento de una nueva acción judicial, que contenga —a su vez— la petición de reposición y, de necesitarlo, una nueva medida cautelar. Esta situación genera algunas consecuencias procesales complejas: i) acumular ambos procesos judiciales, ii) suspender el trámite procesal del despido sucesivo, iii) analizar —como posibilidad— el pedido de una segunda medida cautelar que busque neutralizar los efectos causados por el despido materializado durante la vigencia de la primera medida cautelar; situaciones que contravienen la naturaleza y principios del proceso laboral establecidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo: celeridad, economía procesal, concentración, informalismo, equidad etc. Adicionalmente, este segundo despido pone en grave peligro la tutela otorgada cautelarmente, y con ello a la tutela procesal efectiva en sí, lo que justifica que estos actos sean revisados por el juez que otorgó la medida cautelar originariamente, así como los límites a la imposición del despido sucesivo, claro está, bajo determinadas condiciones de congruencia procesal.

Palabras clave: despido, despido originario, despido sucesivo homólogo, juez cautelar, tutela procesal efectiva, medida cautelar

Abstract: *Protection against arbitrary dismissal in Peru, is, or reinstatement or compensation for arbitrary dismissal. In the latter case, the worker may apply for a precautionary measure that provisionally allows him to provide labour services, thereby creating an employment relationship imposed by a court order. In this employment relationship, the employer is empowered to exercise his managerial power and may dismiss the worker. Faced with this scenario, the worker is facing two successive dismissals: the first (original dismissal), which motivated the approach of the request for reinstatement and the original precautionary measure; and the second, materialized during the term of the injunction previously granted (successive dismissal). In this context, the pro-*

cedural rules currently in place allow for the establishment of a new judicial action, containing—in turn—the request for reinstatement, and if necessary, a new precautionary measure. This situation has some complex procedural consequences: i. To consolidate both judicial processes; ii. To suspend the procedural process of the subsequent dismissal; iii. To analyze—as a possibility—the request for a second precautionary measure that seeks to neutralize the effects caused by the dismissal during the duration of the first precautionary measure; Situations that contravene the nature and principles of the labor process established in the New Labor Procedural Law: speed, procedural economy, concentration, informality, equity, etc. In addition, this second dismissal seriously jeopardizes the protection granted precautionary, and thus the effective procedural protection itself; justifying that these acts are reviewed by the judge who granted the original precautionary measure, as well as the limits on the imposition of subsequent dismissal; of course, under certain conditions of procedural consistency.

Keywords: *original dismissal, subsequent homologous dismissal, precautionary judge, effective procedural protection, precautionary measure, dismissal*

I. Introducción

En el presente artículo se busca desarrollar las principales razones jurídicas, durante la vigencia de una medida cautelar, que i) limitan la imposición de un despido sucesivo homólogo y ii) posibilitan la revisión judicial por el juez cautelar, en el ámbito de la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Para realizar tal tarea, se presenta el análisis de diferentes instituciones jurídicas, tales como el despido, el proceso laboral y las reglas en el ámbito procedimental de la pretensión de reposición; asimismo, se aborda la medida cautelar en el proceso laboral, para lo cual se realiza un estudio desde su naturaleza, finalidad y procedimiento.

Finalmente, sustentamos las razones por las que la vigencia del mandato cautelar, garantiza la tutela procesal efectiva y refuerza la protección contra el despido arbitrario; el carácter vinculante de los principios del proceso laboral; así como, el deber de los estados a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo, a través de vías procedimentales céleres e idóneas; todas, son límites a la imposición del despido durante la vigencia de la medida cautelar y a su vez, son razones que posibilitan la revisión de su materialización por el juez cautelar.

II. Poder de dirección y el proceso laboral peruano

2.1. Poder de dirección y despido en la relación laboral

En el ámbito de la relación laboral, un sujeto guía la actividad del otro a efectos de materializar los fines empresariales. Esta disposición se denomina poder de dirección, el cual, no solo tiene sustento legal o se basa únicamente en la relación jurídica laboral; sino que se sustenta, sobre todo, en el derecho constitucional de libertad de empresa, reconocidos en el art. 59 de la Constitución Política del Estado.

Marx (1890), sobre el poder empresarial-empendedor, sobre el trabajador, señala que:

El obrero trabaja bajo el control del capitalista, a quien su trabajo pertenece. El capitalista se cuida de vigilar que este trabajo se ejecute como es debido y que los medios de producción se empleen convenientemente, es decir, sin desperdicio de materias primas y cuidando de que los instrumentos de trabajo se traten bien, sin desgastarse más que en aquella parte en que lo exija su empleo racional. (p. 533)

De allí que podemos afirmar que el poder de dirección no solo se funda en el derecho a la libertad de empresa, sino también en el derecho a la propiedad (reconocido en el art. 16, inc. 2, de la Constitución). Asimismo, desde la teoría contractualista, se ha intentado explicar múltiples supuestos que evidencian, más que el inicio, el reconocimiento de la relación laboral (ello, más en consecuencia que en causa). Así, Marquet Guerrero (2003) ha señalado:

[...] se expresa que aunque esa voluntad patronal no esté plasmada por escrito, puede haberse manifestado de manera verbal. [...] cuando dicha inclusión pudiera ser el resultado de una voluntad forzada por la presión de la huelga o por una orden jurisdiccional, expresa en una sentencia o laudo de un tribunal laboral, la voluntad patronal existió en el primer caso, aunque no plenamente libre, en tanto que, en el segundo, la voluntad patronal se manifestó tácitamente al haberse sometido a la jurisdiccional del tribunal laboral. (p. 521)

2.1.1. Límites al poder de dirección

Martínez Fons (2002), como se citó en Blancas Bustamante (2010), señala que:

El poder de control y vigilancia, en tanto emanación o prolongación del poder de dirección, está sometido a límites internos y externos. Los «internos» se basan en los criterios de «funcionalidad» y de «razonabilidad». En el primer caso, el control tiene como ámbito y límite insuperable el contenido de la prestación comprometida por el trabajador. (p. 158)

2.1.2. El despido laboral como posibilidad jurídica a partir del poder sancionador del empleador

Respecto a este punto, Toyama Miyagusuku (2009) explica:

Las sanciones disciplinarias que pueda aplicar el empleador tendrán un efecto inmediato y producirán, en cada caso, las consecuencias correspondientes a una simple llamada de atención, a la suspensión por un determinado tiempo de las labores y de la omisión de la obligación remunerativa por los días que dure tal medida, o la extinción del vínculo laboral.

No obstante, las sanciones disciplinarias practicadas no siempre implican un ejercicio legítimo de la facultad sancionatoria del empleador, razón por la cual el trabajador castigado tendrá expedito su derecho de acción orientado a impugnar la sanción a la que se encuentra sujeto. No puede resistirse a la aplicación de la sanción en tanto que rige el principio *solve et repete* derivado de la presunción de legitimidad de las órdenes del empleador en tanto estamos ante prestaciones subordinadas de servicios. De este modo se verificaría en el fuero judicial si, en efecto, la medida correctiva del empleador supone un ejercicio irregular o no de su atribución disciplinaria. (p. 126)

Es importante anotar, además, que el poder de dirección se materializa también en el ámbito de la ejecución de la medida cautelar, lo que hace posible que dentro de esta se pueda, de ser el caso, despedir al trabajador o trabajadora, pues la imposición judicial laboral no blindada al trabajador ante sus faltas disciplinarias. En este escenario se materializa el despido sucesivo, y será homólogo en cuanto tenga la misma calificación de acuerdo a la jurisprudencia establecida en Llanos Huasco (Exp. N.º 976-2001-AA/TC-Huánuco) y Baylón Flores (Exp. N.º 0206-2005-PAJTC-Huaura): despido

nulo, incausado y fraudulento. Ello sí, en este ámbito, deberá analizarse con mayor cuidado la acción del empleador, a efectos de que sus acciones no se tornen en ilegítimas.

2.2. El proceso laboral peruano

2.2.1. El proceso laboral: fundamento, conflicto y características

Ovalle Favela (2016), como se citó en Jiménez López y Pérez Martínez (2003), ha señalado que:

La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.

[...] un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato, y los que sirven de él para la satisfacción de sus intereses. (p. 67)

Según Pasco Cosmópolis (1997), se explica que, dentro del proceso laboral, resulta imperativo para el orden y la paz proveer mecanismos procesales adecuados que encausen y resuelvan esa conflictividad, pues, de lo contrario, se tornaría inmanejable, insoportable (p. 13), o mucho más, como así refiere el mismo autor:

El trabajador pone en juego la satisfacción de derechos de contenido alimentario en función de las necesidades que tiene a satisfacer. El patrono, en cambio, no asiste en el proceso al debate de problemas esenciales de subsistencia económica, sino a una disminución de su margen de utilidad o en el peor de los casos de su capital.

2.2.2. Principios del proceso laboral

En el caso peruano, el artículo I del Título Preliminar de la NLPT, Ley N.º 29497, determina que el proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediatez, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad. Por su parte, el artículo III del mismo texto normativo

establece como fundamentos del proceso laboral que los jueces tienen un rol protagónico y salvaguardan la equidad procesal no solo en el trámite, sino también en la ejecución del proceso.

Ahora bien, los principios procesales laborales presentes en la NLPT deben regir la actividad procesal de las partes y del juez en la interacción con estos, y en las decisiones que tome. El proceso laboral no puede entenderse, en consecuencia, como un conjunto de reglas de aplicación mecánica, sino que deben interpretarse y aplicarse de acuerdo con el contexto en que se generó el conflicto, la naturaleza de los intereses en disputa y los mandatos principistas que la sustentan.

2.2.3. *El trámite de la pretensión de reposición en los procesos abreviado y ordinario laboral, regulados por la NLPT*

La estructura diseñada en el denominado «proceso abreviado laboral» es la siguiente:

Tabla 1
Estructura del proceso abreviado laboral

| 1 | 2 | 3 | 4 |
|---------|---------------|--------------|--|
| Demanda | Emplazamiento | Contestación | Conciliación (en caso de no conciliarse, se precisan las pretensiones materia de juicio). — Confrontación. — Actuación probatoria — Alegatos — Sentencia |

Nota: Elaboración propia

A su vez, el proceso ordinario laboral tiene la siguiente estructura:

Tabla 2
Estructura del proceso ordinario laboral

| 1 | 2 | 3 | 4 | | |
|---------|---------------|---|-----------------------------|----------------------|------------------|
| Demanda | Emplazamiento | Audiencia de Conciliación. En caso de no conciliarse, se precisan las pretensiones materia de juicio. | Audiencia de juzgamiento | | |
| | | | Confrontación de posiciones | Actuación probatoria | Alegatos finales |

Nota: Elaboración propia

Debemos tener en cuenta que la pretensión de reposición es posible plantearla en ambas vías procedimentales, sea que la relación laboral o su indefinición esté reconocida o no (en este caso, se entiende su reconocimiento pretensión implícita y solo en el proceso abreviado). En ambas vías procedimentales, la pretensión de reposición planteada originariamente (en el acto postulatorio de la demanda) no puede ser reformulada posteriormente a su planteamiento (como permitía el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de setiembre de 2013), sino que puede ser, en todo caso, precisada. Así quedó establecido en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2017, donde se acordó que no se puede modificar la demanda de audiencia de juzgamiento, de conformidad con el art. 428 CPC de aplicación supletoria; pero excepcionalmente se pueden efectuar precisiones o aclaraciones respecto de una pretensión, siempre que no altere sustancialmente las planteadas, lo que optimiza el 428 CPC, el cual establece que el demandante puede modificar la demanda antes de que esta sea notificada.

Siendo ello así, cualquier suceso fáctico cualitativo que devenga durante el trámite del despido, aun cuando esté estructuralmente vinculado a este, no puede introducirse al proceso cuyo trámite ya inició, que fue notificado a la parte demandada y cuyas pretensiones ya fueron precisadas, pues, si bien el proceso laboral está dotado estructuralmente del principio de informalismo y oralidad, no deja de estar guiada por la escrituralidad que fija el camino en el desarrollo del proceso judicial laboral.

Así, en ninguno de los casos anteriores se posibilita la acumulación de pretensiones originadas en hechos conexos pero sucesivos, donde uno se configura posteriormente a la interposición de la demanda o notificación de esta. Incluso, el artículo 88 CPC establece únicamente cuatro supuestos de acumulación objetiva sucesiva, dentro de los cuales no es posible la acumulación de un despido sucesivo homólogo. Así, señala:

La acumulación objetiva sucesiva se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones;
2. Cuando el demandado reconviene;
3. Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos; y
4. Cuando el demandado formula el aseguramiento de la pretensión futura.

En consecuencia, el despido materializado durante la vigencia de la medida cautelar, bajo el diseño procedimental actual, no puede ser incorporado al debate procesal del proceso primigenio, y ni siquiera al debate sobre la vigencia o cancelación de la medida cautelar que motivo la prestación donde se materializó la medida disciplinaria.

2.3. Medidas cautelares en el proceso laboral

2.3.1. Definición y finalidad de la medida cautelar

En principio, debemos tener en cuenta que las medidas cautelares han surgido como:

[...] una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria para lograr la eficacia de dichos derechos como es la tutela preventiva y la tutela de urgencia. La primera busca proteger el derecho contra la posibilidad de su violación. La tutela de urgencia tiene como finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso. A tal efecto, la referida tutela urgente acoge a la tutela cautelar y a la tutela anticipada, como expresiones de esa urgencia. No busca reemplazar a la tutela ordinaria o clásica, todo lo contrario, es un complemento pues ambas buscan lo mismo, proveer al justiciable de una tutela jurisdiccional efectiva. (Ledesma Narváez, 2016, p. 16)

En esa misma línea, Monroy Palacios (2002) sostiene que:

En el transcurso de esa discusión (litis) la relación material que motivó el proceso puede modificarse, a tal punto que la decisión final corra el riesgo de tornarse inocua. Es decir, aquella persona que recurrió al proceso, si bien obtiene una sentencia que en justicia declara el derecho a su favor, corre el peligro de no poder concretar su pretensión debido a que la alteración de la relación material ha tornado irrealizable lo ordenado por el juez. (p. 41)

Así entendido, como sostiene el mencionado autor, que las medidas o providencias cautelares constituyen un mandato judicial destinado a garantizar la efectividad del proceso, la tutela cautelar no es más que una forma de protección procesal que resuelve las controversias destinadas a asegurar la mencionada efectividad.

Por ello, cabe afirmar lo siguiente:

Las medidas cautelares tienen su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al proceso, busca asegurar de forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia a expedirse. (Ledesma Narváez, 2018, p. 11)

Entonces, la principal finalidad de la medida cautelar es asegurar el fiel cumplimiento de lo que se decidirá definitivamente en el proceso judicial. Con ello se intensificará una protección adecuada, debido a los peligros que la demora del proceso pueda causar: asegurar tutela procesal efectiva. Tutela procesal, que está garantizada por la propia Constitución Política, como principio de la función jurisdiccional (art. 139).

Estas garantías razonables, a decir del Tribunal Constitucional, en el expediente N.º 0023-2005-PI/TC:

La investigación comparatística, en base al análisis de la experiencia constitucional estadounidense del *due process*, destaca la imposibilidad de configurar una dimensión puramente «procesal» de la acción, por ello se ha destacado que la cláusula del debido proceso —*due process clause*— es susceptible de violación no solo cuando sean «irrazonables» las modalidades técnicas de ejercicio de los poderes procesales, sino también en los casos en los que la configuración misma de los derechos sustantivos —*substantive rights*—, en la incidencia sobre la posibilidad de probar su existencia en juicio, sea tal que perjudique la tutela, condicionando «irrazonablemente» el éxito del proceso. De allí que resulte razonable poder regular de manera especial el procedimiento cautelar frente a los actos legítimos de las autoridades locales y regionales.

7. De todo ello se desprende que en el Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución se encuentra orientada a una protección procesal de los derechos fundamentales, lo que supone una teoría constitucional procesal, como primer paso para concretizar el contenido material de la Constitución, a través de la afirmación de un *contenido procesal autónomo de los derechos fundamentales (status activus processualis)*, que permite asegurar al ciudadano acceder a la tutela jurisdiccional de la justicia constitucional para un ejercicio pleno de los derechos fundamentales. (fundamento A1.6)

Así entonces, la pretensión de reposición únicamente se verá protegida, siempre que se otorgue efectividad a la fundabilidad de la misma, pero no solo procesalmente, sino a través de disposiciones que conlleven en el ámbito sustantivo a la plena probanza y protección de los derechos.

III. Principales razones que limitan la imposición del despido sucesivo homólogo y posibilidad del control de validez por el juez cautelar

1.1. Vigencia de un mandato cautelar, que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva y refuerza la protección del derecho al trabajo en su dimensión de salida

La tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto principio de la función jurisdiccional y derecho fundamental de los justiciables, debe materializarse efectivamente en el proceso laboral. Para ello, no solo debe seguirse el proceso a través de las reglas formales (debido proceso formal), sino también materiales (razonabilidad); asimismo, deben definirse medidas que satisfagan el acceso a la justicia idóneamente y la ejecución correcta de las decisiones firmes.

En esta relación, la tutela cautelar se convierte en la garante de la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, pues dependerá de esta que la decisión tomada, en todos los casos, sea posible de materializarse, sin que el decurso del proceso haya sido más dañino.

Por tanto, cuando se otorgue una medida cautelar que garantice la prestación provisional del servicio —como trabajador— del despedido arbitrariamente, en cuanto garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, esta deberá ser eficaz. ¿Qué implica ello? Que en el trámite y ejecución de la medida cautelar también se respete el debido proceso material y formal, y que, en su cumplimiento, se garantice jurisdiccionalmente su efectividad. Al respecto, si bien la medida es provisional, variable e instrumental, ello no implica que las partes puedan afectar unilateralmente su contenido esencial, sino que deben actuar razonablemente a partir del mandato dictado por el juzgador, fundándose en el poder jurisdiccional que ostenta.

En este sentido, el poder de dirección —concretamente, la facultad disciplinaria que posibilita el despido que se ejerce dentro de la ejecución de la medida cautelar— deberá materializarse dentro del ámbito legalmen-

te permitido, así como también constitucionalmente exigido, que respete los derechos fundamentales del trabajador, el marco de la razonabilidad y la calidad jurisdiccional que soporta la relación jurídica. En este sentido, deberá ejercerse reconociendo su fuente de origen, que, a diferencia de la relación laboral consensuada voluntariamente por las partes, nace de la imposición del poder jurisdiccional a las mismas, sobre la que, si bien se podría decir que existe un consenso tácito, al haber recurrido al poder jurisdiccional para que se resuelva el conflicto, ello no niega la naturaleza de imposición que contiene un mandato judicial, dotado —por su propia naturaleza— de jurisdiccionalidad.

En este escenario, una vez otorgada la medida cautelar que permite la reposición provisional del trabajador, el empleador tiene la posibilidad de ejercer el poder disciplinario contra el trabajador, y no necesariamente desde que este mandato ha quedado firme.

Ahora bien, ¿desde y hasta qué momento se podría permitir introducir un hecho (despido) sucesivo homólogo para que sea analizada como objeto del proceso? En cuanto a desde qué momento puede plantearse, deberá relacionarse entre la ejecución de la medida cautelar que permite que se desarrolle una relación laboral y la posibilidad de la modificación de la demanda, pues, en los casos en que bajo las reglas procesales actuales se permita la ampliación o modificación de la demanda (hasta la notificación o emplazamiento al demandado), al controlar la validez de la acción del empleador, no será necesario que se introduzca como un hecho sucesivo homólogo posterior al planteamiento de la demanda, ya que se puede integrar liminarmente estos hechos a la demanda originaria; sin embargo, cuando dicha posibilidad no se puede materializar, necesitará integrarse como tal. En consecuencia, el control de validez del despido sucesivo homólogo podrá realizarse desde que este se produce en las medidas cautelares dentro del proceso; y dependiendo de si la demanda puede modificarse o no, se integrarán como hechos sucesivos homólogos al debate procesal o como hechos originarios (dependiendo si la demanda se notificó).

En cuanto al límite posible, se debe dar hasta la etapa procesal en que permita al juzgador realizar un análisis de mérito, en primera o segunda instancia, dependiendo de en qué momento se materialice el despido sucesivo homólogo. Para ello, se establecerán reglas procesales que permitan la integración fáctica y probatoria de los sucesos que ameritan este análisis.

Debemos recordar, además, que en el proceso laboral regulado por la NLPT la casación no interrumpe la ejecución de lo decidido en sentencia de segunda instancia, lo que implica que, por una virtualidad establecida en la ley, es hasta dicha etapa procesal en que se obtiene una sentencia ejecutable, más allá de que tenga calidad de cosa juzgada. Ello, debido a la conectividad que tendrán estos supuestos fácticos tanto dentro del procedimiento cautelar como en el proceso en que se analiza el fondo del asunto litigioso. Sobre esto último, no incidirá transversalmente la vía procedimental (ordinario o abreviado), ya que, en ambos casos, más allá de sus reglas de trámite, la posibilidad cautelar se habilita desde la admisión de la demanda hasta que se obtiene la sentencia de segunda instancia que es ejecutable.

En el caso de la medida cautelar fuera de proceso, el trámite previo al planteamiento de la demanda es, obviamente, distinto al anterior supuesto. Ahora bien, durante el periodo de tiempo en que se ejecuta la medida cautelar y en que se interpone y admite la demanda, el empleador puede ejercer el poder disciplinario y, por tanto, imponer el despido. En estos casos, dado el pequeño espacio de tiempo, no es idóneo plantear una revisión judicial del despido sucesivo homólogo dentro de la medida cautelar con incidencia en el proceso principal, sino plantearla directamente en la demanda y de manera inicial en la nueva medida cautelar. Una vez planteada y admitida la demanda, sin embargo, el trámite es idéntico al supuesto de la medida cautelar otorgada dentro del proceso.

Por último, la integración al debate procesal de los supuestos del despido sucesivo homólogo, por incidencia de la revisión de validez dentro de la medida cautelar, no vendría a ser un supuesto de acumulación sucesiva de pretensiones, en cuanto se mantiene la petición originaria: reposición y las causas de pedir. Entonces, estos supuestos se integran únicamente a este último, como parte estructural del mismo, y mucho más si son homólogos. De esta manera, se extiende su protección. En todo caso, son supuestos de extensión de protección ante hechos homólogos, con la finalidad de potencializar el derecho a la protección contra el despido arbitrario dentro de la vigencia de la medida cautelar que, a su vez, asegura el derecho a la tutela procesal efectiva y refuerza la protección contra el despido arbitrario.

Ahora bien, antes habíamos dicho que, aun cuando este despido sucesivo homólogo se materialice cuando el proceso principal se tramite en segunda instancia, igualmente será revisable, lo que implica un pronuncia-

miento de la Sala revisora. Al respecto, se podría decir que este supuesto afecta el derecho a la pluralidad de instancias. Frente a esta posibilidad, debemos recordar que los hechos sucesivos del despido deberán ser controlados a fin de que ingresen a la discusión del objeto procesal de fondo, siempre que sean homólogos fácticamente a los originarios, y que, por ello, conlleven a una manifiesta e idéntica calificación jurídica entre el despido originario y el despido sucesivo. Ello asegura que el debate procesal no se extralimite a supuestos extraños estructuralmente a los que dieron origen al proceso y a la medida cautelar primigenia, además de que permite que el objeto de debate procesal sea semejante. Mucho más, la eficacia de la resolución cautelar, así como lo que finalmente se decidirá en el proceso, debe garantizarse para que no termine siendo una mera declaración que se ve truncada en sus efectos por la voluntad unilateral del empleador al despedir sucesivamente al trabajador. Por supuesto, en todas estas circunstancias se debe garantizar el derecho a la defensa y a probar de todas las partes procesales.

1.2. Carácter vinculante de los principios del proceso laboral

Para adentrarnos a la discusión del carácter vinculante de los principios del proceso laboral, antes debemos recordar que el proceso laboral establecido por la Nueva Ley Procesal del Trabajo los reconoce en sus cuatro artículos de su Título Preliminar. Estos principios inspiran el proceso laboral, guían la aplicación de sus reglas y cubren los vacíos normativos. Su incidencia, por demás, en el proceso laboral, viene a ser altamente marcada, dada su naturaleza: dispositivo atenuado, y como consecuencia del derecho social al que pertenece.

Asimismo, debemos tener en cuenta que los principios del proceso laboral devienen de un reconocimiento constitucional, sea en los principios de la función jurisdiccional establecidos en el artículo 139 de la Constitución, o sea en la naturaleza de nuestro Estado: constitucional y social, de acuerdo a lo que se establece en el artículo 43 y 51 de la Constitución. Por tanto, su vigencia y aplicabilidad no solo devienen de lo establecido en la NLPT, sino en la naturaleza constitucionalizada de estos, lo que implica que deben ser aplicados imperativa y predominantemente en el desarrollo de los procesos laborales. Dentro de este escenario, y enmarcando en nuestra investigación, debemos señalar que los principios vinculan también a las medidas cautelares, de acuerdo a las características y fines de esta.

Cabe recordar que las implicancias de un proceso laboral, de naturaleza de derecho social, dispositivo atenuado, implica un mayor rol del juez, puesto que él es garante del desarrollo e impulso adecuado del proceso. Así, se desatan mayores poderes procesales del juez, mayor control dentro del proceso de las actuaciones de las partes, incluso limitando sus libres elecciones (a través del control del test de disponibilidad, en la conciliación, por ejemplo). Por tanto, este principio también nos permite posibilitar la revisión judicial del juez que dictó la medida cautelar, del despido impuesto durante la vigencia de esta, en cuanto existen límites inquebrantables que debe garantizarse, en este contexto, mayores a los existentes en un proceso laboral habitual. Para ello, el rol del juez deberá respetar el mandato principista de que debe ser el director del proceso y el principal preocupado porque su desarrollo salvaguarde el actuar correcto de las partes.

Como observamos, los principios del proceso laboral son un límite a la imposición del despido durante la vigencia de la medida cautelar, ya que garantizan que las partes deben actuar de acuerdo al respeto de la tutela cautelar, la veracidad, la lealtad y buena fe procesal. A su vez, los mismos principios, dada su vinculatoriedad, son el sustento de la posibilidad de la revisión judicial por el juez que otorgó la medida cautelar, del despido sucesivo homólogo que se produce durante esta. Estamos, entonces, ante un límite justificante de una acción judicial de control.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, los principios procesales, y por supuesto los que definen el proceso laboral, están constitucionalizados. De allí que estemos frente un proceso laboral constitucionalizado, pues el artículo 38 de la Constitución exige que los ciudadanos y autoridades (incluido el juez) debemos respetar imperativamente sus disposiciones; mientras que el artículo 51 establece que sobre toda disposición legal o reglamentaria prevalece la Constitución. A partir de lo cual, la carta magna se introduce en la esfera del proceso laboral, normativamente y en su carácter de irradiación constitucional. En este sentido, los legisladores y los jueces deben respetar dicho mandato, al diseñar y aplicar las disposiciones normativas, a fin de salvaguardar el carácter imperativo no solo de los principios, sino de la propia Constitución, pues esta establece en su artículo 138 que el Poder Judicial administra justicia conforme a la Constitución. Queda claro, así entonces, el carácter constitucionalizado y principista del proceso laboral.

1.3. El deber de los Estados a garantizar la tutela inmediata y sencilla del derecho al trabajo a través de vías procedimentales céleres e idóneas

Los Estados tienen el deber de implementar procesos (y procedimientos) céleres y eficaces a fin de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Este deber, en el caso peruano, no solo deviene de los pactos internacionales, sino también de mandatos constitucionales, como la tutela procesal efectiva, en cuanto este derecho implica otorgar a los ciudadanos que recurren al órgano jurisdiccional —Poder Judicial— una resolución efectiva de su controversia. Lo mencionado implica que se deban asegurar de todas las formas posibles la ejecutabilidad de las resoluciones judiciales y que, mientras ello sea posible, cuidar que no se agudicen las afectaciones que los ciudadanos estén sufriendo.

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley»; mientras que el artículo 2, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, expresa que los Estados deben asegurar una protección efectiva al ciudadano que recurre a su protección.

En ese marco, el trabajador debe tener mecanismos adecuados para protegerse frente a las afectaciones de sus derechos fundamentales, y que se materialicen durante el desarrollo de la relación del trabajo, así como en los actos a través de los cuales se extingue la misma. Así, al ser el despido arbitrario (en sentido genérico) una de las manifestaciones de afectación de derechos fundamentales al momento de dar por terminada la relación de trabajo, el Estado debe garantizarles la protección procesal efectiva para que los efectos de esta medida dañosa no solo sean controlados, sino que dicho control permita un desenlace adecuado y óptimo en el desarrollo del proceso. Por tanto, cumplir con este deber también implica garantizar un procedimiento a través del cual se pueda proteger de las maneras óptimas a los trabajadores que son despedidos sucesivamente durante la vigencia de la medida cautelar, pues, con este despido

sucesivo, también se pueden afectar derechos fundamentales al debido proceso y la misma tutela procesal efectiva, lo que a su vez justifica una intervención controladora.

Siendo así, tal y conforme actualmente está diseñado el procedimiento cautelar, los procesos ordinario y abreviado, en relación a la revisión de validez del despido sucesivo homólogo —no solo como límite de su imposición, sino como mecanismo de protección procesal—, no son los adecuados, puesto que, cuando estos surgen, necesariamente tiene que plantearse una acción judicial nueva, lo cual conlleva a un nuevo proceso laboral, una nueva petición cautelar y, finalmente, una acumulación de los procesos judiciales; y todo ello cesando los efectos tuitivos de la medida cautelar primigenia que aseguraba provisionalmente la prestación laboral del trabajador y sus implicancias socio económicas. Incluso, en caso sea necesario, la acumulación de los procesos judiciales deberá realizarse hasta que uno de los dos sea sentenciado; de lo contrario, ello será improcedente. En este último supuesto, lo único que quedaría es que la revisión de validez del despido sucesivo homólogo, ahora encaminado en otro proceso, se suspenda procesalmente, hasta que el primer proceso culmine definitivamente.

En este escenario, por tanto, el procedimiento diseñado actualmente no cumple con ser celeré, y menos con ser eficaz, en cuanto este concepto no solo debe cuidar que el resultado sea ejecutable, sino que exista una decisión ejecutable en el menor tiempo posible (justicia tardía no es justicia), mucho más, si de lo que se trata es proteger al trabajador en su derecho a la protección contra el despido arbitrario y la efectividad de las resoluciones judiciales en el marco de la tutela procesal efectiva que se protege con las medidas cautelares.

Nuestra propuesta, entonces, para lograr el objetivo de brindar un mecanismo de protección sencilla y eficaz, parte de los principios que en general sustenta el proceso laboral: principio de celeridad, informalismo, equidad, veracidad y otros, entendiendo que estos principios tienen soporte constitucional; en consecuencia, se logra establecer un mecanismo tuitivo de derechos fundamentales (el trabajo y la tutela procesal efectiva) materializando un fin constitucional (otorgar tutela sencilla y eficaz para la protección de derechos fundamentales), a través de los principios procesales constitucionalizados.

IV. Conclusiones

- La medida cautelar, a través de la cual se permite la prestación de servicios provisionales del trabajador, no es un instrumento que blindo al trabajador frente a su empleador, de sus indisciplinas, sino, por el contrario, justifica el poder disciplinario de este, por el cual el empleador puede, como máxima sanción, despedir sucesivamente al trabajador.
- La pretensión de reposición al empleo forma parte del contenido de la protección contra el despido arbitrario; por ello, durante el proceso judicial, y las medidas cautelares que se dicten dentro de este, los principios de la función jurisdiccional y del proceso laboral deben materializarse imperativamente en cada procedimiento: proceso principal y medida cautelar.
- La vigencia de la medida cautelar justifica que se controle el despido sucesivo homólogo en el mismo procedimiento en que fue dictada. Con ello se refuerza el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, su efecto sigue siendo provisional, por lo que es necesario que los actos revisables se integren al análisis de fondo, a solicitud del trabajador, desde el momento en que se comete el acto del despido, hasta antes de obtenerse sentencia de segunda instancia; y, por supuesto, siempre que se garantice el derecho a la defensa y a probar de todas las partes procesales.
- La validez del despido sucesivo homólogo se integra a la discusión procesal como acto estructuralmente vinculado al primer despido, como consecuencia de atenuar los principios de congruencia procesal, debido proceso, y por la optimización de los principios del proceso laboral y la naturaleza de este: dispositivo atenuado.
- La acción de control del despido sucesivo homólogo, por un lado, se justifica en los derechos fundamentales afectados: derecho al trabajo y tutela procesal efectiva, en los principios del proceso laboral, en la naturaleza de este; y, por otro lado, en el deber que tienen los estados en dotar a sus ciudadanos de mecanismos celeres, sencillos y eficaces para garantizar el respeto de sus derechos fundamentales.

V. Referencias

- Blancas Bustamante, C. (2010). Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad y Privacidad del Trabajador. *Revista Laborem*. https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/archivos_14733769740.pdf
- Jiménez López, M. y Pérez Martínez, T. (2003). *La Informática Jurídica y el Derecho Procesal Social en México*. <http://www.nperci.org/M.%20Jim%C3%A9nez%20y%20T.%20P%C3%A9rez-La%20inform%C3%A1tica%20jur%C3%ADdica-V18N1.pdf>
- Ledesma Narváez, M. (2016). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Gaceta Jurídica.
- Ledesma Narváez, M. (2018). *La Tutela Cautelar y de Ejecución*. Gaceta Jurídica.
- Marquet Guerrero, P. (2003). *El Contrato y la Relación de Trabajo*. Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/29.pdf>
- Marx, K. (1890). *El Capital*. Luarna.
- Monroy Palacios J. J. (2002). *Bases Para la Formación de una Teoría Cautelar*. Comunidad.
- Pasco Cosmólopis, M. (1997). *Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo*.
- Toyama Miyagusuku, J. (2009). El despido disciplinario en el Perú. *Ius. La Revista*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12196/12761>

Legislación

- Constitución Política del Perú. (1993).
- Ley N.º 29497. Nueva Ley Procesal del Trabajo. (2010). Congreso de la República. Diario oficial *El Peruano*.
- Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. (1993). Ministerio de Justicia. Diario oficial *El Peruano*.
- Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728. (1997). Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Diario Oficial *El Peruano*.

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos*.

Organización de los Estados Americanos. (1989). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.

Jurisprudencia

Sentencia del caso N.º 976-2001-AA/TC. (2003, 13 de marzo). Tribunal Constitucional.

Sentencia del caso N.º 0206-2005-PAJTC. (2005, 28 de noviembre). Tribunal Constitucional.

Sentencia del Pleno Jurisdiccional N.º 0023-2005-PI/TC. (2006, 27 de octubre). Tribunal Constitucional.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral. (2013, septiembre).

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral. (2017, agosto).

La medida cautelar fuera del proceso laboral y su implicancia en el plazo de caducidad de la reposición

The precautionary measure outside the labor process and its implication in the expiration period of the replacement

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso judicial como instrumento de garantías de relevancia constitucional. III. El trámite de la medida cautelar antes de iniciado el proceso laboral y algunas implicancias en el plazo de caducidad de la pretensión de reposición. IV. Conclusión. V. Referencias.

Resumen: En el presente trabajo se ponen de relieve algunas implicancias jurídicas que podrían incidir negativamente en la viabilidad de la pretensión de reposición en un proceso ordinario laboral por despido nulo, incausado o fraudulento, cuando el ejercicio del derecho de acción del proceso principal se difiere en espera del pronunciamiento de una medida cautelar planteada fuera del proceso, bajo el amparo del artículo 636 del Código Procesal Civil.

(*) Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Docente ordinario de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Palabras clave: medida cautelar, proceso ordinario laboral, reposición, caducidad, suspensión

Abstract: *This paper highlights some legal implications that could negatively affect the viability of the claim for replacement in an ordinary labor process for null, uncaused or fraudulent dismissal, when the exercise of the right of action of the main process is deferred pending the pronouncement of a precautionary measure raised outside the process, under article 636 of the Code of Civil Procedure.*

Keywords: *precautionary measure, ordinary labor process, replacement, expiration, suspension*

I. Introducción

Si bien existen claras directrices constitucionales y legales que guían la actuación del juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional, en la práctica, se presentan situaciones relacionadas a problemas no solo de relevancia e identificación, sino también de interpretación de las distintas categorías normativas vinculadas en la solución del caso, además de la concurrencia de instituciones jurídicas que requieren un análisis objetivo y razonable en el ámbito de la decisión, como es el caso de la figura de la caducidad de la pretensión de reposición por despido nulo, incausado o fraudulento, cuando en el proceso ordinario laboral la demanda se presenta vencido el plazo legalmente establecido para tal propósito, bajo la pretendida justificación de la existencia del trámite procesal de un incidente cautelar planteado fuera del proceso y bajo el amparo del artículo 636 del Código Civil. Entonces, ante la espera de una decisión del juzgador en el cuaderno cautelar, el justiciable difiere o demora la presentación del pedido en el proceso principal, lo cual genera una seria incertidumbre jurídica respecto a si tal situación suspende o no del plazo de caducidad al que hace referencia el artículo 36 del TUO del D. Leg. N.º 728, aprobado por D. S. N.º 003-97-TR, frente a lo cual se presentan algunas consideraciones preliminares que deberían tenerse en cuenta, a efecto de evitar potenciales afectaciones a los derechos del accionante.

II. El proceso judicial como instrumento de garantías de relevancia constitucional

A través del artículo 138 de la Constitución, el poder constituyente ha establecido que corresponde al Poder Judicial, a través de los jueces en sus distintas categorías, resolver los conflictos jurídicamente relevantes,

cuya tarea se efectúa mediante un mecanismo institucionalizado llamado «proceso judicial». Todo ello en el marco de una serie de garantías procesales previstas en su artículo 139 de la referida fuente normativa, puesto que «cuando el órgano jurisdiccional administra justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas»⁽¹⁾. Por lo tanto, en su cotidiana labor, el juez se encuentra sometido, de manera absoluta, tanto a la Constitución⁽²⁾ como al bloque de convencionalidad, ambos como fuentes parámetro; y, de manera relativa, a la ley, dado que incluso podría inaplicarla en caso de incompatibilidad constitucional⁽³⁾.

Cabe señalar que, en materia de justicia laboral, ya en la Casación N.º 4781-2011-Moquegua, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema indicó que, conforme a la nueva estructura del proceso judicial laboral previsto en la Ley Procesal del Trabajo N.º 29497:

[...] los jueces laborales se encuentran obligados a romper el paradigma de procesos ineficaces, dando prevalencia a una tutela jurisdiccional realmente efectiva. En ese sentido, sus esfuerzos deben orientarse a la reivindicación de los derechos fundamentales reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el contenido esencial de la fundamentación fáctica y jurídica en ella desarrollada, a fin de identificar lo pretendido, y el grado de afectación de los derechos invocados⁽⁴⁾.

Se trata de una aspiración que se logra a través de una decisión en la que se evidencie la necesaria y suficiente justificación racional que le resulta exigible al juzgador, pues, «la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es al mismo tiempo un derecho constitucional de los justiciables»⁽⁵⁾. Y ello es así por cuanto «El primer nivel de protección de

(1) STC emitida en el Exp. N.º 04811-2009-PA/TC.

(2) En el Expediente N.º 0047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha indicado que «La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45)».

(3) La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la Consulta de sentencia del Expediente N.º 1618-2016-Lima Norte, ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante sobre el control difuso.

(4) Casación Laboral N.º 9844-2012-Junín.

(5) STC emitida en el Exp. N.º 04811-2009-PA/TC.

los derechos fundamentales, le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de procesos judiciales ordinarios»⁽⁶⁾.

Es evidente que cada caso concreto corresponde ser analizado atendiendo a sus propias particularidades, de tal forma que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento que no solo se encuentre fundado en el derecho⁽⁷⁾, sino que sea, sobre todo justo, dado que es la justicia el valor que interesa a las partes en conflicto y también a la comunidad jurídicamente organizada; por lo tanto, «El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la Justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal»⁽⁸⁾.

De ahí que la decisión que debe adoptar el juzgador no solo responde a un proceso subjuntivo, sino que involucra una exigencia de mayor complejidad, debido a que el caso concreto puede ameritar la necesidad de recurrir a justificaciones constitucionales, uso de instituciones de la teoría general del derecho e incluso de comprensión filosófica⁽⁹⁾. Asimismo, podrían presentarse situaciones de indeterminación lingüística (vaguedad o ambigüedad), defectos lógicos del derecho (lagunas normativas, axiológicas y de reconocimiento, además de antinomias), problemas de relevancia, de interpretación⁽¹⁰⁾ derivadas de situaciones de infra inclusión o supra inclusión, derrotabilidad, entre otras instituciones que conlleven a repensar se-

(6) STC emitida en el Exp. N.º 03191-2011-PA/TC. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que «en un Estado Constitucional los jueces y juezas no solo se sujetan a la ley, sino que, primordialmente, se encuentran encargados de defender y concretizar el parámetro constitucional, desde sus diversas especialidades y conforme a lo que les corresponda en cada caso concreto» (voto singular de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, emitido en le Exp. N.º 02534-2019-PHC/TC, caso Keiko Fujimori, f. j. 12).

(7) En el Expediente N.º 3238-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que «El derecho a una resolución fundada en derecho garantiza el derecho que tienen las partes en cualquier clase de proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las normas vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas».

(8) STC emitida en el Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC.

(9) Es claro que existen relaciones entre el Derecho y la Moral, ya sea de carácter identificativo, interpretativo, justificativo, funcional, de contenido, de reenvío, entre otras.

(10) La interpretación constituye un proceso previo a la aplicación.

riamente la decisión. Si bien la decisión tiene como destinatarios a las partes del proceso, también puede tener implicancias sociales, motivo por el cual también debe ser emitida bajo una ponderación de las consecuencias para los derechos de los intervinientes.

Por lo tanto, el proceso judicial se convierte en un instrumento dotado de garantías no solo de carácter legal, sino —y especialmente— también de connotación constitucional, incorporadas en el denominado debido proceso formal, regulado en el numeral 3) del artículo 139 de nuestra Constitución Política, que tanto el juez como las partes deben respetar y propiciar su concretización, dado que «su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos»⁽¹¹⁾.

III. El trámite de la medida cautelar antes de iniciado el proceso laboral y algunas implicancias en el plazo de caducidad de la pretensión de reposición

El artículo 54 de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 29497 establece que «A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal». Mientras que, de manera especial, el artículo 55 de dicha fuente normativa regula la medida de reposición provisional, y señala que «El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios», de lo cual se advierte con claridad que quien ha sido objeto de un despido nulo, incausado o fraudulento⁽¹²⁾ puede hacer

(11) STC emitida en el Exp. N.º 03433-2013-PATC (f. j. 3.3.1.).

(12) Si bien el TUO del D. Leg. N.º 728 no ha regulado esta tipología de despidos y menos existe plazo legal de caducidad; sin embargo, los mismos han sido diseñados por el Tribunal Constitucional y se usan en la práctica jurisdiccional, tanto es así que en el II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral se ha establecido que «El plazo de caducidad para interponer una demanda de reposición por despido incausado o despido fraudulento es de 30 días hábiles de producido el despido calificado como inconstitucional, de conformidad con el artículo 36 del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR».

valer un pedido cautelar fuera y/o antes de iniciado el proceso principal, a fin de lograr la reposición a su centro laboral.

No obstante lo indicado, es necesario tener en cuenta que el artículo 36 del referido TUO del D. Leg. N.º 728, aprobado por el D. S. N.º 003-97-TR prescribe lo siguiente:

El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los 30 días naturales de producido el hecho [...]. Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento.

Lo mencionado en la anterior cita quiere decir que el legislador peruano ha establecido un plazo corto bajo el cual se deberá accionar para pretender una reposición o, en su defecto, obtener una indemnización por despido arbitrario o un cese de actos de hostilidad. Para tales propósitos tiene un lapso de 30 días hábiles (si bien el dispositivo normativo señala 30 días naturales, pero es claro que existe suspensión de plazos por las casuales previstas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual conlleva a que tal cómputo se efectúe en días hábiles).

De otro lado, es preciso tener presente que

[...] la caducidad constituye un medio de extinción del derecho y la acción correspondiente, está determinada por el transcurso del tiempo y su plazo tiene por característica de ser perentorio y fatal. La caducidad está íntimamente vinculada con el interés colectivo y la seguridad jurídica, por ello el Juez está facultado para aplicarla de oficio, en una verdadera función de policía jurídica, superando el interés individual; razón por la que, los plazos de caducidad lo fija la ley, sin admitir pacto en contrario»⁽¹³⁾.

Por lo tanto, quien pretenda una reposición debe tener presente que el plazo con el que cuenta es uno de caducidad y no de prescripción, el

(13) Casación N.º 1133-2017-Lima.

cual puede ser controlado incluso de oficio por el juez, conforme lo prevé el artículo 2006 del Código Civil, de aplicación supletoria al ámbito del proceso laboral. Cabe agregar que dicho plazo solo admite suspensión por las causales que el propio artículo 36 del TUO del D. Leg. N.º 728 prevé.

Ahora bien, teniendo claro lo señalado con anterioridad, cabe indicar que en la práctica jurisdiccional se observan situaciones en las cuales se accede a la jurisdicción con el pedido principal, luego del pronunciamiento emitido en el incidente cautelar, amparándose para ello en la regla prevista en el artículo 636 del Código Procesal Civil⁽¹⁴⁾.

Para ello, es preciso abordar —referencialmente— algunas disposiciones normativas bajo las cuales se genera suspensión del plazo de caducidad, a fin de ser consideradas al momento de interponer la demanda de reposición, derivada de despido nulo, incausado o fraudulento. Entre ellas tenemos:

- A. El artículo 124 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que «Las actuaciones judiciales se practican en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad. Son horas hábiles las que median entre las seis y las veinte horas [...]. Son días inhábiles aquellos en que se suspende el Despacho conforme a esta Ley». Mientras que en su artículo 247 prevé que no hay despacho judicial los días sábados, domingos y feriados no laborables y los de duelo nacional y judicial; asimismo, por inicio del año judicial y por el día del juez. Entonces, tales supuestos inciden en la suspensión del plazo al que hace referencia el artículo 36 del TUO del D. Leg. N.º 728.
- B. El artículo 28 de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, D. Leg. N.º 910, prevé: «El plazo de caducidad en materia laboral, se suspende a partir de la fecha en que cualquiera de las partes precisadas en el artículo anterior presenta la solicitud de Audiencia de Conciliación y hasta la fecha en que concluya el procedimiento».

En conclusión, se tiene lo siguiente:

[...] los supuestos de suspensión del plazo de caducidad son: i) imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de

(14) «Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto».

ingresar a él; ii) por falta de funcionamiento del Poder Judicial, y iii) desde la fecha de solicitud de Audiencia de Conciliación y hasta la fecha en que concluya el procedimiento, llevado a cabo ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁽¹⁵⁾.

Conforme al marco normativo señalado, se advierte con claridad que es la ley la que establece expresamente las causales de suspensión del plazo de caducidad; no obstante ello, en situaciones excepcionales, la Corte Suprema de Justicia de la República ha incorporado un supuesto adicional como lo es la suspensión de actividades por ejercicio de huelga de los trabajadores del Poder Judicial⁽¹⁶⁾. Por lo tanto, siendo ello así, resulta relevante analizar si el trámite de una medida cautelar de reposición planteada fuera del proceso puede tener efectos suspensivos en el plazo para la presentación de la demanda laboral en el proceso principal o si, por el contrario, tal acción omisiva del accionante puede generarle consecuencias jurídico-procesales desventajosas.

Así, tenemos que:

A. El artículo 636 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto [...]. Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente [...], la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.

No obstante lo citado, debe hacerse notar que, para el caso de pedidos de reposición (cualquier sea la tipología alegada: nulo, incausado o fraudulento), el plazo es de caducidad, cuyas causales de suspensión se encuentran formalmente previstas en el marco legal especial, a saber: en el artículo 36 del TUO del D. Leg. N.º 728 (cuya interpretación se efectúa por remisión al artículo 247 del TUO de la Ley Orgá-

(15) Casación Laboral N.º 7472-2015-Lima.

(16) Esto es, los días de huelga de los trabajadores del Poder Judicial, determinados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, conforme así se ha hecho notar en la Casación Laboral N.º 1133-2017-Lima, emitida por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

nica del Poder Judicial) y en el artículo 28 del D. Leg. N.º 910. Ahora bien, no se encuentra otro supuesto normativo distinto en nuestro ordenamiento jurídico vigente que resulte aplicable de manera directa⁽¹⁷⁾ a la suspensión de la caducidad. Esta situación conlleva a la incertidumbre de si la previsión del primer párrafo del artículo 636 de la norma adjetiva resulta aplicable o no al proceso ordinario laboral.

B. Si bien, como se indicó anteriormente, la nueva Ley Procesal Laboral, Ley N.º 29497, en su artículo 54, prescribe que «A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal» —regulación que determina la permisión de su uso antes del inicio del proceso—, podría alegarse que ello no necesariamente significa que el plazo previsto en la ley para accionar en el proceso laboral ordinario esté supeditado o se suspenda en espera del resultado del pedido cautelar, puesto que tal circunstancia podría resultar irrazonable y con graves efectos negativos para la pretensión de reposición, debido a que:

- i) El plazo al que hace referencia el artículo 636 del Código Procesal Civil está previsto para evitar que la medida cautelar caduque de pleno derecho, y no como supuesto de suspensión al que hace referencia el artículo 1994, numeral 8) del Código Civil⁽¹⁸⁾, vinculado a la única posibilidad de suspensión del plazo de caducidad, conforme a la remisión del artículo 2005 del referido cuerpo normativo.
- ii) Asimismo, si se efectúa un análisis objetivo de la situación, se advierte que nada impide (ni jurídica ni materialmente) que el titular de la acción pueda ejercitarla dentro del plazo de caducidad, pues la espera de respuesta del órgano jurisdiccional implicaría una potencial negligencia o descuido del accionante. Por ejemplo, podría darse el caso de que no obtenga pronunciamiento favorable en ambas instancias o que, de haberlo obtenido en primera instancia, la misma sea revocada al emitir pronunciamiento del pedido de oposición o, en su defecto, por

(17) Nótese que el artículo 2004 del Código Civil establece que «Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario».

(18) Artículo 1994, numeral 8.

el órgano revisor. Dicha situación dejaría fuera del plazo previsto por ley para interponer la demanda, pues «La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo en los casos que sea imposible reclamar un derecho ante un tribunal peruano. Este supuesto está referido al caso de que exista una imposibilidad de recurrir ante el juez peruano por motivos extremos que impidan el funcionamiento del órgano jurisdiccional peruano, sea por caso fortuito o fuerza mayor»⁽¹⁹⁾; situación que no genera el trámite de una medida cautelar iniciada antes del proceso.

- iii) De otro lado, es evidente que la medida cautelar no resulta equiparable al acto postulatorio de demanda, dado que la primera tiene naturaleza instrumental y provisional, conforme lo prevé el artículo 612 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria. Por lo tanto, en un análisis preliminar, resulta lógico concluir que no tiene el mismo efecto jurídico-procesal y con incidencia en la suspensión del plazo de caducidad laboral.
- iv) Asimismo, el artículo 2006 del Código Civil, aplicable también al ámbito laboral, señala que «La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte»; por lo tanto, es posible que en segunda instancia pueda evaluarse el proceso principal, a efecto de verificar si efectivamente la acción fue ejercida dentro del plazo de caducidad al que hace referencia el artículo 36 del TUO del D. Leg. N.º 728. Si bien la extensión de los poderes de la instancia de alzada está presidida por un postulado que limita el conocimiento del superior, recogido históricamente en el aforismo *tantum appellatum, quantum devolutum*, «de manera que, el Colegiado deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho y sustento de la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación, de lo contrario podría incurrir en los vicios de incongruencia»⁽²⁰⁾, de manera excepcional, y de advertirse irregularidades en la tramitación del proceso —aun cuando estas no hayan sido invocadas en la apelación—, es facultad del Colegiado que absuelve el grado pronunciarse al respecto, tal como lo señala el último

(19) Casación Laboral N.º 5983-2014-Moquegua

(20) Casación N.º 2813-2010-Lima.

párrafo del artículo 176 del Código adjetivo, ello en salvaguarda del debido proceso formal⁽²¹⁾.

Por lo tanto, como podrá apreciarse, existen potenciales consecuencias jurídicas perjudiciales para la viabilidad de la pretensión de reposición cuando el inicio del proceso principal se difiere a la espera del pronunciamiento jurisdiccional en el pedido cautelar. Por este motivo, es necesario que quien ejerza tal defensa adopte las previsiones necesarias para evitar daños irreversibles en los derechos del demandante.

IV. Conclusión

Si bien el ordenamiento civil regula una situación especial para el caso de los pedidos cautelares planteados antes del inicio del proceso principal, habilitándose un plazo de diez días posteriores a la ejecución de la medida para interponer la demanda, la invocación de tal previsión al ámbito de un pedido de reposición por despido nulo, incausado o fraudulento, en un proceso ordinario laboral, podría conllevar a consecuencias negativas para tal pretensión, debido a que las casuales de suspensión del plazo de caducidad se encuentran previstas expresamente en el artículo 36 del TUO del D. Leg. N.º 728, concordante con el artículo 247 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, además del artículo 28 del D. Leg. N.º 910. Ahora bien, la regulación del artículo 636 del Código Procesal Civil escapa al supuesto de suspensión de la caducidad en materia laboral, y podría ser interpretada únicamente para casos estrictamente de naturaleza civil y con un propósito de evitar que la medida ejecutada caduque de pleno derecho. En tal sentido, nada impide ni condiciona el ejercicio del derecho de acción en el proceso ordinario laboral, una vez tramitado el incidente cautelar y antes de que opere el plazo de caducidad; diligencia procesal que podría salvaguardar los intereses y/o derechos del accionante ante una posible interpretación restrictiva.

(21) El Tribunal Constitucional ha señalado que «El debido proceso dentro de la perspectiva formal [...] comprende un repertorio de derechos que forman parte de su contenido esencial, entre ellos, el derecho al juez natural, el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc. La sola inobservancia de cualquiera de estas reglas, como de otras que forman parte del citado contenido, convierte el proceso en irregular legitimando con ello el control constitucional» (STC emitida en el Exp. N.º 04509-2011-PA/TC).

V. Referencias

Legislación:

Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. (2010, 15 de enero). Diario oficial *El Peruano*.

TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por el D. S. N.º 003-97-TR.
Código Civil

Código Procesal Civil.

TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Decreto Legislativo N.º 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador. (2009, 17 de marzo). Diario oficial *El Peruano*.

Jurisprudencia:

STC emitida en el Exp. N.º 04811-2009-PA/TC.

STC emitida en el Exp. N.º 0047-2004-AI/TC.

STC emitida en el Exp. N.º 03191-2011-PA/TC.

STC emitida en el Exp. N.º 3238-2013-PA/TC.

STC emitida en el Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC.

STC emitida en el Exp. N.º 03433-2013-PATC.

STC emitida en el Exp. N.º 04509-2011-PA/TC.

Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte.

Casación Laboral N.º 9844-2012-Junín.

Casación Laboral N.º 7472-2015 Lima.

Casación Laboral N.º 1133-2017-Lima.

Casación Laboral 5983-2014-Moquegua.

Casación N.º 2813-2010-Lima.

Casación N.º 4781-2011-Moquegua.

¿La prueba tasada regulada en el proceso de ejecución previsional iniciado por las AFP vulnera el derecho a probar de la parte ejecutada?

Does the assessed evidence regulated in the social security enforcement process initiated by the AFPs violate the right to proof of the executed party?

ARAUJO CACHAY, Carmen Nancy(*)

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad analizar, con base en la casuística del módulo laboral de Cajamarca, la regulación normativa existente en la nueva Ley Procesal del Trabajo N.º 29497, así como normas afines, si la prueba tasada prevista en el proceso de ejecución iniciado por las administradoras de pensiones sustentadas en las liquidaciones para cobranza vulneran el derecho fundamental a la prueba reconocida en nuestra Constitución Política del Perú y en los lineamientos desarrollados en la doctrina contemporánea.

Abstract: The purpose of this article is to analyze based on the casuistry of the labor module of Cajamarca, and existing normative regu-

(*) Discente en Maestría de Derecho Procesal PUCP. Jueza del Primer Juzgado Laboral de Cajamarca.

lation in the new Procedural Labor Law N.º 29497, as well as related regulations; if the assessed evidence provided for in the execution process initiated by the pension administrators supported by the settlements for collection violates the fundamental right to evidence recognized in our Political Constitution of Peru and the guidelines developed in contemporary doctrine.

Palabras clave: proceso de ejecución, prueba tasada, derecho a la prueba, liquidaciones para cobranza

Keywords: *execution process, assessed evidence, right to evidence, settlements for collection*

I. Introducción

En nuestro país, la nueva Ley Procesal del Trabajo N.º 29497 (publicada el 15 de enero del 2010) prevé en su artículo 57, literal g), que se tramitan en proceso de ejecución⁽¹⁾ la liquidación para cobranza de aportes previsionales del sistema privado de pensiones. En concordancia con ello, el artículo 38 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.º 054-97-EF, establece lo siguiente:

La ejecución de los adeudos contenidos en la liquidación para cobranza se efectúa de acuerdo al Capítulo V [sobre el proceso de ejecución] del Título II [sobre los procesos laborales] de la Ley Procesal del Trabajo. Para efectos de dicha ejecución, se establecen las siguientes reglas especiales: «[...] b) El ejecutado podrá contradecir la ejecución solo por los siguientes fundamentos: 1. Estar cancelada la deuda, lo que se acreditará con copia de la planilla de pagos de aportes previsionales debidamente cancelada; 2. Nulidad formal o falsedad de la liquidación para cobranza; 3. Inexistencia del vínculo laboral con el afiliado durante los meses en que se habría devengado los aportes materia de cobranza, lo que se acreditará con copia de los libros de planillas; 4. Error de hecho en la determinación del monto consignado; 5. Excepciones y defensas previas [...]».

⁽¹⁾ En cuanto a la competencia, el inciso 2 del artículo 1 NLPT señala que los procesos con título ejecutivo, por cobranza de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones retenidos por el empleador, son de competencia de los jueces de paz letrados, con prescindencia de la cuantía.

En atención a ello, y teniendo en cuenta que el proceso de ejecución —por su naturaleza— posee una característica especial que lo distingue de los demás tipos de procesos, a la preexistencia de todo «proceso de ejecución» existen derechos ya reconocidos. Dichos derechos buscan llegar a los hechos a través del proceso como medio para alcanzar su realización, en contraste con los demás procesos, que parten siempre de los hechos para llegar al reconocimiento o declaración del derecho, que, eventualmente, resulta un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, existentes con obvia antelación a la postulación del proceso. Ahora bien, dicho proceso ha sido creado en beneficio del acreedor, el que, al contar con un título que acredita en forma indubitable su acreencia o derecho, le reclama judicialmente al deudor que cumpla y efectivice su obligación (de dar, hacer o no hacer), la cual prácticamente se tiene por probada, salvo los supuestos de contradicción que puede argumentar el ejecutado.

Por tanto, sobre la base de la experiencia profesional como magistrada del primer juzgado del módulo laboral de Cajamarca, desde el año 2015, en revisión de sentencias elevadas por impugnación de los procesos de ejecución seguidos por las administradoras de fondos de pensiones, tramitados en los juzgados de paz letrado de Cajamarca, el presente artículo tiene por finalidad evidenciar si este proceso de ejecución, al establecer reglas a seguir sobre prueba tasada para ejercer el derecho de contradicción (se prioriza la presentación del libro de planillas y declaraciones de pago), cumple con garantizar de manera irrestricta el derecho de defensa y derecho fundamental a probar de la parte ejecutada o si le causa indefensión y, por ende, vulneración al debido proceso.

II. Situación problemática

Conforme precisa Mario Morello, «Sin derecho a probar no hay proceso justo» (Bustamante Alarcón, 2018, p. 79); por ello, el derecho fundamental a la prueba debe tener protección constitucional. En nuestra realidad se encuentra regulado de manera implícita en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política de 1993⁽²⁾.

(2) **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 139, inciso 3): La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida al procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por

Bajo esa premisa, es objeto de estudio la factibilidad del proceso único de ejecución en el cobro de aportaciones al sistema previsional por parte de las administradoras de pensiones del sistema privado ante el Poder Judicial. Adicionalmente, a fin de entender la problemática que se suscita a nivel judicial con la prueba tasada, ante todo, debe tenerse en cuenta que, conforme a la norma especial que regula la materia, como punto de partida del procedimiento administrativo, el artículo 148 de la Resolución N.º 080-98-EF/SAFP prevé que todo empleador debe retener los aportes del trabajador y pagar a la AFP, dentro de los primeros cinco días del mes siguiente al mes de devengue (actualmente este registro se realiza en el portal de recaudación AFPnet). Ahora bien, en el supuesto de que el empleador no pague los aportes previsionales, este se encuentra obligado a presentar una declaración sin pago, la cual se regularizará en el plazo previsto por ley; sin embargo, la no presentación de este documento genera deuda presunta, lo cual implica que la administradora de pensiones queda plenamente facultada para registrar, en el portal de recaudación AFPnet, una liquidación previa, que podrá ser objetada por el empleador, quien podrá informar los movimientos en la relación laboral (ceses, vacaciones, licencias del trabajador, etc.), en un plazo máximo de seis meses. Si ello no sucede, la deuda presunta informada en las liquidaciones previas se calcula tomando como referencia la última remuneración conocida del trabajador actualizada con el IPC o la remuneración máxima asegurable cuando no se cuente con historia previsional del trabajador; procediéndose al inicio de acción de ejecución judicial.

Como puede apreciarse, el origen de la liquidación para cobranza, que las AFP pueden llevar a cobro en vía judicial, no necesariamente se sustentan en un hecho cierto (como sería la falta de pago de aportes por parte del empleador), sino que muchas veces se sustenta en deuda presunta y, no obstante ello, en adquirir la condición de título de ejecución.

Aunado a esa primera problemática, en el desarrollo en sí del proceso de ejecución, se presenta otra limitación relevante para el ejecutado, a saber: la norma prevé la prueba tasada (presentación de planillas de pago por ejemplo para las causales de cancelación de deuda o inexistencia del vínculo laboral con el afiliado) para ejercer su defensa al contradecir el mandato de ejecución (véase el contenido del artículo 38 del Decreto Supremo N.º 054-97-EF).

órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Por tanto, si se tiene en cuenta que un proceso de ejecución supone partir de la certeza que genera el título ejecutivo, por lo que solamente corresponde ejecutar el derecho, la defensa que puede realizar un ejecutado es muy limitada, ya que consiste únicamente en oponerse al mandato de ejecución a través de una contradicción (Priori Posada et al., 2011, p. 278). Tal circunstancia ha venido provocando que los jueces de paz letrado, en diversos procesos de ejecución tramitados en el módulo laboral de Cajamarca, al asumir la presunción de legitimidad de las liquidaciones para cobranza, declaren infundadas las contradicciones no sustentadas en planillas de pago, o en donde no se haya subsumido adecuadamente la causal de contradicción.

Por ejemplo, en procesos en donde la parte ejecutada ha presentado solo resoluciones de cese, de suspensión, contratos laborales a plazo fijo, reporte de baja de Sunat, entre otras documentales diferentes a las planillas de pago, no son consideradas como medios probatorios idóneos para sustentar la inexistencia de vínculo laboral, lo que provoca con ello que, en la realidad de los hechos, se evidencie la ejecución de liquidaciones para cobranza ante la restricción de la actuación probatoria.

Justamente, el análisis de esta problemática y la determinación de la vulneración o no del derecho fundamental a probar, a la luz de la doctrina contemporánea y jurisprudencia, es lo que motiva el presente artículo, y que eventualmente se pueda realizar propuestas de solución, de ser el caso.

III. Análisis de la cuestión problemática planteada

3.1. Respecto al derecho fundamental a probar⁽³⁾

Como idea general, el derecho a probar consiste en la posibilidad de que las partes logren la admisión de todo medio de prueba consentido por el sistema jurídico, que sea relevante para la demostración del hecho deducido como fundamento de las diversas pretensiones.

Al respecto, Devis Echandía sostiene lo siguiente:

[...] para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan

(3) El derecho a la prueba aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual carta magna de 1978.

al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hacen innecesarias, o sea claramente impertinentes o inidóneas. (Gozaini, 1997, p. 146)

Por su parte, para el español Picó i Junoy (1996):

[...] la delimitación conceptual del derecho a la prueba resulta de especial relevancia práctica tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional; para los primeros, en la medida en que determina cuándo y cómo pueden probar los hechos que configuran el *thema debatendi*; y, para el segundo, ya que le ofrece los criterios para admitir y/o denegar una prueba, permitiendo al *ad quem* contrastar la corrección de la de negación de pruebas efectuadas en la instancia. (p. 155)

En lo que respecta a su ejercicio, en el plano legal, el citado profesor señala que el derecho a probar debe acomodarse a las siguientes exigencias y condiciones impuestas por la normativa procesal: 1) la pertinencia o relevancia de la prueba (relación con el objeto del proceso y con lo que constituye el *thema decidendi*); 2) la licitud de la prueba (obtención y actuación de la prueba sin infracción de derechos fundamentales), y 3) la oportunidad y formalidad para su ejercicio. Los dos primeros son límites intrínsecos o inherentes; mientras que el último es un límite extrínseco (Fajardo Mori, 2019).

En esa perspectiva, en nuestra realidad peruana, el profesor Bustamante Alarcón (1997, p. 171) señala que el derecho a probar es un derecho subjetivo de carácter fundamental, inherente a todo sujeto de derechos, por lo que puede ejercerlo en cualquier orden jurisdiccional, interno o internacional, o en cualquier tipo de proceso o procedimiento, así sea este último: administrativo, militar, arbitral o particular, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido. Por tanto, la vulneración de este principio implicaría una afectación al orden constitucional.

En esa misma línea de pensamiento, la profesora Eugenia Ariano (2003) sostiene que «el probar no solo debe ser visto como una carga, sino también y principalmente como un derecho, pues existe un derecho a la prueba» (p. 169).

Respecto al contenido esencial de la prueba, Priori Posada (2011) refiere que la prueba como derecho fundamental comprende cinco aspectos, a saber: a) *derecho a ofrecer medios probatorios*, lo que implica que toda parte de un proceso de cualquier naturaleza goza de la garantía de poder ofrecer los medios de prueba pertinentes que le permitan demostrar que sus afirmaciones son correctas, logrando así crear convicción en el juez a su favor; b) *derecho a la admisión de los medios probatorios ofrecidos*, es decir, al derecho de la parte que ha ofrecido los medios de prueba a que los mismos sean admitidos, salvo que resulten inadmisibles, improcedentes o impertinentes; c) *derecho a la actuación de los medios probatorios admitidos*, el cual se materializa en el hecho que todos los medios de prueba que han sido ofrecidos oportunamente y admitidos, sean actuados a efectos de su incorporación al proceso; d) *derecho a la valoración de las pruebas actuadas*, por el cual se exige que las pruebas actuadas en el proceso sean objeto de una valoración racional (manera más adecuada y con la debida motivación), y e) *derecho a la conservación de los medios de prueba*, es decir, el derecho que tienen las partes a realizar todas las actuaciones procesales que sean necesarias para conservar un medio de prueba o proteger su eficacia contra los riesgos que podría sufrir como consecuencia del paso del tiempo.

En el plano jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional, en relación al derecho fundamental a la prueba, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 06712-2005-HC/TC, estableció lo siguiente:

[...] existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Así el colegiado ha señalado que: «constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa [...].

Asimismo, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC, el máximo intérprete de la Constitución, señaló lo siguiente:

Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la

prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —límites extrínsecos—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos— [...] ⁽⁴⁾.

Por su parte, la Corte Suprema en la Casación Laboral N.º 608-2017-Lima, concluyó lo siguiente:

Que el derecho a la prueba es un derecho constitucional de carácter implícito que se encuentra acogido en el derecho al debido proceso contenido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual exige que el medio probatorio admitido, sometido al contradictorio y actuado, sea valorado adecuadamente y con la motivación debida por el órgano jurisdiccional. La vulneración del derecho a la valoración de la prueba aportada, se manifiesta por la falta de apreciación del material probatorio o por la valoración arbitraria y/o irracional, puesto que los medios probatorios deben ser valorados no en forma exclusiva o aislada sino en forma integral o conjunta y razonada de conformidad con el artículo 197 del Código Procesal Civil, empero en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión.

3.2. Respecto a la naturaleza y características del proceso de ejecución

Habiendo establecido previamente el contenido constitucional del derecho a probar, a continuación, se analiza la naturaleza jurídica del proceso de ejecución.

Así, tenemos que este tipo de proceso no tiene por finalidad resolver un conflicto, debido a que en su interior no existe debate posicional, ni actuación probatoria, ni expedición de una sentencia propiamente dicha, sino que, por el contrario, inicia con la acreditación de un derecho reconocido

⁽⁴⁾ En la sentencia emitida en el Expediente N.º 4831-2005PHC/TC (caso Rubén Silvio Curse Castro), el tribunal Constitucional estableció que «el derecho a la prueba aparea la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor [...]. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa».

o declarado a través de un título que se encuentre pendiente de cumplimiento. Por ello es que el maestro Carnelutti señalaba que «el proceso de conocimiento declarativo es de pretensión discutida, mientras que el proceso de ejecución es de pretensión insatisfecha», lo que permite afirmar que este proceso ejecutivo «no persigue que se declare la existencia o certeza de la obligación, sino el cumplimiento de la misma» (Beltrán Quiroga, 2015).

En todo proceso de ejecución que implica una obligación de dar se obtiene la satisfacción de un crédito que la ley presume existente, en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba. Por tanto, los dos extremos principales que ha de reunir el título son suficiencia e integración, es decir, debe bastarse a sí mismo, sin que pueda ser completado con prueba de otra índole, porque el título mismo es una suerte de prueba (Anacleto Guerrero, 2015, p. 772).

En esa misma línea de pensamiento, para Vinatea y Toyama (2012, pp. 292-293), en los procesos de ejecución ya no se discute la existencia del derecho contenido en el título ejecutivo, puesto que ya está reconocido en el propio título; aunque naturalmente se le concede al demandado, llamado «ejecutado», mecanismos de defensa destinados a cuestionar únicamente la validez del título o la exigibilidad de la obligación, entre otros motivos taxativamente contemplados. Los citados autores señalan, además, que dicho proceso tiene por fin último la materialización de las decisiones judiciales o de los derechos reconocidos por las partes, o declarados por un tercero. Con ello se satisface así los intereses respecto de los cuales se solicita tutela jurisdiccional.

Si se tiene en cuenta que una liquidación para cobranza es un documento con mérito ejecutivo, emitido por una administradora de fondo de pensiones en el cual se determina el monto de los aportes previsionales adeudados por el empleador; se evidencia sin lugar a dudas que, cuando éstas se sustentan en una liquidación presunta (es decir, emitida de manera unilateral por la AFP, sin que necesariamente se sustente en información proporcionada por el empleador), no reúne la característica de suficiencia probatoria antes indicado y ello permite identificar la génesis de uno de los problemas más recurrentes en los procesos de obligación de dar suma de dinero iniciadas por la AFP, como los casos de contradicción que objetan la validez de las liquidaciones para cobranza, por no tener sustento fáctico, ya que usualmente, la defensa de las empresas o entidades ejecutadas, arguye que estas liquidaciones contiene trabajadores que ya no mantienen vínculo laboral (por cese, vencimiento de contrato, renuncia, jubilación, etc.) o se liquidan periodos fuera de la relación laboral.

Si bien es cierto que la *ratio legis* de la norma procesal laboral fue la de propiciar que los aportes previsionales, por su naturaleza primordial, puedan ser ejecutados ante la falta de pago, en un proceso célere y expeditivo, no se puede soslayar el hecho de que se ha otorgado un exceso de facultades a las administradoras de pensiones para la emisión de liquidaciones para cobranza. Esta circunstancia anómala viene provocando que se genere una prueba a su favor, que muchas veces no se sustenta en la realidad, y que en el proceso único de ejecución genera indefensión, o muchas veces un cobro indebido por parte de las entidades ejecutantes.

3.3. Respecto a la prueba tasada en el proceso único de ejecución para el pago de aportes previsionales

La valoración de la prueba es la actividad racional del juez mediante la cual valora cualitativamente los medios de prueba tanto aportados por las partes como ordenados de oficio, y su efectividad para crearle convicción en determinado sentido. Los jueces laborales deben de analizar las pruebas, para resolver respetando el bloque de normas constitucionales o convencionales de los derechos sustantivos e inclusive procesales (Alvarado Bustos, 2019, p. 64).

De acuerdo al artículo IV del título preliminar de la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 29497, en el cual se establece los criterios de interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral, «Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República».

De acuerdo con Alvarado Bustos (2019), teniendo en cuenta que en doctrina se admiten como sistemas para evaluar la prueba lo siguiente: prueba tasada, el de libre convicción y el de la regla de la sana crítica⁽⁵⁾, es

(5) El mencionado autor precisa la distinción entre:
Prueba tasada, tarifada o legal, que implica que en el sistema la valoración de los medios de prueba se encuentra previamente regulada por la ley, por ende, el juez no tiene la libertad de apreciación, sino que, ante determinada prueba, le deberá atribuir el valor o eficacia que indica la ley. No hay convicción espontánea del juez, sino dirigida por la ley.

factible colegir, al analizar el contenido del texto de la norma antes citada, que la ley procesal laboral acoge el sistema de la sana crítica.

No obstante ello, tal como fuera precisado líneas arriba, el proceso de ejecución por obligación de dar suma de dinero para cobro de aportes previsionales establece prueba tasada para el ejercicio de contradicción al mandato de ejecución, pese a que el principio de libertad probatoria es el que sustenta y estructura el sistema probatorio que acoge la nueva ley procesal del trabajo.

La limitación de actuación probatoria se materializa básicamente en que la norma que regula la materia establece que las causales que pueden ser utilizadas para ejercer el derecho de defensa, a través de la contradicción al mandato de ejecución, se limitan a la presentación de planillas y declaraciones de pago.

Para determinar si la prueba tasada vulnera o no el derecho a la admisión y actuación de medios probatorios de defensa contra el mandato de ejecución, a continuación, se describen tres hechos que se repiten de manera regular en el módulo laboral de Cajamarca y que son objeto de pronunciamiento en primera instancia por los jueces de paz en materia laboral:

- a) Entidades públicas o empresas privadas que presentan en su escrito de contradicción solicitudes o reclamos realizados en sede administrativa a las AFP para acreditar que la determinación de la deuda aún no es definitiva.
- b) Entidades públicas o empresas privadas que presentan documentos diferentes a las planillas de pago para acreditar la inexistencia de vínculo laboral o cancelación de la deuda, como, por ejemplo, re-

Libre apreciación de la prueba, en este sistema, la valoración de la prueba se caracteriza por otorgar absoluta libertad al juez de seleccionar y valorar cada medio probatorio sin tener reglas que le señalen el camino a seguir para finalmente dictar una sentencia de acuerdo a su conciencia o íntima convicción. La eficacia de esta valoración la consigue el juez de su plena discrecionalidad, sin tener el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fuesen esenciales y decisivas.

Regla de la sana crítica, que implica que el juez determina el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas de acuerdo a las reglas de la lógica y de la experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. La sana crítica no admite la discrecionalidad absoluta del juez, por el contrario, busca limitar los juicios de valor del juez a proposiciones lógicas y concretas tomadas de la confrontación con los sucesos normales que en la vida ocurren. (p. 67)

solución de cese, contratos que acreditan culminación de contrato, resoluciones de licencia sin goce o sanciones de suspensión, registro plame emitido por la Sunat, tickets de pago, entre otros.

- c) Entidades públicas o empresas privadas que recién presentan planillas de pago, declaraciones de pago en AFPnet y otra documentación, recién en la etapa impugnatoria.

La decisión que asumían, hasta el año 2019, los jueces de paz letrado para resolver las situaciones fácticas antes descritas, en su gran mayoría, consistía en rechazar la contradicción que no se sustentaba en planillas de pago, ni valorar los medios probatorios alternos o, según sea el caso, declarar improcedente la contradicción por no haber precisado de manera concreta alguna de las causales previstas por ley, lo que traía como consecuencia que se declare fundada la demanda de ejecución.

Respecto al tercer supuesto fáctico, si los medios probatorios se presentaron con posterioridad al plazo previsto para exhibir el mandato de ejecución, en mérito al principio de preclusión y formalidad que caracteriza el proceso único de ejecución, la posición dominante asumida por los magistrados de primera instancia aún es rechazar la admisión de estos; y una posición minoritaria es admitirlos de oficio y merituarlos.

La situación descrita puede parecer sencilla y conforme a derecho; no obstante, la crítica personal que surge sobre esta situación fáctica es que, si bien es inobjetable que el respeto a la formalidad prevista para el desarrollo del proceso judicial es relevante y, por tanto, los plazos y la preclusión de las etapas debe respetarse, no puede soslayarse el hecho de que un título ejecutivo debe contener como requisito indispensable una obligación cierta o veraz, expresa o indubitable y exigible. Dicha circunstancia, como se ha evidenciado líneas arriba, no siempre caracteriza a las liquidaciones para cobranza; por tanto, muchas veces se decreta su ejecución, pese a que no tiene sustento en la realidad o solo lo tiene parcialmente. No es lo mismo ejecutar un título valor que ha sido suscrito y autorizado por el propio deudor a favor del acreedor que una liquidación para cobranza que es un acto unilateral y que muchas veces se emite en base a información presunta.

Esta situación no es ajena a las administradoras de pensiones, quienes tampoco se favorecen con la judicialización del requerimiento de pago de aportes previsionales (como dato estadístico un promedio de 80 % de casos que tramitan los juzgados de paz letrado en materia laboral, son de

obligaciones de dar suma de dinero iniciados por AFP). Por ese motivo, mediante **Resolución SBS N.º 2751-2020** (publicada el 11 de noviembre del 2020), se modificó el Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentaria del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, con la finalidad de fortalecer el proceso de recuperación directa prejudicial por parte de las AFP de los aportes obligatorios adeudados por los empleadores, por lo que se implementó un sistema de gestión de cobranza de la deuda previsional, sobre la base de una metodología propia en función del perfil de cumplimiento de los empleadores, la actualización de datos constante y la emisión de documentos que obedezcan a la realidad de los hechos⁽⁶⁾.

(6) Se procedió a modificar entre otros artículos al artículo 148 del Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado mediante Resolución N.º 080-98-EF/SAFP y sus modificatorias, conforme al siguiente texto:

Artículo 148. La AFP debe establecer un sistema de gestión de cobranza de la deuda previsional que debe cumplir con las siguientes condiciones mínimas:

a) **Contar con una metodología** que permita establecer acciones de cobranza en función al perfil de cumplimiento del empleador. Este perfil debe considerar indicadores cuantitativos y/o cualitativos que, como mínimo, comprenden los siguientes aspectos:

- i) el historial de cumplimiento de pago de los aportes;
- ii) historial de cumplimiento de declaraciones previsionales; y,
- iii) el comportamiento en los procesos de cobranza en etapa judicial.

Para el caso de la etapa judicial, la metodología debe incluir como mínimo la descripción de:

- i) las acciones de seguimiento y continuidad del proceso judicial; y
- ii) los mecanismos para procurar el pago efectivo de la deuda como, por ejemplo, la ejecución de medidas cautelares, entre otros.

b) **La metodología referida** en el inciso a) debe ser revisada periódicamente por la AFP, a fin de evaluar su idoneidad. Cualquier cambio que se efectúe a dicha metodología junto a su fecha de entrada en vigencia, debe ser informado previamente a la Superintendencia.

La norma precisa que, sobre la base de la evaluación realizada por la AFP, la metodología puede establecer, adicionalmente, acciones diferenciadas en función del derecho de los afiliados a percibir un beneficio en el SPP.

c) **Debe permitir mantener actualizada** la información de la situación de la deuda previsional, debiendo registrar dentro de un plazo que haya sido establecido por la AFP, las acciones de cobranza administrativa y judicial definidas en su sistema de gestión de cobranza. Las situaciones posibles de la deuda son: vigente, pagada o descargada.

Siendo así, y pese a que no está en duda que todo empleador debe cumplir con su obligación de realizar cada mes las declaraciones y el pago de los aportes previsionales, considero que sí corresponde y es plenamente factible merituar cualquier medio probatorio que resulte idóneo para sustentar las causales de contradicción. Con ello, además de garantizar el derecho fundamental a la prueba del ejecutado, se permite encaminar una decisión justa.

Asimismo, en los casos en que existe una cantidad considerable de trabajadores, garantizar la libertad de prueba asume también un rol práctico, por cuanto es más acorde a la economía y celeridad procesal presentar, por ejemplo, una constancia de baja, una resolución de cese o suspensión antes que un file completo (actualmente, soporte CD o USB conteniendo

-
- d) Debe permitir la generación de reportes actualizados** de deuda al afiliado, al empleador y a la Superintendencia. Esta información debe estar a disposición del afiliado en la zona privada del sitio web u otro canal virtual que la AFP determine, así como para ser entregada en las agencias de la AFP, en caso el afiliado lo solicite; y en el caso del empleador, a través del Portal de Recaudación AFPnet. La información de la deuda previsional debe estar actualizada, a más tardar el último día del mes siguiente a aquél en que vence el plazo para el pago oportuno del aporte.
- e) La información que el sistema reporte**, de modo general, debe contener por lo menos lo siguiente:
- i) periodo de devengue;
 - ii) tipo de deuda: cierta o presunta;
 - iii) número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) del empleador al que corresponde la deuda;
 - iv) denominación o razón social del empleador según se encuentre en el RUC;
 - v) monto de deuda nominal en el SPP, diferenciada por aporte al fondo y retenciones y retribuciones de la administradora;
 - vi) datos del afiliado: nombres y apellidos, CUSPP, tipo y número de documento de identidad;
 - vii) nombre de la AFP responsable de gestionar la deuda;
 - viii) tipo de la cobranza: administrativa o judicial);
 - ix) nombre de la entidad que genera el reporte de deuda: AFP o Portal de Recaudación AFPnet;
 - x) fecha de generación del reporte; y,
 - xi) los efectos que la falta de pago origina sobre el acceso a la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, y la pensión de jubilación. Las AFP son responsables de establecer los mecanismos necesarios para el intercambio de la información respectiva.

El medio y forma para la remisión de la información de la deuda previsional a la Superintendencia se aprueba mediante norma de carácter general.

planillas electrónicas de muchos trabajadores), ya que tendrá el mismo efecto probatorio y, más aún, evitará pérdida de tiempo, incluso para el juzgador al momento de emitir sentencia.

Respecto a la presentación de medios probatorios fuera de los plazos procesales, o incluso en segunda instancia, es menester precisar que la causa generadora de este hecho es básicamente atribuible a la actuación negligente de la parte ejecutada.

No obstante, en el caso particular de las entidades del Estado en donde la defensa de los intereses estatales se realiza por mandato legal, a través de las procuradurías públicas —y, por ende, donde se requiere que los abogados apoderados de estas realicen coordinación con la entidad demandada para el acopio de los medios probatorios—, es muy común que esta documentación recién la obtengan con posterioridad al plazo para presentar la contradicción al mandato ejecutivo. De ahí que suele suceder que se presenten antes de la emisión de sentencia o en segunda instancia.

La solución práctica que se viene dando en estas situaciones es proceder a la admisión extemporánea o de oficio de estos medios probatorios en aplicación de lo previsto en el artículo 22 de la nueva Ley Procesal del Trabajo. Si bien no es la solución más óptima y esperada, resulta una medida necesaria, ya que evidentemente en estos casos, no se advierte negligencia ni desidia, sino que, básicamente, la dilación en la presentación obedece a que el plazo para contradecir el mandato de ejecución es mínimo e insuficiente para preparar adecuadamente el caso por parte de la defensa de la parte ejecutada.

Un punto a favor en este extremo es que las AFP ejecutantes muy rara vez se oponen a la admisión de estos medios probatorios u objetan el debido proceso (dado que la resolución de los medios probatorios que se admiten de oficio es inimpugnable); por el contrario, propician el esclarecimiento de la verdad. De este modo, de ninguna manera se perjudica el derecho de los trabajadores, ya que, eventualmente, solo se cobrará y ordenará pagar los aportes por los meses o tiempo en que se prestó servicios⁽⁷⁾.

En atención a lo expuesto, para Priori Pozada, es indiscutible que el esclarecimiento de la verdad debe prevalecer sobre la formalidad, en cuanto

(7) Obviamente, en aquellos supuestos en los que sí se evidencia negligencia reiterada e injustificada, en la actuación de la defensa de los ejecutados, si se aplican las medidas correctivas que el caso amerita, a fin de encauzar debidamente el proceso.

el proceso laboral, entre otros principios, se inspira principalmente en el principio de veracidad⁽⁸⁾, el cual se aplica en todos aquellos casos en que exista discordancia entre los hechos discutidos y los documentos presentados. La verdad procesal implica que por medio del proceso se debe lograr una verdad que sea lo más cercana posible a los hechos reales. Basado en ello, Herrera explica que la verdad procesal sin una etapa probatoria bien desarrollada podría no coincidir con la verdad real, lo que perjudica la finalidad del proceso y la satisfacción de los intereses de las partes (Arévalo Vela, 2018, p. 38).

Como reflexión final se precisa que la libertad plena para proponer y actuar medios probatorios es lo que afianzará en gran medida que los procesos de ejecución por obligación de dar suma de dinero garantice la solución de los casos en respeto del principio de veracidad, previsto en el artículo primero del título preliminar de la nueva Ley Procesal del Trabajo.

IV. Conclusiones

- Si bien es cierto que en un proceso laboral en donde se discute una obligación de dar suma de dinero por aportes previsionales se debe garantizar la celeridad y economía procesal, es contraproducente establecer prueba tasada para el ejercicio del derecho a contradicción, por cuanto la falta de pago de los aportes puede tener diversa causa, que no necesariamente puede evidenciarse en las planillas ni declaraciones de pago. Por tanto, no puede restringirse la presentación de otras documentales, que, eventualmente, son mucho más expeditivas, pertinentes, razonables y suficientes para formar convicción respecto a la fundabilidad de la causal de contradicción invocada. Asumir lo contrario, implica vulnerar el derecho fundamental a probar y principio de veracidad.

⁽⁸⁾ Al respecto, Priori Pozada nos dice: «Los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad, enunciados en el artículo I del Título Preliminar, constituyen, en la perspectiva de la teoría general del proceso, principios del procedimiento, es decir, postulados que sirven para describir la naturaleza y contenido del sistema procesal adoptado en la NLPT, que como quedará demostrado al explicar cada uno de los principios, es un sistema procesal publicístico cuya finalidad primera es otorgar efectivamente la tutela jurisdiccional requerida para la reivindicación de los derechos laborales, en el marco del Estado constitucional. Para que sea posible una mayor precisión, se puede identificar a estos principios como principios estructurales, en tanto establecen el contenido esencial del cómo se lleva a cabo el proceso». (Romero Montes, 2012)

- Las liquidaciones para cobranza, en muchas situaciones, principalmente cuando se sustenta en declaraciones presuntas realizadas unilateralmente por las prestadoras de pensiones, no reúnen las características de un título ejecutivo en *strictu sensu*, como lo son la suficiencia y la integración. Por tanto, no podría asumirse que se bastan a sí mismas para ser consideradas como prueba plena; por el contrario, pueden promover el uso excesivo de facultades de las prestadoras de servicios para emitir liquidaciones de cobranza que no se ciñen a la realidad.
- La cobranza de aportes previsionales, mediante un proceso único de ejecución, encuentra en su trámite diversas situaciones que trastocan el debido proceso con relación al derecho de defensa del ejecutado, quien se ve perjudicado por la aplicación del principio de preclusión y prevalencia de la formalidad respecto a la veracidad, lo que genera la ejecución de liquidaciones para cobranza que no necesariamente se condicen con la realidad y provoca, por ende, un pago indebido.
- A fin de dar una solución a los diferentes problemas que se suscitan en los procesos de ejecución por aportes previsionales, por las limitaciones al ejercicio de defensa que genera la aplicación de la prueba tasada prevista por ley, los jueces del módulo laboral de Cajamarca vienen adoptando distintas soluciones prácticas dentro del debido proceso, a saber: la admisión de medios probatorios de oficio o extemporáneos. Sin embargo, ello no debe convertirse en una práctica común, por lo que, más bien, debe promoverse soluciones legislativas.

V. Recomendaciones

- Corresponde realizar una modificación legislativa al artículo 38 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, aprobada por Decreto Supremo N.º 054-97-EF, y establecer que, para el ejercicio del derecho de contradicción, las causales previstas en la citada norma se rigen por la libertad de prueba.
- Amerita replantear, legislativamente, si es pertinente otorgar título ejecutivo a las liquidaciones para cobranza emitidas por las prestadoras de pensiones, cuando no se sustenten en una declaración cierta realizada por el empleador.
- Es factible que las obligaciones de dar suma de dinero para el pago de aportes previsionales se realice bajo las normas del proceso único de

ejecución; sin embargo, razonablemente, por la naturaleza de la obligación cuyo pago se exige (*muchas veces, se requiere verificar información detallada o cantidad de documentación, dependiendo del número de trabajadores consignados en la planilla*) se podría ampliar el plazo para ejercer el derecho de contradicción (*eventualmente, se podría mantener como regla general el plazo de cinco días y, como excepción, cuando las circunstancias lo ameritan o a pedido del ejecutado, siempre y cuando esté debidamente justificado, podría regularse que el juzgador tenga la facultad de ampliar de manera excepcional y razonada el referido plazo*). Con ello se evitaría que se decrete la admisión de prueba de oficio o extemporánea de manera recurrente.

VI. Referencias

- Alvarado Bustos, C. (2019). *La prueba en el proceso laboral*. Gaceta Jurídica.
- Anacleto Guerrero, V. (2015). *Manual de Derecho del Trabajo*. Lex & Iuris Grupo Editorial.
- Arévalo Vela, J. (2018). Los principios del proceso laboral. *Lex*, (22), 261-279. File:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LosPrincipios-DelProcesoLaboral-6760598%20(1).pdf
- Ariano Deho, E. (2003). El Derecho a la prueba y el Código Procesal Civil. En, *Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores.
- Beltrán Quiroga, J. (2015). El proceso de ejecución. <https://www.bysabogados.com.pe/index.php/publicaciones/item/5-el-proceso-de-ejecucion>
- Bustamante Alarcón, R. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. *Ius Et Veritas*, (14).
- Bustamante Alarcón, R. (2018). *El derecho a probar, como elemento esencial de un proceso justo*. ARA editores.
- Fajardo Mori, M. (2012). La iniciativa probatoria del juez, en la nueva ley procesal del trabajo. *Revista Soluciones Laborales*, (60), 65-72
- Gozaini, O. A. (1997, setiembre). La Prueba en el Proceso Civil peruano. *Normas Legales*.
- Picó i Junoy, J. (1996). *El Derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch Editor.

Priori Posada, G. (2011). *Comentarios a la Nueva ley procesal del Trabajo*. ARA Editores.

Priori Posada, G. F., Carrillo Tejada, S., Glave Mavila, C., Sotero Garzón, M., Pérez-Prieto De Las Casas, R. (2011). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ara editores.

Romero Montes, F. J. (2012). *El Nuevo Proceso Laboral* (2.^a ed.). Grijley.

Vinatea Recoba, L., & Toyama Miyagusuku, J. (2012). *Análisis y comentarios de la nueva Ley Procesal del Trabajo*. Gaceta Jurídica.

Fuente Legal y jurisprudencial

Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. (2010, 15 de enero). Diario oficial *El Peruano*.

Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil

Resolución SBS N.º 2751-2020 (2020, 11 de noviembre).

Expediente N.º 06712-2005-HC/TC. Tribunal Constitucional.

Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC. Tribunal Constitucional.

Casación Laboral N.º 608-2017-Lima.

Derecho y contratación con el Estado



Juntas de resolución de disputas y *dispute boards*: una respuesta a los conflictos en los procesos de contrataciones con el Estado

Dispute boards: a response to conflicts in contracting processes with the state

PIMENTEL TELLO, María Pimentel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Qué son las Juntas de Resolución de Disputas? III. Antecedentes. IV. Diferencias entre las JRD y los *dispute boards*. V. Diferencias entre las JRD y el Arbitraje. VI. Finalidad e importancia de las JRD. VII. Funciones. VIII. Contrato tripartito. IX. Normatividad aplicable. X. Ventajas que ofrecen las JRD. XI. Condiciones para los miembros o adjudicadores XII. Designaciones XIII. Centros de Administración. XIV. Funciones del Centro. XV. Casos en que intervienen las JRD. XVI. Materias que se pueden someter a las JRD. XVII. Efectos. XVIII. Conclusiones. XIX. 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. Máster 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. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho de Familia y Sucesiones. Miembro de la Academia de Justicia Restaurativa. 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. Miembro del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca.

Resumen: Dentro de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), las juntas de resolución de disputas (en adelante, JRD) se establecen como organismos encargados de resolver conflictos generados en las contrataciones con el Estado o cualquier otra relación jurídica para resolver aquellas controversias respecto a las cuales las partes no han podido llegar a un acuerdo por sí mismas. Estas juntas pueden ser tanto gubernamentales como privadas y su función básica es proporcionar un medio imparcial y eficiente para resolver disputas.

Como mecanismo alternativo de solución de conflictos, las JRD pueden manejar una amplia variedad de conflictos, que incluyen disputas comerciales, conflictos laborales, disputas de propiedad, disputas de seguros, disputas de consumo y muchas otras. El proceso de resolución de disputas puede variar según el tipo de conflicto y la jurisdicción en la que se encuentra la junta.

En general, las juntas de resolución de disputas suelen tener ciertas características comunes. Por ejemplo, suelen contar con expertos imparciales que pueden mediar entre las partes en conflicto para encontrar una solución mutuamente aceptable. Además, estas juntas suelen tener procesos y procedimientos establecidos que garantizan la imparcialidad y la transparencia del proceso de resolución de disputas.

Entonces, las JRD son una herramienta importante para resolver conflictos de manera eficiente y justa, por lo que merecen una adecuada difusión y aplicación no solo en el ámbito de las contrataciones con el Estado, en el cual suelen ser muy efectivas, sino, en general, para contribuir con la paz social a través de la solución oportuna de las controversias.

Palabras clave: junta de resolución de disputas, *dispute boards*, contrataciones con el Estado, resolución de conflictos

Abstract: *Within the State Contracting Law (LCE), the dispute resolution boards (JRD) are established as bodies in charge of resolving conflicts generated in contracting with the State or any other legal relationship to resolve those controversies regarding which the parties have not been able to reach an agreement on their own. These boards can be both governmental and private, and their basic function is to provide an impartial and efficient means of resolving disputes.*

As an alternative dispute resolution mechanism, JRDs can handle a wide variety of disputes, including commercial disputes, labor disputes, property disputes, insurance disputes, consumer disputes, and many others. The dispute resolution process may vary depending on the type of dispute and the jurisdiction in which the board is located.

In general, dispute resolution boards tend to have certain common characteristics. For example, they often have impartial experts who can mediate between the parties in conflict to find a mutually acceptable solution. In addition, these boards often have established processes and procedures that ensure the fairness and transparency of the dispute resolution process.

So, the DRBs are an important tool to resolve conflicts efficiently and fairly, so they deserve adequate dissemination and application, not only in the field of contracts with the State, in which they tend to be very effective, but also, in general, to contribute to social peace through the timely solution of disputes.

Keywords: *dispute resolution board, Dispute boards, contracts with the State, conflict resolution*

I. Introducción

En nuestro país, hasta marzo del presente año, se reportaron 1 746 obras públicas paralizadas, según un informe de la Contraloría General de la República, cuyo monto de inversión alcanzaba 22 902 millones de soles. Según el orden reportado, las inversiones paralizadas se concentraban en mayor medida en las regiones de Cusco (297), Puno (220), Lima (111), Cajamarca (107) y Ancash (102). Este reporte también da cuenta de que el sector transportes y comunicaciones es el que concentra la mayor cantidad de obras paralizadas, a saber: el 27 % del total nacional y el 21,3 % del sector vivienda (Contraloría General de la República, 2023).

Estos reportes resultan ser alarmantes, más aún cuando nuestra población requiere mejorar su calidad de vida y contar con servicios básicos como carreteras, agua potable, vías públicas, hospitales, escuelas y demás obras públicas necesarias para facilitar el desarrollo de nuestros pueblos; más aún al ser el Estado el responsable de brindar tales servicios.

Llama la atención también el porcentaje de tales obras que se encuentran paralizadas por causas relativas a incumplimientos contractuales o controversias que podrían ser sometidas a arbitrajes; se reporta un 13,3 % entre las primeras y 3,9 % entre las segundas (Gandonfo Cortez, 2023). Esto quiere decir que alrededor del 17 % de las obras paralizadas lo están por alguna causa que merecería una solución alternativa para viabilizarlas.

Este considerable nivel de conflictividad se ha visto reflejado en la cantidad de procesos arbitrales generados, en gran medida, por el incumplimiento contractual. Al respecto, se encuentra muy poco difundida la figura de las JRD que la Ley de Contrataciones del Estado prevé, como

una alternativa que se establece con base en una cláusula facultativa que se incluye en los contratos y que permite que, tanto las entidades como los contratistas, acudan a expertos que resuelvan los diversos inconvenientes surgidos durante la ejecución de obras, que evita así la paralización de las mismas y la concurrencia al arbitraje.

Entonces, si bien la problemática de las contrataciones públicas también se basa en otras causas, como, por ejemplo, la corrupción o deficiente administración de los contratos, así como la falta de especialización o de ética de los funcionarios, en las relativas al incumplimiento de contratos, y cuyo monto no supere los 20 millones de soles, las partes pueden acordar someter las controversias a las Juntas de Resolución de Disputas, por lo que es obligatorio cuando tales conflictos superen dicho monto (artículo 243.4 de la LCE).

En tal sentido, en este aporte, pretendemos ocuparnos de estos mecanismos alternativos, con la finalidad de contribuir a su difusión y fomentar su aplicación en las controversias surgidas en el ámbito contractual estatal.

II. ¿Qué son las Juntas de Resolución de Disputas (JRD)?

Como medio alternativo de solución de conflictos, las JRD ofrecen muchas ventajas, sobre todo en los contratos de ejecución de obras de envergadura, porque permite identificar previamente conflictos y solucionarlos *in situ*. Así, una de las ventajas más saltantes es que actúa como un mecanismo eminentemente técnico que favorece obtener soluciones rápidas y eficaces, pues aplica en la fase de ejecución contractual de obras (artículo 243.1 de la LCE).

Este mecanismo está a cargo de un panel técnico caracterizado por ser independiente e imparcial (Vaz & Gravata, 2014), cuyo objetivo es prevenir o resolver las controversias que se pudieran presentar desde el inicio de la ejecución de las obras públicas hasta su recepción final, así como procurar que no se produzcan paralizaciones innecesarias y se logre su culminación (Ministerio de Economía y Finanzas, 2021).

Sin embargo, de ninguna manera deben entenderse como sustituto del arbitraje; pero sí se constituyen en un filtro para este. Se basa, en efecto, en la eficiente, transparente y correcta utilización y gestión de fondos públicos en el proceso de ejecución de los contratos, conforme lo establece el artículo 243.3 de la Ley de Contrataciones del Estado. Las JRD no son competentes para resolver pretensiones indemnizatorias no previstas en contratación pública.

Estas juntas están integradas por uno o tres miembros, dependiendo del monto del contrato. Si es menor a 40 millones de soles, puede estar constituida por un miembro, bien ingeniero o bien arquitecto. En cambio, si el monto es superior a 40 millones de soles, deben integrarla tres miembros, esto es, un presidente, ingeniero o arquitecto, y otros dos miembros, quienes deben ser expertos en ejecución de obras (artículo 243.5 LCE).

Las decisiones de los miembros de las JRD tienen carácter vinculante para las partes, por lo que su función también es, como se explica más adelante, la absolución de consultas técnicas y contractuales respecto de los contratos suscritos.

Un aspecto a considerar es que, de acuerdo a la Directiva N.º 012-2019-OSCE/CD, para los contratos de procedimientos de selección convocados desde 2020 cuyos montos superan los 20 millones de soles es obligatorio incluir en la cláusula de solución de controversias a las Juntas de Resolución de Disputas, con la finalidad de habilitar la intervención de estas en los conflictos surgidos en su ejecución.

III. Antecedentes

A nivel normativo, las JRD se presentan en el Perú en la Ley N.º 30225 de Contrataciones del Estado del año 2014, ya que la Ley N.º 26850 de 1997 solo consideraba la conciliación y el arbitraje; sin embargo, mediante el Decreto Legislativo N.º 1444 de 2018 se modifican diversas disposiciones de la LCE, como las referidas a los medios de solución de controversias de la ejecución del contrato, que disponen que las partes contratantes (entidad estatal – contratista) pueden recurrir a las JRD en las contrataciones de obras, de acuerdo a su valor referencial.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, que aprobó el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), se incluyen disposiciones relativas a las JRD; y, luego, mediante Resolución N.º 012-2019-OSCE/CD, se estableció la Directiva sobre la Junta de Resolución de Disputas, que a su vez fue modificada con Resolución N.º 214-2022-OSCE/PRE.

Asimismo, el 04 de setiembre de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo N.º 250-2020-EF, según el cual el Ministerio de Economía y Finanzas aprueba las disposiciones para coadyuvar a la ejecución de los contratos de obra y permitir a las entidades públicas

asegurar la ejecución de las inversiones en el marco del TUO de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Así, se modifica el reglamento de la referida ley (D. S. N.º 350-2015-EF), el cual fija los montos para someter voluntaria y obligatoriamente las controversias a las JDR, además de la regla sobre la designación de uno o tres adjudicadores teniendo en cuenta el criterio de la cuantía del contrato.

Doctrinariamente, se identifican los primeros atisbos de la figura con el surgimiento de los *dispute boards*, que se presentan en los Estados Unidos a raíz de la implementación de gran número de obras de ingeniería a partir de 1960.

Como señalan Valverde y Márquez, citados por Ames (2022), durante y luego de la Segunda Guerra Mundial, los contratos de obra presentaron diversos problemas en su ejecución, lo cual obligó a los constructores a buscar formas de solución de conflictos. De ahí que se implementó experimentalmente los *dispute boards*, que fueron usados por primera vez en la ejecución del proyecto de construcción del *Eisenhower Tunnel* en el Estado de Colorado (Ames, 2022). Esto generó que, en 1974, se publicara el estudio de *Mejoras en la contratación de construcciones subterráneas* en Estados Unidos y que, consiguientemente, en 1975, se cree oficialmente la figura de los *dispute boards*.

En 1981, en la ejecución del proyecto de la represa El Cajón, en Honduras, se utilizaría también los *dispute boards*, ya en un ámbito internacional; esto debido a los buenos resultados obtenidos en las experiencias anteriores (Cuentas Pino & Nubiala Lapieza, 2022).

También, por al éxito logrado, a partir de 1995, *The World Bank* hizo obligatorio el empleo de estos mecanismos en los proyectos, financiados por este organismo, que superaran los 50 millones de dólares. Desde entonces brindan una alternativa de imparcialidad y de equidad en la resolución de los conflictos generados en la ejecución de obras (Ames, 2022). A partir del 2000, el Banco Mundial ha implementado normas para adquisiciones de obras en sus procedimientos de adjudicación.

De esta manera, las *dispute boards* se han difundido como forma de resolución y prevención de conflictos rápida y equitativa. En nuestro país se implementan las JRD desde el 2014 con la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, que permite que expertos emitan decisiones o recomendaciones obligatorias para las partes.

En cuanto a las clases de las *dispute boards*, se identifican diversas dependiendo del grado de intervención que tengan en los procesos. Así, si se emiten únicamente recomendaciones, se tratará de una *dispute review boards*; si se emiten decisiones con carácter vinculante, se tratará de una *dispute adjudication boards*, y, según les convenga, las partes pueden también optar por las *combined dispute boards*, cuando lo que se pretenda obtener de ellas sean recomendaciones y decisiones (Hernández García et al., 2014).

Si bien las *dispute boards* son mecanismos diversos a las JRD, es en ellos en los que se fundan las nuevas formas de solución de controversias que se orientan a resolver los conflictos o diferencias que surjan en los contratos de obra, desde su ejecución hasta su entrega.

IV. Diferencias entre las JRD y los *dispute boards*

Aun cuando se considere que los *dispute boards* son un antecedente de las JRD, como ya se ha señalado, desde un sentido práctico, son dos tipos de mecanismos alternativos de solución de controversias diferentes, que, si bien comparten la finalidad de resolver disputas de modo rápido y eficiente, se diferencian en aspectos estructurales y aplicativos. Mientras que las JRD son una especie de comités que se encuentran integrados por expertos independientes que resuelven las controversias durante la ejecución de un contrato de construcción o proyectos similares, los *dispute boards* son comités de expertos establecidos para proyectos a largo plazo, teniendo en cuenta lo señalado en Hernández García et al. (2014), así como del análisis de Capuñay Chafloque y Ferruzo Dávila (2014), identificamos también diferencias en cuanto a lo siguiente:

a. Composición

Tanto las JRD como las *dispute boards* están compuestas por lo general por 3 miembros, 2 que representan a las partes y entre ambos eligen a un tercero que la preside, que es neutral. Todos deben ser profesionales ingenieros o arquitectos y especialistas en contrataciones públicas.

b. Función

Los integrantes de las JRD ejercen un rol activo desde su inicio, reuniéndose periódicamente para la revisión del progreso de la obra, anticipando de esta manera problemas, resolviendo las disputas que efectivamente se presenten. Es facultad también de las JRD el emitir recomendaciones y opiniones no obligatorias. En el caso de las *dispute*

boards, comparte las facultades señaladas para las JRD, pero, además, supervisa el desarrollo del proyecto y puede emitir recomendaciones con carácter vinculante, interviniendo cuando surja una disputa.

c. Proceso

Las JRD intervienen desde el principio de la ejecución del contrato y también lo hacen a lo largo del proyecto, en caso de existir una controversia, ofrece una opinión o recomendación, si las partes no la aceptan, pueden recurrir a la resolución de disputas mediante arbitraje. Por su parte, las *dispute boards* intervienen durante todo el proyecto brindando asesoramiento y tomando decisiones sobre las disputas presentadas, en su caso, las decisiones pueden ser vinculantes si fuera necesario, esto dependiendo del tipo de *dispute boards* y de las cláusulas contractuales.

d. Particularidades

Mientras que las JRD **son flexibles**, esto es, pueden adaptar a las necesidades específicas de la obra y a lo que requieran las partes, las *dispute boards* presentan un **enfoque de prevención**, ya que monitorean continuamente las obras para abordar los problemas antes de que se produzca la escalada del conflicto.

Entonces, ambos mecanismos resuelven las disputas y previenen los costosos litigios. Sin embargo, cabe mencionar que las JRD tienen un enfoque más activo en la resolución de disputas, mientras que los *dispute boards* se centran en la prevención a través del monitoreo constante y proporcionando recomendaciones que podrían ser obligatorias.

III. Diferencias entre las JRD y el arbitraje

Estas se advierten fundamentalmente en los siguientes puntos:

a. Formalidad

Siendo la formalidad una de las características más saltantes en el arbitraje, se manifiesta como una diferencia importante, ya que las juntas de resolución de disputas desarrollan sus acciones de manera más flexible y menos formal, característica que también se constituye como una ventaja de estas respecto del arbitraje.

b. Miembros

En el caso del arbitraje, los árbitros son por lo general abogados, quienes resuelven en derecho. Por su parte, las JRD están integradas por adjudicadores, que en su mayoría son ingenieros o arquitectos, quienes con criterio técnico intervienen para dar soluciones prácticas referidas a la ejecución de las obras.

c. Jurisdicción arbitral

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Constitución Política del Perú, se reconoce la jurisdicción arbitral con casi las mismas prerrogativas del fuero judicial; en cambio, las JRD no cuentan con este atributo, solamente la Ley de Contrataciones del Estado las reconoce como mecanismos alternativos para solucionar tempranamente los conflictos.

d. Materias sometidas

Mediante arbitraje se pueden resolver materias relativas a relaciones comerciales, de obras, construcción, etc.; mientras que mediante las JRD se orientan a la especialización en materia de construcción y ejecución de obras, creadas para prevenir y resolver conflictos surgidos durante el desenvolvimiento de los contratos.

e. Momento de la intervención

El arbitraje es un mecanismo al cual las partes pueden recurrir en cualquier etapa de la ejecución del contrato para resolver sus disputas, incluso luego de la resolución del mismo, por su parte, las JRD acompañan desde su suscripción, ejecución y entrega de la obra.

Sin embargo, pese a las diferencias expuestas, «ambos métodos se fortalecen y son complementarios para la solución de controversias generadas en obras estatales» (Bustamante Belaúnde, 2022).

IV. Finalidad e importancia de las JRD

La principal finalidad es que las partes en un contrato logren prevenir y/o resolver de manera eficiente los conflictos surgidos durante el plazo de ejecución de obras, desde su inicio hasta la recepción total de la misma, tal como lo establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 243.1)

Igualmente, contribuye con la expedición de decisiones efectivas e inmediatas durante el desarrollo de las obras, las cuales permiten su continuidad e impiden paralizaciones inútiles y perjudiciales para las partes.

A ellas se pueden someter controversias de distinta índole surgidas en la fase de ejecución, como lo establece la Directiva N.º 12-2019-OSCE/CD. Así, los miembros de las JRD emiten decisiones que son vinculantes para las partes; pueden también absolver consultas a nivel contractual y/o técnico, y también están facultados para efectuar visitas periódicas a la obra en ejecución, prevenir controversias, todo lo cual privilegia el desarrollo de las obras.

Respecto de las facultades consultivas de las JRD, estas pueden ser solicitadas para prevenir el surgimiento de controversias, solicitando una opinión no vinculante sobre aspectos relevantes que las partes quisieran resolver, como lo establece, igualmente, la Directiva N.º 012-2019-OSCE/CD. Con esta finalidad se establecen los centros de administración que brindan soporte y asistencia a las JRD y cuyas funciones serán desarrolladas en adelante.

V. Funciones

Los miembros de las JRD cumplen tres funciones claramente determinadas, sin perjuicio de desarrollar otras que sean asignadas por el contrato tripartito, todas ellas orientadas a la conservación del vínculo contractual y la no paralización de las obras:

a. Preventiva

Advirtiendo posibles situaciones de conflicto, para lo cual pueden realizar visitas periódicas en el lugar de ejecución de la obra.

b. Consultiva

Mediante la cual absuelven las consultas de las partes respecto de la ejecución de la obra. Estas consultas pueden ser de carácter técnico o contractual, las que previamente son dirigidas al supervisor y al proyectista de la obra.

c. Decisoria

En caso de que la disputa esté presente y merezca una solución inmediata, los miembros de las JRD pueden emitir decisiones vinculantes para las partes.

El reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (artículo 246.1) señala que también se ejercen otras funciones que pueden ser establecidas en el contrato tripartito.

Todas estas funciones se ejercen teniendo como premisa privilegiar la prosecución de la ejecución de la obra, y pueden disponerse acciones destinadas a ello, bajo la asistencia y soporte de los centros de administración (Ministerio de Economía y Finanzas, 2021).

VI. Contrato Tripartito

Como lo señala la Directiva N.º 012-2019-OSCE/CD, es el que celebran las partes antes del inicio de las actividades con cada uno de los miembros de la JRD, por medio del Centro de Administración, esto ocurre en un plazo de cinco días de aceptada la designación del último miembro (presidente), o del único miembro de ser el caso.

En cuanto a su contenido, se deben considerar las reglas que regirán el procedimiento, así como las obligaciones de las partes, estableciéndose además los antecedentes, y el objeto del contrato, detallándose los servicios que debe prestar la JRD, los que deben ser prestados de manera independiente e imparcial.

VII. Normatividad aplicable

En el Perú, a las Juntas de Resolución de Disputas se aplican, fundamentalmente, la Ley N.º 30225 de Contrataciones del Estado y su reglamento que fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, la Directiva N.º 012-2019-OSCE/CD. En esta última se detallan las reglas que se deben seguir en el procedimiento.

Además, las JRD se rigen por el contrato tripartito suscrito entre sus integrantes y las partes, así como los reglamentos de los centros de administración.

VIII. Ventajas que ofrecen las JRD

Se identifican diversas ventajas, como la reducción de costos, la preservación de la relación contractual y la continuidad de la obra. De lo hasta ahora desarrollado, se puede advertir que las JRD ayudan a resolver disputas sin necesidad de recurrir al arbitraje o paralizar la ejecución de las obras, puesto que presentan las siguientes sustanciales ventajas:

- a. Rapidez y eficacia
Se identifican como mecanismos rápidos y eficaces debido a que su intervención es inmediata, esto es, sin mediar trámites engorrosos o el sometimiento a trámites procedimentales, lo cual garantiza una solución célere.
- b. Reducción de costos
Se evitan los costos que suelen generar los procesos arbitrales, además de que se evitan los trámites engorrosos y complicados que, en el ámbito arbitral o judicial, representan costos elevados.
- c. Confidencialidad
Se mantiene la mayor reserva posible respecto del contenido de las disputas y se conservan los detalles de las mismas en el ámbito privado, lo cual contribuye con preservar la reputación y la privacidad de las partes involucradas.
- d. Las partes ejercer control
Se mantienen en control del procedimiento y sobre el resultado de la solución las partes eligen a sus representantes para participar de las negociaciones, lo cual permite la adopción de acuerdos que se ajustan a las necesidades de las partes y logra una mayor satisfacción con el resultado.
- e. Flexibilidad
Se había destacado esta característica como la posibilidad de que las JRD adapten sus acciones a las necesidades específicas que presenten las partes, de modo que diseñen sus reglas de modo flexible, adaptándolas a las particularidades de cada situación controvertida.
- f. Mantenimiento de relaciones
Pese al surgimiento de disputas en la ejecución de los contratos, la posibilidad de contar con la intervención de las JRD garantiza que las relaciones contractuales o interacciones comerciales se conserven, con la consiguiente preservación del trato armónico inter partes, con lo que se evita la confrontación y el antagonismo entre ellas.
- g. Mayor enfoque en la solución
Siguiendo el espíritu de los mecanismos alternativos, las JRD contribuyen con el enfoque colaborativo de las partes para la búsqueda de

soluciones aceptables para las partes, que suple una postura adversarial que es propia de los tribunales y del arbitraje.

h. Menos formalidad

Los procedimientos ante las JRD son menos estructurados, lo que facilita la comunicación entre las partes y el comité. Con ello se viabiliza la pronta solución de las disputas y la prosecución de las obras y su conclusión sin dilaciones innecesarias o forzosas como ocurre con el arbitraje.

i. Variedad de métodos

La aparición de otros métodos, como la mediación o la conciliación, permite a las partes intervenir y participar en la toma de decisiones, gracias a la presentación de diversos enfoques que se ponen a disposición para darle solución al conflicto. Por otro lado, con esta ventaja se deja en libertad a los involucrados para adoptar o no las recomendaciones que se formulan como parte de la función consultiva que también cumplen las JRD de manera alternativa.

j. Otras ventajas

Se promueve la identificación y solución de controversias en etapa temprana, lo cual disminuye sustancialmente la acumulación de disputas, así como el favorecimiento a la continuidad de las obras, lo que a su vez reduce la pérdida de productividad.

Es evidente que la economía en tiempo y recursos son beneficios innegables, lo que demuestra que las JRD son un mecanismo altamente eficiente para la solución de conflictos durante la ejecución de obras, porque median el empleo de la comunicación activa y colaborativa, esto traduce la efectividad de los resultados.

IX. Condiciones para los miembros o adjudicadores

En cuanto a la conducta de los miembros (adjudicadores) de las JRD, se espera que se conduzcan de manera proba, bajo lineamientos éticos que conserven la independencia e imparcialidad en todo el desarrollo de las actividades propias. Asimismo, que cumplan con informar de manera oportuna respecto de circunstancias que les impida ejercer el cargo de modo transparente y diligente.

X. Designaciones

La designación del centro de administración está librada a la voluntad de las partes, para lo que se necesita igualmente el acuerdo entre ellas; no obstante, en caso de no haberlo, cualquiera de ellas puede solicitar, de acuerdo a lo dispuesto en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la organización y administración ante cualquier centro (art. 244.3).

En caso de la intervención de un solo miembro de la JRD, se requiere que este sea ingeniero o arquitecto, que además tenga conocimiento de las normas aplicables al contrato. Ahora bien, cuando se integre las juntas por tres miembros, el presidente debe reunir las mismas cualidades, y los demás integrantes pueden ser expertos en ejecución de obras, conforme lo establece el RLCE (art. 245.1)

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los miembros y los impedimentos que se aplican para el ejercicio las funciones propias de las JRD, el RLCE igualmente lo pauta en los artículos 245.2 y 231 respectivamente.

XI. Centros de administración

Con el propósito de gestionar los procedimientos que se siguen ante las JRD, la Directiva N.º 012-2019-OSCE/CD establece que en el contrato de obra se debe designar a un Centro de Administración. Esta designación debe ser comunicada al citado centro en un plazo de cinco días desde la suscripción del contrato; asimismo, en caso de que no se hubiera acordado, las partes pueden incorporar en el contrato de obra la cláusula modelo que comparte el organismo supervisor de contrataciones con el Estado o la que establezca el centro elegido.

Para la constitución, administración y el desarrollo de las JRD, la directiva también desarrolla normas complementarias a observarse para la prevención y solución de controversias en los contratos de obra. El procedimiento por su parte y los requisitos de los centros también están regulados por dicha directiva.

a. Excepciones

La nulidad, ineficacia, inexistencia o invalidez del contrato, la decisión de la entidad o la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales contempladas en la Ley de Contrataciones del Estado (artículo 45.4) y las prestaciones indemnizatorias

por conceptos imprevistos en la contratación pública; no pueden ser materia de conocimiento de las JRD,

b. Requisitos

Para poder gestionar las controversias, las JRD deben estar administradas por los centros.

Todas las JRD que ejerzan funciones deben ser administradas por un centro que preste el servicio de organización y administración de las mismas. Los requisitos que deben de cumplir los centros que administran las referidas juntas son:

- Tener 4 años de experiencia como institución arbitral.
- Tener un código de ética aplicable a los miembros de la JRD, que debe contener los supuestos de infracción establecidos en el RLCE (artículo 254).
- Llevar un registro de adjudicadores (miembros), nacionales e internacionales, difundirlo con las especialidades y experiencia de los expertos para conocimiento del público por medio de la página web.
- Constituirse como persona jurídica (con o sin fines de lucro).
- Tener un tarifario de honorarios de adjudicadores y gastos administrativos igualmente difundido.
- Tener un plantel de profesionales que brinden soporte y asistencia a la JRD.
- Una infraestructura mínima de 4 ambientes para sala de audiencias, oficina para el plantel profesional, atención al público y otro para el archivo de documentos y expedientes.
- Una página web con la información y correo institucional activos

XII. Funciones del centro

En nuestro país se encuentran en funcionamiento 17 centros de administración registrados y acreditados ante OSCE, ellos cumplen las siguientes funciones de acuerdo a lo regulado por el RLCE (artículo 244.2)

- Registrar a los miembros de la JRD.

- Designar a los miembros de la JRD cuando las parte no lo hicieran.
- Resolver las recusaciones contra los miembros de la JRD.
- Supervisar el cumplimiento de los principios éticos por los adjudicadores.
- Informar al OSCE las sanciones impuestas a los adjudicadores.
- Brindar apoyo logístico a las JRD y las partes.

XIII. Casos en que se pueden aplicar las JRD

Las partes interesadas pueden acudir a los centros de administración para solicitar la intervención de JRD y resolver controversias en los casos de ejecución de obras. Dicha intervención puede ser obligatoria o facultativa, la cual depende de la cuantía del contrato y en los siguientes casos:

- a. En caso de que las partes no hubieran pactado en el contrato original, pueden incorporar en la cláusula de solución de controversias la aplicación de JRD.
- b. En contratos de obras con montos inferiores o iguales a 20 millones de soles es facultativo.

En contratos de obras por montos superiores a 20 millones de soles es obligatorio.

XIV. Materias en que se aplican

De acuerdo a lo dispuesto por las leyes aplicables, se determina la competencia de las JRD de la siguiente manera:

- La Ley de Contrataciones se refiere en 13 oportunidades a la JRD, mientras que el reglamento lo hace 50 veces.
- La LCE, todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la JRD solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo 30 días hábiles de recibida la obra (Art. 45.2).
- RLCE, se pueden someter a la JRD la ejecución, interpretación o resolución del contrato (art. 223.1).

A continuación, se proporciona la guía respecto de la regulación aplicable a las JRD en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

Cuadro 1
Guía de la regulación aplicable a las JRD

| Materia | LCE | RLCE |
|--|---------|-------------------------|
| Mecanismos de solución de controversias, casos | 45.1, 2 | |
| Valorización y metrados | | 196.2 |
| Concurrencia de acuerdo al valor referencial y condiciones | 45.3 | |
| Excepciones, no se pueden someter a JRD | 45.4 | 243.3 |
| Sometimiento de controversias | 45.8 | 223.1, 225.6 |
| Revisión de decisiones de la JRD por arbitraje | 45.8 | 251.1, 2, 3,4 |
| Discrepancias en la recepción de obra | | 208.11 |
| Finalidad de la JRD | | 243.1 |
| Competencia en caso de resolución de contrato | | 243.2 |
| Incorporación posterior de cláusula y vinculatoriedad en caso de contratos por montos superiores a 20 millones | | 243.4 Disp. Comp. 19 |
| Integrantes de la JRD | | 243.5 |
| Regulación de los centros de administración de disputas y designación | | 244.2, 3; 245 |
| Funciones y actividades de los miembros de la JRD | | 246 |
| Honorarios y decisiones | | 247, 248, 249,250 |

Efectos

Las decisiones que emiten las juntas de resolución de disputas son de obligatorio e inmediato cumplimiento para las partes, a partir de su notificación y el vencimiento del plazo para para la corrección o aclaración de la decisión, su cumplimiento no puede ser impedido por ninguna autoridad, ni administrativa, arbitral o judicial.

En el caso de la absolución de consultas técnicas o contractuales, las cuales igualmente se implementan por las partes conforme lo convenido en el contrato tripartito.

La administración de los contratos se simplifica y optimiza, lo que evita los procesos engorrosos propios de las contrataciones estatales.

Efectivamente se produce la prevención y resolución eficiente de las controversias en la ejecución de las obras hasta su recepción, como lo norma el RLCE (artículo 243.1).

XVI. Conclusiones

- Las juntas de resolución de disputas son mecanismos alternativos de resolución de conflictos habilitado para resolver las divergencias surgidas en la ejecución de obras en contrataciones con el Estado, permitiendo soluciones rápidas, sin paralizaciones o dilaciones.
- La LCE y su reglamento, así como la Directiva N.º 012-2019-OSCE/CD, brindan el marco legal para la intervención de las juntas de resolución de disputas en la ejecución de las obras públicas.
- Siendo evidentes las ventajas que ofrecen las JRD, y debido a la obligatoriedad de su empleo en controversias cuyos montos sean superiores a 20 millones de soles, se espera que este mecanismo sea empleado con mayor frecuencia.
- Se espera que la aplicación frecuente de las JRD, se evidencie en la reducción de la paralización de obras públicas a nivel nacional y las viabilice.
- Deben implementarse nuevos centros de administración de juntas de resolución de disputas, a fin de acercarlas a las partes en contrataciones con el Estado.

XVII. Referencias

- Ames, L. E. (2022). Dispute Boards a la Peruana: Juntas de Resolución de Disputas – Parte 1. *Enfoque Jurídico*, 2. https://www.enfoquederecho.com/2022/09/20/dispute-boards-a-la-peruana-juntas-de-resolucion-de-disputas-parte-1/#_ftn3
- Barrón Sobrevilla, C. G., & Zuñiga Maravi, R. (2018). *Tendencias del arbitraje de contrataciones pública: análisis de laudos arbitrales*. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf>
- Bustamante Belaúnde, L. (27 de octubre de 2022). Arbitraje y Dispute Boards: ¿Qué diferencias hay entre ambos métodos de solución de controversias? (R. P. 21, Entrevistador). https://peru21.pe/cheka/solucion-controversias-arbitraje-dispute-arbitraje-y-dispute-boards-que-diferencias-hay-entre-ambos-metodos-de-solucion-de-controversias-noticia/#google_vignette

- Capuñay Chafloque, F., & Ferruzo Dávila, G. (2014). Breves apuntes sobre los dispute board resolution. *Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*. https://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_10/105.pdf
- Caviano, R. y otros. (1997). *Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Ad-Hoc.
- Contraloría General de la República. (2023). *Contraloría: Obras públicas paralizadas alcanzan las 1746 a marzo del 2023*. Contraloría General de la República, Lima. Recuperado el 15 de julio de 2023, de <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/751784-contraloria-obras-publicas-paralizadas-alcanzan-las-1746-a-marzo-del-2023>
- Cuentas Pino, D., & Nubiala Lapieza, I. (2022). El alma, corazón y vida de las dispute boards: reflexiones acerca de su regulación en Latinoamérica y el Perú. *Advocatus*, (42), 225-239.
- Fernández Valle, W. (2006). La conciliación extrajudicial. Solo un requisito de admisibilidad de los procesos judiciales o un real y efectivo medio alternativo de resolución de controversias? caso peruano. *Docentia et Investigatio*, 173-182.
- Gandonfo Cortez, R. (2023, 27 de junio). Suplemento Jurídica: Las causas de la paralización de las obras públicas. Diario oficial *El Peruano*, (857), 6. <https://www.elperuano.pe/noticia/216464-suplemento-juridica-las-causas-de-la-paralizacion-de-las-obras-publicas>
- Hernández García, R., Gray Chicchón, J., Bravo Venegas, J., Brodsky, J., & Peñate Guzmán, C. (2014). *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* (Vol. 23). Servicios Gráficos.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2021, 04 de setiembre). Junta de Resolución de Disputas (JRD). https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_publica/docs/capacitaciones/at/Junta_de_Resolucion_de_Disputas_JDR.pdf
- Ormaechea Choque, I. (1998). El Modelo Conciliatorio en el CPC Peruano: ¿Conciliación o coerciliación? *Revista de la Academia de la Magistratura*, 175-187.
- Vaz, J., & Gravata, N. (2014). Los Dispute Boards y los Contratos Administrativos: ¿Son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público? *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, (23), 100-101.

Legislación

Ley N.º 30225 de Contrataciones del Estado de fecha 11 de julio de 2014.

Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley N.º 30225 del 31 de diciembre de 2018.

Directiva N.º 014-2019-OSCE/CD que regula el funcionamiento de las JRD.

Causales de resolución contractual no reguladas y el control concurrente de la CGR en la ejecución obras públicas

Unregulated grounds for contractual termination and the concurrent control of the CGR in the execution of public works

GARCÍA MENDOZA, Nilton Paco(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La Resolución de Contrato. III. Causales de resolución contractual y su procedimiento de efectivización en la normativa de contrataciones del Estado. IV. La situación irreversible, como causal de resolución contractual. V. Retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado VI. ¿Cómo influye el control concurrente de la CGR en las decisiones de las entidades del Estado? VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

(*) Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología por la Escuela de Postgrado de la misma casa de estudios. Con estudios de especialización en Arbitraje en Contrataciones con el Estado, y Derecho Administrativo para Árbitros en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de JRD y Dispute Boards en la Universidad de San Martín de Porres. Docente de pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: ngarciam@unc.edu.pe.

Resumen: En la regulación de las causales de resolución contractual de los contratos de bienes, servicios y obras suscritos al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, frecuentemente, se cree que el listado de las mismas, contenidas en el artículo 164 de su reglamento, son las únicas, sobre la base de las cuales las entidades y contratistas pueden facultativamente resolver el contrato. No obstante, a través del presente ensayo, se demostrará que existen otras causales de resolución contractual, que pueden ser invocadas por las partes, siguiendo los procedimientos establecidos para cada una de ellas. Así también, se emitirán algunas precisiones prácticas que ayudarán a comprender de mejor manera la reciente incorporación del servicio de control concurrente en la ejecución de obras públicas a cargo de la Contraloría General de la República, el cual tiene un carácter vinculante para las entidades estatales, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 31500, ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo, y que ha generado la incertidumbre sobre el alcance de las recomendaciones que emita el órgano de control, a las entidades contratantes para implementar las medidas preventivas y correctivas de las situaciones adversas identificadas en los trabajos de ejecución y supervisión de obras.

Palabras clave: resolución de contrato, causales de resolución contractual, situación de incumplimiento irreversible, servicio de control concurrente

Abstract: In the regulation of the grounds for contractual termination of contracts for goods, services and works, signed under the Law on State Procurement, it is often believed that the list of the same, contained in Article 164 of its Regulations, are the only ones, on the basis of which, entities and contractors, They can optionally terminate the contract, however, through this essay, we will demonstrate that there are other causes of contractual resolution, which can be invoked by the parties, following the procedures established for each of them. Likewise, we will issue some practical clarifications, which will help to better understand, the recent incorporation of the concurrent control service in the execution of public works by the Comptroller General of the Republic, which has a binding character for state entities, from the entry into force of Law 31500, Law establishing the binding nature of concurrent control and adopting other measures necessary to improve the functioning of this mechanism; and that has generated uncertainty about the scope of the recommendations issued by the control body, to the contracting entities, to implement the preventive and corrective measures of the adverse situations identified in the works of execution and supervision of works.

Key words: termination of contract, grounds for contractual termination, situation of irreversible breach, concurrent control service

I. Introducción

Las entidades públicas, como medio para la satisfacción de las necesidades primordiales de la población, atendiendo a sus competencias, adquieren bienes, contratan servicios (en general y de consultoría), o bien pueden contratar a ejecutores de obras públicas, con lo que se enmarca el proceso de contratación con sujeción a la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento (en adelante, la normativa de contrataciones del Estado).

Suscrito un contrato de naturaleza administrativa, sujeto a la normativa de contrataciones del Estado, se entiende que las partes suscribientes del mismo, esto es, entidades y contratistas, se comprometen al cumplimiento recíproco y oportuno de sus prestaciones pactadas, por lo menos esta es la expectativa. Sin embargo, no siempre se verifica tal situación de cumplimiento recíproco, pues alguna de las partes puede omitir dar cumplimiento de las prestaciones a su cargo, en su totalidad o de forma parcial, o simplemente, por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, puede verse imposibilitada de su ejecución.

El incumplimiento total o parcial de las prestaciones contractuales por una de las partes puede generar en la otra la duda de su cumplimiento, por lo que esta última, tiene la posibilidad de optar, antes que por la sola aplicación de penalidades (por mora u otras penalidades), por una medida más determinante, como lo es la resolución total o parcial del contrato.

Precisamente, las causales de resolución contractual, reguladas en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, genera un estado de confusión para las partes suscribientes del contrato, debido fundamentalmente a la regulación aislada de la «situación de incumplimiento irreversible» y el «retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado, y sobre el cual, el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento». Estos hechos bien pueden justificar la decisión facultativa de las entidades del Estado para resolver un contrato de obra suscrito con sujeción a la normativa de contrataciones del Estado.

Y la confusión se genera toda vez que, por un lado, el artículo 164 de la mencionada norma reglamentaria precisa un listado de los supuestos a considerar como causales de resolución contractual; no obstante, el numeral 165.2, literal b) del artículo 165, que debería regular solo el pro-

cedimiento a seguir por la parte invocante de las causales de resolución contractual (contenidas en el artículo 164), así como el numeral 203.5 del artículo 205, regula otros supuestos de incumplimiento, lo cual puede dar cabida a que las entidades **públicas** justifiquen su decisión de resolver el contrato por estas causales. Consecuentemente, ello conlleva a inferir que el artículo 164 de la norma reglamentaria no es el único dispositivo reglamentario que regula causales de resolución contractual.

Asimismo, cabe referir que los funcionarios y/o servidores públicos de las entidades contratantes, así como los particulares contratistas, no entienden con certeza la forma en la que opera el control concurrente de la Contraloría General de la República en la ejecución de las obras que superan los diez millones de soles y que bien podría influir en la decisión de la Entidad de poder dar por extinguida una relación contractual, ello atendiendo al carácter vinculante del control concurrente, según refiere la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo.

II. La resolución de contrato

La resolución contractual, en principio, presupone un contrato válido que por un incumplimiento total o parcial, o quizá por un evento sobreviniente, deja sin efecto la relación jurídica patrimonial existente entre las partes suscribientes de un contrato y, por ende, convierte en inexigibles las obligaciones pendientes de ejecución, claro está, la parte perjudicada con la resolución contractual puede hacer valer su derecho reclamando el resarcimiento por el daño ocasionado a través de los mecanismos de solución de controversias que regula la normativa de contrataciones del Estado.

Respecto a la resolución de contrato, el profesor Flores Polo, citado por Carlos Navas (2017), define:

La acción de deshacer o destruir un contrato por inexecución de las condiciones o cargos y con destrucción retroactiva de sus efectos, según su naturaleza del mismo; tratándose, por consiguiente, de una de las formas de extinción, susceptible de demandarse por una de las partes y presupone un acto por el cual el contrato queda sin efecto por la concurrencia de circunstancias sobrevinientes a su celebración y durante su ejecución. (p. 183)

Asimismo, Álvarez, Álvarez y Gálvez, respecto de la resolución contractual, desde la perspectiva de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, indican lo siguiente:

Naturaleza de la resolución contractual. Como quiera que la ley ni el reglamento definen la naturaleza de la resolución de contrato por incumplimiento accedemos al Código Civil en aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final del reglamento de la ley, señalando que, de conformidad con el artículo 1371 del Código Civil «la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración». En ese sentido, para que pueda resolverse un contrato en el ámbito del proceso de contratación regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se requiere la existencia de un contrato válido (perfeccionado conforme a los artículos 32 de la ley, concordante con los artículos 136, 137, 139 y 141 de su reglamento) y la concurrencia de una de las causales a que se contrae el artículo 36 de la ley concordante con el artículo 164 de su reglamento. (p. 1201)

Como se advierte, la resolución contractual presupone la existencia de un contrato válido. Para el caso de los contratos sujetos al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se entiende por «contrato válido» cuando este se haya perfeccionado respetando los procedimientos y presupuestos normativos que ambas normas mencionadas regulan (artículo 32 de la ley de contrataciones del estado, en congruencia con los artículos 136, 137, 139 y 141 de su reglamento); caso contrario, no nos encontraríamos ante la figura de resolución contractual, sino más bien ante un contrato administrativo, respecto del cual puede ser declarada su nulidad, de conformidad con lo regulado en el artículo 44 de la mencionada ley.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, se entiende que, efectivizada por una de las partes de manera debida, es decir, siguiendo el procedimiento y cumpliendo con la formalidad establecida en la normativa de contrataciones del Estado, se extingue la relación jurídica patrimonial, que vincula a las partes contratantes, no pudiendo ser factible, efectivizarse una segunda resolución contractual, pues se entiende que un contrato extinto ya no puede resolverse por segunda vez; ergo, la realización de la resolución contractual, de manera debida, ha extinguido la relación contractual, consecuentemente, ha convertido en inexigible la ejecución de las prestaciones pendientes de ejecución.

En sentido congruente, el profesor De la Puente, ha señalado con toda razón que:

La resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones. (p. 455)

Como es de advertirse, la resolución contractual es una forma de extinción anticipada del contrato, la cual se efectiviza por una de las partes, sin lograr alcanzarse la expectativa que se tenía de la ejecución de la totalidad de las prestaciones que de este emergían, y siempre que se haya seguido el procedimiento contemplado en la norma reglamentaria, y respecto del cual, ninguna entidad debe apartarse.

Sobre este último aspecto, el profesor Retamozo Linares prescribe lo siguiente:

Obligaciones de cumplir con el trámite de resolución de contrato.
Resolución N.º 3449-2022-TCE-S4

[...] aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales o se haya acumulado el monto máximo de penalidad por mora, si la Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo aquella exclusiva responsabilidad». (p. 374)

III. Causales de resolución contractual y su procedimiento de efectivización en la normativa de contrataciones del Estado

El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, en su artículo 36, numeral 36.1, establece lo siguiente:

Artículo 36.- Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

Ahora bien, el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF), en el artículo 164, numeral 164.1, ha regulado las causales de resolución contractual, a través de las cuales las entidades o los contratistas pueden resolver el contrato. Veamos:

Artículo 164.- Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;
- b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Como se evidencia, de lo regulado en el numeral 164.1 del artículo 164 del reglamento, las entidades están habilitadas para resolver el contrato en tres supuestos:

Primero, cuando el contratista «incumpla injustificadamente sus obligaciones» de naturaleza contractual, legal o reglamentaria (a las cuales se obliga con la suscripción del contrato), a pesar de haber sido requerido previamente su cumplimiento; segundo, cuando el contratista «haya llegado a acumular el monto máximo de penalidad (por mora u otras penalidades)»; y tercero, cuando este, «de manera injustificada, paralice o reduzca la prestación»; y que para el caso de los contratos de obra, debe entenderse esta causal cuando el contratista, de manera injustificada, paralice o reduzca el curso de la ejecución de las prestaciones a su cargo, de forma inconexa con lo establecido en el calendario de avance de obra.

Por otro lado, de lo vertido en el numeral 164.2 del artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el contratista solo puede resolver un contrato, suscrito al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, cuando la Entidad haya incumplido injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido para su cumplimiento, en congruencia con el procedimiento establecido en el artículo 165.

Ahora bien, en relación a las obligaciones esenciales indicadas en el párrafo anterior, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE), en la Opinión N.º 03-2021/DTN, ha regulado lo siguiente:

Al respecto, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas opiniones que las «obligaciones esenciales» son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; siendo indispensable, como condición para tal determinación, que dichas obligaciones se hubieran contemplado en el contrato.

Por otro lado, cabe recordar que según la Opinión N.º 027-2014/DTN, «el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas».⁽¹⁾

De la opinión emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, definir una obligación como «esencial», engendra que su cumplimiento resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, se pueda satisfacer el interés de la contraparte; sin embargo, ello no es suficiente, pues también es necesario que la obligación «esencial», se haya regulado en el contrato. Se debe agregar que representa una causal común para las partes contratantes, los hechos sustentados en «caso fortuito», «fuerza mayor», o hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, el mismo que para encuadrarse dentro de esta causal deberá acreditarse que no es imputable ni a la entidad ni al contratista, pero, además, que tal hecho imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

⁽¹⁾ Opinión N.º 03-2021/DTN, fundamento 2.1.4, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE.

Como se puede advertir de los argumentos anteriormente esgrimidos, efectivamente, las causales de resolución contractual se regulan en el artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que de manera literal hace alusión a las «causales de resolución». De esta manera, cabe preguntarse si otros supuestos (como por ejemplo «la situación de incumplimiento irreversible, o atraso post aprobación de nuevo calendario») regulados en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pero no contemplados en el artículo 164, pueden o no representar causales de resolución contractual.

Considero que a pesar de no regularse en este dispositivo normativo (artículo 164) como causales de resolución contractual «independientes» a las anteriormente indicadas, también representan causales de resolución contractual «la situación de incumplimiento irreversible, regulada en el numeral 165.2, literal b) del artículo 165 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado», así como el «retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado, y sobre el cual, el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento», regulado en el artículo 203, numeral 203.5 de la misma norma reglamentaria, toda vez que, a considerar del artículo 36, numeral 36.1 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado «cualquiera de las partes puede resolver el contrato [...] por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento».

Así pues, al realizar una interpretación sistemática e integral de lo regulado en el artículo 36, numeral 36.1, del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sí puede considerarse a supuestos distintos a los contemplados en el artículo 164 como causales de resolución de contrato; claro está, para ello es necesario que tal situación, de manera taxativa, así lo exprese, esto es, que de la literalidad de lo regulado para tal supuesto se exprese, sin duda, que representa una causal de resolución contractual.

Consecuentemente, de lo establecido en el numeral 165.2, literal b), y en el artículo 203, numeral 203.5 del reglamento de la Ley de Contrataciones del estado, se debe considerar a la «situación de incumplimiento irreversible», así como al «retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado —y sobre el cual el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento—», como situaciones de incumplimiento que calzan dentro del listado de causales de resolución contractual, por lo que la única diferencia con las demás reguladas en el artículo 164 es la ubicación separada que

se le ha dado, puesto que ambos supuestos indicados no se encuentran en ninguno de los numerales del mencionado artículo de la norma reglamentaria. No obstante, sí se puede inferir de este que representan causales de resolución contractual, al regularse que una entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente, cuando la situación de «incumplimiento» sea irreversible o cuando el contratista de ejecución de obra se encuentre, en cuanto a su avance, por debajo del ochenta por ciento, respecto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado.

IV. La situación irreversible, como causal de resolución contractual

A continuación, se muestra lo regulado en el numeral 165.2, literal b), del artículo 165 del reglamento de la Ley de contrataciones del Estado.

165.2. En los siguientes casos, las partes comunican la resolución del contrato mediante carta notarial, sin requerir previamente la ejecución de la prestación materia de incumplimiento:

[...]

b) Cuando la Entidad decida resolver el contrato en forma total o parcial, debido a que la situación de incumplimiento no puede ser revertida.

En función de lo regulado en el dispositivo normativo antes presentado, se puede observar que la entidad suscribiente de un contrato de bienes, servicios (en general o de consultoría) o de obras está habilitada para efectivizar la resolución contractual fundada en la «situación de incumplimiento irreversible» atribuible al contratista, y se agrega que cuando la entidad alegue tal causal no se hace exigible un requerimiento previo de cumplimiento.

Ahora bien, respecto de esta causal, la doctrina de la materia es escasa en su definición o explicación como causal de resolución contractual, sin perjuicio de ello, podemos inferir que esta pueda invocarse cuando se acredite objetivamente una conducta desviada u omisiva del contratista respecto de sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, que de tal manera haga inferir que el mencionado ya no podrá revertir el hecho que conllevó a determinar el incumplimiento. Así, por ejemplo, en la ejecución de una obra cuyo plazo contractual está por concluir, y aun cuando el contratista duplique o triplique las cuadrillas de trabajadores y aumente significativamente el número de unidades de maquinaria, conllevará a culminar

la ejecución de la obra en el plazo pactado, ello sería imposible, y el incumplimiento sería irreversible, conforme a lo programado y calendarizado.

V. Retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado

En cuanto al otro supuesto de resolución contractual, distinto a los supuestos considerados como causales de esta, a partir de su regulación en el artículo 164 de la norma reglamentaria, se tiene a la circunstancia descrita en el artículo 203, numeral 203.5, del mencionado reglamento, en el cual se establece lo siguiente:

203.5. Cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al ochenta por ciento (80 %) del monto acumulado programado del nuevo calendario, el inspector o el supervisor anota el hecho en el cuaderno de obra e informar a la Entidad. Dicho retraso puede ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apercibimiento alguno al contratista de obra.

El contenido de este dispositivo reglamentario, al igual que la situación de incumplimiento irreversible, debe ser interpretado de manera conjunta con el ya citado artículo 36 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio que para la aplicación de esta causal no es exigible el apercibimiento previo, por lo que puede resolverse el contrato de pleno derecho con la sola notificación notarial, de la decisión resolutoria.

Ahora bien, este supuesto exige la acreditación, de forma objetiva, de las formalidades descritas en el numeral 203.5 de la norma reglamentaria; así pues, la acreditación de que el contratista haya incurrido en el supuesto de que el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al 80 % del monto acumulado programado del nuevo calendario (el cual se aprobó ante el atraso injustificado del contratista que obligó a aprobar un calendario acelerado de obra); acto seguido, acreditar respecto de los hechos que sustentan la causal resolutoria, su anotación en el cuaderno de obra por parte del supervisor y, a la vez, que el mismo haya informado a la entidad los hechos que sustentan que el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al 80 % del monto acumulado programado del nuevo calendario.

Como puede advertirse, la acreditación de esta causal es de carácter técnico, motivo por el cual recomendaría que, previamente a su aplicación, se realice un análisis minucioso por el área usuaria quien, sobre la base de lo informado por la supervisión de la obra, orientará al titular de la entidad a tomar la mejor decisión de gestión (resolución contractual, intervención económica, u otra, atendiendo a que la decisión de resolver un contrato, no es obligatoria sino facultativa), sin perjuicio que este también pueda tomar la decisión de requerir la opinión de su área legal.

Las causales de resolución contractual que se están mencionando, al igual que las otras causales reguladas en el artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a su aplicación, poseen características divergentes; pero todas estas guardan algo en común, ello porque no son de aplicación obligatoria, sino por el contrario, su aplicación es facultativa en tanto las partes contratantes, según sus intereses (contrapuestos desde luego, ya que el contratista tiene un interés económico, y por ende particular, mientras que la entidad busca salvaguardar un interés público) y conveniencias, podrían decidir resolver el contrato o no, y con mayor razón, el análisis de la decisión recae en los titulares de las entidades contratantes, pues con la ejecución de un contrato de bienes, servicios u obras, se busca la satisfacción de un interés general, a través de la atención oportuna de las necesidades de la población, y que ante una decisión resolutoria, previamente debe analizar los pro y los contra que puede acarrear tal decisión, toda vez que al optarse por la resolución contractual, se verá aplazado el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades públicas, pues requerirá de la convocatoria de un nuevo proceso de selección para elegir al otro postor (según las reglas establecidas en el artículo 167 del reglamento, o a través de un nuevo proceso de selección) para la ejecución de las prestaciones que no fueron ejecutadas por el contratista a quien se le resolvió contrato, y ello conlleva un tiempo considerable, en cuanto a trámites administrativos se refiera, esto sin considerar que en el caso de ejecución de obras, bien podría decidirse, antes de la nueva convocatoria, la elaboración de un expediente técnico del saldo de obra, que implicaría un tiempo mayor aún, pues su elaboración requiere de un plazo considerable, y a ello agregar el costo de su elaboración el cual corre de cuenta de la entidad, e allí la justificación de mi recomendación vertida sobre un análisis técnico y legal minucioso de la decisión de los titulares de las entidades, pues tomar una decisión a la ligera, podría traer consecuencias no deseadas.

A continuación, se muestra un cuadro resumen de la base normativa que, en mi apreciación, regula causales de resolución contractual en la normativa de contrataciones del Estado y sobre las cuales tanto entidades como contratistas pueden justificar su decisión de dar por extinguido su vínculo contractual con su contraparte.

Cuadro 1

Base normativa que regula causales de resolución contractual en la normativa de contrataciones con el Estado

| Causales de resolución contractual, invocadas por las partes suscribientes del contrato | Por entidades | Por contratistas |
|---|--|--|
| Según lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado (LCE y reglamento de la LCE) | <ul style="list-style-type: none"> — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.1 del artículo 164 del RLCE. — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.3 del artículo 164 del RLCE; en congruencia con la remisión realizada por el numeral 36.1 del artículo 36 del TUO de la LCE. — Conforme a la causal contenida en el numeral 165.2, literal b) del artículo 165 del RLCE, referida al incumplimiento irreversible del contratista. — En los contratos de obra, conforme a la causal regulada en el numeral 203.5 del artículo 203 del RLCE. | <ul style="list-style-type: none"> — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.2 del artículo 164 del RLCE. — Conforme a las causales contenidas en el numeral 164.3 del artículo 164 del RLCE; en congruencia con la remisión realizada por el numeral 36.1 del artículo 36 del TUO de la LCE. |

VI. ¿Cómo influye el control concurrente de la CGR en las decisiones de las entidades del estado?

Previamente a emitir una respuesta, se explicará en qué consiste el control concurrente como actividades del Sistema Nacional de Control aplicada a la ejecución de obras públicas.

El control concurrente en la ejecución de obras que superan los diez millones de soles es de carácter obligatorio en nuestro país, toda vez que así lo establece la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo de control, aprobada en fecha 22 de junio del 2022. Veamos:

Artículo 1. Objeto de la Ley

1.1 La ejecución de inversiones que genere el desembolso de recursos públicos y/o garantías financieras o no financieras por parte del Estado, lo que incluye a las obras públicas, las inversiones mediante los mecanismos de obras por impuestos y asociaciones público privadas u otros mecanismos de inversión, a cargo de los pliegos del gobierno nacional, regional y local, entidades de tratamiento empresarial, empresas públicas en el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), fondos y toda entidad o empresa bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control, cuyos montos superen los diez millones de soles, son objeto de control concurrente por parte de la Contraloría General de la República.

1.2 El control concurrente tiene carácter vinculante y obligatorio generando responsabilidad en todos los intervinientes, si a partir de ello se ocasiona perjuicio a la ejecución de la obra o servicio.

El control concurrente se efectúa desde la formulación de los términos de referencia, comprendiendo también la elaboración del expediente técnico, la ejecución, supervisión y conformidad de la obra o servicio.

1.3 Para el desarrollo del control concurrente se debe contar con profesionales especializados y con experiencia en la obra o servicios a realizarse y en los temas vinculados a la naturaleza de la materia del control concurrente, que garanticen una efectiva y eficaz labor del Sistema Nacional de Control.

Como se puede advertir, el control concurrente, que acompaña a la ejecución de obras que superan los diez millones soles, incluidas las obras sujetas a la aplicación de la ley de contrataciones del Estado, es de carácter vinculante y, por ende, obligatorio para los funcionarios y/o servidores de las entidades

del Estado, que está a cargo de la Contraloría General de la República. Es por ello que representa un control gubernamental externo, en atención a lo establecido en la norma que regula el sistema nacional de control.

Así pues, la Ley N.º 27785, Ley del Sistema de Control y de la Contraloría General de la República, en su artículo 6, regula lo siguiente:

El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente.

Siguiendo estos lineamientos normativos indicados precedentemente, la Resolución de Contraloría N.º 295-2021-CG que aprueba las Normas Generales de Control Gubernamental, en su numeral 1.12, establece el alcance de la clasificación del control gubernamental, en cuanto se refiera al control de quien lo ejerce y en función del momento en el que se ejerce.

En función de quien lo ejerce: control interno y externo

En función del momento de su ejercicio: control previo, simultáneo y posterior

El control gubernamental interno, puede ser previo, simultáneo y posterior; su desarrollo es responsabilidad de las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades.

El control gubernamental externo puede ser previo, simultáneo y posterior; y lo ejerce la Contraloría u otro órgano del SNC por encargo o designación de esta [...].

Siendo ello así, y en mérito a lo indicado en el artículo 1 de la Ley N.º 31500, el control que se ejerce en la ejecución de las obras que superan los diez millones de soles es un control gubernamental externo, en cuanto la mencionada norma encarga tal actividad de control a la Contraloría General de la República.

En función del momento de su ejercicio, el profesor Johnny Rubina, precisa lo siguiente:

Control previo

Este tipo de control se realiza antes de la ejecución de los recursos públicos, es adoptado por los niveles de dirección y gerencia de las entidades, para cautelar la correcta administración de los recursos financieros, materiales, físicos y humanos y se ejecuta a través de un conjunto de procedimientos y acciones.

Control simultáneo

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 27785, el control simultáneo se efectúa durante la ejecución de los recursos públicos por las autoridades, funcionarios y los servidores de las entidades, como responsabilidad propia de las funciones que le son inherentes, sobre la base de las normas que rigen las actividades de la organización y los procedimientos establecidos.

Los órganos del Sistema Nacional de Control efectúan servicios de control simultáneo con el propósito de contribuir oportunamente con la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado en el marco de la Directiva N.º 0.13-2022-CG/NORM, servicio de control simultáneo.

Control posterior

El control posterior, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 27785, es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, en función del cumplimiento de las disposiciones establecidas.

En cuanto a los órganos del Sistema Nacional de Control, estos efectúan servicios de control con el objeto de examinar de forma objetiva y oportuna los actos y los resultados ejecutados en la utilización y gestión de los recursos, bienes y operaciones institucionales. (pp. 20-21)

Del texto anterior, se infiere que el control concurrente de la Contraloría General de la República está en relación al control simultáneo, plenamente identificado en los párrafos anteriores.

A ello, agregar que día 30 de mayo del 2022, mediante Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG, se aprobó la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «CONTROL SIMULTÁNEO», la cual en su numeral 6, precisa lo siguiente:

6. Disposiciones generales

6.1. Servicio de Control Simultáneo

El servicio de Control Simultáneo forma parte de control gubernamental, el cual consiste en examinar de forma objetiva y sistemática los hitos de control o las actividades de un proceso en curso, con el objeto de identificar y comunicar oportunamente a la entidad o dependencia de la existencia de hechos que afecten o puedan afectar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos del proceso, a fin de que se adopte las acciones preventivas y correctivas que correspondan, contribuyendo de esta forma a que el uso y destino de los recursos y bienes del Estado se realice con eficiencia, eficacia, transparencia, economía y legalidad.

Esta misma Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «CONTROL SIMULTÁNEO», identifica las características del control simultáneo, y lo realiza de la siguiente forma:

El servicio de Control Simultáneo se caracteriza por ser:

- a) Oportuno: Se desarrolla en el mismo o más próximo espacio de tiempo en que ocurre la actividad del proceso objeto de control.
- b) Célere: Se realiza en plazos breves y expeditivos, impulsando el máximo dinamismo para el logro de los objetivos.
- c) Sincrónico: Su desarrollo y la emisión de sus resultados se efectúan durante el proceso en curso, lo que permite a la entidad o dependencia, y de ser el caso, a las instancias competentes, adoptar a tiempo las acciones que corresponda.
- d) Preventivo: Permite a la entidad o dependencia la oportuna adopción de acciones que correspondan, con la finalidad de asegurar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos del proceso.

Se entiende que el control concurrente a cargo de la Contraloría resulta ser un mecanismo muy favorable para las entidades del Estado que ejecutan obras cuyos montos superen los diez millones de soles, pues beneficia al control de los trabajos ejecutados por las contratistas a cargo de tal ejecución, así como a quienes supervisan dichos trabajos, porque se identifican las situaciones adversas y se informan las mismas a las entidades a cargo de las obras para seguir las recomendaciones contenidas en el

informe de control y luego puedan ser corregidos los hechos identificados como una situaciones adversas, producto de la examinación objetiva y sistemática de los hitos de control.

Y como ya se ha advertido, este carácter del control concurrente es vinculante para los funcionarios y servidores de las entidades contratantes a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 31500, y que ha propiciado con razón a que mediante Resolución de Contraloría N.º 270-2022-CG, de fecha 10 de agosto del 2022, se incorpore la cuarta disposición complementaria final a la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «Servicio de Control Simultáneo», aprobada mediante Resolución de Contraloría N.º 218-2022-CG. Veamos lo que prescribe esta cuarta disposición antes mencionada:

Cuarta.- Disposiciones complementarias para el cumplimiento de la Ley N.º 31500 Para el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo de control, se siguen las siguientes disposiciones:

2. El carácter vinculante de Control Concurrente determina la obligación de la entidad o dependencia de adoptar las acciones preventivas o correctivas que correspondan, para la enmienda de la situación adversa comunicada; sin perjuicio de que esta pueda remitir a la Comisión de Control al OCI, según corresponda, sus apreciaciones sustentadas sobre aquella, conjuntamente con la primera comunicación que le corresponde efectuar sobre las acciones adoptadas o por adoptar acorde con el numeral 6.1.8.2 de la presente Directiva, para su consideración en el marco del Control Concurrente».
3. La no adopción de acciones preventivas o correctivas para la enmienda de la situación adversa comunicada o su adopción insuficiente o inadecuada, que llegue a ocasionar perjuicio o afecte los resultados de la ejecución de la obra, servicio o intervención que forman parte de la inversión, genera responsabilidad en los funcionarios y servidores encargados de determinar o implementar dichas acciones. La identificación de las presuntas responsabilidades que correspondan se realiza por medio de un servicio de control posterior.

Este dispositivo normativo del Sistema de Control es determinante para poder evidenciar la obligatoriedad del cumplimiento de las recomendaciones por parte de la Contraloría General de la República; caso contrario, si el funcionario o servidor público encargado de la adopción de las recomendaciones contenidas en el informe de control no implementa las acciones preventivas o correctivas, será sometido a procedimientos administrativos de sanción, en el cual se determine su responsabilidad administrativa, o a la jurisdicción ordinaria, en la cual se determine su responsabilidad civil o penal, según corresponda.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se infiere que el servicio de control concurrente como mecanismo de control no solo coadyuva con las entidades contratantes a mejorar el control trabajos de ejecución y supervisión de las obras cuyo monto de ejecución supera los diez millones de soles, sino que también podría decirse que transparentaría el proceso de ejecución de obra, al obligar a los funcionarios o servidores competentes a la implementación de las acciones preventivas o correctivas, recomendadas por el órgano de control luego de la identificación en su informe de las situaciones calificadas como «situaciones adversas».

Sin embargo, si bien el control concurrente es una herramienta de mucha utilidad para salvaguardar los fondos públicos invertidos en la ejecución de las obras, desde mi punto de vista, este servicio de control concurrente incorporado como vinculante por la Ley N.º 31500 debe perfeccionarse para su mayor eficacia, por las razones que paso a mencionar.

En el numeral 6.1.5 de la Directiva N.º 013-2022-CG/NORM «Servicio de Control Simultáneo», se regula que:

Respecto a las situaciones adversas identificadas en el Servicio de Control Simultáneo a la ejecución de obras, la Comisión de Control clasifica las situaciones adversas considerando los criterios señalados en el Anexo N.º 4 de la presente Directiva, a fin de establecer el monto asociado a la consecuencia de dichas situaciones adversas, las mismas que se registran en el sistema informático correspondiente.

Este Anexo N.º 4, al que se hace mención, regula algunos supuestos de situaciones adversas de tipo cuantitativo, y las agrupa en una tabla, de entre las cuales, por mencionar algunas, se identifican las siguientes:

Tabla N.º 1
Subcategorías de las situaciones adversas de tipo " Cuantitativo"

| Subcategoría | Casuística de situaciones adversas que se presentan con mayor frecuencia |
|----------------------------------|--|
| Penalidades no ejecutadas | <p>Aplicables al contratista:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ausencia durante la ejecución de la Obra de parte del personal clave ofrecido por el contratista. - Ausencia del personal ofertado por el contratista, a causa de que la relación contractual con este último haya culminado. - Por cambio de los profesionales propuestos sin aprobación de la entidad. - Por no encontrarse el cuaderno de obra, en el momento de la inspección por parte del personal de la entidad. - Cuando el contratista no permita el acceso al cuaderno de obra al inspector o Supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias. - Por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, se aplica penalidad por mora por cada día de retraso. - Ausencia de señalizaciones en obra, personal obrero sin implementos de seguridad, y carencia del Plan de seguridad y salud en el trabajo aprobado. - Carencia de póliza de seguro contra todo riesgo (CAR) y la póliza del seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR). - Ejecución de la obra con ausencia del equipo mecánico mínimo exigidas en las bases integradas o en los términos de referencia, así como en el expediente técnico conforme a su propuesta técnica. - Cuando se ejecuten trabajos incumpliendo las especificaciones técnicas. - Cuando el contratista emplee materiales que no cumplan los requisitos de las especificaciones técnicas. - Cuando el contratista no coloque el cartel de la obra dentro del plazo establecido en las especificaciones técnicas y/o el contrato. |

Disponible en portal <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/normas-legales/3656507-013-2022-cg-norm>

Se puede notar que se identifican supuestos a ser considerados como situaciones adversas, y que bien podrían dar cabida a la aplicación de penalidades por parte de las entidades, ante la recomendación del órgano de control (dado el carácter obligatorio y bajo responsabilidad para los funcionarios y servidores a cargo de la implementación de medidas preventivas y correctivas), no obstante, ni la Ley N.º 31500, ni los actos administrativos

de carácter normativo (resoluciones) del órgano de control, actualmente, regulan los procedimientos a seguir, para encuadrar un hecho o hechos, en alguno de los supuestos descritos en el recuadro anterior.

Por ejemplo, en los supuestos restringidos a considerar que el contratista ejecutó los trabajos de obra incumpliendo las especificaciones técnicas o cuando el contratista emplea materiales que no cumplan con los requisitos de las especificaciones técnicas, en ningún extremo de la Directiva N.º 13-2022-CG/NORM u otras normas de control, se ha regulado que si para acreditar estos supuestos se requieren, por ejemplo, ensayos de ingeniería a cargo de algún perito o profesional experto en la materia considerada como situación adversa, pues ambos supuestos, para su acreditación, requieren de una comprobación técnica; no obstante, no existe un procedimiento determinado, para tal acreditación, y puede dar cabida a una decisión inmotivada de la Contraloría, y que más adelante puede influir en la toma de decisiones de los titulares de las entidades, que lejos de darle continuidad a la ejecución de la obra, podría paralizar la misma, conllevando al aplazamiento de la satisfacción de la necesidad pública y, a la vez, desnaturalizando el control concurrente, pues no en todos los casos garantizaría la continuidad de las obras.

A ello cabe agregar que no todas las obras se ejecutan de las mismas formas, pues cada obra, con base en sus expedientes técnicos, se ejecutan de forma independiente y particular, claro está, existen obras, unas más complejas que otras, que hacen necesario contar con procedimientos eficaces, que garanticen un verdadero control concurrente. Así, por ejemplo, no se han establecido, en las normas que regulan el control concurrente en obras, los procedimientos que debe seguir la Contraloría, respecto de la ejecución de obras que puedan ejecutarse en laderas de cerro o franja marginal de ríos, quebradas, etc., u otras similares que pongan en peligro la esencia característica del control concurrente, representado por lo síncrono de sus actividades, lo cual implica que el servicio de control se realice en tiempo y en espacio en los cuales se desarrollan los hechos a calificar, como situaciones verdaderas, que puede conllevar, de igual manera, a una decisión inmotivada de las entidades.

Sin embargo, considero que estas cuestiones bien pueden ser analizadas por nuestras autoridades competentes, a cargo del sistema de control, y corregir el marco normativo, de tal manera que, efectivamente, se garantice la continuidad de la ejecución de las obras, en todos los casos,

sin excepción, y ello se refleje con la pronta satisfacción de las necesidades de la población, reduciendo las grandes brechas existentes, en los diversos servicios que se encuentren constitucionalmente, bajo exclusiva responsabilidad del Estado peruano.

VII. Conclusiones

- La regulación expresa de las causales de resolución contractual de los contratos de bienes, servicio y obras se encuentran en el artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, bajo la interpretación del artículo 36, numeral 36.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, no necesariamente puede restringirse la aplicación de la resolución contractual (por incumplimiento de obligaciones) a las causales reguladas en el artículo 164 del reglamento, por lo que puede ubicarse otros supuestos, en los demás dispositivos de la norma reglamentaria, que puedan considerarse, sin duda alguna, como causales de resolución contractual.
- Entre las causales de resolución contractual, por incumplimiento de obligaciones, regulados fuera del artículo 164 del Reglamento, tenemos a las siguientes:
 - Situación de incumplimiento irreversible: causal de resolución contractual, que se regula en el artículo 165, numeral 165.2, literal b) del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - Retraso injustificado del contratista, respecto del monto de la valorización total acumulada del nuevo calendario aprobado, y sobre el cual el contratista tiene una ejecución por debajo del ochenta por ciento: causal regulada en el numeral 203.5 del artículo 203 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- El control concurrente, a cargo de la Contraloría General de la República, en la ejecución de obras que superen los diez millones de soles, a partir de la regulación por la Ley N.º 31500, Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo, tiene carácter vinculante, y por ende de obligatorio cumplimiento, para las entidades que contratan la ejecución de obras, con sujeción a la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

- Si bien el servicio de control concurrente, en la ejecución de obras superiores a diez millones de soles, coadyuvaría a un mejor control de los trabajos de ejecución y supervisión de obras y, a la vez, transparentaría el proceso de ejecución de las mismas, aún existen algunos vacíos en la normativa aplicable al servicio de control concurrente, que podrían conllevar a tomar decisiones que, posiblemente, no se encuentren debidamente motivadas, toda vez que aún faltan integrar a la normativa de la materia procedimientos técnicos y obligatorios, previos a la emisión del informe de control, más aún si el mencionado servicio de control tiene un carácter vinculante y, por ende, obligatorio para los funcionarios y/o servidores a cargo de la implementación de las medidas preventivas y/o correctivas de las situaciones adversas, identificadas por el órgano de control.

VIII. Referencias

- Álvarez Pedroza, A., Álvarez Medina, O., & Gálvez Ñañez, R. (2021). Comentarios al reglamento y Ley de Contrataciones del Estado. Instituto Pacífico.
- Retamozo Linares, A. (2023). Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento con las últimas modificatorias. Instituto Pacífico.
- Rubina Meza, J. (2022). El Control Concurrente énfasis en la modalidad preventiva. Instituto Pacífico SAC.
- Navas Rondón, C. (2017). El Arbitraje en las contrataciones del Estado. Lima. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- De La Puente y Lavalle, M. (2001). El contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (t. 1). Palestra Editores.
- Congreso de la República. Ley N.º 30225. Ley de contrataciones del Estado. 2014. [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley %2030225 %20Ley %20de %20contrataciones-julio2014.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf)
- Decreto Supremo N.º 082-2019-EF. TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Consulta 20 de mayo del 2023. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=25>

Decreto Supremo N.º 344-2018-EF. reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Consulta 25 de junio del 2023. [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley %2030225 %20Ley %20de %20contrataciones-julio2014.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf)

Congreso de la República. Ley N.º 31500. Ley que establece el carácter vinculante del control concurrente y adopta otras medidas necesarias para perfeccionar el funcionamiento de dicho mecanismo de control. Consulta 04 de julio del 2023. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-establece-el-caracter-vinculante-del-control-concurr-ley-n-31500-2080219-1/>

Congreso de la República: Ley N.º 27785. Ley del Sistema de Control y de la Contraloría General de la República. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/431141/Ley27785.pdf?v=1574886460>.

Resolución N.º 295-2021-CG, de fecha 23-12-2021. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2656831/Resoluci %C3 %B3n %20de %20Contralor %C3 %ADa %20N %C2 %B0 %20295-2021-CG.pdf?v=1640709097](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2656831/Resoluci%C3%B3n%20de%20Contralor%C3%ADa%20N%C2%B0%20295-2021-CG.pdf?v=1640709097)

Resolución N.º 218-2022-CG, de fecha 30-05-2022. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3168102/Resoluci %C3 %B3n %20de %20Contralor %C3 %ADa %20N %C2 %B0218-2022-CG.pdf?v=1654031918](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3168102/Resoluci%C3%B3n%20de%20Contralor%C3%ADa%20N%C2%B0218-2022-CG.pdf?v=1654031918).

Educación jurídica y filosofía



Priorización del aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas frente a la obediencia intelectual

Prioritization of pragmatic learning of legal sciences over intellectual obedience

MENDOZA COBA, Alcides(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas. III. La obediencia intelectual como una opción negativa en el aprendizaje de las ciencias jurídicas. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen: El presente artículo desarrolla reflexiones respecto al aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas con la finalidad de formar licenciados en Derecho (abogados). Asimismo, de cómo, por desconocimiento en el ejercicio de la docencia universitaria, específicamente en las facultades de Derecho, se sigue enseñando bajo la perspectiva de la obediencia intelectual, la misma que no promueve un aprendizaje basado en la sabiduría, solo logra, escasamente el aprendizaje de conocimientos. El artículo se sistematiza en función de diversas fuentes teóricas y al recojo de información directa a partir de la observación.

(*) Doctor en Ciencias Mención Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente invitado de Pregrado y Posgrado de la UNC.

Palabras clave: aprendizaje pragmático, ciencias jurídicas, obediencia intelectual, verticalidad en el aprendizaje

Abstract: *This article develops reflections regarding the pragmatic learning of the legal sciences in order to train Law graduates (lawyers), and how, due to ignorance, in the exercise of university teaching, specifically in Law faculties, it is followed teaching from the perspective of intellectual obedience, the same one that does not promote learning based on wisdom, only achieves, barely, the learning of knowledge. The article is systematized based on various theoretical sources and the collection of direct information from observation.*

Keywords: *Pragmatic learning of legal sciences, intellectual obedience, verticality in learning.*

I. Introducción

En la actualidad, el desempeño de las personas responde, tal como lo establece el *Diccionario de la lengua española*, implica ejercer las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio. Esto quiere decir que, más allá de poseer un título profesional, el desempeño es inherente a la naturaleza del hombre, vale decir, de una u otra forma cada actuación equivale a un desempeño; sin embargo, no se puede dejar de lado que el desempeño de cada una de las personas es influenciado por el contexto en un tiempo determinado.

Por otro lado, respecto al avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología, con una visión tendiente al uso de la inteligencia artificial (preocupación para algunos docentes y oportunidad de aprendizaje para otros), existen profesionales que se desempeñan en diferentes ámbitos de la sociedad, algunos de ellos fueron formados desde un enfoque de la verticalidad del aprendizaje, otros en la horizontalidad y algunos de ellos en el ámbito de la pedagogía moderna. Entre las profesiones que, actualmente, tienen una relación directa con la población, se presenta la carrera profesional de abogacía como la que permite, a quienes obtienen la licenciatura en Derecho, desempeñarse en diferentes puestos de trabajo, sea independiente o del Estado.

La carrera profesional de derecho con titulación como abogado, según se muestra en el perfil que muestran las diversas universidades, forma al profesional con diferentes capacidades, como desarrollarse dentro del parámetro de los preceptos legales y éticos, razonar y argumentar, practicar los principios y valores del Estado constitucional de derecho, con una amplia visión y conocimiento de investigación académica y jurídica, desenvolverse con honestidad y responsabilidad que contribuya en el desarrollo y armonía social.

La carrera profesional de derecho, que se supone implica una formación integral y modelo de cultura, argumentación, ética y moral, según la mirada de Atienza (2008), en la formación y, por ende, en el desempeño de un abogado «no existe una auténtica teoría, una teoría práctica y crítica. Y una teoría que rehúye la práctica, o que acepta simplemente lo establecido, no pasa de ser falsa teoría» (p. 121), es decir, que el abogado carece de una formación más allá del aprendizaje de normas, leyes, doctrina o del dominio de códigos que enlazan en la elaboración de razonamientos jurídicos que aparentan cimentarse en una formación profundo. De lo anterior, se infiere que el abogado, en realidad, solo responde a una verticalidad en la formación y en una obediencia intelectual, la misma que carece de una formación filosófica que le permita una profunda y adecuada reflexión, así como priorizar la ética y la moral antes que generar impresión con el dominio de conocimientos, que hace creer en los estudiantes que, como el docente tiene dominio por una determinada materia, ellos también dominarán, lo cual deja de lado ejes centrales de un proceso de aprendizaje, tales como la motivación, la enseñanza de estrategias para optimizar el aprendizaje y el desarrollo de un aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas, sobre todo cuando se trata en la formación en filosofía desde dos visiones. Una desde la preparación académica para comprender las instituciones jurídicas; la otra, como formación personal que permita comprender el entorno, la realidad de los estudiantes y la formación centrada en la ética y la moral.

II. Aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas

En el *Diccionario de la lengua española*, el término «pragmático» tiene como primera acepción «adjetivo inclinado al pragmatismo», y este como último «preferencia por lo práctico y útil»; en otras palabras, de manera general, el aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas hace referencia al aprendizaje práctico de todos los conocimientos referentes a cada una de las materias que se desarrollan en la carrera profesional de Derecho. Ante esto, es menester preguntarse: ¿cuán pragmático es el aprendizaje de los estudiantes de la carrera profesional de derecho? ¿Existe un aprendizaje pragmático o una enseñanza vertical desde el conocimiento del docente?

Según Fix-Zamudio (1995), la enseñanza del derecho a nivel de América Latina está enfocada en un sistema tradicional basado en sesiones de aprendizaje verbalistas de los docentes y de una expresa pasividad de los

estudiantes, lo cual deja de lado una visión pragmática y crítica, así como justicia social práctica, que permita, a quienes reciben los conocimientos, una conexión con la realidad y con una alta capacidad de solucionar problemas de naturaleza jurídica. No obstante lo anterior, sí se evidencia una formación política en torno a sesgos e intencionalidades partidarias que direccionan el actuar del estudiante. Con todo, es preciso señalar que un aspecto importante es que el aprendizaje pragmático parta de conocer los lineamientos generales del derecho, sin tinte ideológico, menos técnico y más dogmático, para que los estudiantes se vinculen con la realidad y tengan un aprendizaje práctico y utilitario. Por ello, ante todo se debe promover el aprendizaje de las ciencias jurídicas tal y como son en su fundamento; luego, cada estudiante, de acuerdo con su interés, incorporará los conocimientos en relación con su utilidad, desempeño y perspectiva de superación.

El aprendizaje pragmático de las ciencias jurídicas implica que el docente debe poseer la capacidad de hacerse comprender y despertar el interés en los estudiantes, de modo que asuman la realidad social desde su complejidad. Parafraseando a Friedman (1967), dicha realidad se basa en asumir las transformaciones que se pueden lograr con el derecho; considerar que las regulaciones de los individuos, dentro de un determinado grupo social y en un tiempo determinado, están en función de la dinámica de los cambios, y asumir que estudiar derecho no solo consiste la transmisión y recepción de conocimientos o, peor todavía, creer que el fundamento del aprendizaje es dar cátedras para demostrar cuánto sabe el docente, sino que implica motivar y convertir el aprendizaje del derecho en un instrumento de persuasión moral y ético que respete los parámetros establecidos, así como evidencie que se están convirtiendo en imperativo de cambio correcto en la sociedad.

Kennedy (2000), cuando hace referencia a la enseñanza —no al aprendizaje— de las ciencias jurídicas, menciona que los docentes dedican la mayor parte de su tiempo en la enseñanza de la mayor cantidad de textos normativos, los mismos que se analizan según la perspectiva del docente, con un impresionante, en apariencia, dominio en el conocimiento de códigos, leyes y de posibilidades de interpretación. Sin embargo, en realidad, un aprendizaje pragmático por parte del profesor debería partir de impresionar con estrategias para analizar, contextualizar, y no solamente en conocer las normas. El mencionado autor reitera que el contenido de lo que se enseña a los estudiantes de derecho sirve

para incapacitar para otro tipo de aprendizaje pragmático que no sea el reservado a los estudiantes de la facultad.

El aprendizaje de las ciencias jurídicas por parte de los estudiantes de derecho debería ser mínimamente pragmático; sin embargo, la actitud de los docentes no conduce a tal situación. Así, el eje fundamental para ser pragmático se desarrolla en actividades de aprendizaje con base en el conocimiento y puesta en práctica de actitudes y aptitudes que conlleven al autoaprendizaje, que asuman a su propio aprendizaje como reto para no ser dependientes del conocimiento.

A partir de algunas precisiones y observaciones, ¿cómo se puede promover un aprendizaje pragmático si el docente vive malhumorado y poco comunicativo? ¿Cómo se lograría el aprendizaje pragmático si el docente no permite que sus estudiantes se equivoquen, limita su participación y condiciona el aprendizaje? ¿Cómo se puede lograr un aprendizaje pragmático si el docente se dedica a leer diapositivas o textos completos y hace uso inadecuado uso de la tecnología? ¿Cómo se puede promover el aprendizaje pragmático si el docente mantiene lo que sabe como conocimiento absoluto y todo lo que se le contradiga es causal de desaprobación del estudiante? ¿Cómo se lograría el aprendizaje pragmático si el docente considera estar en otro nivel académico, en comparación con los demás docentes, pero sus estudiantes no se sienten motivados para el aprendizaje? ¿Cómo se puede lograr un aprendizaje pragmático si el docente distribuye temas para que los estudiantes realicen explicaciones y solo se evalúa el dominio de los conocimientos, mas no la conectividad con la realidad social? ¿Cómo lograr el aprendizaje pragmático si el docente se dedica a cerrar la puerta a quienes lleguen tarde por irresponsables si ni siquiera logró motivar, no obligar, para que lleguen temprano a sus clases? ¿Cómo alcanzar el aprendizaje pragmático si el docente está preocupado que los trabajos de investigación pudieron ser realizados por la inteligencia artificial? ¿Cómo alcanzar el aprendizaje pragmático si en realidad de todo lo estandarizado del derecho o la investigación el docente solo comparte en sus clases lo que él considera que está correcto?

En síntesis, el docente de derecho, con un alto carácter —reitero carácter, no temperamento— que motive a sus estudiantes hacia el aprendizaje de las ciencias jurídicas habrá dado el primer paso para promover el aprendizaje pragmático, y no el conocimiento en torno a apariencias, con actitudes basadas en la ética y moral.

III. La obediencia intelectual como una opción negativa en el aprendizaje de las ciencias jurídicas

Robert Sternberg (2023), un psicólogo norteamericano, en una reciente publicación de análisis educativo, menciona que «Lo que enseñamos a los estudiantes es, básicamente, la obediencia intelectual». Asimismo, señala que las «escuelas y universidades miden la evolución de los estudiantes con unos test centrados en evaluar la adquisición de conocimientos a corto plazo, propone un nuevo enfoque basado en enseñar sabiduría a largo plazo». De aquí nace un reto para los docentes universitarios que se dedican a la enseñanza de las ciencias jurídicas, enseñar, pero no sometiendo a los estudiantes a lo que se desea que aprendan, sino motivarlos para que su aprendizaje sea netamente pragmático y centrado en aspectos que van más allá del dominio de los conocimientos. Valgan verdades, con la inteligencia artificial, en un corto plazo, todo docente con un alto dominio de conocimientos podría ser superado; por ello, la importancia del aprendizaje de las ciencias jurídicas basadas en el sentido amplio de la sabiduría y el carácter.

La obediencia intelectual, que tiene relación con la verticalidad en el aprendizaje de las ciencias jurídicas, implica que los estudiantes de derecho deben responder en los aprendizajes en función de lo que cada uno de los docentes enseñan o difunden mediante el conocimiento; esto, sin ánimos de desprestigiar la importancia de un control de lectura, es la actividad en la que, como estudiante, se debe responder bajo el parámetro de la lectura, esté de acuerdo o no, porque en todo caso el docente con toda autoridad construida por él mismo bajo una errónea interpretación de la libertad de cátedra menciona que no se tomará en cuenta la respuesta, la razón: no respondió de acuerdo con la lectura ni a los criterios que el docente señaló. Por eso es importante tener en cuenta a Sócrates, quien manifestó: «No puedo enseñar nada a nadie, solo puedo hacerles pensar».

La obediencia intelectual conlleva a los docentes, que por naturaleza deben tener el conocimiento, a someter intelectualmente a los estudiantes con el criterio de que su conocimiento también debe ser conocimiento del estudiante, por lo que si este último toma otra línea de pensamiento, será causal de desaprobación de la materia en la que enseña. En otras palabras, el docente que asume que su conocimiento es la única autoridad para someter y promover el aprendizaje, se está convirtiendo en un ser que ha priorizado la mecanización, memorización y razonamiento, en una línea en la que cree que los estudiantes deben aprender, caso contrario es

causal de desaprobación en el área. No se trata de cuánto sabe el docente, tampoco se trata de que no domine su materia, se trata de que, con los conocimientos que forman su solidez académica, aplicando las diferentes técnicas de aprendizaje y enseñanza, tenga la capacidad de motivar que el estudiante de derecho asuma estrategias para «aprender» a aprender. Un ejemplo clásico que evidencia que un docente es practicante de la obediencia intelectual se refleja en los exámenes memorísticos, con respuestas tal y como están en el texto original. Otro ejemplo se da cuando un docente evalúa a un grupo con una prueba escrita y este no rinde, y decide aplicar la misma prueba al mismo grupo o a otro grupo, bajo el supuesto de que está más avanzado, pero luego de obtener los resultados, y como parte de sus reflexiones, dice, ¡pero si apliqué la misma prueba y siguen saliendo desaprobados! En tales situaciones un docente debe preguntarse y reflexionar por la validez de su instrumento de evaluación, quizás esté mal elaborado y las respuestas no son coherentes.

Lo obediencia intelectual, en los extremos hostiles, se evidencia cuando un docente mal humorado maltrata a sus estudiantes y es poco comunicativo, condicionante o cerrado al diálogo, además de que solo se dedica a la enseñanza desde un ámbito vertical; en consecuencia, lo que enseña es lo único válido, y no lo demás, esto es, opiniones o contrariedades que no estén dentro del parámetro de sus conocimientos. Lo más probable es que su ego considera que es superior a los demás, y por ello tiene toda la autoridad para dirigirse de la manera que desea. A esto se suma, como evidente ejemplo de promover la obediencia intelectual, que los estudiantes solo están autorizados a participar cuando conozcan el tema, caso contrario deben guardar silencio. Es más, los docentes tienen frases como ¡si no sabes no hables! Esta frase es el extremo de la obediencia intelectual, porque condiciona al estudiante a participar bajo parámetros de preparación, es decir, un dominio desde el conocimiento del docente. Todo ello no guarda nada de sabiduría. Para enriquecer la idea, es importante considerar una de sus frases célebres de Einstein: «es el supremo arte del maestro despertar la curiosidad en la expresión creativa y conocimiento».

A la pregunta ¿por qué no la obediencia intelectual en el aprendizaje de las ciencias jurídicas?, existe una diversidad de respuestas. La más contundente es que el docente no tiene la preparación adecuada para conducir un proceso de aprendizaje en estudiantes que vienen carentes de conocimientos previos, sin hábitos de lectura, sin capacidad de interactuar con base en el conocimiento, además de una serie de problemas emocionales

que convierten a cada estudiante como único. En otras palabras, el docente es un ignorante pedagógicamente hablando y un neófito en el conocimiento de los procesos mentales, de aprendizaje y evaluación formativa. A esto, dentro de un análisis real, casi ninguna universidad que forma profesionales en derecho (abogados) tiene en su malla curricular la materia de cómo enseñar las ciencias jurídicas, por lo que el abogado aprende de sus profesores, quienes probablemente también aprendieron de sus maestros. Entonces, ¿qué autoridad tiene un abogado para que, una vez que tiene el grado de maestro o doctor, se dedique a la docencia? La respuesta es la ley, puede ejercer docencia universitaria; sin embargo, ello no garantiza que ya esté preparado para impartir docencia universitaria. Es importante aclarar que los docentes que se dedican a la docencia en ciencias jurídicas, con solo ser abogados, sí pueden ejercer como profesores, pero el problema se agudiza cuando estos, bajo parámetros contrarios a la psicología, pedagogía y las ciencias que posibilitan comprender el desarrollo de las clases, desarrollan actividades de aprendizaje en contra de los procesos mentales.

La obediencia intelectual con parámetros de medición, solo basado en los conocimientos, conlleva a tener estudiantes que, cuando se gradúan de abogados y tengan que desempeñarse en algún campo de la actividad humana, sean meros transmisores de conocimientos, y que su criterio esté basado en razonamientos que no se centran en la ética ni en la moral, menos en la sabiduría, por lo que se convierten en trabajadores que maltratan a sus congéneres, en jefes o coordinadores que maltratan a sus dependientes, o en jueces y fiscales que consideran que son los sabelotodo y evidencian maltrato a sus asistentes, secretarios o adjuntos. En otras palabras, el evitar la obediencia intelectual y el educar en sabiduría permitirá tener profesionales que cuando tengan que decidir, incluso de manera implacable, lo hagan sin dejar de lado los principios éticos y morales, y sobre todo respetando la dignidad de las demás personas. Entonces, quienes permiten el aprendizaje en sabiduría facilitan la comprensión del mundo desde un contexto ético y basados en su carácter, pero no en su temperamento. Una persona con carácter no se doblega ante nada, es ético, moral y sabio; mientras que una persona temperamental se enoja, se altera, condiciona, amenaza, alza la voz y muestra su autoridad en función de su ira, es decir, «yo me he sostenido y esté sostén me da la calma y seguridad. Ciertamente no es la confianza segura de sí misma del hombre que, con su propia fuerza, se mantiene de pie sobre suelo firme, sino la seguridad suave que reposa en un brazo fuerte» (Stein, 2013, p. 75).

Para comprender la necesidad de evitar la obediencia intelectual como una forma de enseñanza, es preciso citar a Taniguchi (2001), para él, cuando se habla de las calificaciones obtenidas por un estudiante, explica que la nota obtenida por un estudiante es también la nota del docente, vale decir, que si un estudiante de ciencias jurídicas, en la escala del 01 al 20, tiene una calificación de 05, entonces también el docente tiene la calificación de 05. El autor lo sustenta en razones centradas en la filosofía, la lógica y la psicología; concretamente, el estudiante que no logró obtener una calificación aprobatoria es porque el docente no impactó, no motivó y ni logró despertar el interés por una determinada materia. El interés no se logra solo dictando clases magistrales, sino también motivando, para hacer sentir que la materia que desarrolla es fundamental, así como necesaria en la formación de un licenciado en derecho, y no repitiéndoles ello en cada momento. Así, se pueden aplicar estrategias para que, al finalizar la clase, el estudiante esté convencido de que desea aprender más de dicha materia. Por tanto, no se trata de decirle aprende esto, el otro, etc., ya que estas situaciones se encuadrarían en la obediencia intelectual, sino en conducirlo hacia un aprendizaje basado en la sabiduría. Pronto habrá dispositivos que con base en la inteligencia artificial desarrollen clases magistrales, pero por más inteligentes, artificialmente hablando, que sean, jamás podrán superar el ingenio de la persona humana para motivar, sembrar iniciativa y conducir hacia la sabiduría.

Es importante preguntarse si en los docentes malhumorados, los jueces o fiscales que tratan mal a sus trabajadores existe la priorización del temperamento ante el carácter. La mediocridad de algunos abogados en su campo de trabajo, más allá de que puede deberse a la formación personal, es probable que se deba a una formación dentro de una perspectiva de obediencia intelectual. Por eso es que los docentes que en las universidades se dedican a la formación de abogados deben priorizar el aprendizaje pragmático, con una profunda motivación y conexión práctica y utilitaria con la realidad. Dominar una materia no es sinónimo de eficiencia; impresionar con clases magistrales no es equivalente a una garantía de formación; hacer creer a los estudiantes que el docente es el mejor en comparación con los demás tampoco es garantía de un buen aprendizaje. En el desarrollo de las actividades de aprendizaje para los futuros abogados, debe tenerse en cuenta que la buena enseñanza y la optimización de los procesos de aprendizaje son formas de respetar el derecho a una buena educación. El maltrato jamás fue ni será sinónimo de exigencia. La exigencia, mejor dicho, la autoexigencia, debe ser producto de la motivación del docente, quien, mientras más conocimiento adquiere, mucho más didác-

ticas deben ser sus sesiones de aprendizaje. En la formación de abogados es trascendental la formación personal y con un profundo respeto por la dignidad de cada una de las personas.

IV. Conclusiones

- El aprendizaje pragmático en el aprendizaje de las ciencias jurídicas permitirá formar abogados basados en la práctica de la ética y la moral, con una profunda formación autodidacta y enfocado en la sabiduría, con la capacidad de anteceder la parte humana, antes que la soberbia y el maltrato.
- Existe la necesidad en los docentes universitarios, especialmente de la carrera profesional de derecho para que conozcan los procesos mentales básicos del aprendizaje y no confundir la exigencia en la formación de acuerdo con la realidad con el maltrato a los estudiantes con exigencias fuera del parámetro pedagógico. Los docentes deben formar siempre priorizando un carácter fuerte en el sentido estricto del término, pero no mostrando su temperamento.
- La obediencia intelectual se ha convertido en un mecanismo que conlleva a la evaluación vertical, condicionante y basada solo en los conocimientos, dejando de lado la motivación, la misma que permita al estudiante viabilizar sus aprendizajes dentro del contexto de su automotivación.

V. Referencias

- Fix - Zamudio. (1995). *Algunas reflexiones sobre la enseñanza del Derecho en México y Latinoamérica*. México: UNAM.
- Friedman, L. (1967). *El derecho agudiza la percepción de los problemas sociales, y es también un arma de educación; un instrumento de persuasión moral; un bien simbólico. El derecho pone de relieve debates que visualizan los problemas. Es así que podemos ver la importante fun*. México.
- Kennedy. (2000). La educación legal como preparación para la jerarquía. *Courts*.
- Stein, E. (2013). *Ser finito y ser eterno*. México: EFE.
- Sternberg, R. (06 de junio de 2023). Un espacio para el análisis educativo. *Magisterio Dossier*.
- Taniguchi, M. (2001). *Pedagogía del Seicho-no-ie*. Sao Paulo, Brasil.

Como ovejas al corral: la enseñanza del derecho y la ilusión de la justicia jurisdiccional

Like sheep in the pen: the teaching of law and the illusion of jurisdictional justice

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca de la currícula y su influencia en la jurisdiccionalización del derecho. 2.1. Ranciedades en la enseñanza del Derecho. 2.2. Botones acerca de la realidad a nivel jurisdiccional. III. Conclusiones. IV. Referencias.

Resumen: Esta investigación tiene como objetivo identificar uno de los porqués de la penosa dificultad que importa alcanzar un atisbo de justicia en instancias de las cortes y juzgados jurisdiccionales del país, realidad que espectamos permanentemente los abogados y, más aún, los abogados sin contactos, sin amigos o compadres dentro del mal llamado Poder Judicial. Asimismo, esclarecer por qué es cada vez más extraño hablar de un juez eficiente para coadyuvar al «justiciable» en su camino hacia la justicia. Así, por un lado, para dilucidar esta terrible realidad, como investigador, me valí de entrevistas con una somera muestra de personas que han afrontado procesos jurisdiccionales, a efectos de conocer el grado de satisfacción que les

(*) Docente del área de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC

ha causado atravesar por tal cruzada; y, por otro lado, con algunos colegas abogados, dedicados a la administración de justicia —o lo que debiera serlo para quienes atraviesan una serie de circunstancias que podrían sustentar la afirmación de que tal administración, es de todo menos de justicia—. Estas realidades me llevaron a reflexionar acerca de un elemento con el que guardo bastante cercanía, la educación en derecho dentro de nuestras facultades o, por lo menos, dentro de la facultad en la que enseño como docente ordinario. Respecto de lo anterior, he obtenido como diagnóstico inicial la necesidad de abordar nuevas metodologías, así como nuevos contenidos curriculares en la formación de los estudiantes, a fin de conseguir futuros abogados avocados a la tutela de los derechos fundamentales en pro de la justicia y no simples autómatas que aplican mecánicamente las disposiciones normativas bajo la creencia de que se encuentran ejerciendo el derecho.

Palabras clave: justicia, abogado, poder judicial, educación en derecho, currícula, métodos de enseñanza

Abstract: This investigation sought to identify one of the reasons for the painful difficulty that matters to achieve a glimpse of justice in instances of the courts and jurisdictional courts of the country, a reality that we permanently expect lawyers and, even more, lawyers without contacts, without friends or compadres within the so-called judiciary; as well as, why, it is increasingly strange to speak of an efficient judge to assist the «justiciable» on his way to justice. Thus, to elucidate this terrible reality, as a researcher, I used interviews with a brief sample of people who have faced jurisdictional processes in order to know the degree of satisfaction that has caused them to go through such a crusade and, on the other hand, with some fellow lawyers, dedicated to the administration of justice, or what should be. those who go through a series of circumstances that could support the claim that such administration is anything but justice; realities that, finally, led me to reflect on an element with which I am quite close, law education within our Faculties or, at least, within the faculty in which I teach as an ordinary teacher. Regarding which, I have obtained as an initial diagnosis, the need to address new methodologies, as well as new curricular contents in the training of students in order to get future lawyers avocados to the protection of fundamental rights in favor of justice and not simple automatons that mechanically apply the normative provisions under the belief that they are exercising the Law.

Keywords: justice, lawyer, judiciary, law education, curriculum, teaching methods

I. Introducción

Entrevistador: ¿Y cuánto tomó el proceso del cual estamos conversando?

Entrevistada: Comenzó en el año 2006, tras la muerte de mi esposo, se ha concluido satisfactoriamente en este 2023; según mi abogado los procesos civiles por mejor derecho de propiedad, como ocurre en este caso, suelen complicarse y tomar mucho tiempo para resolverse.

Entrevistador: Estamos hablando entonces de un proceso que ha durado 17 años, desde mi punto de vista un costo muy alto en tiempo, ¿este proceso le ha supuesto algún otro costo además del tiempo transcurrido?

Entrevistada: Sí, mi esposo dejó dos camiones que transportaban mercadería, que tuvieron que ser vendidos para afrontar los costos, así como un terreno en Chiclayo y mi sueldo con el que se han cubierto varias tasas.

Entrevistador: ¿Y le parece que haberse despojado de dichos bienes, que pudieron haberle supuesto ingresos adicionales, así como la afectación de sus ingresos personales, se encuentran justificados con el resultado obtenido en el proceso?

Entrevistada: Sí, si bien es cierto calculando en dinero he gastado casi lo mismo de lo que he obtenido, queda la satisfacción de haberle ganado el proceso a la otra parte.

Esta es una conversación recreada con base a una entrevista realizada a una usuaria de la administración de justicia que provee el denominado Poder Judicial, un organismo constitucional facultado por el artículo 138 del texto constitucional para administrar justicia. Empero, se presentan diversos casos en los que tal administración de justicia se retarda o presenta otras circunstancias que, si bien formalmente otorgan un resultado favorable a los justiciables, materialmente no alcanzan a otorgar una tutela efectiva.

Tal y como ha sido recogido en la investigación efectuada, dicho retardo se presenta por diversas circunstancias, que depende de la propia inacción o actuaciones erradas al interior del mencionado organismo, a causa también del propio accionar de los abogados litigantes que suelen utilizar argucias y triquiñuelas para aletargar el proceso cuando la razón jurídica no les asiste o cuando buscan alcanzar alguna otra ventaja extra-procesal que pueda servirles a posteriori en el proceso.

Muchas de esas circunstancias parecen haberse presentado en el caso comentado. Al respecto, únicamente se investigó el parecer del jus-

ticial, motivo por el que las causas por las que el proceso tardó 17 años no serán alcanzadas en específico, pero sí de manera general a través de las entrevistas aplicadas a un grupo de jueces de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

Con todo, salta a la vista el razonamiento de algunos de los usuarios de los servicios del denominado Poder Judicial, que da cuenta de una enfermedad de la que se padece dentro del sistema jurisdiccional de herencia europeo continental: la mentalidad litigiosa que ubica al proceso judicial como la primera alternativa para dar solución a los conflictos de derecho, las incertidumbres jurídicas o la lesión de derechos fundamentales y subjetivos. Todo ello desdeña las demás posibilidades que puede ofrecer la cordialidad y el respeto entre los seres humanos y, si se quiere, la conveniencia económica y en intereses que supone la celeridad y eficiencia con la que pueden operar otros mecanismos de solución de conflictos.

Esta mentalidad supone una falla en nuestra educación básica y universitaria, que logra monopolizar al denominado Poder Judicial como único mecanismo eficiente para resolver conflictos. Además, esta creencia se ha afirmado incluso constitucionalmente cuando se recoge el principio de la exclusividad jurisdiccional. Sin embargo, seamos honestos, la eficiencia es una virtud de la que adolecen muchos de los juzgados que componen las cortes, con o sin intención, el mar de trámites burocráticos que se generan al interior de este organismo, el cumplimiento irrazonado de exigencias formales muchas veces sobreabundantes e innecesarias y, finalmente, las decisiones erradas de la parte administrativa lo convierten en el mecanismo menos eficiente para administrar justicia, resolver conflictos y ofrecer tutela efectiva.

La mentalidad litigiosa con la que nos hemos formado no permite cuestionar este sistema deficiente, pues nos mantiene ciegos, adormecidos, tanto que preferimos justificar tal ineficiencia e ineficacia con frase tales como «mi abogado me ha dicho que los procesos civiles por mejor derecho de propiedad demoran», «existe mucha sobrecarga procesal, por eso no se cumplen con los plazos», «he perdido dinero pero queda la satisfacción de haber ganado el proceso», entre muchas otras justificantes falaces que lo único que consiguen es solapar una realidad cada vez más evidente; no hay forma de obtener justicia en el Poder Judicial.

Situación de la que se ha tenido noticia a través de múltiples medios, aunque de manera parcial, como ocurrió con el Informe Defensorial, de-

nominado «El derecho a un proceso sin dilaciones: el caso de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia», que dio cuenta de las dilaciones en las que incurría la mencionada Sala de la Corte Suprema en la década de los 90 del siglo anterior. En el informe se especifica que, entre el año 1998 y 1999, «la segunda institución más quejada fue el Poder Judicial con 1,107 quejas, interpuestas ante las distintas sedes de la Defensoría del Pueblo en Arequipa, Ayacucho, Callao, Cusco, Lima, Piura y Trujillo» (Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, 1999, p. 1). Se presentan, además, casos emblemáticos, como el caso 3544-97, por beneficios sociales, que inició en febrero de 1993 e ingresó a la Sala mencionada en noviembre de 1997 (es decir, alrededor de 4 años y 10 meses después), luego de lo que los justiciables tuvieron que esperar casi dos años más para obtener sentencia, hasta septiembre de 1999, lo mismo que en el expediente 782-96, que inició en abril de 1997 y que hasta la fecha del informe no contaba con sentencia de la mencionada Sala.

En ambos casos mencionados, la Defensoría del Pueblo puntualizó que los demandantes en espera de justicia eran personas que habían superado los setenta años y se encontraban en espera de la resolución referida a su pensión de jubilación como única fuente de ingreso y que hasta esa fecha no habían sido reconocidas (Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, 1999, p. 2). Se tratan de casos emblemáticos que hoy, 23 años después y con los cambios que ha sufrido la estructura misma del denominado Poder Judicial, se siguen repitiendo, pero con una afectación mayor en el plazo para la obtención de las resoluciones definitivas.

Por citar algún caso, en el proceso contencioso administrativo, signado con el Expediente N.º 00XXX-2021-0-0XXX-JR-CI-01, que inició el 11 de noviembre de 2021, la demanda fue admitida el 24 de noviembre de 2021; se corrió traslado el 29 de noviembre de 2021; las contestaciones de demanda y defensas previas se presentaron entre el 07 y 10 de diciembre; se corrió el traslado el 16 de diciembre del mismo año, y la absolución de traslado de contestación y defensas se presentó el 14 de enero de 2022. Como se advierte, fue un trámite regular y regularmente celerado para los estándares del Poder Judicial. Claro está, un proceso de este tipo, que no tiene etapa probatoria y que consiste únicamente en revisión documental, debiera ser resuelto en uno o dos meses; sin embargo, nos hemos acostumbrado a encontrar plazos tan extensos dentro de un proceso judicial que incluso plazos largos como este nos parecen cortos.

No obstante, el proceso comenzó a complicarse con la emisión de la resolución del 17 de marzo de 2022, que tuvo por absuelto el traslado de la excepción y denuncia civil formuladas, en la que se declaró infundada la excepción y fundada la denuncia civil, dado que fue objeto de apelación presentada el 29 de marzo de 2022. Lo anterior motivó la emisión de la resolución del 05 de mayo de 2022, con la que se concedió el recurso sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, cuya notificación a las partes se envió recién el 17 de mayo de 2022; pero la notificación efectiva tomó más tiempo, porque el escrito de apersonamiento y contestación producto de la denuncia civil fue presentada el 20 de julio de 2022, en el que se solicita además una extromisión; escrito que fue proveído el 12 de agosto de 2022 y notificado a las partes para conocimiento respecto del último extremo, notificación que se envió el 23 de agosto de 2022. Por otro lado, el 20 de septiembre de 2022 se devolvió el cuaderno de apelación con el auto de vista que declaraba infundada la denuncia civil formulada, lo que motivó la resolución de fecha 10 de octubre de 2022, la cual dejó sin efecto el apersonamiento y la solicitud de extromisión, por lo que se perdió de manera infructuosa siete meses en la tramitación del proceso; en esta misma resolución se declaró saneado el proceso y se fijaron puntos controvertidos, que bordean el año luego de la interposición de la demanda.

Con fecha 24 de octubre de 2022, la defensa de los demandados solicitó que se integre el auto antes mencionado, porque se había omitido el pronunciamiento sobre la solicitud de exhibicionales. Dicha solicitud fue acogida mediante resolución del 16 de noviembre de 2022, casi un mes después para solucionar una omisión del propio juzgado, y se cumplió con solicitar las exhibicionales ofrecidas (mandato que fue cumplido parcialmente el 24 de noviembre de 2022), por lo que se volvió a requerir el cumplimiento mediante resolución del 13 de diciembre de 2022 (mandato que se cumplió a través del escrito del 19 de diciembre del mismo año), y quedó expedito el proceso para resolver con proveído del 23 de diciembre de 2022. Desde la última fecha indicada, solo se han presentado al proceso escritos para mejor resolver del 08 de mayo de 2023, del 25 de julio de 2023. No obstante, recién el 12 de septiembre de 2023 se ha emitido una nueva resolución que devuelve el expediente a la secretaría de origen, debido a que no se encuentra expedito para sentenciar, ya que no se ha solicitado correctamente las exhibicionales ofrecidas en el escrito de demanda. Dicho de otra manera, se ha advertido un error en el despacho del juzgador un año después de realizada la solicitud y nueve meses después de que el

proceso ingresó a dicho despacho, es decir, que tal error pudo ser evitado hace un año o, por lo menos, advertido hace nueve meses.

En tal sentido, habiendo transcurrido ya 1 año y 10 meses de planteada la demanda contencioso administrativa, en un proceso que debiera ser de mera revisión normativa y documental, el trámite se ha retrotraído hasta la etapa de saneamiento que debió haberse desarrollado al mes siguiente de la admisión de la demanda, lo que hace incierto el plazo en el que pueda obtener una resolución motivada, y que destruye así la posibilidad de otorgar tutela efectiva, oportuna, celeres a la pretensión de los justiciables. Esta situación, con diferentes matices, se repite constantemente en el Poder Judicial.

Al respecto, los colegas abogados pueden señalar que eso no es nada, que ellos han atravesado por procesos más intrincados y que han tomado más años; pero que es parte del litigio y de las estrategias que plantea la defensa para beneficiar a sus patrocinados. Puede señalarse también que el uso de los recursos legales es legítimo y da cuenta de un abogado hábil y astuto para el litigio. Cabe mencionar que el derecho muchas de las veces es claro, solo en algunos casos nos chocamos con casos difíciles, por la dificultad en la interpretación normativa para un caso concreto, por lo que todos los demás casos, que involucran la sola aplicación del supuesto normativo al caso concreto, son en realidad casos fáciles; sin embargo, cuando invocamos dicha norma, tergiversando con dolo su sentido, hacemos un uso irregular del derecho y configuramos además un uso abusivo del mismo, y si a ello le añadimos el poco interés de los órganos jurisdiccionales, tras advertir tales situaciones, por frenarlas y erradicarlas desde su origen, hemos de obtener como resultado la deficiente administración de jurisdicción con la que se cuenta en la actualidad, de la cual podrían ser exceptuadas algunas raras y honrosas excepciones, pero muy pocas.

Es cierto que pueden existir muchos justificantes, como, por ejemplo, las nuevas reglas administrativas impuestas dentro del Poder Judicial, las cuales buscan acreditar producción privilegiando las formas y olvidando el fondo. He llegado a escuchar incluso a jueces que señalan que no les conviene resolver un caso con pluralidad de demandantes, porque eso les tomaría un largo tiempo que se podría utilizar para resolver casos más sencillos y cumplir con la producción que les es requerida administrativamente. Es por ello que existen casos que pueden descansar un año entero en el despacho del juez, sin que se adviertan falencias como la presentada anteriormente.

Entre las iniquidades a las que puede someterse un justiciable dentro del Poder Judicial, tenemos a los plazos excesivos en los que incurren los magistrados para tramitar el proceso que suelen ser justificados con la sobrecarga procesal; la revisión deficiente de la documentación planteada en el momento oportuno, lo que también suele ser justificado con la sobrecarga procesal; la falta de experticia en temas muy especializados que lleva al juzgador a tergiversar los hechos y a resolver en total desconocimiento del tema tratado, sobre todo en los casos referidos a materia especializadas como contrataciones del Estado, derecho administrativo, delitos contra la administración pública, entre otros afines; la imposibilidad real de asegurar la tutela de algunos derechos fundamentales, porque el proceso no basta para ello, sino que es la ejecución la que debe ser cuidadosamente fiscalizada, como en el caso de los procesos por reconocimiento de beneficios sociales, o los contenciosos para reintegro de bonificaciones dejadas de percibir, entre otros referidos al incumplimiento del mismo Estado. Entre muchas otras circunstancias que se presentan en la realidad y que requerirían de un estudio mucho más complejo como para dejarlas al descubierto y, con ello, favorecer la formulación de propuesta de cambio y solución.

De esta manera, es necesario puntualizar, como de hecho se ha venido haciendo hace varios años, que la justicia jurisdiccional no es la única puerta para acceder a la justicia ni la más eficiente. Ya la Defensoría del Pueblo, desde el año 2006, ha venido proponiendo reformas básicas del sistema de administración de justicia y, dentro de esto, ha advertido que el acceso de la población a la justicia supone

[...] de un lado, realizar labores de orientación jurídica, potenciar mecanismos de justicia alternativa de modo que el conflicto jurídico se solucione sin necesidad de acudir al Poder Judicial y, por otro, identificar y remover todos aquellos obstáculos que disuaden o impiden que el ciudadano pueda acudir y seguir un proceso judicial. (Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, 2006, p. 5)

Entonces, lo anterior resalta la importancia de la orientación jurídica al usuario para hacerle caer en la cuenta de que existen otros mecanismos para acceder a la justicia, denominados de justicia alternativa, cuya importancia radica en la celeridad en la obtención de este valor, lo que importa la solución de los conflictos sin necesidad de ingresar en un proceso jurisdiccional. Este es un objetivo sumamente importante que, sin embargo,

hasta la actualidad no se ha conseguido, puesto que no se ha conseguido concientizar a los operadores del derecho de los beneficios que podrían obtenerse mediante el uso de mecanismos de resolución de conflictos alternativos al denominado Poder Judicial.

Este es un problema de concepciones, así como de formación jurídica, que parece centralizarse en el aprendizaje del contenido de las disposiciones normativas y en su utilización de tales disposiciones para afrontar un proceso jurisdiccional, tan es así que la enseñanza del derecho es principalmente jurisdiccional o procesal. De ahí que este informe defensorial, que data de hace 17 años, en su artículo undécimo, exhortó a la entonces Asamblea Nacional de Rectores la necesidad de que «se someta a la discusión pública el informe sobre la realidad universitaria y sobre los criterios generales de política universitaria, prestando especial atención a la calidad de la enseñanza en las Facultades de Derecho del país» (p. 144), puesto que es la educación recibida en las facultades de derecho la que se encarga de orientar el aprendizaje en derecho únicamente en el extremo jurisdiccional; sin embargo, en la actualidad no existe un informe respecto de la calidad en la enseñanza de las facultades, así como de la construcción de una educación que colabore con la reforma en el sistema de justicia, lo que lo aleja de la mirada únicamente jurisdiccional.

De esta manera, la Defensoría del Pueblo ha continuado poniendo el dedo en la llaga y ha seguido realizando investigaciones sectorizadas acerca de la administración de justicia. En el año 2015, se emitió en Informe Defensorial N.º 172, en el que se recuerda que la naturaleza del proceso de amparo exige que su tramitación sea breve, tutelar de derechos fundamentales y, por tanto, oportuno, es más, su propia estructura permitiría una tramitación célere; sin embargo, «entre la primera y la segunda instancia, este proceso constitucional tiene una duración de tres años en promedio» (Adjuntía en Asuntos Constitucionales, 2015, p. 45). Así, deja noticia de la deficiencia con la que se encontraban y se encuentran siendo tramitados los procesos de amparo y que torna en imposible la tutela efectiva del derecho invocado, pues la demora genera «una afectación mayor e irreparable sobre el derecho vulnerado o que la amenaza inminente se convierta en una real afectación» (p. 45), lo que, lamentablemente, ocurre con la mayoría de procesos de amparo, así como con los procesos jurisdiccionales en general.

Otro de los problemas identificados por la Defensoría del Pueblo es la imposibilidad de ejecutar las sentencias jurisdiccionales en las que los demandados y obligados son los organismos y órganos de la administración

estatal que gozan de una situación privilegiada respecto de los ciudadanos comunes y las empresas particulares. Al respecto, cabe mencionar:

[Un] régimen especial muchas veces permite —o cuando menos propicia— que los justiciables y el propio juez puedan verse en una desigual situación, de virtual indefensión o impotencia, respectivamente, ante la resistencia o el simple incumplimiento de la entidad estatal de ejecutar lo dispuesto por una sentencia que le es desfavorable. (Defensoría del Pueblo, 1998, p. 1)

Entonces, se deja sentado que no todo proceso judicial resulta eficiente para tutelar los derechos de los justiciables, así como la necesidad de cambio en la mentalidad de los funcionarios y servidores de la administración pública, respecto del cumplimiento de las disposiciones jurisdiccionales, tema que es motivo de un artículo distinto.

Sin embargo, no se encuentran publicados informes con fechas más recientes en los que la Defensoría del Pueblo haya seguido dando cuenta de los problemas que se presentan en el Poder Judicial. Ya desde hace mucho tiempo y que no son abordados por su propia administración en busca de soluciones, principalmente porque existen muchas circunstancias que no han sido advertidas, dado a que se han convertido en costumbres sumamente arraigadas, como, por ejemplo, la demora excesiva en la calificación de una demanda que, al no consistir en un asunto de fondo, debiera ser más célere; la falta de utilización de los medios electrónicos o de otras alternativas para asegurar la notificación eficiente de los demandados; la inacción del juzgado cuando los abogados leguleyos utilizan triquiñuelas para aletargar el proceso, así como la falta de sanción de estos actos; la indebida dirección de las audiencias que las prolongan innecesariamente, entre muchos otros escenarios que, si bien parecen sencillos, en conjunto se convierten en un impedimento importante para la celeridad en la administración de la justicia jurisdiccional.

Problemas como estos han sido identificados en diversos estudios descriptivos previos, como, por ejemplo, la vulneración del principio de celeridad durante la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, trabajo en el que se han estudiado al azar una muestra de casos de la mencionada corte superior en los que los plazos tomados para la etapa intermedia resultan alarmantes. Baste como muestra el Expediente N.º 1446-2016-27-1001-JR-PE-06, en el que solo esta etapa tomó 4 años y 8 meses; el Expediente

N.º 3177-2018-47-1001-JR-PE-04, en el que tomó 2 años; el Expediente N.º 1125-2018-29-1001-JR-PE-06, en el que tomó también 2 años, lo mismo que el Expediente N.º 3134-2019-19-1001-JR-PE-04. Se infiere que resulta ser el promedio de los expedientes analizados en la investigación en la que se advirtió, además, que durante el año 2021 los usuarios plantearon en total 98 quejas por tal situación, así como las siguientes circunstancias:

Cuando el representante del Ministerio Público presenta su requerimiento (sobrescimito, acusación o mixto), el Juez de Investigación Preparatoria cita a la respectiva audiencia en algunas fijando fecha de audiencia muy extensa, en otros procesos se observa que la audiencia preliminar ha sido frustrada en muchos casos hasta en 4 oportunidades por indebida notificación al imputado, por inasistencia injustificada de los abogados y Fiscal o porque se no se ubicó el expediente, así mismo se observó que en uno de los procesos el juez no estuvo presente para la instalación de audiencia. Por otro lado, una vez instalada la audiencia se reprograman de 2 hasta 7 veces incumpléndose lo que se establece en el Art. 351.4 del CPP (8 días) y finalmente los procesos dentro de la etapa intermedia duran desde los 11 meses en algunos casos hasta más de 04 años aunado a ello que algunos procesos penales siguen en control de acusación hasta febrero del 2023 incluso con fechas programadas, como se ha podido advertir en los expedientes analizados. (Ccuno Aronaca, 2023, p. 65)

Así como en esta etapa del proceso penal, las demás (investigación preparatoria y juicio oral) también se encuentran plagadas de situaciones circunstanciales que no son sorteadas con la mayor eficiencia como para evitar dilaciones innecesarias y afectación al plazo razonable. Tal y como puede verificarse de la investigación titulada «Tratamiento jurídico penal de la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas del procesado en la tramitación del proceso penal», en la que se da cuenta de la lesión del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, propiciadas por los propios juzgados al aplazar reiteradamente las audiencias, no asegurar la notificación debida y oportuna de los órganos de auxilio judicial, testigos, entre otros similares (Villena Vera, 2017).

El proceso civil no es ajeno a estas circunstancias. Es más, se trata del proceso con mayores dilaciones dentro del Poder Judicial, porque cuentan con trámites que se extienden incluso hasta las dos décadas; no obstante, aunque estos plazos parezcan escandalosos, poco se hace

por mitigar esta realidad que debe ser objeto de reforma, que tiene en cuenta los siguientes aspectos:

El actual proceso civil no cumple con eficacia los plazos establecidos en la solución de conflicto de intereses y eliminación de incertidumbre jurídica, siendo necesario la reforma del Código Procesal Civil con la consecuente implementación de un nuevo modelo procesal común en los procesos civiles. [...] Los medios alternativos de solución de conflictos no cumplen eficientemente con aligerar la carga procesal en los procesos civiles tramitados en el poder judicial. No existe justificación alguna en la separación de los actos procesales y sus plazos en los procesos de conocimiento solo implican la dilación injustificada de los procesos civiles. La separación de los actos procesales y las modificaciones actuales al proceso civil han determinado la falta de publicidad y oralidad de los actuados dentro del proceso civil actual. [...] Falta de empleo de las nuevas tecnologías de información y comunicaciones en los procesos civiles, que coadyuven en la administración de justicia y permitan la implementación adecuada del nuevo modelo procesal común civil. [...] La ampliación de los plazos y los actos procesales en los procesos de conocimiento, no tienen justificación alguna por el contrario generan la dilación de los procesos, coadyuvando al incremento de la carga procesal. (Alata Nina, 2015, pp. 109-200)

Estos resultados permiten evidenciar los problemas de estructura de los procesos civiles, pero también la ineficacia dentro del país de mecanismos alternativos para resolver conflictos por la propia inacción o acción errónea de los operadores jurídicos que endiosan al proceso jurisdiccional y conciben a tales mecanismos como requisitos previos para acceder a este, a pesar de que no signifique en realidad un acceso a la justicia, sino a un intrincado entrapamiento en procedimientos engorrosos y cada vez más lentos, que tanto abogado como patrocinado se ven obligados a enfrentar ante la incapacidad de comprender la verdadera naturaleza de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el enorme beneficio que supondrían para el otorgamiento de una tutela efectiva.

Ello, aunado a los fallos estructurales y de sistema antes mencionados, terminan por conseguir la lesión del derecho de acceder a una justicia oportuna. Más aún, los propios abogados solemos confundir el derecho de acceso a la justicia con el derecho de acceso al proceso, que no son lo mismo. Como ya se ha visto, el acceder a un proceso jurisdiccional muchas veces no

supone el acceso a la justicia, debido a que la justicia que tarda deja de ser justicia, es decir, que el denominado Poder Judicial tiene como obligación, traducida en funciones, el desplegar las actuaciones suficientes, eficientes y oportunas para asegurar la tutela efectiva de los derechos de los justiciables.

Privilegiando para tal efecto los principios de celeridad procesal, economía procesal, así como derechos tales, como el derecho de defensa, el debido proceso, la tutela procesal efectiva y el derecho a obtener tutela en un plazo razonable, lo que implica contar con procesos objetivos, no burocráticos, oportunos, eficientes y, por tanto, eficaces para asegurar la consecución real o material de la tutela.

Cabe realizar incidencia en la tutela real o material, debido a que, en procesos como los narrados anteriormente, podría señalarse que existe una tutela efectiva de los derechos de los justiciables en términos formales, que no se ha afectado el derecho de defensa; incluso podría alegarse que se ha privilegiado la celeridad procesal dentro de cada procedimiento, o que se haya cumplido con la economía procesal, pero siempre de manera formal. Sin embargo, en los hechos, ha podido verificarse que no se ha cumplido con el trámite del proceso dentro de un plazo razonable y, en consecuencia, la llegada de la resolución favorable pudo convertirse en un mero consuelo formal, como de hecho ha pasado en varios de los procesos descritos, pero de ninguna manera supuso una ganancia real o material para quien inicialmente buscaba justicia no solo acceso a la jurisdicción.

Esta terrible realidad busca ser relacionada, en el presente artículo, con la enseñanza que se presta en las facultades de derecho, en específico en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, dentro de la cual me desempeño como docente. Estoy seguro que esta función se desempeña con mucho entusiasmo y tesón por parte de mis colegas, así como por mí mismo, pero que continúa con la creencia de que el derecho jurisdiccional es el único derecho y el único mecanismo para obtener resolución de conflictos, de manera que seguimos conduciendo a nuestros estudiantes como ovejas al corral denominado Poder Judicial, en el que volcamos todas nuestras esperanzas de obtener justicia y que flaco favor le hace a este ideal.

En tal sentido, la investigación ha buscado identificar ¿cuál es la influencia que tiene el currículo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca en la sobrevaloración que los estudiantes y futuros egresados le prestan al proceso jurisdiccional?

Para resolver esta interrogante, se ha desplegado una investigación primigeniamente descriptiva acerca de la realidad que presenta la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en la que han colaborado jueces amigos, amigos servidores del Poder Judicial y amigos litigantes, a quienes les estoy agradecido por sus valiosos aportes, así como por la revisión misma de los documentos de gestión de la Facultad para comprender la estructura académica planteada y poder expresar las apreciaciones personales y profesionales al respecto. Por ello, la investigación es básica-empírica, por lo que hace uso de técnicas cualitativas, como la entrevista y la observación documental, y de métodos cualitativos, como el socio jurídico, el dogmático y el analítico.

II. Acerca del currículo y su influencia en la jurisdiccionalización del derecho

II.1. Ranciedades en la enseñanza del derecho

El currículo de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca reconoce, como es correcto, la herencia cultural que acompaña al ejercicio de la profesión tanto como a la educación en Derecho en todo Latinoamérica, aquella que tomó sus primeros lineamientos de la antigua Grecia, pero ha sido principalmente influenciada por el derecho romano desde los inicios y fue complementado posteriormente por el derecho germánico (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, 2019, pp. 4-5).

Sin embargo, también es consciente de que tal tradición ha sido fundamento, principalmente, para el derecho civil y sus consiguientes procesos derivados. Empero, en la actualidad, las disciplinas jurídicas cuentan con sus propias características asumidas por especialidad y que requieren de actualizaciones y nuevas tendencias, sobretodo en cuanto al derecho constitucional que privilegia la tutela material y efectiva de los derechos fundamentales flexibilizando muchos de los principios y formalidades planteadas por la rama civil.

En tal tenor, el currículo 2019 presentó la tendencia actual del programa de estudios de derecho que influyen en el propio ámbito de desempeño laboral. Con ello «la formación de un profesional del derecho implica no solo el conocimiento y análisis de la norma, sino conocer otros enfoques que no obedezcan únicamente al positivismo» (p. 6), como las

necesidades reales de las personas en cuanto son seres humanos de la sociedad, en cuanto organización política y jurídica de personas, que buscan alcanzar una armonía tal que provea a dicha organización de un orden que permita proteger de la manera más inmediata a los derechos subjetivos, así como proveer de una tutela efectiva ante las múltiples necesidades que se gestan en los diferentes ámbitos de la propia sociedad.

El abogado actual, entonces, no se comporta ni debe comportarse como un monigote de la norma, aquellos que se desempeñan como jueces no son ni pueden ser más la boca de la ley, sino que se convierten en hacedores de Derecho en cada caso concreto a través de la importante labor de interpretación con la que cuentan y, ha de quedar sentado, que tal interpretación no es exegética de la disposición normativa, sino de la norma misma como razón subyacente, del Derecho mismo como instrumento de justicia, no solamente de los códigos, sino principalmente de la constitución material.

En igual sentido, el abogado que se desempeña como auxiliar jurisdiccional, como asistente jurisdiccional o como servidor del denominado Poder Judicial, o dentro de otros organismos como el Ministerio Público, la Defensoría Pública, la Defensoría del Pueblo, entre otros, no debe perder de vista que la finalidad de su actuación responde a la necesidad de otorgar tutela efectiva de los derechos de las personas. En este escenario, hace falta una actitud proactiva que logre conseguir soluciones prontas y eficientes a las dificultades que suponen su labor, de cara a la mencionada tutela.

Según esto, el currículo de la Facultad de Derecho ha tomado nota de la importancia de la constitucionalización y convencionalidad del sistema y subsistemas jurídicos (p. 6), que influye fuertemente en el alejamiento de algunos formalismos prestados por el derecho romano para favorecer el respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales, aquellos que no se restringen únicamente al catálogo especificado en el texto constitucional, llamado por mí Código Constitucional, y todavía tratado como Constitución Política del Perú, puesto que un documento que en realidad es una disposición normativa no resulta suficiente para contener a la Constitución material. De ahí que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la admisión dentro del país de la normatividad y jurisprudencia convencional, han logrado reconocer cada vez más contenidos de derechos fundamentales y, con ello, asegurar su protección de una manera más eficiente y directa.

Otro punto importante planteado por el currículo es la necesidad de debate dentro del derecho, esto es, el uso de la argumentación jurídica como un arma para poder interpretarlo y justificar sus nuevos contenidos, la necesidad del razonamiento y la razonabilidad como parte de la labor jurisdiccional (p. 6). No obstante, deja de lado la importancia de contar con estas competencias también en otros niveles y escenarios distintos del jurisdiccional; deja de anotar la importancia de la labor de interpretación jurídica en general por parte de los abogados que se desempeñan en el Ministerio Público, en sedes administrativas, los que litigan, todos y cada uno de nuestros colegas que como parte de su labor deben tener presente a la argumentación y la interpretación como pilares para la construcción casuística del derecho. Se trata de un punto flaco en el currículo que no importa mala intención, sino que es el rezago de la propia formación que hemos recibido, que centraliza toda actividad de interpretación únicamente en la labor jurisdiccional.

En concordancia con esto último, es de resaltar que el currículo analizado voltea a ver otras alternativas de desarrollo para los abogados que siguen apuntando a la tutela de los derechos fundamentales de las personas, pero desde otros escenarios, que no necesariamente van a terminar por acceder al derecho jurisdiccional, tal y como ocurre con la relación del derecho con la economía, las finanzas públicas, la tributación y el ramo financiero privado, o la necesidad de la incursión de los abogados en temas de pluralismo jurídico, pluralismo étnico o justicia comunal o en la tecnologización e internacionalización del derecho (p. 7).

A pesar de anotar estos campos de desempeño de nuestros egresados, son muy pocos los cursos que se han logrado incluir al respecto, en cuanto al primer grupo de especialidades, que resultan sumamente gratificantes en relación al desempeño profesional, así como en cuanto a ingresos de los abogados que deciden tomarlas. Dentro del currículo únicamente figuran los siguientes: 1 curso de Derecho Tributario General y 1 de Derecho Tributario Especial; 1 curso de Derecho Internacional Privado y Comercio Internacional; 1 curso de Derecho Constitucional Económico como electivo (p. 42); 1 curso de Introducción a la Economía, 1 curso de Fundamentos del Derecho Mercantil, 1 curso de Derecho Societario, 1 curso de Derecho Bancario y Bursátil (p. 43); 1 curso de Derecho Penal Económico (p. 44). Esto significa que, si se quiere ser complaciente, podrían contarse 9 cursos de los 82 cursos especificados que guardan alguna relación con el área del derecho que se resalta como ámbito de desarrollo de nuestros estudiantes

que quieran optar por un camino distinto al jurisdiccional. Aunque, en realidad, en la mayoría de los casos presentados podríamos contar solo 1 o 2 por cada subespecialidad.

En cuanto al segundo punto de reconocimiento, en el área del pluralismo jurídico y justicia comunal es posible ubicar 1 curso general, denominado Cultura y Realidad nacional (p. 41), que cuenta con una relación parcial y no directamente jurídica con los temas que deberían abordarse en cuanto a este extremo, y con 1 curso de especialidad, denominado Pluralismo jurídico (p. 43); por lo tanto, 2 cursos dentro de los 82 que componen el currículo que luchan por generar conciencia en los estudiantes de derecho de los otros campos de ejercicio profesional, en los que podemos colaborar los abogados de una manera tan exitosa, máxime si en estos campos es posible ser testigo de un verdadero aporte directo en la tutela de los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, se torna en una difícil tarea con una cuota tan mínima dentro de la estructura de enseñanza.

Y ni qué decir respecto del tercer punto, la tecnologización del derecho, que no cuenta con curso alguno dentro del currículo, con lo que se torna así en inconsistente la parte introductoria del mismo que establece los valores y los objetivos que se buscan dentro de la carrera, con la formación que realmente les otorgamos a nuestros estudiantes.

De igual manera, el currículo de 2019 ha identificado algunos de los grupos de interés para la profesión del abogado, así como las competencias de desempeño profesional esperado por estos (pp. 14-19). A partir de ellos, he decidido elaborar un cuadro de resumen respecto de los cursos que coadyuvarían a desarrollar las competencias que ha requerido cada uno de los grupos de interés considerados y que pueden ser revisadas en el propio currículo.

Cuadro 1

Cursos que coadyuvan a desarrollar competencias

| N.º | Grupo de interés | Curso que otorga las competencias |
|-----|---|--|
| 1 | Defensoría del Pueblo. Oficina de Caja-marca | 1) Cultura y Realidad Nacional. 2) Filosofía del Derecho. 3) Teoría de la Argumentación Jurídica. 4) Deontología Forense 5) Constitución, Democracia y Ciudadanía. 6) Fundamentos de la Ciencia Política. |

| | | |
|---|---|--|
| | | <ol style="list-style-type: none"> 7) Derecho Constitucional General. 8) Derecho Constitucional Peruano I: Parte Dogmática. 9) Derecho Constitucional Peruano II: Parte Orgánica. 10) Derecho Ambiental. 11) Litigio Estratégico en Derechos Humanos (E). 12) Derecho Administrativo. 13) Derecho del Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. 14) Derecho Procesal Constitucional. 15) Derecho Municipal y Regional (E). 16) Derecho de la Seguridad Social y Pensionaria. 17) Derecho Constitucional Económico (E). 18) Contrataciones con el Estado. 19) Derecho de Familia. 20) Sistema de Justicia. 21) Pluralismo Jurídico. 22) Derecho Procesal Civil I: Postulación del Proceso. 23) Derecho Procesal Civil II: Actividad Procesal. 24) Derecho Procesal Civil III: Práctica Forense. 25) Derecho Procesal Penal I: Fundamentos del Proceso Penal. 26) Derecho Procesal Penal II: Estructura del Proceso Penal. 27) Derecho Procesal Penal III: Procesos Penales Especiales. |
| 2 | Poder Judicial, Corte Superior de Justicia de Cajamarca | <ol style="list-style-type: none"> 1) Teoría de la Argumentación Jurídica. 2) Deontología Forense. 3) Taller Técnicas de Litigación Oral y Oratoria Forense. 4) Constitución, Democracia y ciudadanía. 5) Derecho Constitucional General. 6) Derecho Constitucional Peruano I: Parte Dogmática. 7) Derecho Constitucional Peruano II: Parte Orgánica. 8) Derecho Laboral General. 9) Derecho Administrativo. 10) Regímenes Laborales. 11) Derecho del Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. 12) Derecho Procesal Constitucional. 13) Derecho Laboral Colectivo. 14) Derecho de la Seguridad Social y Pensionaria. 15) Derecho Procesal Laboral. 16) Contrataciones con el Estado. 17) Taller Análisis de Casos Judiciales III: Constitucional, Laboral y Contencioso Administrativo. 18) Derecho de Personas. 19) Acto Jurídico. 20) Derecho de Familia. 21) Sistema de Justicia. 22) Derecho Societario. 23) Derecho de los Niños y Adolescentes (E). 24) Derecho de Sucesiones. |

| | | |
|---|--|---|
| | | <ol style="list-style-type: none"> 25) Derecho Procesal Civil I: Postulación del Proceso. 26) Teoría General de la Prueba. 27) Derechos Reales. 28) Derecho Procesal Civil II: Actividad Procesal. 29) Derecho de Obligaciones. 30) Derecho Procesal Civil III: Práctica Forense. 31) Teoría General del Contrato. 32) Teoría de la Responsabilidad Civil. 33) Contratos Típicos. 34) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Civil y Comercial. 35) Teoría General del Delito: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría de la Imputación Penal. 36) Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Hecho Punible. 37) Derecho Penal de la Vida, la Salud Personal y la Libertad. 38) Criminología (e). 39) Derecho Penal Patrimonial y de la Seguridad Pública. 40) Delitos Contra la Administración Pública: Derecho Penal de la Función Pública y de las Falsedades Documentales y Personales. 41) Derecho Procesal Penal I: Fundamentos del Proceso Penal. 42) Política Criminal (e). 43) Derecho Penal Económico. 44) Derecho Procesal Penal II: Estructura del Proceso Penal. 45) Derecho Procesal Penal III: Procesos Penales Especiales. 46) Medicina Legal (e). 47) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Penal. 48) Consultorio Jurídico I. 49) Consultorio Jurídico II. |
| 3 | Ministerio Público, Distrito Fiscal de Cajamarca | <ol style="list-style-type: none"> 1) Teoría de la Argumentación Jurídica. 2) Deontología Forense. 3) Taller Técnicas de Litigación Oral y Oratoria Forense. 4) Constitución, Democracia y ciudadanía. 5) Derecho Constitucional General. 6) Derecho Constitucional Peruano I: Parte Dogmática. 7) Derecho Constitucional Peruano II: Parte Orgánica. 8) Contrataciones con el Estado. 9) Derecho de Personas. 10) Acto Jurídico. 11) Derecho de Familia. 12) Derecho de los Niños y Adolescentes (E). 13) Derecho de Sucesiones. 14) Derecho Procesal Civil I: Postulación del Proceso. 15) Teoría General de la Prueba. 16) Derechos Reales. 17) Derecho Procesal Civil II: Actividad Procesal. 18) Derecho de Obligaciones. 19) Derecho Procesal Civil III: Práctica Forense. 20) Teoría General del Contrato. 21) Teoría de la Responsabilidad Civil. |

| | | |
|---|--|--|
| | | <ul style="list-style-type: none"> 22) Contratos Típicos. 23) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Civil y Comercial. 24) Teoría General del Delito: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría de la Imputación Penal. 25) Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Hecho Punible. 26) Derecho Penal de la Vida, la Salud Personal y la Libertad. 27) Criminología (e). 28) Derecho Penal Patrimonial y de la Seguridad Pública. 29) Delitos Contra la Administración Pública: Derecho Penal de la Función Pública y de las Falsedades Documentales y Personales. 30) Derecho Procesal Penal I: Fundamentos del Proceso Penal. 31) Política Criminal (e). 32) Derecho Penal Económico. 33) Derecho Procesal Penal II: Estructura del Proceso Penal. 34) Derecho Procesal Penal III: Procesos Penales Especiales. 35) Medicina Legal (e). 36) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Penal. 37) Consultorio Jurídico I. 38) Consultorio Jurídico II. |
| 4 | INDECOPI. Oficina Regional de Cajamarca | <ul style="list-style-type: none"> 1) Fundamentos del Derecho Mercantil. 2) Derecho Constitucional Económico. 3) No existen cursos específicos. |
| 5 | Ministerio de Justicia – Defensoría Pública de Cajamarca | <ul style="list-style-type: none"> 1) Teoría de la Argumentación Jurídica. 2) Deontología Forense. 3) Taller Técnicas de Litigación Oral y Oratoria Forense. 4) Constitución, Democracia y ciudadanía. 5) Derecho Constitucional General. 6) Derecho Constitucional Peruano I: Parte Dogmática. 7) Derecho Constitucional Peruano II: Parte Orgánica. 8) Contrataciones con el Estado. 9) Derecho de Personas. 10) Acto Jurídico. 11) Derecho de Familia. 12) Derecho de los Niños y Adolescentes (E). 13) Derecho de Sucesiones. 14) Derecho Procesal Civil I: Postulación del Proceso. 15) Teoría General de la Prueba. 16) Derechos Reales. 17) Derecho Procesal Civil II: Actividad Procesal. 18) Derecho de Obligaciones. 19) Derecho Procesal Civil III: Práctica Forense. 20) Teoría General del Contrato. 21) Teoría de la Responsabilidad Civil. 22) Contratos Típicos. 23) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Civil y Comercial. 24) Teoría General del Delito: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría de la Imputación Penal. |

| | | |
|----|--|--|
| | | <p>25) Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Hecho Punible. 26) Derecho Penal de la Vida, la Salud Personal y la Libertad. 27) Criminología (e). 28) Derecho Penal Patrimonial y de la Seguridad Pública. 29) Delitos Contra la Administración Pública: Derecho Penal de la Función Pública y de las Falsedades Documentales y Personales. 30) Derecho Procesal Penal I: Fundamentos del Proceso Penal. 31) Política Criminal (e). 32) Derecho Penal Económico. 33) Derecho Procesal Penal II: Estructura del Proceso Penal. 34) Derecho Procesal Penal III: Procesos Penales Especiales. 35) Medicina Legal (e). 36) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Penal. 37) Consultorio Jurídico I. 38) Consultorio Jurídico II.</p> |
| 6 | Municipalidad Provincial de Cajamarca | <p>1) Derecho Administrativo. 2) Regímenes Laborales. 3) Derecho del Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. 4) Derecho Laboral Colectivo. 5) Derecho Municipal y Regional (E). 6) Derecho de la Seguridad Social y Pensionaria. 7) Contrataciones con el Estado.</p> |
| 7 | Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca | <p>1) No existe un curso especializado.</p> |
| 8 | Colegio de Notarios de Cajamarca | <p>1) Derecho notarial y registral.</p> |
| 9 | Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca | <p>1) Acto Jurídico. 2) Derecho Societario. 3) Derechos Reales. 4) Teoría General del Contrato. 5) Teoría de la Responsabilidad Civil. 6) Contratos Típicos. 7) Derecho Penal Económico.</p> |
| 10 | Universidad Nacional de Cajamarca | <p>1) Derecho Administrativo. 2) Regímenes Laborales. 3) Derecho del Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. 4) Derecho Laboral Colectivo. 5) Derecho de la Seguridad Social y Pensionaria. 6) Contrataciones con el Estado. 7) No existe un curso específico.</p> |

Por la naturaleza de la Defensoría del Pueblo, que se ocupa de la defensa de los derechos fundamentales de las personas y la fiscalización de la labor administrativa, es necesario que los funcionarios y servidores que la integran conozcan la diversidad de materias que sí son necesarias para cumplir con sus funciones y, en tal sentido, sus competencias pasan por la capacidad de conciliar, la habilidad de gestionar y disuadir para la actuación de los funcionarios y servidores públicos, así como de los magistrados. Por este motivo se requiere de una diversidad de conocimientos, que pueden ser otorgados por los 27 cursos arriba especificados, pero que lamentablemente, revisadas sus sumillas, no se encuentran directamente enfocados para tal labor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Oficina Defensorial de Cajamarca únicamente cuenta con 1 jefatura, 7 comisionados y 1 asistente administrativo dentro de su oferta laboral, todas plazas copadas actualmente.

En cuanto al Poder Judicial, saltando los cursos generales y de propedéutica que son de conocimiento general para todos los estudiantes y posteriores profesionales egresados de la Facultad, el currículo proporciona por lo menos 49 cursos especializados que servirían a los estudiantes para desarrollar competencias eficientes y trabajar en este sector. En otras palabras, restando los 20 cursos de propedéutica, respecto de los restantes 62 cursos de carrera y especialidad, los cursos que se dictan con miras al desenvolvimiento de nuestros profesionales en el Poder Judicial representan el 79.03 % de los demás cursos que se dictan en la Facultad.

Los cursos estrictamente procesales y de práctica jurisdiccional son 1) Taller Técnicas de Litigación Oral y Oratoria Forense; 2) Litigio Estratégico en Derechos Humanos; 3) Derecho del Proceso Contencioso Administrativo; 4) Derecho Procesal Constitucional; 5) Derecho Procesal Laboral; 6) Taller Análisis de Casos Judiciales III: Constitucional, Laboral y Contencioso Administrativo; 7) Derecho Procesal Civil I: Postulación del Proceso; 8) Derecho Procesal Civil II: Actividad Procesal; 9) Derecho Procesal Civil III: Práctica Forense; 10) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Civil y Comercial; 11) Derecho Procesal Penal I: Fundamentos del Proceso Penal; 12) Derecho Procesal Penal II: Estructura del Proceso Penal; 13) Derecho Procesal Penal III: Procesos Penales Especiales; 14) Taller Análisis de Casos Judiciales II: Penal; 15) Consultorio Jurídico I, y 16) Consultorio Jurídico II. Todos los anteriores representan el 25,8 % de la totalidad de cursos de especialidad. Aunque lo cierto es que la plazas de trabajo en este sector también ya se encuentran copadas por los integrantes de anteriores pro-

mociones de nuestra Facultad y las de otras Facultades de Derecho de la Región, lo que implica que los estudiantes que desarrollen estas competencias a lo largo de la carrera deberán dedicarse al litigio o incursionar en otras ramas del derecho sin conocimientos previos, como ha ido ocurriendo con los egresados que terminan por dedicarse a la administración pública que han tenido que aprender sobre la marcha.

En cuanto al Ministerio Público, salvados también los cursos generales, el currículo proporciona por lo menos 38 cursos que ayudarían a complementar las competencias de los estudiantes que quieren dedicarse a esta área del derecho, que constituye una especie de apoyo al derecho jurisdiccional, en el caso de las materias civiles o especializadas en niños o familia, constituyen entes dictaminadores que aportan con apreciaciones al razonamiento jurisdiccionales. Así, respecto de las especialidades de derecho penal ordinario, de corrupción de funcionarios, de crimen organizado o de tráfico ilícito de drogas, su labor es de investigación previa al inicio del proceso penal, es decir, toda la labor del Ministerio Público resulta orientada al favorecimiento de algún proceso jurisdiccional. De esta forma, las materias contempladas en el currículo para tal fin representan el 61.30 % del total de cursos de carrera. Un porcentaje también importante para un área del desenvolvimiento profesional que se encuentra también copada en cuanto a oferta laboral, motivo por el cual también los estudiantes que se orienten hacia esta terminarán por conformarse con el litigio o dedicándose a otras labores para las que no han recibido formación.

En el caso del Indecopi, solo 2 de nuestros cursos generales tienen contenidos relativos a protección del consumidor o a competencia y regulación de servicios públicos, lo que representa el 3.2 % del total de cursos de carrera, motivo por el cual, ya sea que nuestros egresados quieran postular a esta entidad o quieran especializarse en el litigio en las materias antes dichas, no podrían hacerlo solo con la formación recibida en nuestra Facultad, puesto que los obligará también a aprender sobre la marcha o a invertir en cursos de especialización que les otorguen las capacidades suficientes para cumplir con tal rol.

Para el caso de la Defensoría Pública de Cajamarca cuyas labores se encuentran orientadas también a la defensa de personas inmersas en un proceso jurisdiccional, por lo menos 38 cursos ayudarían a complementar las competencias de los estudiantes que quieren dedicarse a esta área del derecho, es decir, el 61.30 % de la totalidad de cursos de carrera. Este es

un índice importante que desarrolla capacidades en litigio que, de no ser utilizadas en esta entidad, debido a que sus plazas se encuentran también copadas, pueden servir para el litigio libre de nuestros egresados, aunque este es un extremo del desarrollo profesional que ha sido preferido también por muchos de nuestros egresados, lo que exige mayor competitividad y, por efecto, de la ley de oferta y demanda, en la mayoría de los casos, el abaratamiento de los honorarios percibidos y, con ello, la desvalorización de las competencias profesionales.

En el caso de la Municipalidad Provincial de Cajamarca y la Universidad Nacional de Cajamarca, que no son las únicas entidades de la administración pública que tenemos en la región, se puede resumir el campo de acción con el que cuentan nuestros egresados en el ámbito del derecho administrativo, gerencial y público en general en las siguientes entidades: A) desconcentradas, tales como 1) Oficina desconcentrada del Ministerio de Cultura, 2) Sutran, 3) Sunass, 4) Osiptel, 5) Osinergmin, 6) Concytec, 7) OSCE, 8) ANA, 9) ALA, 10) OEFA, 11) del Ministerio de Relaciones Exteriores, 12) Invierte.pe, 13) Invias, 14) Invima, 15) de Trabajo y Promoción del Empleo, 16) Trabaja Perú, 17) Conecta MEF, 18) Reniec, 19) Cofopri, 20) Contraloría General de la República, 21) OCIs, 22) Sunarp, entre otras; B) Gobierno Regional y sus Direcciones: 1) De Agricultura, 2) Comercio Exterior y Turismo, 3) Energía y Minas, 4) Educación, 5) Producción, 6) Trabajo y Promoción del Empleo, 7) Salud, 8) Transportes y Comunicaciones, 9) Vivienda Construcción y Saneamiento; así como sus 9 unidades orgánicas y 32 unidades ejecutoras; C) las 12 municipalidades provinciales restantes, y D) las 127 municipalidades distritales con las que se cuenta en toda la región.

Lo mencionado anteriormente se trata de un amplio campo laboral poco explorado y explotado por los egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, y ello puede deberse a que, como se ha visto en la tabla presentada, únicamente 7 de los 62 cursos de carrera, es decir, el 11.3 % de los cursos, se encuentran enfocados en temas relativos a la administración pública, ni qué decir de los cursos que requieren de mayor especialización para asegurar el desarrollo de capacidades en nuestros estudiantes, que les permitan egresar y dedicarse con éxito a temas de gestión pública o modernización del Estado. Enorme deficiencia que presenta el currículo de nuestra Facultad y que debiera ser reorientado a efectos de no formar únicamente abogados con mentalidad litigiosa, sino abogados activos en la gerencia estatal y gubernamental que buena falta le hace a nuestro país.

En cuanto a abogados abocados a la correcta gestión de los colegios de abogados, y que debieran fungir como fiscalizadores de las actuaciones de sus agremiados, deberían constituirse en entes de capacitación efectiva y constante no solo para el desarrollo de habilidades técnicas, sino también humanas y, principalmente, éticas. La Facultad no cuenta con cursos especializados en este extremo. Algo parecido ocurre en el caso del Colegio de Notarios de Cajamarca, y del propio trabajo en notarías, que solo cuenta con 1 curso dentro del currículo. En lo que toca a la Cámara de Comercio de Cajamarca, no existen cursos directamente enfocados a sus actuaciones, pero por lo menos 7 de los cursos generales podrían ser relacionados para desarrollar algunas capacidades relativas.

Mención aparte merecen los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que suponen medios eficientes para alcanzar el valor justicia, para lograr tutela efectiva de derechos fundamentales, pero que han sido tenidos como menos frente al proceso judicial, por cuestión de tradición y no por cuestión de eficiencia o eficacia para obtener justicia. Tan es así que los abogados que actualmente ejercen la carrera no le prestan crédito a su eficacia resolutoria de conflictos sociales y suelen utilizar uno de ellos, la conciliación, como medio para acceder a cierto tipo de procesos jurisdiccionales, salvo raras excepciones. Y cómo no podría ser, si nuestro currículo reserva solo 1 curso para este tema que debe compartirse, además, con los conocimientos en arbitraje internacional, por lo que existe una total desatención de ramas del derecho que no solo resultan gratificantes económicamente para los abogados, sino que simplifican las disputas y encuentran consenso en la administración de justicia.

En consecuencia, dado que la idea de justicia se ha utilizado históricamente para hacer referencia al resultado de un proceso jurisdiccional, lo que en realidad constituye una tergiversación del contenido de aquel valor supremo que busca tutelar efectivamente los derechos fundamentales de las personas de una sociedad, la educación del derecho también se ha orientado a la formación de profesionales creyentes por cuestión de fe en que el único mecanismos resolutorios de conflictos es el proceso jurisdiccional, quienes dirigen su formación ciegamente a los alcances de este extremo del derecho hoy sumamente limitado en su eficacia y desdeñan otros campos expeditos para ser explorados y aprovechados; es decir, nos y los conducimos «como ovejas al corral», del cual muchos de nosotros no podremos salir.

II.2. Botones acerca de la realidad a nivel jurisdiccional

Las entrevistas tanto con jueces como con abogados litigantes han dejado, en resumen, la evidencia de las siguientes circunstancias que serán presentadas sin seguir un orden temático específico, sino el orden en que han sido manifestadas, con la aclaración de que por razones éticas en la investigación no me será posible consignar el nombre y cargo de los entrevistados, a efectos de no generar represalias o afectaciones involuntarias a sus carreras:

A. Respeto de los jueces y operadores jurídicos del Poder Judicial

- 1) Muchos de los magistrados requieren de asistentes para que realicen proyectos de autos y sentencias jurisdiccionales. De ahí que resulte que no solo el juez realice labor judicial, sino también servidores que no han postulado para ello y que no han superado los filtros de selección que sí han tenido que atravesar los jueces. Ello en razón de la sobrecarga procesal, lo que reduce a los jueces que optan por esta posibilidad en meros revisores y suscriptores del trabajo de alguien más y lo que convierte desnaturaliza las funciones ideadas dentro del sistema jurisdiccional. Cabe resaltar que esta ocurrencia no es privativa del Poder Judicial, sino también del Ministerio Público y, en virtud de la propia sobrecarga, también de algunas procuradurías públicas, oficinas de asesoría jurídica, entre otras entidades.
- 2) Otros magistrados, quienes deciden asumir la redacción de sus resoluciones de fondo, trabajan hasta 15 horas al día dentro de su despacho, quienes tienen hijos o familia y esperan hasta que estos duerman para retomar el trabajo durante la noche y poder cumplir con la producción que se les exige.
- 3) Algunos magistrados, pensando en la producción, separan a sus expedientes como urgentes y no urgentes, y se basan en diversos criterios, como, por ejemplo, en materia penal, aquellos que se tratan de reos en cárcel en los que se tienen que cumplir con plazos más cortos y los que se tratan de reos libres con plazos más largos. Asimismo, también se ven obligados a priorizar pensando no en la naturaleza del proceso o el beneficio de los justiciables, sino bajo la tensión de cumplir con la producción que se les requiere administrativamente. Así, uno de los magistrados mencionó que en ocasiones prefiere sentencias o procesos con un solo demandante, porque la elaboración del documento

es menos tediosa, que hacer esperar aquellos procesos que cuentan con pluralidad de demandantes o demandados, porque de avocarse a estos no podría cumplir y su despacho estaría en rojo, lo mismo que los magistrados, quienes prefieren atender los procesos en los que no se han presentado tantos incidentes por su simplicidad al momento de resolver frente a aquellos que se han ido complejizando por las actuaciones propias de las partes.

- 4) Algunos magistrados que se encargan de juzgamientos penales señalaron que uno de los principales problemas en la sobrecarga es la deficiente actuación de las fiscalías penales que acusan, a pesar de que las investigaciones han sido mal llevadas y no existe el acervo probatorio suficiente como para tener una valoración adecuada. Como resultado, se inicia la etapa judicial únicamente por conveniencias funcionales de los fiscales, más que por el propio interés en dilucidar el caso, lo que termina por afectar incluso la imagen del Poder Judicial, dado que la sociedad suele afirmar que los jueces absuelven porque los acusados les han pagado. Estos casos no solo quitan agenda, sino tiempo, porque, aunque absolutoria por insuficiencia probatoria, la sentencia debe motivarse y ocupar un espacio que podría ocupar un caso complejo, lo que termina por influir en la calidad de las sentencias.
- 5) Otro magistrado ha señalado que la situación del retraso en la administración de justicia jurisdiccional se hace evidente al momento de distribución de los procesos. En su caso, sortean 20 procesos semanales por cada magistrado que, en su materia, son 2, es decir, un promedio de 10 expedientes que debe resolver por semana (5 días) o, lo que es lo mismo, un aproximado de 2 expedientes por día para no tener carga atrasada. Sin embargo, no todos los procesos son simples, sino que existen procesos difíciles que necesitan uno o dos días de estudio y uno más para redacción, lo que termina por acumular la carga como una bola de nieve; en definitiva, sin cumplir los plazos establecidos para resolver, atrasándose en promedio 2 o 3 meses por expediente, lo que según los órganos de control es razonable para la realidad judicial. Las razones son diversas y han sido determinadas por los estudios realizados por los propios órganos de control del Poder Judicial. Se determina que la situación problemática sucede por la falta de personal en todos los distritos judiciales, lo que exige mayor dedicación en horas de trabajo; el hecho de que todos estos se hayan convertido en litigiosos; falta de capacitación del personal

promovida por la propia entidad; pocos servidores jurisdiccionales que se capacitan con sus propios recursos, por último, la falta de frutos de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos a los que los abogados los orientan únicamente para acceder al poder judicial. Por otro lado, se requiere la creación de nuevos órganos jurisdiccionales especializados.

- 6) Uno de los servidores jurisdiccionales refirió que la administración jurisdiccional tiene la idea de que los servidores deben ser esclavizados, porque utilizan frases como «ponte la camiseta», «agradece que tienes trabajo», «otra persona lo puede hacer mejor que tú». Asimismo, esperan que se hagan horas extras sin ningún tipo de reconocimiento, que lleven trabajo a casa o vayan a trabajar sábados y domingos. Ese es el origen del problema, porque no contratan más personal. En todos los órganos jurisdiccionales en los que ha laborado, el exceso de la carga ameritaría el doble de personal, pero como no se abre esa posibilidad, lo que hacen es explotar al trabajador, por lo que la normalización de la demora en el trámite jurisdiccional significa en realidad un callejón sin salida, porque los esfuerzos para reducir los plazos necesariamente involucran la sobreexplotación de los trabajadores. Esto se ve empeorado con otra situación que también es un hecho: se contrata personal que no trabaja, no cuenta con las capacidades suficientes para afrontar la carga, no ha sido su experiencia con sus compañeros de trabajo que hacen horas extras, se llevan trabajo a la casa, van en días feriados y, aun así, no pueden reducir la carga y bajar los plazos, situación que trasciende el mismo órgano jurisdiccional hacia tal vez una reforma que aumente la eficiencia. No existe un análisis de oras hombre o una reorganización de personal hacia lugares en los que son más necesarios.
- 7) En cuanto a los formalismos, creen que el EJE ha sido una salida que ha ayudado a disminuir la carga, porque a veces se presentan formalismos tontos en la tramitación de los procesos jurisdiccionales que han sido disminuidos por este medio, pero que, con todo este beneficio, la sobrecarga sigue siendo exponencial.

B. Respecto de los abogados litigantes

- 1) Uno de los entrevistados señala que la respuesta mágica del Poder Judicial es la sobrecarga y que resulta sumamente difícil para el litigante acelerar la tramitación de los procesos, más aún cuando los

operadores jurisdiccionales toman la preocupación del abogado por los plazos como una afrenta y lejos de acelerar el trámite terminan alatargándolo más, además de que se generan animadversiones.

- 2) De igual forma, admite que se ha normalizado el retardo en la administración de justicia, pero señala que tal normalización no es aceptada por los litigantes que buscan acelerar las tramitaciones con el seguimiento del proceso, con los escritos de impulso, aunque muchas veces estos tengan efectos contrarios.
- 3) La salida que se propone podría ser la creación de juzgados especializados, en los que se puede incidir o presionar a nivel del Colegio de Abogados, protestas sociales, procesos de amparo. Sin embargo, admite que es un problema de nunca acabar que termina por afectar al usuario de la administración de justicia jurisdiccional.
- 4) Otro de los entrevistados señala que las agendas en temas de audiencias se están programando para julio de 2024, es decir, casi para un año después.
- 5) Otro entrevistado cuenta sus experiencias con algunos procesos. Menciona que desde el 2019 recién cuentan con sentencias de primera instancia, otros en los que recién se han emitido algunos autos de reprogramación de audiencia que han sido cuestionados, pero sin efecto alguno con la justificación de que el juzgado se está reordenando por la abundante carga procesal.
- 6) El entrevistado considera que estas actuaciones deficientes afectan la tutela jurisdiccional efectiva, pues el justiciable y su defensa recurren al aparato jurisdiccional para buscar una solución a su caso, pero muchas de las veces no llegan a obtener nunca una tutela. Por ejemplo, uno de sus clientes, que tenía como esperanza su sentencia de beneficios sociales para tratar su enfermedad, mientras esperaba su situación, se agravó y falleció, y su proceso aún sigue en trámite.

Así como estas circunstancias, se presentan muchas más a nivel jurisdiccional, todas las que deben ser evidenciadas a efectos de desmitificar la suficiencia del denominado Poder Judicial para administrar justicia y a fin de comenzar a buscar alternativas de solución a las iniquidades que ello supone para la tutela efectiva de los derechos de las personas que buscan justicia. Por otro lado, las facultades de derecho del país tienen un papel preponderante en este problema, por lo que también deben reeva-

luar hacia dónde camina la educación de nuestros estudiantes, qué tipo de abogados queremos formar: aquellos que tengan al litigio como única salida para tutelar derechos o que tengan la acuciosidad para encontrar alternativas que provean verdadera justicia a sus clientes, lo que involucra también un compromiso con la finalidad última de su labor.

III. Conclusiones

- La realidad en el denominado Poder Judicial da cuenta de múltiples circunstancias que retardan y hasta eliminan la posibilidad de administrar justicia por esta vía, por lo que se hace imperativo la búsqueda y diseño de sistemas alternativos para cumplir con tal finalidad.
- Tanto usuarios de la administración jurisdiccional de justicia como abogados defensores, magistrados y operadores jurisdiccionales son conscientes de la dificultad que supone la sobrecarga procesal y los demás problemas presentes en el sistema jurisdiccional para administrar justicia desde una perspectiva material, lo que impide la tutela efectiva de los derechos fundamentales de quienes acceden al proceso judicial.
- El currículo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, a pesar de recoger los demás ámbitos de desarrollo de los profesionales de derecho, sigue orientando la formación de los estudiantes hacia la formación litigiosa y fanática del derecho jurisdiccional, puesto que el 79.03 % de los cursos se encuentran referidos a este campo del derecho.
- Existen otros campos del derecho en los que hacen falta abogados competentes y que constituyen plazas laborales aprovechables para nuestros egresados, como ocurre con el derecho administrativo y otras materias relacionadas, pero con mayor especialización; sin embargo, nuestro currículo solo ofrece el 11.3% de cursos para formar profesionales que cuenten con tal especialización.
- La falta de especialización en otros campos y su relación con la jurisdiccionalización del derecho se agudiza en otros caos en los que existe nula especialización o porcentajes ínfimos de cursos programados en el currículo, como ocurre con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos o el estudio del pluralismo jurídico que cuentan solo con 1 curso contemplado, es decir, el 1.6 %.

- La formación en derecho orientada hacia la función jurisdiccional, la función fiscal, la asistencia en las dos funciones anteriores o el litigio conduce a nuestros estudiantes «como ovejas al corral», y limita la posibilidad de acceder a otros campos de formación y de desarrollo profesional.

IV. Referencias

- Adjuntía en Asuntos Constitucionales. (2015). «Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional. Defensoría del Pueblo.
- Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. (2006). Informe Defensorial N.º 109. *Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar*. Defensoría del Pueblo.
- Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad. (1999). *Informe Defensorial: El derecho a un proceso sin dilaciones: el caso de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia*. Defensoría del Pueblo.
- Alata Nina, M. (2015). *Carga procesal en el Poder Judicial y la implementación de un proceso civil común en el Perú*. Universidad Andina «Néstor Cáceres Velásquez». Escuela de Postgrado. Doctorado en Derecho.
- Ccuno Aronaca, C. R. (2023). *La etapa intermedia y la vulneración del principio de celeridad procesal por los juzgados de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, sede central - 2021*. Universidad Andina del Cusco. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela Profesional de Derecho.
- Defensoría del Pueblo. (1998). *Icumplimiento de Sentencias por parte de la Administración Estatal*. Defensoría del Pueblo.
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. (2019). *Currículo 2019*. Universidad Nacional de Cajamarca.
- Villena Vera, R. E. (2017). *Tratamiento jurídico penal de la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas del procesado en la tramitación del proceso penal*. Universidad Andina del Cusco. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Escuela Profesional de Derecho.

Reflexiones sobre la violencia y el derecho moderno

Hacia un derecho crítico a partir
de la exterioridad humana

Reflections on violence and modern law
Towards a critical law from of human exteriority

GIRÓN MEGO, Frank David(*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Reflexiones filosófico-histórico-político-éticas sobre la violencia y el derecho en la modernidad. **III.** La violencia y la exterioridad como categorías críticas del derecho moderno. **IV.** Prolegómenos para un derecho crítico. **V.** Conclusiones. **VI.** Referencias.

Resumen: El ensayo comienza con una aproximación crítica a la modernidad como edad del mundo. No se trata de una revisión de la bibliografía dominante acerca del derecho moderno o de la filosofía que lo sustenta, sino de una redacción crítica de la historia mundial y la violencia, con el objeto de plantear un marco que permita senti-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú. Estudios de Maestría en Filosofía por la Universidad Iberoamericana, CDMX, México y Estudios de Maestría en Criminología Crítica y Estudios sobre las Violencias por el Colegio Michel Foucault, CDMX, México. Miembro de la Asociación de Filosofía y Liberación (AFyL) - Perú. Correo electrónico: fdgironm@unc.edu.pe

pensar una categoría históricamente excluida de la reflexión filosófica y, en consecuencia, también del derecho moderno: la exterioridad. Ya con esta categoría y una vez desarrollado el entendimiento de este derecho en el marco de una crítica de la violencia con la que se ha indiferenciado, se apunta a realizar unos prolegómenos para pasar de la crítica del derecho a un derecho crítico.

Palabras clave: derecho, modernidad, violencia, exterioridad, crítica

Abstract: *The essay begins with a critical approach to modernity as the age of the world. It isn't a review of the dominant bibliography on modern law or the philosophy that supports it, but rather a critical writing of world history and violence, with the aim of proposing a framework that allows us to feel-think a category historically excluded from philosophical reflection and, consequently, also of Modern Law: exteriority. Already with this category and once the understanding of this law has been developed within the framework of a critique of violence with which it has been undifferentiated, it aims to carry out some prolegomena to move from the critique of Law to a critical law.*

Keywords: *law, modernity, violence, exteriority, critic*

I. Introducción

El inicio de la modernidad no se reduce a un momento concreto. Al romanticismo alemán, por ejemplo, que se encargó de diseñar una división histórica hasta ahora vigente a pesar de no contar con sustento científico. Las populares Edad Antigua, Edad Media y Edad Moderna comprendidas en un avance geopolítico este-oeste no existen. El empoderamiento económico y militar europeo inició con la invasión de América. El salto histórico de la ilustración francesa, el romanticismo alemán o la revolución industrial inglesa, incluso el del renacimiento italiano, no pueden ser comprendidos sin la constitución de un sistema-mundo (Wallerstein). Este inicia con la apertura atlántica de la periférica Europa que hasta el siglo XV y todavía después experimenta las secuelas de su edad media. Una etapa que solo puede atribuirse al espacio-tiempo europeo y no a otros lugares geopolíticos en donde la ciencia, la filosofía, el saber y el comercio florecían. La preponderancia del mediterráneo disminuyó, lo que conllevó a que sea relegado por un océano que ahora es la vía que conecta el novísimo sistema-mundo que con diplomacia y esencialmente violencia se irá globalizando. Entonces América será la primera identidad moderna en función de la cual se va constituyendo Europa como el centro de ese sistema.

Con el encubrimiento de América (1492), Europa va adquiriendo poder. El oro y la plata de sus colonias colocan las bases de su dominación económica. Devalúa las formas de intercambio de África, Medio Oriente y Asia. El creciente poderío militar, naval y terrestre se hace notar con el desafío contra árabes (califatos se acentuaron en África y Europa actuales Portugal y España entre los 600 y los 1500) y luego contra turco-otomanos (las guerras habsburgo-otomanas duran cerca de 300 años, entre 1526 y 1791⁽¹⁾). La revolución industrial, la ilustración y el romanticismo abrevan de este proceso inicial inaugurado y sostenido en la colonización. Esta estructuración (Dussel, 2007) de la *modernidad temprana* (entendida en dos etapas: una primera entre 1492-1630 y la segunda entre 1631-1789) como *colonización* sentará las bases de la *colonialidad* posterior de las excolonias durante la *modernidad madura*.

Hegel, sin sustento científico serio, dice que la historia transcurre de este a oeste. Antes de la raza humana, la especie homínida, de la cual descendemos, hace cuatro millones de años, nace en África. El más reciente homo sapiens aparece hacia unos doscientos mil años. Desde África, el género *homo*, y después la especie humana, va poblando todo el mundo en dirección al este. Unos se desvían a la fría Europa, el principal contingente continua a Medio Oriente, Asia, Oceanía y, luego, a través del Estrecho de Bering (o cruzando en embarcaciones el Océano Pacífico), llegan a «América». Esta parte del mundo, a pesar de la versión dominante, no es occidental. Es el «extremo oriente de oriente». El descubrimiento humano de América sucede hace treinta mil años. Desde entonces, la época errante dará paso a la conformación paulatina de culturas alrededor del mundo. Los principales centros urbanos no solo florecerán en Sumeria, Fenicia, Mesopotamia, Egipto, sino también en América, con complejos urbanos de similar antigüedad en Caral (cinco mil años de antigüedad, aprox.), Perú o la cultura olmeca en México.

Para el romanticismo europeo, los pueblos americanos no hacen historia, no pertenecen a ella, es decir, son prehistoria, no producen cultura, y la cultura de pueblos asiáticos, africanos, oceánicos, es atrasada o inmadura. Para Hegel (2004), América «se trataba de una cultura natural, que había de perecer tan pronto como el espíritu se acercara a ella. América se

(1) Recuérdese que el Imperio Otomano tuvo su máxima expansión en 1683, casi dos siglos después de la incorporación de América a la dominación europea (iniciada por España y Portugal).

ha revelado siempre y sigue revelándose impotente en lo físico como en lo espiritual» (p. 160). Weber⁽²⁾, ilusoriamente, también se pregunta: ¿qué características excepcionales internas hicieron posible el salto civilizatorio europeo hacia la «modernidad» y hacen de esta una «dirección evolutiva de significación y validez universales»? El romanticismo no puede ser un referente importante para la re-construcción crítica de la historia mundial. La historia universal deviene del rescate de las víctimas históricas de la dominación en las que Walter Benjamin (2008) pensaba: historias, cuerpos y territorios históricamente negados.

Aunque toda cultura pueda ser etnocéntrica, el etnocentrismo europeo moderno es el único que pretende identificarse como «universalidad-mundialidad», como así lo refiere Dussel (2000):

Su superioridad será, en buena parte, fruto de la acumulación de riqueza, experiencia, conocimientos, etc., que acopiará desde la conquista de Latinoamérica.

La Modernidad, como nuevo «paradigma» de vida cotidiana, de comprensión de la historia, de la ciencia, de la religión, surge al final del siglo XV y con el dominio del Atlántico. El siglo XVII es ya fruto del siglo XVI; Holanda, Francia, Inglaterra, son ya desarrollo posterior en el horizonte abierto por Portugal y España. América Latina entra en la Modernidad (mucho antes que Norte América) como la «otra cara» dominada, explotada, encubierta. (p. 29)

Analizar el mito de la *modernidad* como *sacrificialidad* histórica sobre cuerpos y territorios inmolados al oro y la plata (de las minas de Potosí en Bolivia y Zacatecas en México, etc.), permite denunciar los fetiches del sistema-mundial nacidos con la invasión de América Latina. El capitalismo mercantilista pasa a ser capitalismo industrial. Ninguna es innovación europea. Valga de ejemplo, la tecnología empleada por Inglaterra para tal fin la tenía ya China, pero su racionalidad no se lo permitía.

(2) «Weber se enfrenta a los babilónicos, que no matematizaron la astronomía, en cambio los griegos sí (pero Weber no sabe que los helenos la aprendieron de los egipcios); o que la “ciencia” surgió en Occidente, frente a la India, China, etc., pero olvida citar el mundo musulmán, de donde Occidente latino aprendió en el aristotelismo la actitud “experiencial”, empírica (como los franciscanos de Oxford, o los marsilios de Padua), etc. Siempre podría falsarse cada argumento heleno o euro-céntrico de Weber, si tomamos el 1492 como última fecha de comparación entre la pretendida superioridad del Occidente ante las otras culturas» (Dussel 2011, p. 76).

La «segunda modernidad», después de España y Portugal y la *colonización imperial*, será la simplificación y radicalización del espíritu capitalista en cuanto dominio del comercio con racionalidad y lógica imperialista sobre las colonias. Este modelo lo sigue Flandes, Francia, Alemania, Inglaterra, etc. De ahí la conquista de puertos y fundación de ciudades capitales periféricas *ad hoc*. Al respecto, cabe citar a Dussel (2000):

Sólo cuando se niega el mito civilizatorio y [...] la inocencia de la violencia moderna, se reconoce la injusticia de la praxis sacrificial fuera de Europa [y aún en Europa misma], y entonces se puede igualmente superar la limitación esencial de la «razón emancipadora». Se supera la razón emancipadora como «razón liberadora» cuando se descubre el «eurocentrismo» de la razón ilustrada, cuando se define la «falacia desarrollista» del proceso de modernización hegemónico.

[...] no se trata de un proyecto pre-moderno, como afirmación folklórica del pasado; ni un proyecto anti-moderno de grupos conservadores, de derecha, de grupos nazis o fascistas o populistas; ni un proyecto post-moderno como negación de la Modernidad como crítica de toda razón, para caer en un irracionalismo nihilista. Debe ser un proyecto «trans-moderno» (y sería entonces una «Trans-Modernidad») por subsunción real del carácter emancipador racional de la Modernidad y de su Alteridad negada («el Otro» de la Modernidad), por negación de su *carácter mítico* (que justifica la inocencia de la Modernidad sobre sus víctimas y por ello se torna contradictoriamente irracional). En ciertas ciudades de la Europa medieval, en las renacentistas del *Quattrocento*, creció formalmente la cultura que producirá la Modernidad. Pero, la Modernidad realmente pudo nacer cuando se dan las condiciones históricas de su origen efectivo: el 1492 -su empírica mundialización, la organización de un mundo colonial, y el usufructo de la vida de sus víctimas, en un nivel pragmático y económico. *La Modernidad nace realmente en el 1492 [letra cursiva agregada]*: esa es nuestra tesis. Su real superación [...] es subsunción de su carácter emancipador racional europeo trascendido como proyecto mundial de liberación de su Alteridad negada: la «Trans-Modernidad» (como nuevo proyecto de liberación político, económico, ecológico, erótico, pedagógico, religioso, etcétera). (p. 30)

El argumento weberiano es falso. Las circunstancias que anidaron la *modernidad* corresponden a la sobredeterminación de múltiples

factores, principalmente la invasión y dominación de América (y África y Asia), en donde inicia el *sistema-mundial* y su *estructuración colonial*. Se impone la descolonización teórico-práctica y la construcción de procesos de liberación de la condición humana como el mayor reto actual. Esto tiene especial relevancia porque en ese contexto geopolítico (de producción del *ser*, del *saber*, del *poder*, de la economía y de determinada racionalidad y subjetividad) se inscribe el origen y desarrollo del *derecho moderno*, objeto al que dirigimos las reflexiones sobre la *violencia* (violencia que informa el seno de esta nueva etapa mundial).

II. Reflexiones filosófico-histórico-político-éticas sobre la violencia y el derecho en la modernidad

En la *modernidad* se asumen presupuestos teóricos propios también del derecho moderno, que hacen pasar por humanistas a John Locke, Stuart Mill o Max Weber. No obstante, el humanista es Karl Marx (Hinkelammert, 2018). Su crítica de la *modernidad capitalista* sienta las bases de una *crítica de la religión* en que se ha convertido la *mítica modernidad*. El núcleo de su *crítica*, antes que solo económico, es *ético*. Presenta categorías para pensar el proceso económico y la *totalidad moderna*. Es decir, realiza una denuncia ética de la producción capitalista. El *ser* de la *modernidad* eurocentrada es *capitalista* y el *no-ser* es lo que está más allá de ese relato, aquello que esta no quiere o no puede pensar.

De la lógica actual del sistema dominante, se sigue la eliminación actual absoluta del ser humano, como sujeto, que hoy en día se implementa en las ciencias económicas [y sociales y humanas en general]. Esta eliminación [...] es tan cínica como toda la teoría económica dominante: se reduce al ser humano a ser capital humano. (Hinkelammert 2018, p. 98)

Esta *modernidad* se acentúa en las poblaciones periféricas, en cuanto se constituye por subsunción (negación y encubrimiento) del *otro* y de lo otro. Ahora bien, *El Capital* ofrece herramientas críticas (éticas) para denunciar tal sistema productor de injusticia. Esta es la mayor obra de Marx, que se presupuestó en seis tomos. Además del capital, los otros cinco contendrían temas como el salario, la renta (o capital propietario de la tierra), la relación entre los Estados y sobre el mercado mundial.

En el sexto tomo, Marx hubiera introducido el análisis *centro-periferia*, es decir, la *colonialidad*⁽³⁾ como la otra cara de la *modernidad*. Problemática acuñada por los marxismos negros (Grosfoguel, 2018, p. 14) no reconocidos por Aníbal Quijano (2014), «creador» de este neologismo, intuida por Marx, pero no desarrollada.

El macroproceso de la edad la *modernidad* está plagado de procesos revolucionarios, de liberación y resistencia. ¿Desde dónde se puede juzgar esos procesos históricos, políticos, económicos, jurídicos? ¿Cómo valorar sus fracasos? ¿Qué categorías usar? La *exterioridad absoluta* para Marx es el *pobre*, pero no en cuanto miseria, sino en cuanto desposeído de *medios* para procurar la *producción y reproducción de su vida*. El pobre no tiene más que ofrecer que su propia *actividad o capacidad para trabajar*. Está a merced del capital. Es la exterioridad del capital (en cuanto negación que este hace para afirmarse a sí mismo valorizándose) excluida, en cuanto pobreza, y oprimida, en cuanto explotación. En este sentido, el criterio para evaluar la descomunal injusticia que vive la humanidad en la *modernidad* es la *vida*. Y, para empezar, no la vida del dominador, sino la del dominado. De esta manera, la liberación de los dominados involucra la abolición de las estructuras que hacen posible la dominación, mas no necesariamente la negación de la vida del opresor. Lo humano absolutamente humano es el ser y estar de la *vida*; categoría que, a través de un diálogo pluriversal, puede ser la *f fuente* de un *humanismo real y analógico* manifestado en las prácticas, culturas y sociedades indistintamente de su especificidad.

Los procesos críticos van de la apariencia a la esencia. Eso hacemos con el derecho. Con Freud supimos del *inconsciente*; con Marx, a través de los ojos del *valor*, denunciarnos el *capital*; con Dussel, de la *totalidad* pasamos a la *exterioridad*. Del signo a la realidad de las cosas nos conduce a la *crítica antropológica* de Marx en cuanto *ética de la cotidianidad*. Las creaciones humanas (ya sean mercancías en un mercado o productos que llevan un símbolo por distinción) son, antes que nada, *objetivación* de *actividad humana*. Así, la *f fuente* de lo creado es lo humano, la *vida humana*, en tanto este *ser*, construye su mundo (cultural) en el cosmos (universo). Esta fuente en cuanto dignidad es «valorizada» por el capital que subsume *trabajo vivo*, y ge-

(3) «La noción de colonialidad del poder se refiere a la prolongación contemporánea de las bases coloniales que sustentaron la formación del orden capitalista [...] en la actualidad» (Pajuelo Teves, 2002).

nera riqueza que es *trabajo muerto* (trabajo que deja de circular y se acumula *irracionalmente*⁽⁴⁾), al no volver hacia sus creadores (para subjetivarse).

La sospecha que la ley funda violencia o es efecto de esta ya se hallaba en Marx. Este, como crítico de la modernidad, supera a Weber (Hinkelammert, 2018). Para Hinkelammert, la herencia crítica (*ética*) no se reduce a los inicios de la *modernidad*, puesto que viene, más bien, de tradiciones distintas a la raíz helénica reivindicada por la *modernidad*; por ejemplo, la semita con un Pablo de Tarso o un Jeshúa de Nazaret. Este último resiste la tentación de la dominación del mundo que le presenta Satanás. Para Jeshúa no es de trascendencia la supuesta tentación que significó para un san Antonio el cuerpo de la mujer. Esta herencia que condenó la corporalidad, la sensualidad (tradición que replica san Agustín) y la mujer como entrada al infierno (Hinkelammert 2018, p. 78) es potenciada durante la *modernidad*. El sistema capitalista redujo la corporalidad hacia los puros fines con la aberrante proposición de *capital humano*.

En la modernidad, el *modo de apropiación* del *valor* (trabajo humano objetivado) compra la corporalidad del explotado con un salario. Ya no se trata del *diezmo* durante el Medioevo europeo (en donde el feudo posee la tierra sin poder venderla y tampoco al trabajador), sino de la *invisibilización del plusvalor* (trabajo humano objetivado en el *producto* no devuelto al trabajador, pues no puede ser objetivado en el *salario* que le paga el capitalista) (Dussel 2008, p. 105). La disolución y el sometimiento de otros modos de trabajo y de apropiación de la naturaleza sientan una parte de las bases capitalistas: trabajadores «libres» y acumulación de dinero. Los *pobres*, «excluidos» de los medios de producción, son obligados a dejar su comunidad y no pueden reproducir su vida, por lo que tienen que vender su corporalidad.

La instalación «de un capitalismo periférico europeo no pudo ser lo que fue sin la instalación de un sistema mundial» (Dussel, 2008, p. 106). En la *acumulación originaria* del capitalismo moderno aparece la problemática de la periferia. El *dinero originario* no es todavía capital, puesto que solo cuando compre trabajo, medios de producción y llegue al producto, y este a la mercancía y, por consiguiente, esta sea vendida como dinero, está finiquitado el primer proceso del capital. Por tanto, tiene que completarse

(4) ¿O deberíamos preguntar por su «racionalidad»? ¿Qué racionalidad hace que el uno por ciento de la población mundial acumule más del cincuenta por ciento de la riqueza?

la primera espiral para poder hablar de capital originario. Ahora bien, para el segundo momento del capital como *plusvalor*, tras muchas rotaciones, el primero deviene *puramente plusvalor* (Dussel, 2008, p. 108), pues el dinero inicial no importa. Todo el *valor* del capital será *trabajo humano impago* (robado). Esta es la esencia del capital que se acumula: *vida humana objetivada* (Dussel, 2008, p. 108). Por eso, a la circulación del capital Marx la llamará «circulación de sangre»⁽⁵⁾.

En tal sentido, Dussel (2008 explica:

No es lo mismo decir *fundamento* que *fuerza*. *Fundamento* es el *ser* [...]. En el tiempo necesario de trabajo yo produzco el *valor* de mi salario, y ese tiempo necesario está fundado en el *ser* del capital, porque me ha pagado un salario con el dinero del capital; pero cuando yo trabajo más allá del *valor* de mi salario, en el *plus-tiempo* del *plus-trabajo*, la producción de ese *valor* no está fundado en el capital, porque no me pagan, está fundado en la nada del capital, en mi propia *subjetividad* (*fuerza* creadora del *valor* desde la *nada*). (p. 84)

El pobre como «trabajador es comprado y *subsumido* en el capital. ¿Cómo es subsumido en el capital?, como proceso de trabajo [...]. El proceso de trabajo [...] es inherente a todas las formas de producción [...] el proceso del trabajo [es presentado] dentro del capital [...] y constituye su *contenido*, Este *contenido* es el problema de Marx, este es su *materialismo* [...] ¿Quién hace el proceso de trabajo? Un ser corporal, que mueve sus manos y consume la energía de su cuerpo. Por eso se dice, uno está trabajando, está cansado, agotado, y tiene que irse a su casa para dormir y para comer, y para *reponer* aquello que ha gastado. ¿Dónde está aquello que ha gastado?: en el producto, como *valor de cambio*. Yo *objetivo* en el producto mi *propia vida*. Y lo que era mi vida, como contenido, ahora es *valor de uso*. (p. 87)

¿Por qué hacemos estas precisiones que parecen, de momento, tan apartadas de los fines de este ensayo: la *violencia* y el *derecho*? Si parecen apartadas es porque aún hace falta una categoría encubierta que nos hará comprender cómo ese robo y muerte de vida, que es el capital, mediante las representaciones del sistema moderno, (entre ellas el *derecho*) llega a concebirse como legal, legítimo, justo y pacífico. Este encubrimiento que consiste en presentar la vida robada por el capital como riqueza auto-

(5) Se trata de una referencia a una metáfora ni romana ni griega, sino semita. Los pueblos semitas, entre ellos el judío, identificaban que la vida está en la sangre.

producida y propia (y, por tanto, creada de la *nada*) se lleva a cabo con leyes y normas que regulan estas relaciones. Esta es la forma originaria que caracteriza al *derecho moderno*. Las reflexiones sobre la violencia no se reducirán a una crítica del contractualismo (laboral) encubridor de esas relaciones de explotación, sino que nos conducirán, con paciencia insistente, a descubrir aquella categoría crítica a la que nos referiremos en el apartado siguiente: la *exterioridad*, la cual hacemos notar, ya que tiene por contenido una *materialidad* o *corporalidad viviente*, esto es, el ser humano (y la naturaleza). Continuemos.

En la disquisición sobre la *doctrina de la renta* (contra Smith, Ricardo y Malthus), Marx hace ver que lo que crea *valor de cambio* es el trabajo humano, la persona, no la tierra por más fecunda que ésta sea. Se debe determinar la *fuerza del valor*, que como ya venimos diciendo, es siempre el *trabajo*, el *trabajo humano*. Con la deuda externa de los países latinoamericanos y periféricos:

[...] nunca se ha pagado capital tan *puro* (porque es *transferencia de valor*, no sólo de dinero), sin intercambio. Para Marx, el pago del interés, se hace con vida humana [...]. De tal manera, el pago de la deuda es disminución de vida. (Dussel, 2008, pp. 109-110)

El problema a nos hace enfrenta la *colonialidad/modernidad* es el encubrimiento del otro/a, el encubrimiento de su vida: la subsunción de la *exterioridad* en la *totalidad moderna*. La crítica de la *modernidad* en cuanto *totalidad*, desde la *exterioridad* como categoría de análisis histórico-filosófica, permite descubrir, exhibir, ese encubrimiento o *negación vital* que la *colonialidad*, el fetichismo (del *mito sacrificial* de la invasión de América), la individualidad de masas, el capitalismo, han producido en la historia reciente como colonialismo y, después, como dependencia (mucho más profunda incluso) estructurada en *colonialidad del ser*, del *saber* y del *poder*. Por consiguiente, se debe rebatir la idea sustancialista (Dussel, 2008, p. 28) de que la modernidad viene de Europa, pues en realidad se basa en la invasión (inclusión-exclusión) de la periferia latinoamericana; primera identidad moderna (mundial) que genera riqueza de la hasta hace poco periférica Europa (del sistema interregional afro-asiático-europeo). El problema también es la *exclusión*, no solo la *lucha de clases* (Dussel, 2008, p. 31). En consecuencia, esto afecta nociones teóricas, desde la *inclusión por exclusión* (agambiana), la *excepción* (Herbert Marcuse) y lo colonial (estudios subalternos y decoloniales). Evidencia la *excepción* en la *excepción*. Si se vive en

un mundo colonial, los estados de excepción usados para mantener dicho orden son una *excepción en la excepción*, injusticia dentro de la injusticia.

Por otro lado, Marx critica a Hegel «porque a Hegel no le interesa la realidad, sino, le interesa *el saber que yo tengo* de la realidad [...]. Es decir, Hegel es una *conciencia* que tiene un saber *autoconsciente* y que le interesa esa *conciencia*» (Dussel, 2008, p. 39). Marx diferencia *material* (en cuanto contenido) y *materiell* (en cuanto cosa física). El materialismo dialéctico confundió ambos. En este sentido, opondrá el *cuerpo* y la *corporalidad* a las *ideas*. El ser humano antes que nada es un *ser natural*:

[...] yo tengo un cerebro, el cerebro es un todo aún físico [...], son miles de millones de neuronas [más complejas que el universo entero], que se transmiten una a la otra por sinapsis [...], si yo no como, mi cerebro languidece y, por último, se muere. Si yo fuera inmortal, si mi alma fuera inmortal, como la de Sócrates, estaría muy contento de morirme [...]: pero el fundador del cristianismo estaba muy triste de morirse, en el Getsemaní, y decía ¡ay!, porque si me muero me muero, y estaba el hombre sudando sangre [...]. (Dussel, 2008, p. 45).

La palabra más frecuente en Marx es «vida». La vida es necesitante; si la persona no necesitara, no sería necesaria una económica. Dado que el ser humano es capaz de *reproducir su vida* a través de producir pan y también de excluir a unos y dárselo a otros, aparece el problema de la política, la cultura, la sociedad, la ética, la filosofía y, por supuesto, del mismo derecho.

En tal sentido, «La teoría [...] es una astucia de la vida; pero esto no es Nietzsche, sino [...] un ataque a Nietzsche» (Dussel, 2008, p. 45). El ser humano es un *ser necesitante* y en consecuencia *sufriente*. Esta necesidad se vuelve insaciable y el sufrimiento se crea debido a la *lógica* que gobierna el sistema moderno: la generación de riqueza [...] antes que de la necesidad humana. Y por esto, «[...] la modernidad es dualista, hasta Kant y Hegel. Y lo sigue siendo hasta hoy, porque mata los cuerpos, pero el capital está muy saludable. Eso es dualismo» (Dussel, 2008, p. 41).

Esto es una cuestión ética, y por *ética* entiéndase *universal*, pero no en un sentido tradicional como lo tomaría «el pensamiento formalista contemporáneo [que] dice que la ética material es particular, Marx dice que es *universal*» (Dussel, 2008, p. 42).

En cuanto a la universalidad del ser humano:

[Esta] aparece en la praxis, justamente la universalidad que hace de la naturaleza su cuerpo [in]orgánico, tanto por ser un medio de subsistencia inmediato [yo como o vivo de ello], como por ser la materia [ahora con *e*, *materiell*], el objeto y el instrumento de la actividad vital. (Marx, 2010, p. 39)

Entonces, según Dussel (2008), la persona vive en y de la naturaleza: «la naturaleza es su corporalidad» (p. 43) inorgánica. Este proceso es continuo para no morir. La dialéctica real es *vida-muerte*. La cuestión de la vida no es biologismo o darwinismo encubiertos, es central en el pensamiento de Marx: «El animal es inmediatamente uno con su actividad vital» (Marx, 2010, p. 39). Solo la leve diferencia de la *actividad vital consciente* diferencia al animal humano de la *actividad vital animal*. «[Entonces] para Marx, el ser humano es libre, autoconsciente y espiritual [...]. [Por eso dice que] “hay necesidades del estómago y de la fantasía [en cuanto creatividad espiritual]”» (Dussel, 2008, p. 44). De ahí que Marx incorporara la actividad y el goce social como vínculo con el otro en cuanto existencia suya para el otro.

No solo el material (*materiell*, y aquí usa *e*) de mi existencia humana, de mi actividad, me es dado como producto social, sino que mi propia existencia es esa actividad social, porque lo que yo hago lo hago para la sociedad y con conciencia de ser un ente social. Mi conciencia general es solo la forma teórica de aquella cuya forma viva es la comunidad real. (Marx, como se citó en Dussel, 2008, p. 45)

Bajo esta esencial y descuidada reflexión, nace la necesidad de pensar desde y para la *vida* asumiendo la *comunidad-de-vida* antes que la *comunidad de comunicación* que proponen actores como Appel y Habermas.

[...] hoy en día la conciencia general es una abstracción de la vida real [...]. Es decir, una teoría del mercado como equilibrio [entre oferta-demanda es] una falsa teoría, se enfrenta a la vida real [...]. «La vida es un intercambio de vitalidad productiva. Cada persona individual se comporta [...] como una conciencia y un individuo práctico consciente en el ámbito del intercambio de la vida social. Ella se comporta con el cuerpo social como un miembro singular, ellas mueren cuando se aíslan unas de otras». (Marx, como se citó en Dussel, 2008, p. 46)

La *re-producción de la vida* imprime una *lógica de gratuidad* que la *lógica capitalista* moderna doblega, puesto que encubre su explotación, la incluye excluyéndola. Esta es la substancia de la modernidad eurocéntrica heredada por el imperialismo bélico estadounidense: la guerra de la OTAN en Ucrania es uno de sus efectos. El derecho no puede permanecer ajeno, ya que, por ejemplo, en el ámbito internacional, se puede producir un consenso (disenso respecto de lo dominante) que impida la proliferación de la guerra como racionalidad imperial. Este asunto concierne a la fuerza de la unión que los débiles hacen frente a la dominación, como reflexionaban Einstein y Freud⁽⁶⁾ a inicios del siglo XX.

La vida teórica es una expresión de la vida comunitaria del ser humano. La modernidad (capitalista, misógina, racista, homofóbica, etc.) destruye esta vida al robarle los medios para producir y reproducir comunidad. Hace no mucho, «I can't breathe» decía George Floyd, asesinado al ser arrestado en Estados Unidos. «No puedo respirar», dice una parte de la humanidad que sufre los estragos de un sistema que permitió la brutal mortalidad del virus⁽⁷⁾. «¡No puedo respirar, me muero!», dicen las personas frente a la incompetencia y la indiferencia de sus gobiernos y asesores económicos que evalúan el costo-beneficio. En la *economía neoliberal* no ingresa la *vida* como prioridad y el *derecho* se ha convertido en un campo de batalla para favorecer esa vida —recordemos a Marx polemizando acerca del recojo de leña—. La bolsa está por encima de la vida. Aquí encontramos la *dialéctica vida-muerte*, y la modernidad ha agudizado esta dialéctica. El reto actual está en subsumir esa política, economía, cultura y sociedad de muerte: *sacrificiales* y *fetichistas*, en la *vida*.

A través de estos planteos críticos, observamos que el derecho es crucial durante la edad moderna. En la expansión de la colonialidad/modernidad, la *pedagógica* y el *derecho* tiene un papel como sistema integrado de asimilación de lo *otro* y el *otro*: la *exterioridad*. Al respecto, Chakravorty Spivak (2003) señala que en el imperialismo británico:

(6) Una traducción de estas cartas puede encontrarse en el portal de la UNESCO disponible en <https://es.unesco.org/courier/may-1985/que-guerra-carta-albert-einstein-sigmund-freud>

(7) La COVID-19 deja mucho que pensar acerca de la guerra y las posibilidades de destrucción masiva que ofrece la tecnología en el marco de lo que se conoce como «guerra por generaciones» o «no convencional».

La educación de sujetos coloniales complementa su producción dentro de la ley Un efecto de establecer una versión del sistema británico fue el desarrollo de una difícil separación entre formación disciplinaria en estudios sánscritos y la nativa, ahora alternativa, tradición de la «alta cultura» sánscrita. Dentro de la anterior, *las explicaciones culturales generadas por estudiosos autorizados correspondieron a la violencia epistémica del proyecto legal* [énfasis agregado]. (p. 319)

Según Hegel, los «pueblos naturales» no hacen historia; tampoco, por lo tanto, harían derecho. Esos pueblos ahora están sujetos a las imposiciones de la «comunidad internacional» y organismos multilaterales. Para la academia occidentalocéntrica y las instituciones educativas dominantes, los desarrollos teóricos y prácticas antes del ingreso en la historia con la conquista y la asimilación no son derecho o atraviesan la «prehistoria» en un estadio atrasado. Las leyes de indias y otras similares nos ingresan en la modernidad y con ello en los anales del derecho moderno como derecho de conquista y aval de la acumulación originaria, la propiedad privada, la expropiación de territorios y las formas de explotación de la tierra y el hombre.

En interés de mantener la circulación y el crecimiento del capital industrial —y de la tarea concomitante de administración dentro del imperialismo territorial del siglo veinte—, el transporte, la ley y los sistemas estandarizados de educación fueron desarrollados —lo mismo que las industrias locales fueron destruidas, la distribución de la tierra reconfigurada y la materia prima transferida al país colonizador—. (Spivak, 2003, p. 328)

Además del debate humanista, el derecho tiene que abordar la *fuerza* y deslindarla de la *violencia*. Benjamin desarrolla estos reparos, con especial énfasis en la violencia instauradora y la violencia mantenedora. En términos agambianos, sería lo mismo decir el *estado de excepción* (violencia) como fundador de derecho y garantizador del mismo. El mencionado autor, con miras a diferenciar fuerza de violencia y lo *legítimo* de lo *legal*, distingue violencia mítica (violencia propiamente) de violencia divina (fuerza): una instaure y asegure derecho y la otra lo destruye. Identifica el problema de la creación de derecho, ya que una cuestión es la *crítica del derecho* (moderno) vigente y su indiferenciación con la *violencia* y otra distinta es el *derecho* y su *fuerza*. Esto nos remite a Jacques Derrida, con quien hacemos una reflexión que intenta aproximarnos al problema fun-

dacional del derecho reconociendo en la *justicia* (antes que en el derecho) una «demanda infinita» a partir de la postura ética asumida por Levinas:

He intentado mostrar, en efecto, que la justicia era irreductible al derecho, que hay un exceso de la justicia en relación con el derecho, pero que, no obstante, la justicia exige, para ser concreta y efectiva, encarnarse en un derecho [...]. Naturalmente, ningún derecho podrá resultar adecuado a la justicia y, por eso, hay una historia del derecho, [...] por eso hay una determinación interminable y una perfectibilidad sin fin de lo jurídico, precisamente porque la llamada de la justicia es infinita. (Derrida, 2001, p. 55)

III. La violencia y la exterioridad como categorías críticas del derecho moderno

Ahora se debe superar el *esencialismo antropocéntrico* y *eurocéntrico* que informa la modernidad a partir de un *giro antropológico* serio que rescate el *humano* de todas aquellas relaciones es las que es un *ser* envilecido, torturado, violentado, explotado, asesinado ¿De dónde viene esa demanda infinita de justicia? El contexto en el que se desarrolla el pensamiento crítico y los peligros que corre dada la *colonialidad del saber*, del *poder* y del *ser* nos tiene que llevar a repensar las vías de esta superación de la modernidad y su «mito sacrificial» de la vida. Con Marx escapamos a Hegel, porque para este último hay *totalidad* a la que nada escapa. Marx, al descubrir el *fetichismo* del capital, da vuelta la cuestión. La *alteridad*, la *vida negada* es comprendida por fuera de la totalidad (capitalista), aunque esté subyugada. Así, la *exterioridad* se comprende como el más allá *trans-ontológico*. Transcender la modernidad es ir hacia una *transmodernidad* desde la *corporalidad viviente* como *fuerza creativa* de lo *nuevo liberador*. La modernidad fue augurio, promesa para el *centro*, pero redundó en malestar, empobrecimiento, sacrificialidad para las *periferias* con la mundialización del capital y el mercado por las vías del derecho y la violencia. Entonces, como horizonte civilizatorio la modernidad generó desgracias: de ocho mil millones habitantes del planeta la mitad está bajo el aura de pobreza.

El tren del progreso gira en espiral hacia un abismo. Mientras tanto, se sigue negando otra vía civilizatoria que traiga consigo el *reino de los libres*. Acercarnos a los espacios de lucha que proponen horizontes distintos a la *modernidad tardía*—para nuestro caso, el derecho moderno— es apostar por la *vida* en general y asegurar su continuidad. La *exterioridad*

como *víctima* de la modernidad no hace referencia solo a su victimización sistémica. La *víctima*, en cuanto agencia de demanda infinita de justicia, enseña *responsabilidad* desde la interpelación ética; en cambio, la *exterioridad*, en cuanto humanidad sufriente, *negatividad del sistema*, alberga el deseo de liberación. Al contrario de un Nietzsche, reacio a la «moral de los esclavos», a quienes atribuye resentimiento y envidia, se busca liberar-se de dominar demoliendo las estructuras que permiten la dominación y elevar la *crítica* (en cuanto *ética*) a premisa constructiva de la libertad. Esta labor se hace situadamente desde un *locus enuntiationis* propio, pero con una dialógica pluriversal (más que solo universal). Define lo que se diga y haga el «desde dónde» se realiza. Esta es una proposición geopolítica, no geográfica. Es un posicionamiento geopolítico capaz de pensar la exclusión y la opresión globales y a la vez concretos, situados. Una dialéctica trascendida a partir de la exterioridad y devenida en ana-dialéctica desde la *exterioridad*.

Sentipensar desde la *exterioridad* los diferentes campos prácticos en pos de la *descolonización* del *saber*, del *podery* del *ser* es una labor todavía pendiente a pesar de los avances en economía, política, pedagogía, ética, filosofía o derecho. Una teoría para y desde la vida nace en el núcleo de la *comunidad*. Esta involucra una radicalización de la participación democrática, un involucramiento, un protagonismo en nuestra historia. Se ha acusado al pensamiento refinado de ser producido sin contenido real por la vida. Esto aqueja a la mayor parte del pensamiento dominante. La especialización de la *praxis* empuja el tren del progreso con una *voluntad de poder* (/saber) que diseña regímenes de verdad sin interpelación ética del otro. De esta crítica no es ajeno el derecho, a pesar de sus aspiraciones constitucionalista e internacionalista. Rara es la ocasión de ver constituciones, códigos y leyes de una nación como producto del consenso crítico (ético) de su comunidad. Son imposiciones legales, incluso foráneas, que reproducen categorías producidas para otro tiempo y espacio. Además, el derecho reproduce condiciones formales y materiales que impone la modernidad que lo anidó, sin asumir las injusticias. Pensemos, por decir un caso, en el neoliberalismo y su huella en las diferentes legislaciones desde su implementación en Chile⁽⁸⁾, después del golpe pinochetista fa-

(8) A propósito, estos días se cumplen 50 años de la trascendencia de Salvador Allende y el movimiento popular en Chile y también 50 años de la inauguración del terrorismo internacional y la imposición del neoliberalismo a escala global. Nos referimos al 11S, pero no al «once ese» del 2001, ese el de las torres gemelas y un

bricado por la inteligencia terrorista estadounidense. La herencia legal de ese régimen pone en vilo al pueblo chileno, que no logra superar la Constitución de la dictadura. *Derecho y violencia*, cuan cerca caminan que sus pasos parecen los mismos.

Este derecho provoca crisis constantes, por lo que es parte de la crisis generalizada. Es el problema a resolver. Las excepciones que se decreta para el ejercicio *legal* (antes que *legítimo*) de la violencia, cuando los pueblos se revelan a sus imposiciones, lo acercan a su origen fundacional, hacia la indiferenciación con la violencia. Naomi Klein (*La doctrina del shock*) decía que la crisis produce estados de shock en el sujeto y en las comunidades, lo que hace más aceptable los cambios que normalmente no serían bien recibidos. Los ejemplos que ella presenta son los gobiernos de seguridad nacional en América y el neoliberalismo. Neoliberalismo y violencia implantaron un nuevo orden desde los 70 del siglo pasado.

Amerita que la producción de *pensamiento* la realicen los que sufren lo vigente, que hable el *subalterno* (Chakravorty Spivak, 2003): que den su versión los *vencidos* de la historia. Por aquí empieza la subsunción de la *lógica de muerte* en la *vida*. Esta lógica demanda garantías en favor de todos y todas, no solamente de algunos. Al recuperar su historia, las *víctimas* dejan atrás su velo e ingresan a la *historia* como agentes de su *liberación*. La *negatividad* de las víctimas asumidas ya como agentes históricos exige una categoría de comprensión: la *exterioridad*. Esta fue introducida por Emmanuel Levinas con *totalidad e infinito*⁽⁹⁾. Sin embargo, su comprensión adolece del ejercicio crítico material que párrafos atrás hacíamos con Marx. Con él se llena de contenido esa reflexión casi metafísica del *otro*. En pos de una crítica al derecho moderno es necesario acudir a los pormenores de la categoría *exterioridad* en el pensamiento latinoamericano. Una necesidad histórica de liberación condujo a autores y autoras a tomar lo moderno y sus críticos para servir a los pueblos del mundo que buscan transformar su dependencia y colonialidad.

posible autoatentado para justificar el intervencionismo militar en medio oriente, sino al 11S de 1973. Puede haber coincidencias, pero hay coincidencias que hablan y esta da mucho qué decir.

(9) No replicamos la discusión Dussel-Levinas por falta de espacio, aunque asumimos la posición del primero. Remitimos al respecto a la vasta obra del primero, quien, apoyado en Marx, hace una crítica materialista de la categoría *exterioridad*.

El otro, dice Levinas, «detiene y paraliza mi violencia por su llamada que no hace violencia y que viene de lo alto» (Levinas, 2002, p. 295). *Totalidad e infinito* están interrelacionadas dada la trascendencia de la apertura con que irrumpe la *exterioridad*. El derecho es una *totalidad* que, tal como dice Levinas (2002) de la sociología, la psicología y la fisiología, puede ser «sorda a la exterioridad» (p. 295). Asimismo, su totalización o fetichismo obedece a ese cierre sobre la *exterioridad* como categoría que hace trascender toda totalidad transformándola en respuesta a la injusticia. Algunos tipos penales como la «apología al terrorismo» o el «entorpecimiento del funcionamiento de servicios públicos» redundan en la sanción de las luchas y luchadores sociales o en los estados de emergencia y otros que se decretan con el fin de impedir la movilización social. ¿Qué derecho impide a su propia comunidad manifestarse, exigir cambios? ¿Puede decirse democrático o constitucional?

La reflexión sobre la violencia no es solo epistémica o teórica, dado que influye en todos los campos prácticos. La defensa de la *vida* desde la categoría *exterioridad* denuncia un lugar que todavía es común en la filosofía política moderna y otros saberes como la filosofía del derecho de veta eurocéntrica, capitalista y heteropatriarcal: la subyugación de la vida a fetiches o dioses mundanos. La exaltación del racionalismo hace recordar cualquier época oscurantista. Ya Marx veía el ateísmo como un problema fundamental. Esto fue mal leído y reproducido por el marxismo ortodoxo. El ateísmo de Marx era del dios hegeliano; aquel dios que justifica un estado omnipotente, un leviatán. También ateo del dios mercado y sus sucedáneos, Dussel señala que ni en Agustín ni en los padres de la Iglesia existe fundamentación para un «estado cristiano». Marx, al igual que los primeros cristianos ateos de los dioses romanos, es ateo de determinado teísmo moderno.

Para Freud «el primer requisito de la civilización es la justicia». ¿Qué podemos pensar hoy de quienes pretenden hacer de la violencia el «humus más profundo» de la civilización representado en el Estado o el mercado totalitarios? Siendo el ser humano un sujeto de creencias, Althusser le diría *homo ideologicus*, ¿como, junto a una propuesta pedagógica, devenir ateos de la violencia convertida en dios que demanda sacrificios? ¿Significa esto una renuncia o denuncia a todo tipo de fuerza? De ser así, ¿dónde quedaría la fuerza del derecho, porque este la necesita para ser tal, no es cierto?

El diagnóstico empleado por Benjamin de que «todo documento de cultura es a la vez uno de barbarie» ¿es una sentencia a la creación humana o una apertura, una exhortación a crear con violencia divina (fuerza libera-

dora)? ¿Guillotinos esa razón (instrumental) que está detrás de las barbaries modernas o la salvamos en los términos metafóricos de Cantinflas en *El extra*: «¿esta *madame* no es mujer (una razón entre otras) antes que reina (razón instrumental)»? La modernidad y la razón moderna como horizonte civilizatorio, al estilo de Jürgen Habermas, el «paladín de la modernidad», aparta la violencia de su núcleo, y propone por problema crucial la realización de sus ideales. Invierte las cosas. Los fines son incuestionables; el problema son los medios. Por ello, su propuesta de razón comunicativa es ultramoderna pues intenta llevar la modernidad a sus últimas consecuencias.

¿Qué hacemos con la violencia instrumental, medio y fin? ¿Sería posible, junto a Hannah Arendt (2006), afirmar que «siendo por su naturaleza un instrumento, [...] la violencia seguirá siendo racional sólo mientras persiga fines a corto plazo» (p. 107)? El problema del «motor de la historia»: la violencia, ¿en qué términos debería ser pensada?, ¿es necesario un enfoque ético? Según Benjamin, la violencia (mítica) corre el riesgo de convertir la «prehistoria» humana en su historia (final). Se requiere un salto civilizatorio, solo posible si el *continuum* histórico de la violencia se supera. ¿Se pretende descartar la fuerza como instrumento del *derecho*? ¿Es lo mismo *fuerza* que *violencia*? Volvemos al tema de la violencia y su instrumentación civilizatoria. Esa violencia instrumental, alineada con determinada racionalidad, ¿es caracterizable como actora de un proceso civilizatorio que inaugura el sistema-mundo y más adelante la globalización capitalista? Esa violencia civilizatoria es una *violencia total*, es una red, una estructura, un instrumento y también un fin en sí⁽¹⁰⁾. La *negatividad* de las *víctimas* nos interpela y provoca la necesidad de una vasta reflexión sobre la violencia. En un mundo como este no es posible rehuir teóricamente a este fenómeno, pues se disemina en las prácticas cotidianas y, sobre todo, en las interminables guerras imperialistas⁽¹¹⁾. La violencia ocupa un lugar

(10) La industria de las armas, las empresas de mercenarios, la tecnología de destrucción masiva, los campos de batalla como experimento de armas futuras, etc., nos hacen pensar en la violencia como giro empresarial valorada en las principales bolsas del mundo. La violencia como fin. Si además comprendemos que la mayoría de recursos usados por estas industrias vienen de una economía de guerra que expropia y desplaza grandes poblaciones, podemos plantearnos una visión de la violencia como *fenómeno total*. Un *Ares moderno* que mediatiza todo. Se trata de una violencia no solo durante las crisis, sino de la plataforma cotidiana de la vida.

(11) La OTAN instrumentalizando a Ucrania contra a Rusia, el imperio estadounidense y sus aliados promoviendo al Estado islámico en Siria, apoyando la colonización del

neurálgico y su regulación supera los límites del derecho. Es la forma en que este se instaure y la garantía que lo mantiene. La excepción que lo funda y conserva.

El derecho no puede ser reducido a un *contrato social* (Rousseau), a la libertad (Kant), a una *norma* positiva (Kelsen) o a la derivación de una ley inmutable y universal. Tampoco el paradigma pragmático del derecho integrador y deliberativo de Habermas es capaz de dar cuenta de toda la avalancha que se nos viene encima con la *violencia*. Es necesario asumir el *ejercicio del derecho* también como un *ejercicio de la violencia* o de la *fuerza*. No se puede negar el ejercicio de la fuerza, porque de ser así toda reivindicación o derecho (subjetivo) no podría ser. Aprobar el derecho como acuerdo y como negación de la fuerza es replegar la reflexión acerca de su *legitimidad* para un más acá de la violencia legal instaurada, que deja para un más allá incierto su evaluación crítica. Se mantiene una inercia que la historia nunca ha confirmado, pues el derecho, ejercicio regulado de la violencia, es cambiante, dinámico, una determinación determinada determinante. Esta concepción reafirma la *exterioridad* bajo la concepción del *poder* como *fuerza y obediencia crítica* a los designios del pueblo.

La modernidad contiene una racionalidad y una concepción del sujeto propias encubiertas en el seno del derecho que no pueden escapar a un análisis crítico. Entiéndase por crítico ir a la raíz del problema. Y la raíz de los problemas de una sociedad están en su horizonte civilizatorio o de sentido que le imprime su pasado, su historia y su representación ideológica del mundo. Cuestión que se acumula en su *mythos* más que en el *logos*, en la representación simbólica que también el mismo *logos* a pesar de los intentos por racionalizarlo. Esa re-presentación del mundo sobrepasa el *logos* y las aspiraciones de científicidad con un llamado a reconocer nuestra limitación para explicar la realidad y la contingencia y finitud propia de lo humano.

En el caso del derecho, su contingencia histórica y el condicionamiento que da y recibe lo constituyen en un campo conflictivo. En Europa se produjo la mundialización de una inusual forma de racionalidad jurídica que se imperializó en un proceso de globalización junto a un determinado sistema moderno político, económico, cultural, social, familiar, etc. Con Max Weber, durante el siglo XIX, se domesticó una ver-

Estado palestino, controlando los cárteles de la droga en México y otros países y un largo etcétera de actividades de guerra convencional y no convencional.

sión de racionalidad cercana al positivismo y al neokantismo. La realidad como una maquinaria de la que se descubren sus leyes para dominarla. Por lo tanto, se demandó también que el derecho se comportase así estructurando, bajo principios formalizados, formales, y asegurando el nuevo orden imperial en expansión.

Es imprescindible un análisis que nos permita abordar la *violencia* sin estancarnos en ella. Para subsumir la *muerte* en la *vida* es necesaria una *dialéctica positiva* (no *positivista*) que resulte de la *exterioridad* y no solo de la *totalidad*. Pensar críticamente es radical en la medida que va a las raíces del problema, e ir a las raíces es preguntar por lo que nos define como civilización. Acerca de las perspectivas de la violencia, hay varias. Por un lado, el acercamiento filosófico (Sorel, Benjamin y Fanon) piensa que aquella tiene «en las sociedades modernas [...] un origen estructural [...] y normativo [...]». Por otro lado, la perspectiva sociológica (Durkheim y Weber) piensa la violencia «como un fenómeno ligado a las lógicas de la estructura social y sus normas» (Arteaga y Arzuaga, 2017, p. 9). La ciencia obedece a determinado horizonte civilizatorio, no es ni imparcial ni neutral. El investigador asume un lugar de enunciación cuando hace ciencia. La sinceridad del momento gnoseológico confronta las visiones filosófica y sociológica de la violencia no entre sí, sino con su grado de compromiso con la realidad.

Pensar lo que es la violencia o en su origen en el marco del derecho, ya sea desde las ciencias sociales o desde el pensamiento filosófico, nos conduce a preguntarnos: ¿cómo nos aproximamos a su contenido, a su significado? Hacerlo en términos geopolíticos de *colonialidad-modernidad* da cuenta de ese compromiso crítico con las injusticias que el sistema moderno produce. Esa categoría, aunque no es aceptada por toda la academia, en la realidad latinoamericana y periférica mundial, cobra especial relevancia porque es reflejo del análisis crítico de su situación y del sistema mundial. Es una categoría nacida de las luchas de descolonización y antiimperialismo. Es, además, el rescate y propuesta de proyectos civilizatorios alternativos al horizonte moderno de colonialidad para la periferia del sur geopolítico.

Responder si la violencia es ética, en cuanto principio, es «establecer una distinción [que supere] la esfera de los medios mismos» (Benjamin, 2007, p. 183) y de los fines. Por eso hacemos este acercamiento geopolítico al proyecto civilizatorio colonial/moderno. Hablar de geopolítica nos lleva también a considerar que hay una corpopolítica (por corporalidad o del ser viviente) en donde el Sur oprimido es el cuerpo frente al Norte domi-

nador, que es el alma del dualismo de la cristiandad que la Edad Moderna hereda (Hinkelammert, 2018). La cristiandad que devino de la perversión del cristianismo es importante aquí por una cuestión crucial que la ciencia social moderna en la cabeza de uno de sus principales representantes, Max Weber, profundiza. Esta discusión, que presentaremos en términos escuetos, repercute directamente sobre lo que es la violencia y los conceptos alejados de *poder, justicia y derecho*. Nos apoyaremos en Walter Benjamin. Este tema, ciertamente, puede ser considerado teológico y sin repercusiones para los fines de este escrito. No obstante, la comprensión de *religión* que aquí introducimos la aleja de ser un fenómeno de implicancias personales o de convicción en el fuero interno. Se trata de una práctica diaria, de comportamientos, ritos y rituales que, bajo un manto de secularismo, presentan el contenido espiritual del sistema civilizatorio moderno.

Max Weber señala que la modernidad capitalista contiene una ética no intrínseca. Viene del espíritu protestante. No toma en cuenta que la *ética de mercado* (Weber, 2002, p. 494) es una *ética funcional* que pone en marcha todo un sistema no solo justificándolo, sino introduciéndose como práctica cotidiana. Condiciona la ciencia en general y las ciencias sociales en específico, con un aire aséptico. Benjamin (*capitalismo como religión*), por su parte, sostiene que el capitalismo no solo hereda determinada religiosidad, sino que estructuralmente la reemplaza, la fagocita para apropiarse de ella, es decir, toma la estructura, le cambia los contenidos, su dios(es), sus sacramentos, sus ritos. Hinkelammert hace eco de esto para decir que la modernidad capitalista hereda el *termidor* cristiano, el cual consiste en la fetichización del cristianismo en cristiandad a partir de la introducción del dualismo griego, lo que trae consigo la condena del cuerpo (en especial, del cuerpo «femenino»), la imperialización romana y la apertura sacrificial de la *modernidad* en cuanto *colonización*, primero, y después como *colonialidad* para los pueblos del *sur global*.

La espada y la cruz (fetichizada) invaden y despliegan en la modernidad un *sistema-mundo*. Tenemos parte de la ecuación: *colonialidad-cristiandad-violencia*. No obstante, todavía falta un elemento crucial en los rieles de comprensión de cómo se estructura y qué significado tiene para América Latina la *violencia*. La «modernidad» que los europeos reconocen como tal es la de la Revolución francesa, la Revolución industrial, la Ilustración, el Renacimiento o algún otro evento intrasistémico a la totalidad intraeuropea (Weber). Estas condiciones no le dan a la modernidad una escala global y menos se le puede atribuir las repercusiones que sus defensores

pretenden (Habermas). Sin embargo, uno de sus procesos logró relativa universalización: la secularización-secularismo. Esta secularización se da en la estructura del pensamiento de la cristiandad como dualismo antropológico (en donde el cuerpo es lo despreciado, lo oprimido) contrario a las raíces del cristianismo.

A la secularización de la religión y la razón le siguió el fetichismo. La religión para entonces era una religión fetichista. No fue una época de las luces la que advino, sino una segunda edad oscura europea, que esta vez se encargaron de imperializar. Separaron aquello en lo que la gente creía de lo que se considera ciencia, filosofía, etc. La cuestión *ética* se apartó del pensamiento y la práctica, de ser un nodo reflexivo pasó a ocupar un lugar tangencial bajo el rótulo de lo «subjetivo», reducida a la esfera privada y opacada al nivel de deontología según cada especialidad. El secularismo, que al parecer significa un alejamiento de la cuestión religiosa, en realidad es una expropiación a la religión de su lugar soberano en la civilización occidental. No hay una nueva estructura que reemplace al impuesto en siglos de dominación religiosa. Se decapita a esta conservando su lógica. Lo que no está acorde es excluido con más drasticidad que en tiempos de la inquisición. Por ejemplo, si la ciencia concibió a la naturaleza como recursos naturales, toda versión es animista, pre-moderna, atrasada, cósmica. Se trata de hacer ver que hay una versión de ciencia que domina y ata al ser humano a ser verdugo de sí mismo y de la naturaleza. Un nuevo dios(es) precisamente. Y también se ser conscientes que la humanidad ha realizado logros científicos de liberación frente a la violencia. No obstante, la crítica de la violencia epistémica y el genocidio de saberes conforma gran parte de lo que es la violencia histórica. Decía Benjamin: «todo documento de cultura es un documento de barbarie» y «cuando la derrota adviene, ni siquiera los huesos de los vencidos están a salvo». Con ello advertía del peligro histórico al que están expuestos los pueblos del mundo cuando una dominación imperial impone y roba, extermina y recrea la historia universal⁽¹²⁾.

La ecuación anterior suma un factor más: *colonialidad-cristiandad-violencia-secularización* (secularismo). Sin embargo, esta última categoría parece inapropiada, pues al advertir la crítica de Benjamin se comprende que

(12) La división encubridora de la historia en tres etapas (edad antigua, edad media, edad moderna) es una operación emblemática al respecto. Comprensión concebida por los románticos alemanes practicada en todos los niveles educativos y buena parte del mundo sin reparo crítico hasta hoy.

el capitalismo no solo es un horizonte civilizatorio que impone económica y políticamente, sino una religión. No una religión en sentido secularizado con influencia en las creencias personalísimas, sino en el orden cotidiano, mundano. Una *religión total* que diseña sus propios ritos tiene una económica, una política, un derecho, etc. Fagocitó el cristianismo, lo pervirtió en cristiandad y además emplea su estructura, reemplaza su dios y se relanza como la conquista civilizatoria que rescata a Europa y el mundo de las tinieblas medievales. Su pretensión redentora de las vendas teológicas justifica un sistema de opresión y exclusión que empieza negando su condición esencialmente espiritual a pesar que se introduce en la práctica cotidiana de las gentes. La ecuación, hasta el momento, queda así: *colonialidad-cristiandad-violencia-fetichismo*.

Esto nos devuelve al punto de argumentación inicial, cuando hacíamos referencia a la inauguración sacrificial del mundo moderno. Se encubre o arropa las estructuras coloniales con discursos de democracia y libertad. Las 11 mayores industrias del crimen tienen a un dios común: la ley o la lógica de la ganancia. Drogas, guerra, petróleo, banca, alcohol, falsificaciones, trata de personas (y conexos: prostitución, pornografía, explotación laboral, etc.), farmacéutica y otros se basan en someter al ser humano a relaciones en las que es un ser humillado (Marx 1968, p. 15), abandonado, sojuzgado, envilecido, vendido, violentado, asesinado. El fetichismo del enriquecimiento ha corroído las estructuras de la modernidad en su inicio y núcleo (no-ético), lo que permite que los males que anidaban en la humanidad se desencadenen en un flujo denso de injusticias que permiten; por ejemplo, que 10 000 niñas y niños mueran cada día de hambre o desnutrición.

Basamento de estas injusticias, de Max Weber (2002) vino una concepción peculiar del *poder* de la que se apropiaron investigadores, científicos, académicos y políticos. Se haría hegemónica. El *poder* es *dominación entre obedientes*. Esta concepción desprotege al ser humano y reprime la discusión sobre la *legitimidad* del *poder*. Alienta la resignación a la *dominación*. Postulaciones recientes, desde las mismas voces de los dominados (los zapatistas en México, la Revolución ciudadana en Ecuador, la Revolución bolivariana en Venezuela y el Plurinacionalismo en Bolivia) del mundo colonial-moderno, se pronuncian catalogando esta pretensión instrumental como antiética y encubridora de otras versiones posibles de *poder*. Otras versiones no parten de un núcleo antropológico agonístico ni de disputa del *poder* o de imposición de este sobre las «masas», sino de un *núcleo ético-mítico*

que estima la manera cotidiana en que el ser humano se desenvuelve con los demás: necesita no solo creer (sentir, pensar) en su *ser*, su existencia, necesita creer en su comunidad, en sus semejantes, en la naturaleza.

La violencia puede ser legitimada, legalizada o justificada. Hannah Arendt postuló la *banalidad del mal* como la forma cotidiana en que los agentes de la violencia la practican cuando tienen una *ley* que dispone, disculpa y organiza su actuación. Se trata de cumplir la ley mediando el *deber kantiano* de su mera enunciación antes que por la bondad de su enunciado (contenido). Ese fue el caso nazi. Otros autores, como Max Weber, no vieron a la violencia con ojos de moralidad, sino que, al explicarla desde una posición de neutralidad, era factible tomarla como un medio imparcial y objetivo, cuyo uso y legitimidad depende del más fuerte, el más demagogo o el más carismático. Esta forma de abordar la violencia la conduce a ser un elemento del poder o una de sus expresiones o su esencia y no a una perversión o inversión de este. ¿Es posible transponer la *fuerza* a la *violencia* y, en última instancia, evitar caer en la indiferenciación entre *derecho* y *violencia* a través de un posicionamiento *ético*?

Si por una parte establecíamos la relación histórica entre *colonialidad-cristiandad-violencia-fetichismo*, por otra, corresponde deslindar de la consideración meramente negativa de la violencia dirigiéndonos al parto de la historia, de un nuevo horizonte(s) civilizatorio(s), esto es, sosteniendo la revolución como paradigma, como aquello que acerca la civilización a lo nuevo liberador y abandona lo viejo dominador en la pre-historia, se hace patente una responsabilidad con el presente. Con la *liberación* del presente a través de la radicalización de las *fuerzas* que combaten la *violencia* cotidiana, que de tanta repetición se normaliza como la «justicia que merecen» los pueblos: una intervención militar autorizada según el derecho Internacional disfrazada de intervención humanitaria, relaciones económicas leoninas acorde a derecho que encubren sanciones y embargos. En «la revolución [...] ningún lugar le está reservado a los sociólogos, a las gentes de mundo, amigas de las reformas sociales, a los intelectuales que han abrazado la *profesión de pensar para el proletariado*, para los pueblos excluidos y oprimidos del mundo, en su caso]» (Sorel 1978, p. 141), porque, si algo significa la radicalidad de la revolución, es ir a las raíces del problema para transformar la violencia que somos, esa que ha diseñado la historia de los últimos 500 años de colonialismo-colonialidad/modernidad y que alimenta los fetiches a los que se ha sacrificado la vida de la humanidad y la naturaleza.

Un pensamiento crítico acerca de la historia y actualidad de la *violencia* tiene por primera tarea transformar la concepción y el ejercicio del *poder* y el *derecho*. De la comprensión de «dominación entre obedientes», ahora se debe apostar por un *poder* que no sea «servirse de lxs otrxs», sino *servir a lxs otrxs*. La crítica de la religión como rescate del *cristianismo* devenido en cristiandad ejemplifica que la crítica de la violencia deviene en rescatar a la civilización humana de un horizonte sacrificial y suicida y enrumbarla hacia un horizonte del despliegue real de la vida. Esto se puede lograr en comunidad bajo la vocación del «mandar obedeciendo», que no fetichiza el *poder* en cuanto es *servicio*. Un *poder* como *dominación* que indiferencia la *violencia* de la *justicia* deja su lugar a un *poder* como *servicio* que permite un discernimiento crítico de los dioses mundanos que gobiernan la existencia; un discernimiento del *derecho* para que siempre responda a la demanda infinita de *justicia*; una oportunidad para discutir la *legitimidad del derecho moderno*, cuya racionalidad jurídica entra en crisis civilizatoria por la disputa del Estado, antes gendarme de determinada clase y sus intereses, ahora desregulado, privatizado y abandonado, y por la vigencia de racionalidades jurídicas alternativas con un núcleo comunitario (Hopkins Moreno, 2018, p. 93) que han sobrevivido y ahora toman mayor *poder*.

IV. Prolegómenos para un derecho crítico

La violencia estructural, simbólica y subjetiva que configura las sociedades tardocoloniales designa periferias subjetivadas, estructuradas, determinadas por el *colonialismo* y después bajo la *colonialidad*. No le llamamos descubrimiento, sino «encubrimiento» de América (Dussel, 1994), por su brutal incorporación al nuevo orden mundial a partir de 1492. Desde entonces, la *excepción* ha definido la existencia de millones de seres humanos. Las formas de control colectiva y subjetiva se han mejorado y ampliado en la profundización de la *excepción colonial*, que en los hechos se traduce multifactorialmente como exclusión u opresión de clase, raza, género, etc. En otras palabras, la explotación, por expresarnos en términos de un *marxismo estándar*, no ha sido la forma exclusiva de dominación, puesto que esta se ha desplegado constituyendo subjetividades, estigmatizando corporalidades, lacerando territorios, desubjetivando (o basurizando). De 1200 millones de americanos, la sexta parte, cerca de 200 millones viven en condiciones de extrema pobreza. En el mundo no menos de un tercio de la población vive por debajo de los índices de pobreza. De los 23 países de violencia letal en el mundo, 18 pertenecen a esta región. Las brechas

de desigualdad en América Latina son las mayores del mundo y el número de mujeres asesinadas es alarmante. Atestiguan la violencia las numerosas campañas de exterminio sobre sus pueblos originarios. También se refleja en una historia política plagada de golpes de Estado (200 aproximados), en las dictaduras militares de la vida «republicana» que violaron derechos humanos y cometieron genocidios y delitos de lesa humanidad. Y ahora, durante la pandemia, la eugenesia es el tópico que definió las políticas de muerte que permitieron el deceso de cientos de miles y hasta millones de personas. Esta área del planeta sufre los índices de mortalidad más altos: de seis millones de muertos, América ostenta el 50 %. El número oficial de muertes solo en Perú representa casi el total de África (aproximadamente 250 mil fallecidos). Esta realidad no produce un «genocidio por goteo», como diría Zaffaroni, sino «genocidios a chorro». En más de 20 años de guerra interna en Perú durante los 80 y 90, según el informe final de Comisión de la Verdad y Reconciliación, fueron asesinados cerca de 70 mil personas. Ahora en menos de tres años de pandemia, la cifra oficial es tres veces mayor. Y eso que la cifra real no se conoce y posiblemente triplique o cuadriplique las 215 mil muertes contadas. Es decir, estamos hablando de cerca de un millón de personas, lo que significa que, de cada 30 peruanos, uno murió durante la pandemia. Claramente, esta nueva especie de genocidio es una cuestión estructural y del horizonte civilizatorio moderno al que nos hemos intentado aproximarnos. La *excepción*, como decíamos, es la regla. Se indiferencia excepción de normalidad. ¿Volver a la «normalidad» previa al COVID-19? ¿Qué significa volver a las condiciones, ahora más drásticas, que hicieron posible la muerte de un millón de peruanos? ¿Qué normalidad se nos vende con la parafernalia mediática? ¿No es acaso la *excepción* manufacturada como *normalidad*?

Hemos señalado la apertura sacrificial como el modo en que la dominación de unos sobre otros colocó a los inferiorizados, minorizados, excluidos y oprimidos de la colonial modernidad en un *estado de excepción* constante (Marcuse, 1965). Estudiar esta *excepción cotidiana* es la apertura que el pensamiento crítico ha permitido en el derecho, en lo que se puede entender como una criminología crítica. El estudio de la *normalidad* de la *violencia* era la *excepción*; ahora se busca combatir esa especie de *violencia mítica* (Benjamin) que exige constantes sacrificios de sangre en la modernidad sacrificial. No se trata de negar todo tipo de violencia, por lo que habría más bien que subrayar su diferencia de lo que se comprende por *fuerza*. Solo así se transitará de la *violencia* al *derecho* y *derecho* a la *justicia*.

Como decía Freud (1932), «un camino ha llevado de la violencia al derecho, ¿pero, cuál? No hay más que uno, a mi juicio, y es el que muestra que varios débiles unidos pueden hacer frente a uno más fuerte: “La unión hace la fuerza”» (s. p.)

En última instancia, esa *fuerza de los débiles* que deviene en *derecho* es lo que nos permite decir que el obedecer se basa en un mandato de *autonomía y servicio* y no en uno de *violencia*. Y ello nos acerca a ser pueblos libres, dejar de sufrir las penurias normalizadas que en la *modernidad* se aceptan como fatalidad de su dios(es). La violencia es determinada por política, economía, cultura, sanidad, educación, derecho y a su vez determina estos campos. Una multiplicidad de factores diseña las violencias que se normalizan, biologizan o naturalizan dependiendo del dispositivo empleado por los discursos mediáticos y seudocientíficos. El *complejo de inferioridad* (Grosfoguel, 2009) fue instaurado por un sistema de dominación de siglos e imprimió, en el cuerpo y la mente de las poblaciones del Sur global, un auto-desprecio frente al dominador y sus herederos. La lógica es mirar afuera y decir lo que viene de otro lado es mejor, que la *culpa* de nuestro *subdesarrollo* es la cruz de sociedades débiles y ociosas que determinan su propio atraso. Esta *transferencia de culpa* también, vista en términos de *malestar en la cultura* en cuanto síndrome de nuestras gentes y pueblos, es una extensión de la *violencia fundacional*. El trayecto de la violencia no se detiene e informa el saber que empleamos para explicar nuestra dominación. Los epistemicidios, como se le conoce, refieren la violencia epistémica o teórica en términos generales.

La violencia tiene diversas expresiones, con especial mención en la economía y la política. Ambos intrínsecamente relacionados desde el inicio de la colonia persisten en sus efectos durante las emancipaciones latinoamericanas en la elaboración de un ordenamiento jurídico *nuevo*. Durante la vida «republicana», Latinoamérica sufre 200 golpes de Estado, en los que directa o indirectamente participa el imperio estadounidense. La última vuelta de tuerca que la modernidad capitalista dio al mundo —nos referimos al neoliberalismo— fue también brutal. La *excepción neoliberal* se implantó en la *excepción colonial*. Precisamente, la emergencia global del neoliberalismo inicia sacrificialmente con el golpe de estado a Allende en Chile, el 11 de setiembre de 1973, lo cual viene a agravar las pésimas circunstancias de violencia generalizada. La pos-soberanía estatal (Zaffaroni y Dias, 2019, p. 114) somete los pueblos al capricho de los intereses capitalistas imperiales y el de las corporaciones.

La denuncia de la violación sistemática de derechos humanos en nuestra región no se reduce a un ejercicio enunciativo. Esas prácticas evidencian los rasgos comunes de la *violencia total* que pasa por micro expresiones hasta las más graves manifestaciones de orden macrosocial. Ahora bien, se mantiene sempiterna la pregunta por las fuentes de esa *violencia*: ¿qué alternativas críticas nos podemos proponer desde el *derecho*? Para no desligarnos del ámbito criminológico, que compete inmediatamente al derecho, Romagnosi (citado en Baratta, 2004) dice que el mayor esfuerzo de la sociedad debe dirigirse a la prevención del delito (p. 28). Prevención que tiene que ver con la *violencia*. Esto quiere decir que hay una unidad práctica indisoluble entre *saber* (ética, filosofía, política, economía, derecho, criminología, etc.), *poder* (legislación efectiva de un país, su política criminal, el horizonte civilizatorio que subsume el saber en sus campos prácticos con el diseño de un régimen de verdad) y *ser* (nuestro carácter social, nuestras pulsiones, el sentido de mundo, nuestro *logos* y *mythos* concreto, etc.). Esta simbiosis de *saber/poder/ser* ha determinado y justificado un ejercicio punitivo dirigido antes que nada a los mismos violentados sistémica o estructuralmente.

El pensamiento crítico del derecho ha provocado la apertura de campos prácticos antes no problematizados. La cuestión criminal obedece, por ejemplo, a estructuras de poder económico-político-cultural, con una crítica que trasciende la *ley* o lo meramente legal o ilícito. Una *cultura de la violencia* (Garland), una economía empobrecedora, una necropolítica de poscontrol (Deleuze, Mbembe), disciplina y vigilancia (Foucault), en general un horizonte civilizatorio tiene una lógica funesta para las mayorías y para ciertas «minorías». En este contexto, el *análisis crítico del derecho* debe empezar por cuestionar las reglas de constitución de su propio saber para relanzar la teoría al servicio, como instrumento de liberación, de las luchas (Pavón Cuellar 2019, p. 29) de los pueblos del mundo. La «demanda de escucha», como le diría Luc-Nancy (2007), que plantea la realidad sufriente al saber, le obliga a responder con responsabilidad ética. Por el bien de todos, «primero los pobres», dicen hoy en México. Las políticas atienden el malestar y provocan el bienestar en la cultura.

Fundar un pensamiento sobre la *violencia*, el *derecho* y su *fuerza* comprende la radicalidad de ir a las raíces del problema y su huella civilizatoria. En tal sentido, parte de colocar el *saber/poder* al *servicio* de la *vida* (el *ser*); de mutar la concepción del *poder* que se hereda de la inversión (o perversión) del cristianismo en cristiandad y de ontologías y antropo-

logías que conciben al «hombre como lobo del hombre» (expresión que siempre se puede responder con «ni siquiera el lobo es el lobo del lobo», menos va a ser el humano el lobo del mismo humano), y, por lo tanto, del *poder* como *dominación* (entre obedientes).

La prematuridad humana hace de nuestros grandes logros hazañas que todavía no podemos celebrar. La prehistoria la fijan algunos entre los momentos de piedra y fuego de nuestra civilización. Sin embargo, lo característico de nuestra Edad es la *violencia*, la cual se agudiza en la *colonialidad/modernidad* y determina un momento de inflexión en el que decidimos nuestro destino. Freud decía que «el primer requisito de la civilización es la justicia»; y si por *justicia* entendemos el remedio de la *violencia*, sin descartarla como *fuerza*, se puede entender que nuestra *prehistoria es la violencia* y que la superación de este horizonte mítico sacrificial es el salto civilizatorio que la humanidad espera entre tantos dolores de parto.

Si la *justicia* es la respuesta a nuestro malestar actual, ¿qué *instrumento político* podemos pensar para su realización? En respuesta a las inquietudes de Einstein sobre la guerra, Freud (1932) sostiene lo siguiente:

Sabemos que esa situación ha ido evolucionando y que un camino ha llevado de la violencia al derecho, ¿pero, cuál? No hay más que uno, a mi juicio, y es el que muestra que varios débiles unidos pueden hacer frente a uno más fuerte: «La unión hace la fuerza». Así, la unión socava la violencia; la fuerza de esos elementos reunidos representa el derecho, en oposición a la violencia de uno solo. (s. p.)

Esta unión de los débiles debe ser estable y duradera, debe organizarse y establecer instituciones que prevengan futuras violencias con el riesgo presente de que esa *fuerza*, que ya no es la del más poderoso, se convierta en *violencia* de la comunidad y volvamos así al mismo problema. Para evitar esto, el criterio no puede ser el establecimiento de la ley y su enunciado, sin que el enunciado de esta y su cumplimiento deje de manifestar las profundas aspiraciones de *justicia*.

La reflexión del derecho como análisis de la *violencia* no es única del derecho penal, informa los orígenes y estructura de todo el derecho. No se restringe a lo *legal*, lo trasciende y nos lleva al meollo de la *legitimidad* en el ejercicio del poder, lo cual involucra asumir una postura ética y un posicionamiento epistemológico y antropológico. Enunciar situadamente con un *locus enuntiationis* es expresar con responsabilidad el *desde dónde*,

desde quienes y para quiénes se hace teoría crítica. Esto propone el giro descolonial imponiéndonos el reto de la descolonización efectiva de las estructuras coloniales del *saber*, el *poder* y el *ser* que permean nuestras relaciones, incluida las que funda el *derecho* y las que fundan *derecho*.

Con las funciones de instaurar y mantener el *derecho*, la *violencia* tiene vigencia; no obstante, instaurar y mantener *derecho* por el mero *deber* no justifica la *necesidad* de su vigencia. ¿Qué instaura la *necesidad del derecho*? «al ejercer [...] poder sobre la vida y la muerte, el derecho se fortalece mucho más que con cualquier otra práctica». (Benjamin 2007, p. 192). Una vez más, ¿la fuerza justifica el derecho o es más bien su «instrumento» en favor de los débiles o, tal vez, el derecho sea el ejercicio reglado de la fuerza?, ¿el derecho mismo no es instrumento acaso, una astucia de la vida? Al igual que la crítica a los mecanismos de *polición* y al borramiento de la *política*, en el caso del *derecho*, la crítica denuncia la indiferenciación que conduce a su vigencia por la mera *violencia* de su *forma* y no por la *fuerza* de su *contenido* o su *justicia*. Urge diferenciar esta *fuerza (de los débiles)* de la comunidad de la violencia (del poderoso), que no puede fundar *derecho* en sentido crítico, aunque pueda llegar a tener vigencia, aplicación y hasta pseudo-aceptación debido al *terror* (y *horror*) y la *culpa* que impone. La *legitimidad* le estará negada en tanto *violencia*. El análisis de la *violencia* se desenvuelve como *crítica del poder* que permite diferenciar la *fuerza del derecho* de la *violencia de la dominación*.

Desde un posicionamiento filosófico y antropológico indiferenciar poder, fuerza y violencia nos puede llevar a confundir la caída de una piedra con un asesinato, como al primer Wittgenstein. La fuerza del derecho (si es el derecho de los débiles) viene de oprimidxs y excludxs (negatividades) cohesionados en la condición de agente político en lo que se conoce como *pueblo*. Defendiendo lo sagrado: “la vida” (Benjamin 2007, p. 204), nuestra táctica es el proceso inverso al propuesto por Agamben en cuanto apunta a la desacralización de los dispositivos de dominación. Antes que hacer caer los dioses mundanos o, en todo caso, a la par se trata de elevar aquello que está por los pisos: la vida humana y natural. «Una nueva edad histórica se alza así sobre la quiebra de este ciclo» (Benjamin 2007, p. 205) de violencia en el que la mera vida da paso a la existencia humana plena a través de la implementación de un *derecho otro*, un *débil derecho*, el *derecho de los débiles*. Un *derecho crítico* con las relaciones sociales, políticas, económicas que en un primer momento lo definían y reducían a ser su reflejo aséptico, sin compromiso, indiferente a la *ética*: no crítico.

Derrida (2008) señalaba que «para ser lo que es, *la ley necesita de las leyes* que sin embargo la niegan, en todo caso la amenazan, a veces la corrompen o la pervierten». (p. 83). Algo similar sucede con ese *derecho* que se propone como *otro derecho, derecho del otro* en la medida que fundamenta su legitimidad en la *fuerza de las víctimas* del derecho vigente. El *derecho* necesita de la *fuerza*, aunque esta amenace con corromperlo o pervertirlo cuando se inscribe en relaciones de poder que hacen devenir *violencia (ilegítima)* del poderoso. «Toda violencia mantenedora del derecho indirectamente debilita a la violencia instauradora del derecho» denuncia Benjamin (2007, p. 205). Es acrítica al pretender mantenerse como mera *ley (legalidad)* y no como *derecho (legitimidad)*. El *derecho* no son las leyes que lo componen, es la unión, la *fuerza* y perseverancia *en la justicia de los débiles*. La *fuerza* es una vocación en o del *derecho* en la medida que sirve a la *vida* de quienes con la *ley* eran violentados. Si la *violencia* inaugura la *modernidad* como colonización y la mantiene como *colonialidad*, la *crítica de la violencia* será el salto civilizatorio que sustraiga de esa historia sacrificial nuestro destino y el *derecho a la justicia*.

La reflexión sobre la *violencia del derecho* y su indiferenciación (aparente) con la *fuerza del derecho* permite un salto adicional en la discusión y crítica del derecho rumbo a un *derecho crítico*. Si la *fuerza* es un instrumento del *derecho crítico*, la problemática de la *legalidad* en su actuación se redirige a algo más primordial y radical: la *legitimidad*. La superación del paradigma de la ley pasa por un debate de la *legitimidad del derecho*. Y esta legitimidad no es una cuestión de mayorías, sino de participación democrática en la vida de la comunidad. Involucra, por lo tanto, disputa, disenso (para criticar, para destruir lo dominador), pero también consenso crítico para crear, para innovar lo liberador, para organizar su factibilidad acercándonos a la *justicia* y alejándonos del actual paradigma biopolítico o, mejor dicho, necropolítico del «dejar morir, hacer morir»: el neoliberalismo, máxima expresión socio-económico-político-jurídica de la edad colonial/moderna capitalista.

En el mundo existen espacios que pueden asumirse como «campos de concentración» (Agamben, 2016). Este paradigma se fija dentro de un marco mucho más general: la *guerra*. Una guerra histórica, cotidiana y ubicua. La reflexión crítica del *derecho moderno* a partir de la transfiguración de la *violencia* en *fuerza* y el rescate de la negatividad que encubre la

exterioridad de la *vida* nos posiciona en un nuevo momento de la creación del derecho: un derecho que ya podemos llamar *derecho crítico*. Una *totalidad* que no se cierra sobre sí misma y con suficiente apertura para transformarse buscando ser el *derecho a la justicia* que necesitan nuestros pueblos.

V. Conclusiones

La reflexión geopolítica demuestra que la violencia es el motor de la historia y que pensar el derecho en estos términos es una necesidad teórica para evitar la fetichización de cualquier sistema jurídico.

La categoría *exterioridad* hace referencia al materialismo de la corporalidad viviente (humana) en cuanto *fuerza* de la reflexión del saber, el poder y el ser que informan la creación del derecho y su ejercicio obediencial en favor de oprimidos y excluidos. Por lo tanto, desde la *negatividad sistémica* viene una interpelación ética infinita de justicia hacia el derecho en cuanto *totalidad totalizada*, cuya respuesta deviene en una transformación crítica.

La modernidad contiene una veta de dominación de la corporalidad viviente que hereda del dualismo de la cristiandad en donde el cuerpo es subyugado y despreciado. El derecho también reproduce esta lógica en su formalismo exacerbado y alejamiento aséptico de los cuerpos y territorios suplicados por la modernidad. No se preocupa por la justicia, sino por ordenar y garantizar el orden vigente. Esta verdad de su ejercicio fue encubierta en términos racionalistas y seculares, y dejó en el entresijo de la crítica la posibilidad de denunciar el fetichismo que siguió reproduciendo.

El *termidor cristiano*, heredado y fagocitado por el capitalismo, consiste en la condena del cuerpo (especialmente el de la mujer), la imperialización (romana) y la apertura sacrificial de la *modernidad* en tanto *colonización*, primero, y después en cuanto *colonialidad* determina también la concepción y *ejercicio del derecho* como *ejercicio de violencia*.

Un pensamiento crítico acerca de la historia y cotidianidad de la violencia tiene por primera tarea transformar la concepción y el ejercicio del *poder* y el *derecho*. El poder es, ante todo, *servicio a lxs otrxs*, a la vida de lxs otrxs. Eso requiere un derecho que implemente la fuerza necesaria para asegurar y mantener no un orden vigente o *statu quo*, sino los medios necesarios para la vida de lxs otrxs. Parafraseando a Shakespeare, citado por Marx, este decía: me quitan la vida si me quitan los medios necesarios

para re-producirla. A esta labor de aseguramiento de la *vida* y sus *medios* debe estar avocado un derecho crítico, un derecho de la liberación de los medios de la vida.

Antes que hacer caer los dioses mundanos de la *modernidad* —o, en todo caso, a la par—, se trata de elevar aquello que está por los pisos: la *vida*. Una nueva edad histórica quiebra el ciclo de la *violencia*, en el que la mera vida da paso a la existencia plena a través de la implementación de un *derecho de los débiles*. *Derecho crítico* con las relaciones sociales, políticas, económicas, que en un primer momento lo definían y reducían a ser su reflejo aséptico, sin compromiso, indiferente a la *ética*.

VI. Referencias

- Agamben, G. (2016). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos.
- Arendt, H. (1970/2006). *Sobre la violencia*. Alianza.
- Anónimo (2020, 17 de marzo). *Herbert Marcuse / Epílogo de «Para una crítica de la violencia y otros ensayos» de Walter Benjamin*. Artillería inmanente. <https://artilleriainmanente.noblogs.org/?p=1359>.
- Arteaga N., & Arzuaga J. (2017). *Violencia. Estructuras, sujetos, interacciones y acción simbólica*. Flacso.
- Baratta A. (2004) *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI.
- Benjamin, W. (2008). Sobre el concepto de historia. En R. Tiedemann y H. Schweppenhäuser (Eds.), *Walter Benjamin. Obras* (libro I, vol. 2, pp. 303-318). Abada.
- Benjamin, W. (2007). Hacia la crítica de la violencia. En R. Tiedemann y H. Schweppenhäuser (Eds.), *Walter Benjamin. Obras* (libro II, vol. 1, pp. 183-206). Abada.
- Chakravorty Spivak, G., & Giraldo, S. (2003). ¿Puede hablar el subalterno? *Revista colombiana de antropología*, 39, 297-364.
- Derrida, J. (2008). *Hospitalidad*. Ediciones de la Flor.
- Derrida, J. (2001). *¡Palabra!* Trotta.
- Dussel, E. (2011). *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. Trotta.
- Dussel, E. (2008). *Marx y la modernidad*. Abrelojosos.

- Dussel, E. (2007). *Política de la liberación. Historia mundial y crítica* (vol. 1). Trotta.
- Dussel, E. (2000). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. CLACSO.
- Dussel, E. (1994) *1492 El encubrimiento del otro. Hacia el origen del «mito de la modernidad»*. Plural editores-UMSA.
- Freud, S. (1932). *¿Por qué la guerra?* <https://es.unesco.org/courier/marzo-1993/que-guerra-sigmund-freud-escribe-albert-einstein>.
- Grosfoguel, R. (2018). ¿Negros marxistas o marxismos negros?: una mirada descolonial. *Tabula Rasa*, (28), 11-22. <https://doi.org/10.25058/20112742.n28.1>
- Grosfoguel, R. (2009). Apuntes hacia una metodología fanoniana para la descolonización de las ciencias sociales. En F. Fanon, *Piel negra, máscaras blancas* (pp. 261-284). Akal.
- Hegel, G. W. F. (2004). *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (edición virtual). Alianza. www.ebiblioteca.org
- Hinkelammert, F. (2018). *Totalitarismo de mercado. El mercado capitalista como ser supremo*. Akal.
- Hopkins Moreno, A. (2018). *Elementos para una Filosofía latinoamericana de la Justicia Comunitaria* [Tesis doctoral, UNAM]. Repositorio institucional de la UNAM. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/3458982>.
- Levinas, E. (2002). *Totalidad e infinito*. Ediciones Sígueme.
- Luc-Nancy, J. (2007). *A la escucha*. Amorrortu.
- Marx, K. (2010). *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844* (edición virtual). Biblioteca Virtual Universal. www.biblioteca.org.ar
- Marx, K. (1968). Introducción para la crítica del filosofía del derecho de Hegel. En F. Hegel, *Filosofía del Derecho* (5.ª ed). Claridad.
- Max, W. (2002). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. FCE. Pajuelo.
- Teves, R. (2002). El lugar de la utopía. Aportes de Aníbal Quijano sobre cultura y poder. En Clacso, *Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder*. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100916025112/20pajuelo.pdf>

- Pavón Cuellar, D. (2019). Psicología crítica y lucha social: pasado, presente, futuro. *Poíēsis*, (37), 19-34. Doi: 10.21501/16920945.3340.
- Quijano, A. (2014). Colonialidad del poder y clasificación social. En Clacso, *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder* (pp. 285-327).
- Sorel, G (1978). *Reflexiones sobre la violencia*. La pléyade.
- Zaffaroni, R. E. y Dias dos Santos, I. (2019). *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. El siglo.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
<ediciongrijley@gmail.com>,
en noviembre de 2023.

