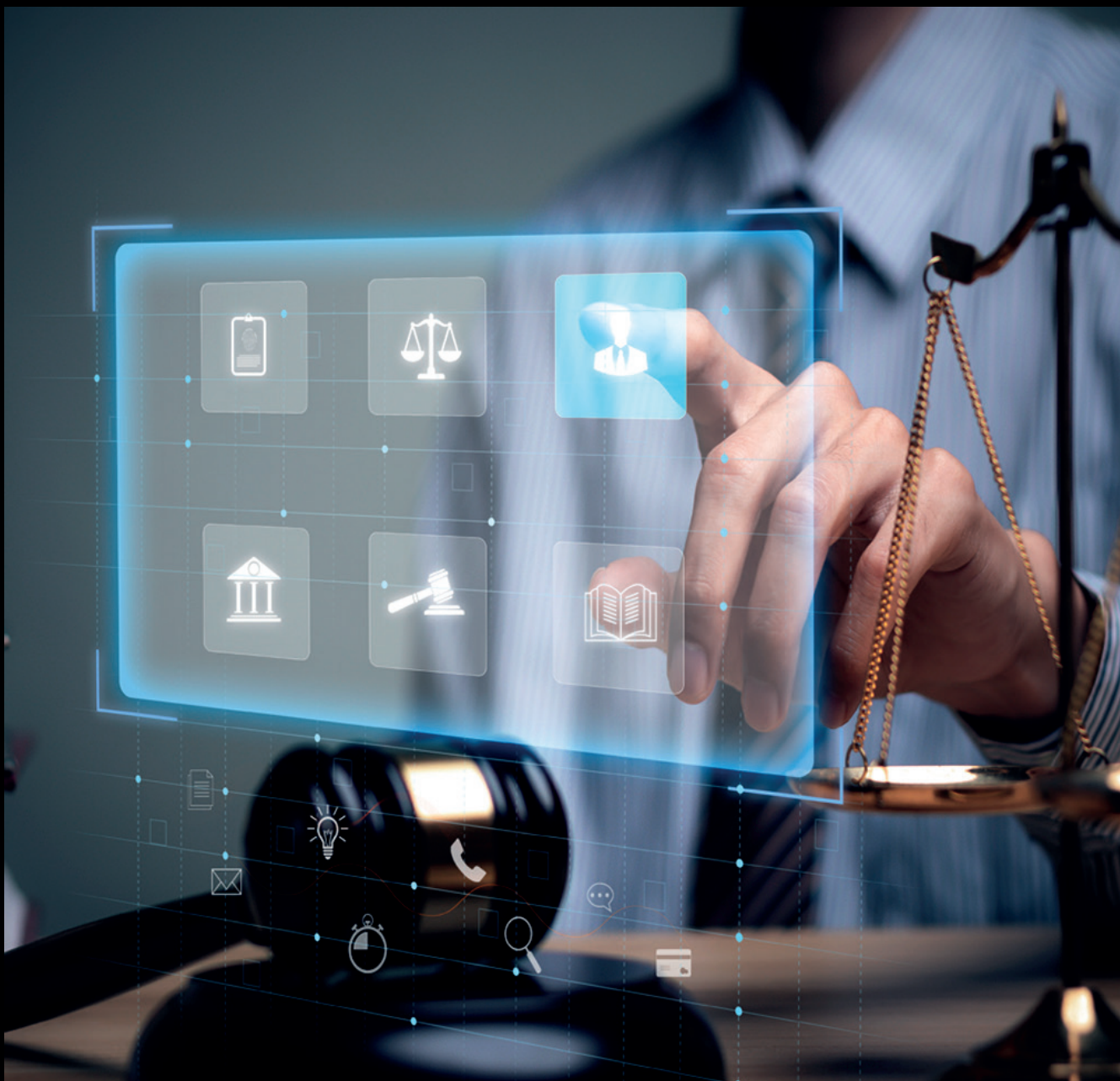


IUS^{ET} PRAXIS





IUS_{ET} PRAXIS

Ius et Praxis

Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

N.º 56, julio, 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056>

DIRECTOR GENERAL

José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón

EDITOR

Enrique Varsi Rospigliosi

COORDINADORA DE EDICIÓN

Helena Natalia Sánchez Borja

© Universidad de Lima

Fondo Editorial

Av. Javier Prado Este 4600

Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33

Apartado postal 852, Lima 100, Perú

Teléfono: 437-6767, anexo 30131

fondoeditorial@ulima.edu.pe

www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Impreso en el Perú

Tiraje: 200 ejemplares

Periodicidad: semestral

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISSN 2523-6296

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-07127

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Canelo Rabanal (Universidad de Lima, Perú)
Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú)
Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)
Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)
Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario, Argentina)
Aida Kemelmajer de Carlucci (Universidad de Mendoza, Argentina)
Rémy Cabrillac (Université de Montpellier, Francia)
Francisco Ramos Méndez (Universitat Pompeu Fabra, España)
Flávio Tartuce (Universidade de São Paulo, Brasil)

EVALUADORES

Mg. Carmen Milagros Velarde Koechlin (Universidad de Lima, Perú)
Mtr. César Bazán Seminario (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Abg. Fernando Valdivieso Mejía (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Mg. Frank García Ascencios (Universidad de Lima, Perú)
Abg. Geraldine Izaguirre López (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Mg. Jhoel Chipana Catalán (Universidad Científica del Sur, Perú)
Dra. María del Carmen García Cantizano (Universidad de Lima, Perú)
Dra. Milushka Rojas Ulloa (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Oscar Fritz Alexander Salazar Gamboa (Universidad de San Martín de Porres, Perú)
Mg. Paola Iris Vega Luciani (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Renata Anahí Bregaglio Lazarte (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Dra. Silvia Roxana Sotomarino Cáceres (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Mg. Ursula Patroni Vizquerra (Universidad de Lima, Perú)
Mtr. Ursula Vilma Bazán Dobbertin (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

SERVICIOS DE INFORMACIÓN E INDEXACIÓN

La revista *Ius et Praxis* se encuentra indexada y registrada en:

Bases de datos

LatinRev (Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades)
ROAD (Directory of Open Access Scholarly Resources)

Buscadores

[Google Académico](#)

Repositorio

[Repositorio Institucional Ulima](#)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
ENTREVISTA A ROLANDO ALFONZO MARTEL CHANG SOBRE EL DESPACHO JUDICIAL VIRTUAL	11
ARTÍCULOS	17
La conciliación extrajudicial pospandémica en el Perú	19
<i>Frank García Ascencios y Mayra Ocaña Cerro</i>	
Anticresis: una alternativa jurídico-sociológica al problema del acceso al crédito en el Perú	39
<i>Jair Ángel Aguilar Muchaipiña y David Gonzalo Quijano Gonzales</i>	
El bullying tras la pandemia originada por el COVID-19 en el Perú	61
<i>Omar Nathan Huaytalla Paredes</i>	
Delimitación del control judicial, convencional y político ante la vulneración de derechos humanos en los estados de emergencia	81
<i>Eduardo Tello Ortiz de Zevallos</i>	
La contratación electrónica internacional tras el COVID-19: una mirada crítica desde Cuba	113
<i>Melissa Cepero Lantigua y Amanda Pérez Calzada</i>	
ARTÍCULOS GANADORES DEL CONCURSO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN SOBRE BIOÉTICA Y DERECHO 2021	131
El derecho a la vida en tiempos del COVID-19	133
<i>Valeria Padilla Verde (1.º puesto)</i>	
Inteligencia espiritual frente a la eutanasia y su atentado contra la sacralidad de la vida	153
<i>Lucero Chinchihualpa Carlos (2.º puesto)</i>	

El mundo de los desiguales	169
<i>Leandro Ugaz Valencia (2.º puesto)</i>	
MISCELÁNEA	193
La autonomía de la declaración de parte como medio de prueba: una lectura desde la regulación procesal colombiana	195
<i>José Luis González Jaramillo</i>	
La improcedencia de cuestionar el laudo por vicios de fondo en Colombia	217
<i>Luisa María Brito Nieto</i>	
Regular o no regular: el caso de Airbnb en Perú	239
<i>Fabrizio Mosquera Basas</i>	
La crisis del concepto de capacidad en la legislación chilena: la protección internacional y autonomía de las personas con discapacidad intelectual	257
<i>Cristián Lepin Molina</i>	
INFORMACIÓN ADICIONAL	277
Código de ética	279
Política editorial y normas para colaboradores	283

PRESENTACIÓN

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6399>

Presentamos con satisfacción la edición n.º 56 de la revista *Ius et Praxis* siendo la temática la realidad del derecho en tiempos de pospandemia.

Con nuestra publicación número 50-51, editada en diciembre del 2020, dimos a conocer diversos artículos dedicados a enfrentar los retos del derecho y las complejas situaciones que nos planteó el COVID-19. Lo cierto es que el derecho como estructura normativa e institucional se encuentra en permanente cambio, y es el periodo de pospandemia uno de los escenarios más ricos para detenernos a reflexionar sobre diversas experiencias y sus implicancias, la necesidad de adecuación a cambios repentinos y al uso de la tecnología como herramienta indispensable para hacer un seguimiento acertado de tal fenómeno.

Siguiendo esa tendencia, y ante sucesos que nos ha dejado esa traumática experiencia, es importante detenernos a repensar sobre sus efectos para normar de forma eficiente las relaciones interpersonales e institucionales, de forma que el ordenamiento legal resulte coherente y alineado a los fines sociales y al estado de derecho.

Esta edición incluye una entrevista a Rolando Martel que ahonda en el despacho judicial virtual, así como diversas investigaciones sobre la conciliación extrajudicial pospandémica en el Perú; la anticresis como alternativa jurídico-sociológica al problema nacional de acceso al crédito; el *bullying* tras la pandemia originada por el COVID-19; la delimitación del control judicial, convencional y político ante la vulneración de derechos humanos en los estados de emergencia; y la contratación electrónica internacional tras el COVID-19 desde Cuba, entre otros artículos de interés presentados en nuestro segmento "Miscelánea".

Es importante resaltar que en esta edición también estamos incluyendo de modo especial los tres artículos ganadores del Concurso Universitario de Investigación sobre Bioética y Derecho, realizado por nuestra facultad y en el que participan estudiantes de diferentes universidades peruanas. Reconocemos así su dedicación e importante aporte

a la investigación científica y tenemos la seguridad de que estos trabajos servirán de reflexión y pasarán a ser parte de la doctrina local.

La tarea básica de preparación de esta edición ha corrido a cargo de nuestros alumnos miembros del equipo de la revista, a quienes les expreso mi especial agradecimiento por su colaboración, compromiso e identificación con la facultad. Este grupo ha demostrado una vez más un gran sentido de responsabilidad para alcanzar esta nueva entrega.

Germán Ramírez-Gastón Ballón
Director general de la revista *Ius et Praxis*
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ENTREVISTA

ROLANDO ALFONZO MARTEL CHANG*

"EL DESPACHO JUDICIAL VIRTUAL"

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6405>

¿Podría describir la situación del despacho judicial presencial tal como era antes de la pandemia?

Lo primero que me gustaría hacer notar es que antes de la pandemia en el Poder Judicial no solo había despachos tradicionales, sino que estos despachos se organizaron de diversas maneras. Se cuenta, además de los tradicionales, con despachos judiciales corporativos. Y a eso hay que sumar la existencia de despachos judiciales electrónicos. Entonces, diríamos, hay variedades de despachos judiciales.

Sea cual fuera el tipo de despacho judicial, antes de la pandemia el servicio era absolutamente presencial, entonces en los despachos judiciales se tenía afluencia de personas litigantes y abogados; se realizaban audiencias y entrevistas con jueces de carácter presencial. Es decir, las personas concurrían a los locales judiciales. Eso era lo que había en una etapa anterior a la pandemia en cualquier despacho judicial.

¿Qué medidas se han implementado para acelerar o hacer más eficiente la presentación presencial de los expedientes o escritos? ¿Es realmente necesario el *ticket* de cita para solo presentar escritos?

Esta pregunta ya nos pone en un escenario de pandemia. Antes de que esta ocurra, el procedimiento era presencial: la gente llevaba sus documentos a los locales judiciales, concretamente la mesa de partes; hacía, de ser el caso, la fila; y luego entregaba los documentos, todo físicamente.

Por la pandemia ello se volvió imposible. El Poder Judicial, como respuesta a esta dificultad, comenzó a implementar la recepción de escritos también físicos durante la

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Docente en la Universidad de Lima, Perú. La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Katya Villacruz, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Dicha entrevista será transmitida en el segundo episodio de *Ius et Podcast*.

pandemia. A la fecha lo que se sigue haciendo es separar citas a través de un enlace virtual para que el interesado con la fecha asignada vaya al local correspondiente y entregue el documento que debe dejar en el órgano jurisdiccional. Eso ha permitido que el servicio en esa parte no se detenga para la recepción de escritos físicamente.

Para la recepción de escritos en línea, el Poder Judicial, con uso de la tecnología, ha permitido que eso se lleve adelante, no sin dificultad alguna, pero de mejor manera, porque los usuarios, los abogados, han hecho llegar sus documentos a través de los servicios informáticos. Y para los que tenían que entregar físicamente por alguna causa justificada, el sistema de cita es lo que ha venido operando. Hasta la fecha, el reporte es que se ha podido atenderlos en buenos términos.

¿Cómo se ha ido implementando el despacho judicial virtual antes y después de la pandemia? En caso haya habido dificultades, ¿cuáles han sido?

Es importante comentar que el Poder Judicial en el año 2017 decidió implementar el expediente judicial electrónico. El uso de la tecnología en el Poder Judicial no era un asunto extraño. De hecho, ya se venía aplicando para diversos actos procesales: notificación electrónica, remate electrónico, embargo electrónico, entre otros. Pero esa decisión del año 2017 que adoptó el Poder Judicial, y que tuvo que ver con el desarrollo del proceso judicial electrónico, es decir, con hacer un proceso judicial con cero papel, nos pone entonces en una etapa anterior a la pandemia. Entonces, en ese año esa decisión del Poder Judicial se puso en marcha, se desarrollaron las etapas respectivas y el primer despacho judicial electrónico del país se implementó en la Corte Superior de Justicia de Lima en un juzgado comercial. Eso fue en promedio en julio del año 2017.

Hacia finales del mismo año, ya en la Corte de Lima estaban funcionando alrededor de setenta despachos jurisdiccionales con el expediente judicial electrónico, tanto en primera como en segunda instancia en las especialidades de derecho comercial; laboral; y tributario, aduanero y de temas de mercado. En esas tres especialidades comenzó el expediente judicial electrónico en la etapa prepandémica.

Luego, en el año 2018, el expediente judicial electrónico fue mejorando sus niveles de atención. Apareció en ese año la mesa de partes virtual, que permitió que los usuarios de esas especialidades comiencen a enviar sus escritos en línea. Porque hasta antes de eso, pese a tener expediente electrónico, tenían que llevar físicamente los papeles y por interno el Poder Judicial los convertía al sistema. Pero con la mesa de partes virtual —un gran logro—, los usuarios comenzaron a remitir todo en línea. Ya no tenían la necesidad de ir al Poder Judicial. Ese fue un cambio y un avance muy importante antes de pandemia con el expediente judicial electrónico.

Entonces, la posibilidad de contar en el país con un despacho judicial virtual tiene un antecedente valiosísimo en la implementación del expediente judicial electrónico,

anterior a la etapa de pandemia. Yo diría que ha permitido que el Poder Judicial esté de alguna manera preparado para que con la llegada de la pandemia la institución tuviera una experiencia en el trabajo de procesos en línea.

Eso ha ayudado a que los casos y la atención en el sistema pueda continuar, incluso para expedientes que se tramitaban físicamente. Porque una cosa es tramitar expedientes en el sistema y otra es tramitar expedientes en papel. Esos que se tramitaron en papel también el sistema los fue incorporando. El conocimiento ganado sobre todo se debe a que ya para ese momento el Poder Judicial venía trabajando expedientes judiciales electrónicos.

Con respecto a estos expedientes judiciales electrónicos, ¿en qué medida han ayudado estos en el desarrollo del proceso?

En línea de lo que venía diciendo, sin los expedientes judiciales electrónicos probablemente el sistema de justicia se hubiera paralizado más de lo que estuvo realmente paralizado en los tiempos duros de pandemia. La institución habría tenido que prepararse, adecuar recursos, conseguir recursos que en un país como el nuestro son escasos y no es tan simple tenerlos.

Yo diría que el expediente judicial electrónico ha permitido que el servicio de justicia continúe. Que hay dificultades es cierto, el expediente judicial electrónico no es la solución a todos los problemas en el servicio de justicia. Pero es una gran herramienta para que este hoy día funcione de mejor manera.

¿Existió o existen contingencias sobre el uso de expedientes electrónicos?

Por supuesto. Por ejemplo, el Poder Judicial ha implementado un sistema de audiencias en línea a través de la aplicación Google Meet. Entonces, todas las audiencias son, por regla, virtuales. Eventualmente podría pasar que la conectividad del abogado de la audiencia pudiera fallar, esa es una contingencia. Ha pasado que en la hora misma de la realización del informe no podíamos escuchar al abogado cuya imagen sí podíamos ver. Aquello se solucionó indicándole que se vuelva a conectar a través de otro dispositivo para que se logre una comunicación plena. De esa manera, se ha superado ese incidente y se ha podido cumplir con el propósito de la diligencia.

En el camino hemos ido enfrentando este tipo de situaciones, pero hasta ahora nada irremediable. Del lado de los abogados también hay una gran cooperación. Porque el Poder Judicial, previa audiencia al día oficial, realiza una reunión anterior de entrenamiento de revisión de conectividad. De esta forma, se les instruye cómo deben conectarse el día que les corresponda. Todo ello es posible ahora y permite ir superando esas dificultades.

De hecho, la brecha digital que en el país existe, la que se tiene en la actualidad, yo diría, ya no es la que se tenía al inicio de la pandemia. Hoy día, tras tres años desde el

inicio de la pandemia, creo yo que ha disminuido. Ahí hay que reconocer que hay gran entusiasmo y cooperación de actores internos y externos del propio sistema de justicia.

Con respecto a la información, ¿considera usted que la plasmada en estos expedientes electrónicos debería ser de acceso público? Y, de ser así, ¿en qué medida?

Sí lo es. El acceso a la información contenida en los expedientes electrónicos es de carácter público. Por ejemplo, a nivel de la Corte de Lima, los que intentan conseguir la información de un expediente concreto realizan una gestión ante el funcionario responsable de entregar esta información por transparencia. En el caso de la Corte es el secretario general de la Corte. Es una gestión que se hace en línea y este funcionario busca la información dentro de la institución y luego se la provee al usuario.

Entonces sí es de carácter público. Pero hay que cuidar mucho la información sensible, de carácter privado. Todo lo que la ley prohíbe entregar y que no es de acceso público también se cuida a propósito de la información que se entrega contenida en los expedientes judiciales. Muchos alumnos que están a punto de graduarse y quieren obtener expedientes para su título de abogados usan este medio para acceder a la información pública.

¿Existe algún plan para promover el expediente judicial electrónico en los sectores que cuentan con una baja conexión al internet dentro del territorio peruano?

En el Poder Judicial existe desde el año 2017, cuando se decidió la implementación del expediente judicial electrónico, una comisión encargada de su implementación y monitoreo. A la fecha continúa. Desde el año 2017 hasta ahora, el expediente judicial electrónico ha ido implementándose en más cortes, y a lo largo y ancho del país.

Como comprenderán, para que eso ocurra estos temas de conectividad deben estar en niveles óptimos y adecuados. Entonces, progresivamente, en la medida que la conectividad lo permita, eso seguirá creciendo. Allá donde esto no sea posible, primero habrá que ir solucionando los problemas de conectividad para que también esas localidades y población se vean beneficiadas con estas herramientas. Tiene que ver con medidas adicionales. Pero la comisión de implementación mencionada tiene el cuidado debido y ello ha permitido que el crecimiento sea importante hasta la fecha. Falta todavía para consolidarlo a nivel nacional, pero eso es un proceso bien encaminado.

Sobre el cómputo de plazos, ¿este puede variar dependiendo de la modalidad de presentación de los expedientes presencial o virtual? Al respecto, una discusión recae sobre la suspensión del cómputo de los plazos por huelgas del personal, ya que la presentación de los escritos se podría realizar por medio del despacho virtual.

Ahora con la pandemia la presentación de escritos es sobre todo virtual. Las mesas de parte que se han habilitado para recibir físicamente documentos no son de gran afluencia

de personas. Estas han aprendido a usar la mesa de partes virtual. Hace menos de dos meses atrás, me indicaba un responsable del área de la especialidad comercial en Lima, en promedio el 80 % y un poco más de documentos se hacen a través de la mesa de partes virtual. Entonces es alto su uso. Queda lo físico para aquellos casos excepcionales.

¿Debiéramos avanzar hacia el 100 %? Seguro, pero miren: la mesa de partes virtual comenzó su primera experiencia el año 2018 y ahora ya hablamos de niveles de ingreso elevados de escritos. Ello quiere decir que la gente ha ido encontrando utilidad a esa modalidad. Y espero que se consolide.

En cuanto a plazos, la ley determina cómo se computan los plazos. Antes, una huelga de los trabajadores implicaba el cierre del local. Entonces si el local estaba cerrado no había manera de dejar el documento, y, por lo tanto, ese día no podían considerarlo. Pero hoy día, si la mesa de partes es virtual, una huelga de trabajadores no acaba con la posibilidad de seguir presentando escritos. De hecho, la mesa de partes virtual funciona todo el año, todos los días las 24 horas, eso incluye feriados, sábados, domingos, etcétera.

Si, por ejemplo, un abogado tiene el apremio de entregar un escrito y para ello tiene tres días en medio de los cuales hay un sábado y domingo, no debería esperar al último día para enviar el escrito. Podría enviarlo el propio sábado o domingo y el sistema lo va a recibir. Esto de la huelga era un dolor de cabeza para entregar documentos cuando los locales eran cerrados por efecto de la misma. Pero con la mesa de partes virtual eso claramente ya no es un problema. El impacto en los plazos procesales también debe entenderse en el mismo sentido.

Después de todo lo mencionado, ¿considera usted que el despacho judicial virtual es momentáneo o que, por el contrario, va a perdurar en el tiempo?

Yo estoy de acuerdo con la idea, al igual que muchos colegas, de que el Poder Judicial pueda ofrecer en un corto plazo el despacho judicial 100 % virtual. Y en esa línea se está trabajando, porque ahora tenemos despachos judiciales que trabajan expedientes electrónicos que no son 100 % virtual. Todavía hay aspectos que se realizan de manera no virtual. Pero a raíz de la pregunta me parece que deberíamos avanzar hacia un despacho judicial 100 % virtual, donde sí podamos decir que hemos conseguido cero papel.

Ya se están haciendo cosas para que eso que hoy día todavía es físico, pese a estar en un despacho electrónico, comience a desaparecer. En los despachos judiciales donde existe un expediente judicial electrónico, la notificación a la parte demandada es con papeles en físico. No es un despacho 100 % electrónico. Seguimos imprimiendo papeles para notificar al demandado.

Lo que hemos experimentado en la Sala en donde ahora trabajo y que presido, la primera Sala Comercial de Lima, en los procesos donde se pide la anulación de laudos arbitrales, que es uno de los grandes temas que tenemos en la Sala, la notificación a la

parte demandada ya no se realiza de manera física, sino que se envía un enlace para que la parte demandada encuentre toda la demanda elaborada, que incluye todo lo que se adjuntó a esa demanda (por ejemplo, anexos, medios probatorios). Es decir, en lugar de enviarle cien, doscientos o mil folios dependiendo del tamaño de la demanda, se manda la cédula de notificación física en una hoja con el enlace al expediente.

Nosotros lo hemos experimentado en la Sala durante más de un año y ha tenido gran receptividad de parte de los que litigan en materia de recursos de anulación de laudos arbitrales. Y la Corte de Lima hace poco menos de dos meses ya validó esa práctica y la ha convertido en una práctica replicable a otras áreas donde haya expediente electrónico.

Entonces, ¿cuál es el desafío para llegar a un despacho judicial 100 % electrónico? Todo debe realizarse de manera electrónica. Y hacer todo electrónicamente implica desaparecer lo que hoy hacemos con papel. Como esto es un proceso, siempre debe hacerse cambios para la mejora continua. Tiene que ir mejorando y cambiando para lograr el objetivo final.

Nosotros estamos comprometidos en ello. Felizmente quienes trabajan con nosotros participan del mismo interés y ello hace que esto cambie, porque el cambio no viene con el deseo de una persona, sino cuando el colectivo quiere hacerlo. Veo que lo avanzado en el Poder Judicial desde el 2017 a la fecha ilusiona con miras al despacho judicial virtual. Estamos yendo hacia ese objetivo y ojalá lo consigamos en el menor tiempo posible.

ARTÍCULOS

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL POSPANDÉMICA EN EL PERÚ

FRANK GARCÍA ASCENCIOS*
Universidad de Lima, Lima, Perú

MAYRA OCAÑA CERRO*
Universidad de Piura, Lima, Perú

Recibido: 26 de septiembre del 2022 / Aceptado: 6 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6055>

RESUMEN. La conciliación extrajudicial es un mecanismo autocompositivo de solución de conflicto que, como regla general, es obligatorio antes de iniciar un proceso judicial. El artículo desarrolla su noción, características y critica la obligatoriedad de la conciliación como requisito de procedibilidad antes de acudir a la vía judicial. Finalmente, los autores comentan y reflexionan sobre la última reforma sustancial en el sistema conciliatorio, la misma que se produce con la Ley 31165, norma que incorpora en el Perú las audiencias de conciliación por medios electrónicos, a consecuencia de la pandemia del COVID-19, como una posibilidad ante su presencialidad.

PALABRAS CLAVE: audiencia de conciliación / conciliación extrajudicial / conciliador / MARCS o MASC / MINJUSDH

POST-PANDEMIC OUT-OF-COURT CONCILIATION IN PERU

ABSTRACT. Out-of-court conciliation is a conflict resolution mechanism that, as a general rule, is mandatory before starting a judicial process. This article analyzes the idea of conciliation and its characteristics and criticizes its mandatory nature as a procedural requirement before going to court. The authors also comment and reflect on the latest substantial reform in the conciliation system, as stated by Law 31165, a regulation that incorporates conciliation hearings by electronic means in Peru due to the COVID-19 pandemic.

KEYWORDS: conciliation hearing / out-of-court conciliation / conciliator / ADR / MINJUSDH

* Abogado y magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima (Perú). Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Hawai'i at Mānoa (EE. UU.). Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca (España). Árbitro y conciliador extrajudicial. Profesor en la Universidad de Lima. Contacto: frankgarciaascencios@gmail.com.

** Abogada y egresada de la Maestría de Derecho Administrativo y Regulación del Mercado por la Universidad de Piura. Especialista acreditada del VII Programa de Especialización en Relaciones Internacionales por la Fundación de la Academia Diplomática del Perú. Especialista en derecho administrativo, sancionador y disciplinario. Contacto: ocana.mayra.l@gmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos se generan diariamente y, por ello, son necesarios mecanismos de solución que permitan alcanzar una resolución especializada y célere. En ese sentido, el acceso a la justicia es un objetivo anhelado por todos y la mejor manera de lograrlo es a través de un acuerdo libremente alcanzado, el cual es producto de un diálogo previo.

Más allá del diálogo voluntario entre dos o más personas por alcanzar una solución al problema mediante una negociación o trato directo, resulta relevante la participación de un tercero, debido a que es quien promueve el diálogo entre dos partes parciales por sus posiciones y emociones. En esa línea, a finales de 1992, con la participación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se creó una Comisión de Reestructuración de la Administración de Justicia, que entre sus conclusiones resaltó la necesidad de promover el empleo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MARCS o MASC) en el país.

Para la promoción de los MARCS, se logró el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y organizaciones privadas como la Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (Apenac). Este impulso generó que se discutieran diversos proyectos de ley¹ para implementar los MARCS como formas de conciliación. En tal escenario, en 1997 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Ley 26872, Ley de Conciliación, que la reconoció como un mecanismo alternativo de solución de conflictos cuya institucionalización y desarrollo son de interés nacional. Así, la década de 1990 es recordada como un período en el que se introdujo y promocionó la cultura de paz mediante los mecanismos alternativos, en especial, la conciliación.

Posteriormente, debido a la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, en el 2008, mediante Decreto Legislativo 1070, se modificó sustancialmente la Ley de Conciliación. En este decreto se establece, según su exposición de motivos, que se busca “promover la utilización de la Conciliación, no como anteriormente se ha manifestado, sino como un mecanismo de desjudicialización de las controversias que pueden ser solucionadas con la utilización de este valioso mecanismo alternativo”. Así, se deroga la obligación de realizar audiencias de conciliación en sede judicial y ahora la conciliación extrajudicial se convierte en un requisito de procedibilidad para demandar, es decir, un requisito obligatorio antes de presentar una demanda judicial.

No obstante, no se había incorporado legislativamente la posibilidad de llevar adelante audiencias de conciliación extrajudicial vía medios electrónicos, a pesar de la

1 Existieron tres proyectos de ley discutidos que fueron 1948-96-CR, 1961-96-CR y 2172-96-CR. Finalmente, se fusionaron los tres mediante el Proyecto 2565-96-CR, además del 2581-96-CR. Estos dos proyectos finales fueron debatidos y aprobados con ajustes por el Congreso de la República.

irrefutable realidad de la virtualidad en pleno siglo XXI. La ley de conciliación resulta extremadamente inflexible para permitir este tipo de audiencias, si es que antes no se regulaba en su norma. Por ello, producto de la pandemia del COVID-19, a través de la Ley 31165, se modifica la Ley de Conciliación incorporándose la posibilidad de llevarse a cabo la audiencia de conciliación vía medios electrónicos. Seguidamente, se aprueba el Decreto Supremo 008-2021-JUS, norma que modifica el reglamento de la ley, precisando cómo debía conducirse estas audiencias.

De este modo, la incorporación de las audiencias de conciliación a través de medios electrónicos es la reforma más significativa que tuvo la conciliación extrajudicial a consecuencia de la pandemia. En ese marco, este texto brinda comentarios y reflexiones sobre esta figura, a escasos meses de su regulación y aplicación en el sistema.

2. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

2.1 Definición

La conciliación es un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos en el que un tercero, denominado *conciliador*, facilita el diálogo entre las partes para que estas solucionen su disputa, sin necesidad de acudir a un proceso judicial o arbitral.

El conciliador es el facilitador del diálogo. Es el que pone el alma, corazón y vida en las sesiones de conciliación, debido a que es el responsable de hacer interiorizar implícitamente a las partes que el conflicto no debe ser personal, que debe buscarse las reales necesidades (intereses), que deben gestionarse diversas opciones de solución, las que deberán estar sustentadas en criterios objetivos, a fin de lograr el cumplimiento del acuerdo y posibilitando que el vínculo permanezca durante el paso del tiempo.

Según la Real Academia Española, la palabra *conciliación* proviene del latín *conciliatio*, *-ōnis* y consiste en la “acción y efecto de conciliar” (RAE, s. f., definición 1). Asimismo, dicha institución la define también, desde la perspectiva del derecho, como el “acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir el ya iniciado”. Por otro lado, la doctrina comparada señala que

al igual que las relaciones sociales (...), la conciliación es también un proceso dinámico, un progresivo desarrollo dialéctico de personas vinculadas por un conflicto que puede o no finalizar con un acuerdo, pero que, en sí, siempre conservará el potencial de la transformación de las personas, de su relación y de la concepción que tengan del conflicto mismo. (Montoya & Salinas, 2016, p. 139)

En el Perú se cuenta con diversos tipos de conciliación: (a) la administrativa, gestionada sin aplicar la Ley de Conciliación y su reglamento; (b) la judicial, conducida por el juez en un proceso judicial, donde tampoco se aplica la normativa sobre conciliación; y (c) la

extrajudicial, la que se desarrolla en este texto, se conduce conforme a la Ley de Conciliación y su reglamento, la misma que es un mecanismo formal, al tener procedimientos y plazos que cumplir, además de que sus centros de conciliación extrajudicial y conciliadores son objeto de supervisión, y hasta de posible sanción administrativa por parte del MINJUSDH en caso de que no cumplan con las disposiciones legales pertinentes.

El ordenamiento peruano, según el artículo 5 de la Ley de Conciliación, define a la conciliación extrajudicial como

una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

2.2 Características

Voluntariedad

Las partes gozan de la libertad para gestionar y decidir si arriban o no a un acuerdo a través del procedimiento conciliatorio sobre sus conflictos en materia de libre disposición. La decisión de hacerlo es únicamente exclusiva de ambas, debiendo ser responsables de los efectos de su decisión. Nadie puede obligar al otro a llegar a un acuerdo. La naturaleza de la conciliación es su voluntariedad, la misma que permite que las partes construyan con libertad los términos del pacto.

Contrario a lo que sucede con una sentencia judicial, la solución a la que se arriba en un proceso conciliatorio es dialogada, interiorizada y adoptada voluntariamente. Al final de un proceso judicial, existe un vencedor y un vencido, uno obtendrá lo solicitado o parte de ello, y el otro estará obligado a su cumplimiento, sin margen de negociación sobre las posibilidades de cumplimiento en los términos dictaminados por el juez.

Por el contrario, en una conciliación extrajudicial, las partes negocian, con la asistencia de un conciliador, la solución del conflicto, donde toman en consideración las circunstancias más favorables para ambos conforme a sus reales intereses.

El éxito de un acuerdo conciliatorio está sustentado en su voluntariedad. Así se demuestra una participación real de las partes en lo decidido, lo que debe ser garantizado por el conciliador, a fin de que ambas partes interioricen su real beneficio.

Especialidad

El conocimiento especializado en el conciliador es una condición indispensable para conducir las sesiones de conciliación. Así, el MINJUSDH es el encargado de realizar las capacitaciones respectivas a los operadores del sistema conciliatorio para que se cuenten con un conocimiento especializado.

En el Perú se ha desarrollado el curso básico para poder ser conciliador extrajudicial, por lo que concluida esta asignatura y contando con el registro respectivo, se podrá ser conciliador en temas civiles, contratación privada y pública, y otros tópicos. No obstante, para conducir audiencias sobre materia familiar, es obligatorio contar con la especialización, debiendo estudiar otro curso especializado en familia. Entonces, si no se cuenta con esta especialización brindada por un centro de formación acreditado, no podrá ejercerse en esta materia como conciliador.

Asimismo, producto de la conciliación extrajudicial, también ha surgido la especialización en materia de salud a cargo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud², la cual gestiona conflictos como cobertura, reembolsos, latencia, carencia, referencias, contrarreferencias, preexistencias, aportes, primas, entre otros.

Confidencialidad

La confidencialidad es esencial para el funcionamiento de la conciliación, debido a que, si no lo fuera, sería imposible que las personas expresen sus miedos, temores, necesidades, es decir, habría una conducta premeditada o calculada para evitar ser perjudicado posteriormente en caso se vaya a un proceso judicial o arbitral. Además, si ya es difícil para las partes expresar palabras, sería peor si la sesión de conciliación fuera pública.

El conciliador, las partes y toda persona involucrada están obligados a guardar absoluta reserva de lo dialogado o propuesto durante las audiencias. Al considerar lo relevante de esta característica, la norma establece que

se entiende que todo lo sostenido o propuesto en la audiencia carece de valor probatorio en cualquier proceso judicial, arbitraje o administrativo que se promueva posteriormente, aún en aquellos que se originen en hechos distintos a los que dieron origen a la controversia materia de conciliación. Asimismo, incurre en responsabilidad la parte conciliante que vulnere este deber, de conformidad con la ley de la materia. (Artículo 10 del Reglamento de la Ley de Conciliación)

Por supuesto, esta excepción tiene límites. Un ejemplo de ello es cuando se constata que se está ante potenciales delitos, existiendo una obligación con la sociedad en denunciar este posible hecho a la autoridad competente.

2 El Ceconar tiene entre sus funciones administrar el servicio a nivel nacional de conciliación en salud. También, el registrar a conciliadores especializados y habilitar estos centros de conciliación, según lo normado en el Decreto Legislativo 1158.

Celeridad

En la realidad peruana es conocida la sobrecarga judicial. Según estadísticas oficiales del Poder Judicial (2022), al mes de mayo del 2022 se tiene más de un millón de expedientes en trámite a nivel nacional, solo contabilizando la materia civil, penal, familiar y laboral. Esta condición, sumada a otras, genera la lentitud de la labor judicial y el perjuicio a los justiciables. Como expresó el filósofo Seneca, “Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”.

Frente a ese escenario, la conciliación extrajudicial es un mecanismo de solución de conflictos atractivo y confiable. En este medio puede arribarse a un acuerdo dentro de las sesiones de conciliación, la misma que tiene una duración máxima de treinta días calendarios contados a partir de la fecha de la primera sesión realizada, salvo acuerdo distinto de las partes.

Por ello, resulta indispensable la voluntad de las partes y la técnica y experiencia del conciliador para poder centrar la discusión en la controversia, de una forma sencilla y dinámica para que pueda advertirse la real magnitud del problema y las posibilidades de solución más eficientes en beneficio de ambas, enfocándose en sus reales intereses.

Bajo costo

Pese a que el acceso al sistema judicial resulta ser subvencionado por el Estado, al solo pagarse tasas judiciales en algunas materias y en otras ni cubrirlas, su acceso es elevado al asumir los honorarios de un abogado que pueda patrocinar la causa y apersonarse ante la instancia judicial por los años que se tramite el proceso, además de la preocupación, tensión, temor y estrés por el resultado del juicio.

En tal escenario, la conciliación extrajudicial representa un enorme ahorro de dinero, disgustos y hasta enfermedades. Así, su trámite no demanda la asistencia de un abogado para asistir a las partes. El conciliador es un tercero imparcial que promueve el diálogo entre ambas. No obstante, adicionalmente, tiene la obligación de explicar las consecuencias legales del posible acuerdo arribado, conforme a la aplicación del principio de equidad, el mismo que no significa actuar como abogado de una parte, sino resguardar un acuerdo donde ambas conozcan sus términos y efectos. En consecuencia, se “genera las condiciones de igualdad entre ambas partes, [para arribar] a un resultado consensual que sea de beneficio mutuo” (Pareja & Pareja, 2021).

Por otra parte, adicionalmente a los centros de conciliación extrajudicial privados, los que tienen una tarifa preestablecida, el MINJUSDH ofrece la conciliación gratuita para los ciudadanos de escasos recursos económicos, garantizándose el acceso a una justicia alternativa para la comunidad.

Acta de conciliación: título ejecutivo

El procedimiento conciliatorio concluye con un acta de conciliación, la misma que puede ser por

(a) acuerdo total, (b) acuerdo parcial, (c) falta de acuerdo, (d) inasistencia de una parte a dos sesiones, (e) inasistencia de ambas partes a una sesión y (f) decisión motivada.

El acta con acuerdo total o parcial constituye título ejecutivo. Es decir, en caso de incumplimiento de obligaciones ciertas, expresas y exigibles asumidas en la conciliación, la parte afectada podrá demandar por la vía judicial mediante un proceso único de ejecución a la parte desleal del acuerdo, a fin de que se cumpla con el pacto asumido por ambas.

Así, el acta de conciliación constituye en sí misma un mandato con fuerza vinculante y de cumplimiento obligatorio para las partes, ya que, como si se tratase de una sentencia judicial firme, es ejecutable inmediatamente. Este es un atractivo para utilizar la conciliación extrajudicial, al reconocer la ley la característica de título de ejecución al acta de conciliación de acuerdo total o parcial.

2.3 Conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para demandar judicialmente

Pese a las ventajas que tiene la conciliación extrajudicial como mecanismo voluntario de solución de conflictos, la normatividad peruana actualmente dispone en el artículo 6 de la Ley de Conciliación lo siguiente:

Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados [esto es, la solución del conflicto] ... el Juez competente, al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

Es decir, como regla general³, se dispone la obligatoriedad del inicio de una conciliación extrajudicial como paso previo a la interposición de demandas judiciales; es decir, resulta ser un requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial.

Si, como se ha desarrollado antes, la conciliación extrajudicial parte de la existencia de una voluntad de las partes de solucionar un conflicto para no acudir *prima facie* al fuero judicial, resulta evidentemente cuestionable que, de manera normativa, exista

3 Se señala que es regla general debido a que hay excepciones. La propia Ley de Conciliación regula los casos y materias no conciliables, así como los supuestos de inexigibilidad de la conciliación (artículos 7, 7-A y 9 de la Ley de Conciliación).

una disposición que acoja su obligatoriedad, ya que con claridad se desnaturaliza una institución que basa su existencia en la voluntad de las partes. Asimismo, si se revisa la redacción de la norma en controversia, se observa que en la misma se establece que la consecuencia de no activar la conciliación extrajudicial antes de la interposición de la demanda producirá como efecto que dicha demanda sea declarada improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar del demandante.

Esta exigencia normativa genera la interrogante ¿la finalidad real, o al menos principal, para regular esta institución como obligatoria es la de ir reduciendo progresivamente la carga de expedientes judiciales y descongestionar el sistema judicial, apelando a que es un requisito de procedibilidad? De ser este el caso, esta obligatoriedad podría representar una vulneración al derecho constitucional de acceso a la justicia⁴, además de desnaturalizar la figura de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos.

El fundamento de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial que ha sido expresado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Consulta 555-2013, absuelta el 9 de mayo del 2013, es que

la norma legal establece una intervención exigiendo para la procedencia de las pretensiones disponibles, que previamente se haya acudido a la conciliación extrajudicial, persiguiendo la consecución de una finalidad de más pronta y eficaz solución para las partes en relación con su conflicto; lo cual compatibiliza con una cultura de paz y con la finalidad de una pronta solución de conflictos y restablecimiento de la paz social. (Fundamento 6.8)

Autores como Shirakawa (1999) señalan que esta exigencia es expresión del rol activo del Estado como orientador de la conducta de la sociedad que “busca a través de esta obligatoriedad, un cambio de cultura en el país”, toda vez que, si no se presenta a la conciliación como figura obligatoria, no será posible concientizar de manera efectiva a la sociedad sobre los beneficios del empleo de la conciliación extrajudicial y, por otro lado, no les permitirá reconocerse como partícipes de esta forma pacífica de resolución

4 El numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que “son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, toda vez que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, no sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto cualquiera sea su denominación”.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que “la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle en su petitorio” (Expediente 763-2005-PA/TC. Fundamento 6. Expediente 8123-2005-PHC/TC y la recaída en el Expediente 1873-2014-AA/TC).

de conflictos. La autora prosigue señalando que, una vez que se consiga el “cambio de concepción, el solo reconocimiento de los beneficios de esta institución podrá otorgar las herramientas suficientes para decidir acudir a ella de manera voluntaria” (Shirakawa, 1999). Sin embargo, también reconoce que el Estado no debe enfocarse únicamente en exigir la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial como mecanismo para promover su empleo y difundir sus beneficios.

En efecto, se podría coincidir en que la exigencia de la obligatoriedad de la conciliación pudo darse en un inicio, como una estrategia temporal del Estado para difundir su empleo y beneficios; sin embargo, han pasado casi más de veinte años y la obligatoriedad sigue regulada y de hecho es hoy más exigible que nunca por parte de los jueces y es percibida, más que como una herramienta eficiente y efectiva de solución de conflictos, como un mero requisito de acceso a la vía judicial. Esta situación evidencia el bajo impacto que esta técnica estatal ha tenido a nivel de concientización positiva de la figura en la población. Entonces, se puede cuestionar nuevamente si no es momento ya de enfocar los esfuerzos estatales en desestigmatizar la conciliación extrajudicial como un mero requisito de procedibilidad, al que en general se acude sin el más mínimo interés o voluntad para solucionar las controversias.

El legislador no solo establece la obligatoriedad de iniciar una conciliación antes de demandar judicialmente, sino que —dentro de un proceder desnaturalizador de la conciliación como mecanismo consensual de solución de conflictos— regula también efectos negativos a la parte que no asiste a la audiencia de conciliación o a la que con su conducta genere su frustración con la emisión de un acta de decisión motivada.

Así, estos efectos negativos o sancionadores significan la imposibilidad del invitado de presentar una reconvencción en el futuro proceso judicial. Asimismo, tales consecuencias provocan una presunción relativa de verdad en el juicio a favor de la parte que sí asistió a la audiencia de conciliación al sancionar a quien no acudió a la conciliación. Finalmente, el no asistente podría incluso ser penalizado por el juez en el proceso judicial con una multa no menor de dos ni mayor de diez unidades de referencia procesal.

En consecuencia, se considera necesario que deba reevaluarse la redacción de esta normativa, a efectos de no concebir a la conciliación extrajudicial como mero requisito procedimental que genera efectos negativos en el futuro proceso judicial en caso de no asistir a la audiencia, debiendo ser comprendido como un real mecanismo voluntario para solucionar conflictos.

3. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y AUDIENCIAS A TRAVÉS DE MEDIOS ELETRÓNICOS

3.1 Antes de la pandemia: la presencialidad

La conciliación extrajudicial se caracterizó por su presencialidad. Es decir, producto de la ley y su reglamento, la audiencia de conciliación tenía que realizarse forzosamente de manera presencial, con la asistencia del conciliador y las partes conciliantes.

Sin embargo, el 2020 fue un año de cambios sustanciales en nuestras vidas y en el derecho. El 11 de marzo del 2020 se categorizó a la enfermedad del coronavirus (COVID-19) como pandemia, dado sus elevados y alarmantes niveles de propagación y gravedad, y se instó a los países a adoptar de manera inmediata las acciones pertinentes para contener los avances de la enfermedad, lo que incluía medidas de protección personal, distanciamiento social y medidas relacionadas con los desplazamientos, según refiere la Organización Panamericana de Salud (OPS, 2020).

El texto original de la Ley de Conciliación Extrajudicial y el vigente hasta antes del 11 de marzo del 2020 no hacían referencia alguna a que la audiencia que debía llevarse a cabo —como parte del procedimiento de conciliación extrajudicial— podía realizarse de manera virtual o por medios electrónicos. De hecho, respecto de las audiencias, el texto de la ley señalaba tres reglas:

- La concurrencia a la audiencia es personal (salvo las personas que conforme a la ley deban actuar a través de representante legal).
- Para el caso de personas domiciliadas en el extranjero, se admitiría apersonamiento a través de apoderado o, en el caso de personas jurídicas, sus representantes legales en el país.
- En caso de que alguna de las partes no pueda desplazarse al local del Centro de Conciliación para llevar a cabo la diligencia, siempre que tengan motivos debidamente acreditados, esta podrá realizarse en el lugar donde se encuentre la parte impedida, siempre que esta pueda manifestar su voluntad indubitable.

De lo anterior, se puede concluir válidamente que la ley imponía la presencialidad para la celebración de las audiencias de conciliación, probablemente, como una forma de garantizar que el conciliador pueda advertir que la decisión que adopten las partes durante dicha diligencia sea expresión libre de su voluntad personal y no sea alterada por ningún tipo de presión o coacción o fraude proveniente de factores externos o terceras personas.

3.2 Pospandemia: virtualidad de la audiencia de conciliación

La incorporación de medios digitales para llevar a cabo la audiencia de conciliación es una innovación que resultaba impostergable, a pesar de las extremas formalidades

de la legislación respecto de la conciliación extrajudicial. En ese sentido, incluso antes de la pandemia del COVID-19, se presentaron dos proyectos de ley (5803/2020-CR⁵ y 6609/2020-PE⁶) que posteriormente hicieron indiscutible su adopción.

Tales proyectos fueron aprobados por dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, con opinión de diversas entidades públicas como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y privadas como el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

En el referido dictamen se hizo referencia a las objeciones expresadas por especialistas al procedimiento conciliatorio virtual, quienes señalaron que con este “se podían desvirtuar los principios del procedimiento conciliatorio”. En este caso, podrían afectarse, por ejemplo,

el principio de equidad, cuando las partes se encuentran en diferentes situaciones de acceso al internet; el de veracidad, cuando se hace insostenible una conversación fluida y el contacto directo con las partes; el de buena fe, cuando una de las partes se encuentre acompañada de otra persona que pueda influir en el acuerdo; el de confidencialidad, cuando la reserva corre el riesgo de vulnerarse al existir posibilidad de que se publique la grabación de la audiencia. (Congreso de la República, 2021, p. 11)

El dictamen señala también que parte de la doctrina manifestó

que se dejarían de cumplir algunas de las características de la conciliación, como son: la búsqueda de los intereses de las partes, la escucha activa y dialogada, la inmediatez, la relación y contacto que deben tener las partes para que por intermedio del conciliador puedan dialogar. (Congreso de la República, 2021)

Debido a la situación de aislamiento y distanciamiento social que trajo consigo la pandemia por el COVID-19, desde el inicio de esta se terminó suspendiendo la actividad conciliatoria, lo que generó un perjuicio para los conciliantes, quienes no pudieron ejercer su derecho de acceso a la justicia por la suspensión de actividades de los centros de conciliación extrajudicial, debido al manejo no técnico por parte del MINJUSDH al no brindar una respuesta oportuna ante estos hechos en salvaguardia del sistema conciliatorio⁷.

5 Proyecto de ley propuesto por la congresista Luz Milagros Cayguaray Gambini que “modifica e incorpora diversos artículos en la Ley 26872, Ley de Conciliación, con la finalidad de incorporar nuevas tecnologías en el desarrollo del procedimiento conciliatorio”.

6 Proyecto de ley propuesto por el Poder Ejecutivo que “incorpora el uso de las tecnologías digitales en los procedimientos conciliatorios y en la formación y capacitación de conciliadores”.

7 Incluso, la Defensoría del Pueblo tuvo que solicitar al MINJUSDH que se reactive la conciliación extrajudicial en beneficio de la población que estaba impedida de ejercer su derecho de acceso a la justicia (Defensoría del Pueblo, 2020).

Frente a este oscuro panorama, se terminó introduciendo la audiencia de conciliación a través de medios electrónicos. Así, más de un año después de declarado el estado de emergencia, y decretado el aislamiento y distanciamiento social obligatorio, el 13 de abril del 2021 se publicó la Ley 31165, Ley que modifica la Ley de Conciliación. Asimismo, el 22 de mayo del mismo año, se promulgó el Decreto Supremo 008-2021-JUS, reglamento de la ley, con el que se permitió la realización de la audiencia digital para optimizar el funcionamiento del sistema conciliatorio.

Ni la presencialidad ni la virtualidad son regla o excepción para la celebración de audiencias de conciliación; por el contrario, en concordancia con el carácter voluntario de la conciliación extrajudicial, son las partes las que tienen la posibilidad de elegir el medio a través del cual desean realizar la conciliación. En último caso, si no existe consenso sobre la forma de realización, entonces, se llevará a cabo de manera presencial. La norma no obliga a emplear los medios tecnológicos. Incluso se ha indicado que

si la parte invitada a la audiencia a realizarse por medios electrónicos u otros de naturaleza similar no cuenta con los medios tecnológicos para participar, debe asistir presencialmente al Centro de Conciliación Extrajudicial y que, de haberse realizado la audiencia por medios electrónicos u otros de naturaleza similar y las partes o alguna de ellas no cuenten con firma electrónica o digital, se suspende la audiencia, señalando una nueva fecha para la suscripción del acta de conciliación. (Artículo 12, Ley 31165)

Antes de llevar a cabo la audiencia digital, el conciliador debe corroborar si las partes conciliantes son efectivamente ellas, para lo cual debe efectuar una indagación previa a su teléfono celular, correo electrónico, confirmar su identidad y los domicilios a notificar. Asimismo, la audiencia de conciliación a través de medios electrónicos permite su realización mediante videoconferencia utilizándose para tal efecto *softwares*, aplicativos webs, equipos informáticos y tecnológicos que garanticen la integridad, confidencialidad y grabación de las audiencias de conciliación y otros. Es decir, la ley no establece algún *software* en especial. Generalmente, en la práctica se realizan mediante plataformas comerciales como Zoom, Meet, Teams, entre otras.

Una novedad de este sistema de audiencias vía medios electrónicos es que se ha incorporado la obligación de filmar la sesión. Así, según la norma vigente⁸, se grabará

(a) la identidad y verificación de las partes, (b) el monólogo de apertura, (c) la lectura que hace el conciliador del primer y quinto párrafo del artículo 10 del reglamento de la Ley de Conciliación, sobre la confidencialidad, (d) la descripción de la controversia planteada en la solicitud, (e) los hechos materia de la reconvención, si hubiere, (f) los acuerdos totales y parciales arribados por las

8 El artículo 21-B del Reglamento de la Ley de Conciliación regula las reglas de la audiencia de conciliación por medios electrónicos.

partes conciliantes, o los no acuerdos, (g) la lectura del acta de conciliación y la manifestación de voluntad de las partes a la misma y (h) la firma electrónica o digital que hagan las partes conciliantes en el acta de conciliación. (Artículo 21-B, Decreto Supremo 014-2008-JUS)

Resulta necesario precisar que no será objeto de la grabación el diálogo de las partes para arribar a un acuerdo, por lo que se conserva la confidencialidad de la conciliación, al menos formalmente, ya que escapa a la ley que una de las partes pueda filmar ilegalmente el diálogo, propuestas, posturas y cualquier otro asunto de la sesión.

La norma reglamentaria, en sus artículos 5-A y 5-B, 5-C y 5-E, recoge los parámetros requeridos para la conciliación por medios electrónicos, señalando que las audiencias de este tipo se rigen bajo los estándares del principio de claridad, accesibilidad e integridad, y que, si bien las partes pueden acceder a la participación de audiencias de conciliación de manera virtual⁹, el conciliador debe participar de la diligencia virtual desde el local del centro de conciliación, salvo que —de forma excepcional— hubiera solicitado a la Dirección de Conciliación y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA) del MINJUSDH una autorización temporal para celebrar la diligencia desde un lugar distinto del centro de conciliación.

De otro lado, si bien entre las preocupaciones que se presentaron para la aprobación de la virtualidad de las audiencias de conciliación, se incluía la referida a que podía vulnerarse la naturaleza de confidencial o reservada de la diligencia, lo cierto es que, como se ha señalado, todo lo sostenido o propuesto en la audiencia presencial o por medios electrónicos carece de valor probatorio en cualquier proceso judicial, arbitraje o proceso administrativo que se promueva posteriormente.

Asimismo, en caso se detectaran incoherencias al momento de verificar la identidad de alguna de las partes conciliantes y advertir que la identidad no coincide con los datos e imagen proporcionados por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), el conciliador concluirá la verificación por videoconferencia y convertirá la conciliación por medios electrónicos en una presencial. Con ello se supera los cuestionamientos que se hacían a la posibilidad de suplantaciones de identidad o, al menos, da al conciliador la posibilidad de actuar inmediatamente evitando estas situaciones.

Por último, la normativa actual regula también la formación del expediente electrónico y las características que este debe contener; la obligación de los centros de conciliación de publicar en su página web y redes sociales los formatos de solicitud

9 Asimismo, el artículo 12 dispone que en el supuesto de que alguna de las partes no cuente con los medios electrónicos para esta audiencia, dicha parte puede asistir de forma presencial al centro de conciliación para el desarrollo de la audiencia y corresponderá que dicho centro le brinde el acceso necesario para ello, debiendo informar de este hecho con dos días hábiles de recibida la notificación.

que, a manera de ejemplo, podrán emplear los usuarios para sus propias solicitudes; y la disposición de que los conciliadores extrajudiciales que realicen procedimientos de conciliación por medios electrónicos deban firmar digitalmente tanto sus invitaciones a conciliar como sus actas de conciliación con el certificado digital obrante en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y firmar con el *software* Refirma del Reniec.

La norma establece que todo operador del sistema conciliatorio debe firmar el acta con firma digital, es decir, con certificados digitales. En cambio, las partes conciliantes pueden emplear la firma electrónica o digital, es decir, que podrían firmar mediante cualquier medio electrónico, lo que resulta adecuado, porque no todos los conciliantes cuentan con una firma con certificado digital¹⁰.

4. CONTINGENCIAS EN LAS AUDIENCIAS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Pese a la incorporación de los medios electrónicos en la conciliación extrajudicial, la actual regulación presenta también algunas contingencias ante la realidad peruana. La norma ha sido emitida dentro del parámetro del deber ser, sin comprender el ejercicio práctico de la conciliación extrajudicial.

4.1 Verificación de identidad de las partes

La solicitud de conciliación es el punto inicial para conocer si la audiencia se llevará a cabo de forma presencial o a través de medios electrónicos. Así, si en la solicitud se consigna que se lleve a cabo presencialmente la sesión, entonces, se conducirá de esa forma. No obstante, si se propone que sea electrónica, se inicia una labor procedimental de verificación de identidad a cargo del conciliador.

Antes de llevarse a cabo la audiencia, previamente debe hacerse labores de indagación de ambas partes conciliantes, en las que se debe corroborar si efectivamente son ellas, mostrando el DNI, respondiendo preguntas y confirmando características con la imagen e información que consta en la ficha del Reniec. Es decir, se añade una labor policial al conciliador extrajudicial de identificación con la ficha del Reniec, observación

10 Artículo 21-A.- Del Reglamento de la Ley de Conciliación:

Todos los documentos, incluido el acta de conciliación que se emita en un procedimiento de conciliación por medios electrónicos u otros de naturaleza similar, son firmados digitalmente por los operadores de la conciliación extrajudicial con los certificados digitales y *software* emitidos por entidades debidamente acreditadas e inscritas en el Registro Oficial de Prestadores de Servicios de Certificación Digital (ROPS) a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) o con el certificado digital incorporado en su DNI y con el *software* gratuito de Refirma del Reniec, a elección de los mismos.

Las partes en el procedimiento de conciliación por medios electrónicos u otros de naturaleza similar firman sus solicitudes, así como el acta de conciliación con su firma electrónica o con su firma digital, a elección de las mismas.

de todos los rasgos y realización de preguntas para confirmar la identidad. Asimismo, debe grabarse esta labor de verificación de identidad de las partes.

Si bien es una buena intención del legislador buscar otorgar seguridad sobre la identidad de las partes, también es cierto que esta regulación disminuye las posibilidades de que se puedan llevar adelante las audiencias a través de medios electrónicos, debido a que promueve que los conciliadores eviten generarse problemas y prefieran convocar a audiencias presenciales, ya que solo se solicita el DNI físico o el poder en escritura pública o inscrito en registros públicos, de corresponder, para que se participe en la sesión de conciliación. De este modo, se está acostumbrando a la presencialidad y a la sencillez de llevarla adelante. La indagación mencionada, si bien necesaria, se convierte en una barrera contra la virtualidad debido a la realidad peruana.

4.2 Presencialidad del conciliador

Según DataReportal (2021), en un análisis de la situación digital del Perú entre el 2020 y 2021, el país ha obtenido uno de los mayores crecimientos económicos digitales en la región, por encima de Argentina y Chile, con un promedio de 19,90 millones de usuarios de internet.

Para el 2022, estas cifras aumentaron, pues se reportó alrededor de 21,89 millones de usuarios de internet, lo que representa un aumento de 1,9 millones respecto del año anterior (DataReportal, 2022). No obstante, el documento también indicó que la velocidad media de conexión a internet móvil disminuyó 0,14 Mbps (-0,9 %) desde el 2021, así como un aumento en 9,07 Mbps (+27,3 %) de la velocidad de conexión a internet fijo durante el mismo periodo (DataReportal, 2022).

Asimismo, el Organismo de Supervisión de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel, 2021) reportó que el contexto de la pandemia por el COVID-19 impulsó el avance del uso de internet móvil desde celulares y los integró más a la rutina de millones de peruanos, debido a que, al cierre del primer trimestre del 2021, el tráfico de datos móviles aumentó en 79 % respecto del mismo periodo del 2020 y que, a fines del 2021, el Perú ocupaba el cuarto lugar de las seis principales economías de América Latina respecto del uso de internet de banda ancha fija y móvil. Entonces, se está produciendo un incremento constante en el empleo de internet y dispositivos electrónicos por parte de la población peruana, lo que implica la facilidad para conectarse desde cualquier lugar para la realización de conferencias o reuniones.

No obstante, la Ley de Conciliación dispone que, cuando la audiencia de conciliación extrajudicial se realice a través de medios electrónicos u otros de naturaleza similar, el conciliador debe encontrarse en el local autorizado para el ejercicio de la función conciliadora. En este marco, llama la atención que, si el principal cuestionamiento en la celebración de las audiencias digitales fue la identificación de los conciliantes, se imponga la presencia física del conciliador en el local del centro de conciliación autorizado.

En efecto, solo de forma excepcional y de manera temporal, en caso fortuito o de fuerza mayor que afecte al país o a varios centros de conciliación, debidamente comprobado, se podría solicitar autorización temporal para realizar una función conciliadora en otra sede distinta al centro de conciliación. La norma señala que el conciliador debe realizar el trámite presentando la solicitud ante el MINJUSDH, dirigida a la DCMA, adjuntando una serie de documentos y declaraciones juradas de encontrarse capacitado para el uso de herramientas informáticas y *softwares* necesarios para llevar a cabo el procedimiento conciliatorio, además de una declaración jurada del director del centro de conciliación al que se encuentra adscrito que certifique lo anterior.

Resulta paradójico que una norma que busca incorporar las audiencias a través de medios electrónicos obligue a que el conciliador continúe en el sistema antiguo al deber presentarse en el centro de conciliación cuando no es necesario si se cuenta con la tecnología necesaria para poder conducir la sesión desde otro lugar.

4.3 Firma digital

La norma obliga a que los operadores del sistema o el conciliador cuenten con una firma digital para suscribir el acta de conciliación, lo que dificultaría la labor conciliatoria, porque constriñe a tramitar ante el Reniec el DNI electrónico, celebrar un convenio con dicha entidad o conseguir una firma con una empresa certificadora. Si bien aquello sería ideal, resultan operaciones ajenas a la realidad nacional, pues un número mínimo de peruanos cuenta con DNI electrónico, documento esencial para contar con la firma digital.

Según el Reniec, a mayo del 2019, 1 368 718 personas habían recibido un DNI electrónico (Reniec, 2019); asimismo, a junio del 2022, se contaba con 1 900 000 ciudadanos con DNI electrónico. Si bien existe un aumento considerable, lo cierto es que esta cifra no representa ni el 10 % del total de la población mayor de 18 años que ya cuenta con el DNI regular que se reportó en el 2014 (Reniec, 2014). Es decir, la realidad nacional resulta contraria a la exigencia de la firma digital.

En adición a lo anterior, el Registro Oficial de Prestadores de Servicios de Certificación Digital (ROPS), que gestiona el Indecopi, solo tiene inscritos a sesenta y nueve prestadores que podrían brindar el servicio de acreditación de firmas digitales a personas naturales o jurídicas, previo pago del servicio.

Como se advierte, en el empleo de la modalidad digital para la celebración de audiencias de conciliación extrajudicial, se demanda necesariamente contar con DNI electrónico para la firma del acta respectiva, exigencia que se extiende a los conciliadores. En su defecto, estos tendrían que contratar el servicio de certificación por parte de una entidad certificadora registrada en ROPS.

El acceso a uno u otro presenta también sus propias dificultades: el primero tiene como principal dificultad el tiempo que actualmente demora el Reniec en la emisión de DNI electrónicos, el cual es de tres meses en promedio; de otro lado, el segundo tiene como dificultad, el costo adicional y superior a la tasa para el trámite de DNI electrónico.

4.4 Implementación de espacios en los centros de conciliación

La norma regula que, en el caso de los centros que realizan conciliación presencial, resulta necesario contar con el croquis de ubicación y de distribución de las instalaciones, así como incluir como mínimo un ambiente para sala de espera y recepción, una oficina administrativa, un servicio higiénico y una sala de audiencias.

No obstante, la norma también señala que, en caso un centro de conciliación extrajudicial opte por realizar audiencias de conciliación por medios electrónicos, debe contar con requisitos mínimos, entre los que se encuentran equipos electrónicos, plataformas digitales o aplicaciones que permitan realizar videoconferencias y garantizar su grabación en un ambiente iluminado, sin ruido y adecuado.

Resulta evidente que la implementación del procedimiento conciliatorio digital, entonces, demandará al centro de conciliación un espacio físico adicional y otro virtual, lo que demanda gastos adicionales permanentes. Es evidente que se necesitará de una membresía en un sistema de videoconferencia adecuado para brindar el servicio y la compra de equipos electrónicos.

5. REPENSAR LAS FORMALIDADES DE LAS AUDIENCIAS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

La regulación actual no permite que los conciliadores y los centros de conciliación tengan la motivación de implementar la modalidad electrónica para la celebración de las audiencias de conciliación extrajudicial, por lo que sería recomendable una revaluación de estos aspectos, a fin de promover la masificación del empleo de la conciliación extrajudicial, tanto para los conciliantes como para los conciliadores y centros de conciliación.

Es necesaria, entonces, una activa capacitación de los operadores del sistema conciliatorio sobre cómo debe realizarse esta verificación de forma adecuada y célere de las partes conciliantes, en la que puedan brindarse herramientas para que esta verificación de identidad no sea interiorizada como fastidiosa y poco atractiva. Asimismo, se deben mejorar los aspectos referidos a la participación presencial del conciliador en las audiencias que se llevan a cabo con ambos conciliantes en modo remoto, ya que la actual regulación en este aspecto no resulta coherente con la política de gobierno digital que promueve el Estado peruano, cuya principal base es la búsqueda de la eficiencia.

De otro lado, respecto del empleo de la firma digital, deberá reevaluarse el empleo de certificados digitales o DNI electrónicos para los conciliadores especialmente, pues aquel requisito termina convirtiéndose en una barrera para el acceso a esta modalidad digital. Considerando también el tiempo y costo que demanda contar con firma digital o DNI electrónico, se convierte en un elemento desincentivador para el empleo de esta modalidad y la consecuente masificación de su uso. Sin embargo, una solución práctica podría ser que el MINJUSDH facilite las firmas digitales a los conciliadores extrajudiciales, directores y verificadores de la legalidad a nivel nacional, lo cual sería una solución a esta problemática.

Finalmente, debe evaluarse la posibilidad de crear una plataforma nacional digital a la que los centros de conciliación extrajudicial puedan acceder para brindar el servicio digital, ya que así se garantizaría que el Estado pueda tener certeza del cumplimiento de estándares mínimos para la celebración de las diligencias (audio, video, grabación, duración continua de la diligencia sin cortes), esto sin considerar que reduciría considerablemente los costos que deben asumir los centros de conciliación para la implementación de la plataforma —que hoy son trasladados a los conciliantes—, abaratando el acceso a este mecanismo alternativo de solución de controversias.

Asimismo, esta plataforma también solucionaría los inconvenientes con el procedimiento de verificación de la identidad de las partes, lo cual se podría realizar a través de la identificación biométrica. Si bien esta implementación supondría una inversión por parte del Estado peruano, lo cierto es que haría dinámico y seguro el sistema conciliatorio.

5. CONCLUSIONES

La conciliación extrajudicial es un mecanismo de solución de conflictos necesario para incentivar el diálogo asistido entre las partes, siendo el conciliador la figura de este procedimiento, que acerca a los conciliantes y coadyuva a que se despojen de sus miedos y posiciones inflexibles. El conciliador busca lograr que ellos interioricen las ventajas de llegar a un acuerdo que irradie sus intereses, antes de acudir al sistema judicial.

La conciliación extrajudicial es voluntaria, especializada, confidencial, célere, económica y su acta tiene mérito ejecutivo, por lo que, en caso alguna parte incumpla el acuerdo, podrá demandar su ejecución por la vía judicial respectiva. No obstante, el problema de la conciliación extrajudicial es que se regula como un requisito de procedibilidad antes de iniciar una demanda judicial, lo que desnaturaliza su voluntariedad y su real objetivo de ser empleada libremente, sin presiones ni cargas legales.

Recientemente, se han incorporado las audiencias a través de medios electrónicos, lo que en la práctica ha tenido escaso impacto, debido a su extrema formalidad en

su regulación, lo cual en realidad representa una barrera para que la conciliación y la virtualidad avancen en el país. Así, se continúa llevando a cabo de manera preponderante conciliaciones presenciales, tan igual como si no existiera la nueva normativa.

El rol del MINJUSDH debe ser más activo si es que realmente se busca incorporar con éxito las audiencias a través de medios electrónicos. No basta con la norma, sino que es necesaria una política sectorial con todos los centros de conciliación extrajudicial. Caso contrario, se estará ante una ley sin vida, sin masiva actividad, solo promulgada como un salvavidas ante la pandemia del COVID-19.

A esperar hacia donde sopla el viento en adelante.

REFERENCIAS

- Congreso de la República del Perú. (2021, 3 de febrero). Predictamen recaído en los Proyectos de Ley 5803/2020-cr, 6609/2020-pe y 6945/2020-cr, en virtud del cual se propone la Ley que modifica la Ley 26872, Ley de Conciliación, permitiendo la realización de la audiencia de conciliación a través de medios electrónicos u otros similares y dicta otras disposiciones para optimizar el funcionamiento del sistema conciliatorio. <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/PREDICTAMENPL580366096945LEYDECONCILIACIN.pdf>
- DataReportal. (2021, 11 de febrero). *Digital 2021: Peru*. <https://datareportal.com/reports/digital-2021-peru>
- DataReportal. (2022, 16 de febrero). *Digital 2022: Peru*. <https://datareportal.com/reports/digital-2022-peru>
- Defensoría del Pueblo. (2020, 24 de julio). *Defensoría del Pueblo pide que se reactive servicio gratuito de conciliación extrajudicial*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-pide-que-se-reactive-servicio-gratuito-de-conciliacion-extrajudicial/>
- Montoya Sánchez, M. A., & Salinas Arango, N. A. (2016). La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto. *Revista Opinión Jurídica*, 15(30), 127-144. <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a6>
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. (2021, 12 de noviembre). *Perú es el cuarto país más veloz en internet de banda ancha fija en la región, según Ookla*. <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/peru-es-el-cuarto-pais-mas-veloz-en-internet-de-banda-ancha-fija-en-la-region-segun-ookla/>
- Organización Panamericana de la Salud. (2020, 27 de abril). *Consideraciones sobre medidas de distanciamiento social y medidas relacionadas con los viajes en el contexto de la respuesta a la pandemia de COVID-19*. <https://iris.paho>

org/bitstream/handle/10665.2/52448/OPSPHECPICVID-19200025_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pareja Acuña, F. R., & Pareja Mujica, C. B. (2021, 9 de octubre). *La importancia de la conciliación extrajudicial en el Perú*. <https://polemos.pe/conciliacion-extrajudicial/#:~:text=La%20conciliaci%C3%B3n%20extrajudicial%20es%20un,propiciar%20una%20cultura%20de%20paz>

Poder Judicial. (2022, 30 de agosto). *Boletín estadístico institucional 01-2022*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f/BOLETIN+N%C2%B01-MARZO-2022%5BF%5D%5BF%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f>

Real Academia Española. (s. f.). Conciliación. *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/conciliaci%C3%B3n>

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (2014, 14 de enero). *Más de 31 millones de peruanos cuentan con DNI*. <https://www.reniec.gob.pe/portal/detalleNota.htm?nota=856#:~:text=%2D%20Los%20peruanos%20que%20poseen%20Documento,son%20ni%C3%B1os%2C%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes>

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (2019, 20 de mayo). *Reniec entregará DNI electrónico de manera restringida*. <https://www.reniec.gob.pe/portal/detalleNota.htm?nota=00001475>

Shirakawa Okuma, R. (1999). La conciliación extrajudicial en el Perú, como medio para promover una cultura de paz. *Derecho PUCP*, (52), 197-201. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.010>

ANTICRESIS: UNA ALTERNATIVA JURÍDICO-SOCIOLÓGICA AL PROBLEMA DEL ACCESO AL CRÉDITO EN EL PERÚ

JAIR ÁNGEL AGUILAR MUCHAIPÍÑA*

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

DAVID GONZALO QUIJANO GONZALES**

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 26 de enero del 2022 / Aceptado: 6 de marzo del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.5727>

RESUMEN. La presente investigación procura analizar el fenómeno jurídico de la anticresis como respuesta sociológica a las dificultades que el acceso al crédito en el Perú supone hoy en día. En ese sentido, se aborda el concepto del crédito y su desenvolvimiento en el sector financiero y la realidad nacional, ahondando en la posibilidad de acceder a él en diferentes regiones, así como en su desarrollo en tiempos del COVID-19. De igual manera, se observa la garantía real de anticresis, describiendo su aplicación y advirtiendo cómo dicha figura suplantaría el rol del acceso al crédito, al cual se le conoce lleno de limitaciones. Finalmente, se explora los problemas que un contrato anticrético enfrenta en un escenario informal y se discute su desempeño en casos particulares.

PALABRAS CLAVE: anticresis / acceso al crédito / garantías reales / contrato anticrético

ANTICHRESIS: A LEGAL-SOCIOLOGICAL ALTERNATIVE TO THE PROBLEM OF ACCESS TO CREDIT IN PERU

ABSTRACT. This article analyzes the legal phenomenon of antichresis as a social response to the difficulties of credit access in Peru today. The authors examine the concept of credit and its development in the financial sector and the national reality delving into the possibility of accessing it in different regions and its development in times of COVID-19. Likewise, the article observes antichresis collaterals, describes their application, and explains how this figure would supplant the role of access to credit, which is known to be full of limitations. Finally, the authors explore the problems an antichresis contract faces in an informal setting and discuss its performance in particular cases.

KEYWORDS: antichresis / access to credit / real collateral / antichretic contract

* Estudiante de séptimo ciclo de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y actual miembro de la Comisión de Finanzas del Equipo de Derecho Mercantil, Asociación Civil Taller de Derecho.

** Estudiante de séptimo ciclo de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

1. INTRODUCCIÓN

Habiendo ya culminado el 2021, un estudio realizado por TransUnion indicó que tan solo en el tercer trimestre de ese año hubo una recuperación del número de consumidores respecto de algún producto crediticio en el sector financiero (La República, 2021). Para Olivera, directora de investigación y consultoría de dicha compañía, esto es un buen signo, debido a que significa que las empresas comienzan a recuperar la confianza de los consumidores y viceversa, lo cual es resultado de la reactivación económica y la disminución del desempleo (2021).

Desde una óptica económica, la relación crediticia comentada en el párrafo anterior es esperanzadora, pues permite conseguir capital económico, el cual, de acuerdo con Mamani (2021), “es uno de los factores de la producción y está presentado por el conjunto de bienes necesarios para producir riqueza” (p. 17). Sin embargo, sobre el crédito, se debe tomar en cuenta que no todos pueden acceder a él, debiéndose sus razones a elementos vinculados con la edad, trabajo en planilla, cifra salarial, etcétera (Quispe, 2020). Ahora bien, estas restricciones no siempre son impositivas.

Dentro de las restricciones no impositivas (opcionales) del acceso al crédito, se encuentran —por excelencia— los créditos hipotecarios, garantía con la cual, si bien se suele conseguir el monto solicitado, ante el impago se prevé el secuestro y posesión interina del inmueble. Por su lado, la anticresis, aun cuando forma parte del grupo de garantías reales al igual que la hipoteca, omite el involucramiento de la entidad financiera, y ello parece llamar la atención de los usuarios. Así pues, brevemente, la anticresis implicará la entrega del bien al acreedor; no obstante, no existirán plazos que ante su incumplimiento deriven en ejecución, pues dentro del contrato anticrético es posible observar la restitución del inmueble una vez pagado el crédito.

De este modo, se pretende demostrar cómo la anticresis resulta ser una vía diferente, pero —estimamos— mejor de acceder al crédito, librando al sujeto de una relación predeterminada que la entidad financiera presentaría, y permitiendo que dos sujetos de derecho establezcan sus propias reglas. Por otro lado, de realizarse la anticresis bajo las exigencias de nuestro ordenamiento, claro está que esta figura consigue resultados positivos.

Lamentablemente, esto último no sucede así, y, por ello, su investigación es relevante, considerando, además, que la anticresis es una figura que no suele ser comúnmente utilizada en Lima, pero sí en abundancia en las regiones andinas del Perú (Quispe, 2020). En este sentido, el presente trabajo se propone analizar el problema del acceso al crédito y su vinculación con la anticresis como figura alternativa; desarrollar los factores que motivan la preferencia de esta última figura en regiones específicas como Cusco y Tacna, a propósito de su desempeño; y también analizar cómo la informalidad puede afectar significativamente una vía originalmente provechosa.

2. SITUACIÓN DEL ACCESO AL CRÉDITO EN EL PERÚ

Para abordar el tema en cuestión, es necesario detallar a grandes rasgos y de manera simplificada, cuál es la situación actual del acceso al crédito en el Perú, es por ello que se describirá el contexto al respecto.

Según el Instituto Peruano de Economía, en su artículo “La pandemia encontró al Perú con un buen nivel de provisiones”, a pesar de sonar contradictorio, los indicadores de sostenibilidad financiera se encuentran estables, es así que el riesgo-país se ubica entre los más bajos de la región. Asimismo, el superintendente adjunto de Banca y Microfinanza de la SBS, Jorge Mogrovejo, afirmó que en la prepandemia los créditos directos venían creciendo de manera sostenida, con tasas de crecimiento anual de entre 6 % y 9 %, y que “había S/ 2500 millones de provisiones adicionales a las regulatorias, punto importante porque las provisiones nos dicen cuánto tiene un banco, para poder cubrir futuros problemas, en su cartera” (IPE, 2020).

Cabe señalar que existe un gran número de peruanos que no confían en los créditos financieros, es así que, en abril del 2019, en la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH0) se reveló que el 12 % de la población adulta, es decir, 2,6 millones de personas, no realizaron operaciones en el sistema financiero (Gestión, 2019). Por si fuese poco, solo el 45 % de los peruanos hábiles para tener una cuenta en el sistema financiero la tienen. Esto último, de acuerdo al último informe técnico “Condiciones de Vida en el Perú” elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e informática (INEI, 2021).

Por otro lado, el acceder a un crédito bancario también implica estar sujeto a las normas bancarias bajo las cuales se lleva a cabo el contrato, es decir, el porcentaje de intereses, cada cuánto tiempo se debe pagar una fracción del crédito (fecha de pago) y, en el caso de que se incumpla, este es conocido como “mora”. La mora crediticia implica una sanción o indemnización, que puede ser establecida de distintas maneras según los términos del contrato pactado entre entidad prestadora y prestamistas (Banco Central de Reserva del Perú [BCRP], s. f.). La situación respecto al análisis de morosidad en el sistema bancario peruano indica que el sistema bancario actual es más estable en cuanto a rentabilidad, eficiencia, productividad, liquidez y solvencia que el que se tenía hasta la década de los noventa, lo cual permite un desarrollo óptimo en el sistema macroeconómico del país (Aguilar et al., 2006).

Sin embargo, según un informe de Equifax, al finalizar el 2020 los peruanos mantuvieron una deuda morosa de S/ 33 543 millones, un 4,2 % más alta que el 2019. Debido a la crisis económica que generó la pandemia, se estima que existen cerca de 6,8 millones de personas con deudas morosas, de las cuales estas últimas corresponden a créditos relacionados con tarjetas de crédito y préstamos personales. Así, en promedio, cada peruano adeuda una mora de S/ 4925. Cabe resaltar, por último,

que en los últimos meses del 2020 se registraron mayores incrementos respecto a las deudas crediticias (Amchamnews, 2020).

3. EXCLUSIÓN SOCIAL Y ANTICRESIS: ¿CUÁL ES LA RELACIÓN?

Uno de los factores que motivan la anticresis en las zonas rurales es, sin duda, la exclusión social (Mita, 2013). De acuerdo con Valdivia et al. (2007), la exclusión social se puede definir como “un conjunto de mecanismos estructurales que impiden a ciertos grupos sociales participar plenamente en las esferas económica, social, política y cultural de la sociedad” (p. 604). Así pues, conviene subrayar que el término no se limita a evaluar la pobreza como elemento representativo de la exclusión, sino más bien como uno más de sus componentes. Sobre ello, es necesario resaltar la realidad peruana.

Se entiende que la exclusión social, históricamente, se ha asociado a las poblaciones tanto indígenas como afrodescendientes, y su eliminación —aun cuando el Gobierno central trabaja por contrarrestar ello— no es un hecho (Valdivia et al., 2007). En el mundo del derecho, Bergoglio (2009) identifica una desigualdad en la diversidad de la profesión jurídica, resaltando el impacto de los cambios educativos, las oportunidades laborales, así como la discriminación entre los mismos abogados por razones de estratificación, las cuales incluso los motivan a desistir. En resumen, debido a la brecha social se evidencia una diferenciación estructural entre dos sujetos aun cuando estos comparten el mismo oficio.

Ahora bien, sobre la anticresis, Albaladejo (1991) señala lo siguiente:

La anticresis es el derecho real que puede tener el acreedor de una obligación principal sobre un inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella y el cobro de los intereses que devengue, está facultado para poseerlo, percibir sus frutos y promover su enajenación si es incumplida y que le sea hecha preferentemente pago con el precio (p. 24).

En efecto, lo anterior es una forma de aseguramiento frente al pago de una deuda. Además, vale decir que el impacto de la exclusión social, según el estudio de Mita (2013), impide que los habitantes rurales se capaciten jurídicamente, por lo que quienes pactan la anticresis en verdad suelen apoyarse en la confianza de sí mismos antes de observar el marco normativo de dicha garantía. De hecho, este último autor comenta:

cabe distinguir que nuestro país se encuentra en vías de transformación y desarrollo, dentro de su contexto cultural, geográfico, político y económico, además tener que mencionar el Estado de Derecho, sustentados en una serie de normas jurídicas restringidas e ineludibles, en lugares donde existen escasos de profesionales abogados y notarios públicos (...) [deviniendo en] falta de “seguridad jurídica” en los contratos de anticresis (...) además de

tratarse de personas sin organización y aparte de desconocer los alcances de sus derechos y obligaciones. (p. 7)

Este fragmento, consecuentemente, enfatiza la constitución de la anticresis bajo el principio de confianza entre las partes (Quispe, 2020). En otras palabras, si bien en un inicio se respeta la formalidad prescrita de llevar a cabo el negocio jurídico, posteriormente, se evidencia el desarrollo informal de este en respuesta de la inadecuación social entre las personas de zonas rurales con recursos limitados y la dificultad que implica cumplir con las disposiciones establecidas en el Código Civil. Cabe resaltar, según Gliersi (1991), que “una actividad es informal cuando no se produce un deterioro en la situación social ni un resultado antisocial si la ley y las regulaciones aplicables se desobedecen” (Bromley, 1991, p. 18).

En este apartado, se puede identificar un criterio desarrollado por Hernando de Soto: la utilidad social, figura sobre la cual “los involucrados y la sociedad como un todo estarán mejor si la ley sobre estas actividades se infringe que si se cumple” (citado en Bromley, 1998, p. 18). Es así como en la práctica, operan contratos informales que, aun cuando son susceptibles de ser anulados, son respaldados por la misma población en tanto se pretende ahorrar los costos de legalización de firmas, etcétera. Sin embargo, nadie asegura que el principio de confianza se vea vulnerado y se incumpla con el contrato pactado al quedar este último desprotegido por haberse realizado de forma “privada”.

En ese sentido, esta problemática —que es vigente en el Perú— conduce a pensar que este sector poblacional percibe al Gobierno como principal estimulante de la informalidad promulgando regulaciones tanto tediosas como costosas.

4. ANTICRESIS: NATURALEZA JURÍDICA

Obedeciendo a las definiciones planteadas sobre la anticresis en la doctrina, aun cuando esta se ubica en la categoría de garantía, su ejecución solo comprenderá la sujeción de bienes inmuebles. Es entonces que, a partir de allí, será posible comprender la naturaleza real de esta figura, considerando el derecho que el acreedor anticrético posee sobre la cosa. Por ello, es necesario conceptualizar los derechos reales previamente.

Desde la academia, se entiende que un derecho real alude a la conexión entre una persona y una cosa. Así, de acuerdo con Planiol y Ripert (1938), sobre la concepción clásica, “existe un derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquier otra” (citado en Vigo, 2020, p. 66). En efecto, quien es titular de un derecho real goza de determinadas prerrogativas jurídicas sobre el bien que ha declarado suyo. Así, el registro de dicha titularidad no solo constituirá

la publicidad de esta última, sino que impedirá la ejecución que terceros pudiesen tener sobre el bien inscrito. Esta situación alude a la oponibilidad *erga omnes* (Ternera & Mantilla, 2006).

Asimismo, otro modo de comprender el ejercicio de los derechos reales se establece mediante su distinción y comparación con los derechos personales. De este modo, mientras que los primeros permitirían que el propietario cometa actos de disposición¹ y administración sobre el inmueble en tanto dueño, los segundos —comúnmente en la vía contractual— desarrollan un escenario sostenido por dos protagonistas en el que, por un lado, existe un acreedor con la facultad o potestad de exigir una prestación de otro sujeto, quien adopta el título de deudor. Es decir, surge una relación obligacional respecto del qué hacer o no hacer (Dammert, 1946). Los derechos reales, en cambio, implican también obligaciones (entiéndase, por ello, gravámenes, impuestos prediales), pero únicamente sobre la cosa.

Ahora bien, sobre las garantías, Castañeda señala que “es un medio de reforzar el derecho del acreedor en la hipótesis que el deudor no cumpla con la prestación por él debida” (citado en Varsi, 2019, p. 11). Se tiene, entonces, que la garantía es una forma de seguro que posibilita la no conclusión del negocio jurídico, en tanto no se ha respetado el compromiso contractual y, por lo tanto, el acreedor está facultado para retener una parte del patrimonio con que el deudor responde. Sobre esto, Cuadros (1996) señala que

si los bienes no están expresamente destinados a responder por determinada obligación, todos los acreedores tendrán como garantía el conjunto de bienes que constituyen el patrimonio del deudor. (citado en Varsi, 2019, p. 10)

Esto quiere decir que, en el caso de que el sujeto pasivo se encuentre en deuda —en beneficio del acreedor—, responderá con su patrimonio, aun cuando el primero no lo haya dado en garantía previa a la celebración del contrato. En síntesis, la garantía representa, entre otras cosas, una vía frente a la posibilidad de fraude o estafa en la que se previenen abusos contractuales.

Nuestro sistema jurídico identifica a la anticresis como un derecho real de garantía, así como a la hipoteca o la retención. De hecho, según Mita (2013), “en la medida en que la anticresis concede al acreedor el derecho de usar y disfrutar de un bien determinado, y tal derecho es oponible a los terceros adquirentes del bien, debemos considerar que se trata de un derecho real” (p. 46). En este sentido, el fundamento anticrético radica en considerar que, incluso cuando el deudor no transfiere la titularidad del departamento, la oponibilidad *erga omnes* se establece, en principio, por el contrato de anticresis en sí mismo, y no como un desprendimiento de la posesión o goce del bien.

1 De acuerdo con el artículo 923 del Código Civil y —desde la doctrina peruana— Torres Vásquez (citado en Vigo, 2020, p. 66), estos actos comprenderían el uso, disfrute, disposición y reivindicación del bien, así como el derecho de poder habitarlo.

5. ANTICRESIS Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Habiendo pasado ya 37 años desde la constitución del actual código, sigue siendo necesario resaltar que, aun cuando se contemplaba la anticresis en los códigos de 1852 y 1936, la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil (1980) sobre la anticresis consideró “suprimir [dicha] institución [por considerarla] obsoleta, que ha devenido solo en recuerdo histórico en la evolución jurídica” (citado en Calderón, 2019, p. 58). Del mismo modo, lo hizo Lucrecia Maish Von Humboldt, quien sería encargada de la Comisión Reformadora del Código Civil (1984).

Actualmente, sin embargo, el derecho real de anticresis sigue en marcha, y su regulación requiere echar un vistazo, en primer lugar, al artículo 1091 del Código Civil, que entiende dicha figura como la “entrega de un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos”. Es decir, existe la intención que un sujeto tiene de procurar crédito —aislándose del conocido crédito hipotecario en el escenario bancario—, en la que el prestamista obtiene la seguridad del pago del deudor mediante la posesión de su departamento. Dicho de otro modo, se evidencia un anclaje que protege al acreedor de la restitución del pago, en el que este último percibirá los intereses que una entidad financiera solicitaría mediante el aprovechamiento de la propiedad.

Asimismo, respecto de la celebración del contrato anticrético, el artículo 1092 del mismo código señala que este deberá ser otorgado por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte. Esto requiere analizar el cuarto elemento de validez del negocio jurídico², regulado en el inciso 4 del artículo 140 CC, el cual observa la forma prescrita de lo que se quiere celebrar. De esta manera, nuestro ordenamiento alberga dos tipos de forma: a. *ad probationem* y b. *ad solemnitatem* (artículo 144 CC). La primera supone solo un elemento probatorio del negocio celebrado, pudiendo perseguir el principio de libertad de forma, mientras que, sobre la segunda, “su inobservancia invalida el acto”³. De hecho, Aníbal Torres señala que “la solemnidad vale al acto jurídico mismo; es un elemento constitutivo del acto y, por consiguiente, el único medio probatorio de su existencia” (citado en Cortez, 2012, p. 210). En síntesis, es estrictamente necesario que el contrato de anticresis se eleve a escritura pública, pues su desobediencia implicará su ineficacia.

Por otro lado, conforme al artículo 1093, “la renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital”. Se tiene, tal como se mencionó, una

2 Para fines prácticos, identificamos acto jurídico y negocio jurídico como equivalentes, pues sus diferencias resaltadas comúnmente por un sector de la doctrina no afectan el orden ni contenido de este trabajo.

3 Véase la sentencia de la Corte Suprema, Sala Civil Transitoria 4691-2017, 9 de enero del 2019, fundamento jurídico 5.

compensación del interés del préstamo por medio de la renta del inmueble. En ese sentido, las obligaciones del acreedor se asemejarían a las del arrendatario en tanto no puede, en un aspecto, perturbar o modificar la propiedad, ni tampoco ocasionarle daños, etcétera, con la única ventaja de que el prestamista no paga renta. Y en esa misma línea, creada la retención⁴, esta solo se aplicará en los intereses previstos en el contrato. Estos dos últimos reglamentos se observan expresamente en los artículos 1094 y 1095 del mismo código.

Finalmente, sobre las normas supletorias aplicables, el artículo 1096 indica que “son aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título (Título II Anticresis).

El régimen legal de la anticresis, entonces, se compone de seis normativas textuales. No obstante, no se descarta la observancia sistemática de los artículos 140 en adelante, ubicados en el libro II del Código Civil en tanto la constitución de la anticresis, además de contemplar una inscripción registral, desarrolla también elementos contractuales, contenido propio del acto (negocio) jurídico. Por su lado, en comparación con el Código Civil de 1936, no se halla diferencias severas más que cambios terminológicos respecto a la “deuda”, y en la ubicación numérica del código.

6. APLICACIÓN DE LA ANTICRESIS EN CUSCO Y TACNA

Para analizar el desenvolvimiento de la anticresis en la región de Cusco, se utilizó como referencia el estudio empírico de Quispe (2020), el cual aborda esta garantía desde la antropología, permitiendo observar comportamientos que se alejan de lo prescrito en nuestro ordenamiento cuando se trata de seguir las pautas de constituir la anticresis. En ese sentido, se halló lo siguiente.

En primer lugar, en una muestra de la población cuzqueña —para el caso de los propietarios—, se considera que entre los motivos principales para optar por la anticresis se encuentran el pago de una deuda bancaria, la realización de construcciones de edificios, la compra de propiedades, los costos de terminar con los acabados de una construcción, el pago de los estudios de algún familiar, el ampliar un negocio, ahorros, así como viajes (p. 85). En resumen, no solo se identifican necesidades económicas, sino que se ve a la anticresis como una oportunidad para acrecentar la producción personal. Esto último, por supuesto, sobre aquellos que disponen de un inmueble extra pero desposeído dentro de su patrimonio.

4 De acuerdo con el artículo 1123 del Código Civil, “por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado”.

Paralelamente, los acreedores también ven a la anticresis como una oportunidad de inversión, pues, como se menciona en el estudio, sus razones parten del ahorro monetario en tanto se tendrá ahorrado un monto fijo a largo plazo (una vez culminado el contrato), y, a su vez, serán capaces de tener un “techo donde poder vivir”. Del mismo modo, motivos similares se encuentran cuando se tiene que vivir cerca al trabajo o evitar pagar una vivienda en calidad de arrendatario (p. 83).

Ahora bien, como se señaló anteriormente, mientras que en Lima no se suele utilizar la anticresis, particularmente en Cusco su uso se contempla en demasía. Sin embargo, un elemento fundamental para los habitantes cusqueños, y que a largo plazo puede resultar contraproducente al momento de constituir la anticresis, es la “confianza”. Y su justificación radica en la importancia práctica de los principios y valores andinos de la comunidad, enalteciendo la palabra de los participantes por encima de un documento formal (p. 38). Esto, evidentemente, carecería de sentido en la perspectiva occidental, pues no se puede prever eficacia de un negocio cuando se lo ha construido vulnerando sus requisitos de validez.

Un punto a destacar, y que se vincula con el párrafo anterior, es que el contrato anticrético “solo se suscribe con la persona que es el real y legítimo propietario del inmueble reconocido legalmente mediante documentos válidos” (p. 27). No obstante, dado que muchos propietarios de casas y departamentos no pueden costear el registro de propiedad ni actuar diligentemente sobre la titularidad del bien, la anticresis se encuentra susceptible a operar bajo la informalidad. Esto, a su vez, implica el desarrollo de otro principio: solidaridad, pues será esta la que permita concretar la anticresis, aun cuando se omita la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. En adición a ello, como grupo, criticamos los principios de confianza y solidaridad, pues incurren en una dimensión subjetiva del compromiso entre las partes, quedando desprotegida después en caso de que se actúe diferente a lo estipulado. De este modo, dichos valores no otorgan seguridad jurídica, y el hecho de que se efectúe y culmine la anticresis con éxito no es determinante para todos los casos.

Pero la anticresis no solo otorga ventajas significativas que responden favorablemente a las necesidades económicas, sino que añade también algunas dificultades. De acuerdo con lo recopilado en el estudio de Quispe (2020), las desventajas de constituir la anticresis, para los acreedores, implican desde la incomodidad de tener que ocuparse por cancelar los servicios básicos, hasta el miedo o inseguridad que existe al entregar el dinero al deudor, pudiendo este perderse o ser aprovechado por el propietario en caso el negocio no se haya realizado por la vía legal. En este caso, “ya que si [los participantes hicieron] un contrato privado, el acreedor no podría reclamar el dinero entregado porque dicho contrato no es reconocido legalmente” (p. 71). Ante esta situación, se reafirma nuestra postura grupal de desconfiar de los principios y valores reconocidos en la población.

Por su parte, respecto a la temporalidad, “el tiempo que se da la anticresis va desde meses sujeto a ampliación en la mayoría de contratos y este puede ser prolongado mediante un pacto entre el propietario y el acreedor dependiendo del motivo” (p. 60). Se entiende de los testimonios que la extensión contractual suele ocurrir porque una vez finalizado el negocio, el deudor no alcanza la cifra que tomó prestada, por lo que su renovación implicará también la vigencia de la posesión que el acreedor adquiere sobre el inmueble.

Llegados a este punto, es imposible cerrar los hallazgos centrales del estudio sin evitar mencionar la cuantía promedio con la cual se constituye la anticresis. De las personas entrevistadas en el estudio que forman parte del grupo de los propietarios, se observan cifras desde S/ 10 000 o US\$ 22 000 hasta US\$ 40 000. Sin embargo, la media del monto solicitado ocupa un valor de US\$ 20 000. Estas cifras responden a la necesidad de liquidez monetaria para hacer frente o bien a las necesidades — como se explicó anteriormente—, o bien al capital necesario de futuras inversiones (p. 48). Por otro lado, se ha conseguido atenuar los montos referidos respecto de la cifra base que los acreedores proponen para efectuar el contrato de anticresis. Sobre ello, “el promedio de dinero que se requiere es de US\$ 20 000; aunque esto depende de la ubicación del inmueble [y] del tamaño de la vivienda”, pudiendo duplicarse muchas veces la cifra promedio (p. 46).

Gracias al estudio de Quispe (2020), es posible demostrar cómo, si bien nuestro Código Civil preestablece la anticresis como un procedimiento necesario para autorregular situaciones como hechos jurídicos dentro de nuestra esfera privada, durante la práctica, específicamente en la región de Cusco, se evidencia que no todos los ciudadanos se preocupan por cumplir con dichas formalidades, lo que genera un contraste significativo con la realidad limeña, la cual se orienta a priorizar el texto antes que la palabra.

Por otra parte, para abordar la situación de la región de Tacna, específicamente el distrito de Cairani y lugares aledaños en la zona altoandina, es fundamental el estudio de Mita (2013), el cual —al igual que la investigación previa— analiza mediante la utilización de encuestas la eficiencia de los contratos de anticresis vigentes, partiendo de la base de que estos pobladores se encuentran en estado de exclusión social. En ese sentido, de una muestra de ocho ciudadanos,⁵ los hallazgos describen lo siguiente sobre la apreciación de la eficiencia de los contratos de anticresis en vigencia:

Los campesinos de las 03 comunidades alto andinas (Cairani, Camilaca y Huanuara) entrevistados, respondieron en un 38% que es Muy Eficiente, un 38% cree que el Contrato de anticresis es Eficiente y un 12% respondieron que

5 Es necesario resaltar que, si bien la muestra no es significativa ni determinante para definir la realidad de esta región, su realización es necesaria, sobre todo tratándose de zonas altoandinas, alejadas y ubicadas en un margen de exclusión.

dicho contrato es Poco eficiente y el otro 12% responden que es Ineficiente, además que su utilización es voluntaria. (p. 88)

Asimismo, ante la pregunta “¿Cree usted que toda la comunidad alto andina tienen acceso a este al contrato (*sic*) de anticresis bajo prenda de su propiedad sin mayores trámites?”, se encontró lo siguiente:

Los campesinos de las 03 comunidades alto andinas entrevistados [*sic*], respondieron en un 75% que Definitivamente tienen acceso una mayoría al contrato de anticresis del art. 1091 del CC; un 25% respondieron que Probablemente sí tiene acceso a dichas herramientas para obtener dinero en efectivo; y un 0.0% respondieron a las preguntas remarcadas Probablemente No y Definitivamente No. (p. 90)

Por otro lado, ante la aclaración de la importancia de la práctica del contrato de anticresis en la zona de residencia, se halló que:

Los campesinos de las 03 comunidades alto andinas entrevistados, respondieron en un 50% que son Sumamente importante y Muy importante el contrato de anticresis, debido a que con mucha facilidad se benefician obteniendo dinero en efectivo para la compra de sus semillas para cultivar el pan [*sic*] llevar de esa comunidad; con relación a las preguntas de Medianamente importante No precisa y Poco importante se le atribuye al 0.0%. (p. 93)

Finalmente, ante la pregunta “¿Piensa usted que el Congreso de la República debe derogar el art. 1091 del CC?”, los campesinos de las tres comunidades altoandinas entrevistados respondieron en un 75 % que “No debe ser derogada (...)” y un 25 % respondieron que No sabe/No opina” (p. 99).

Se debe tomar en cuenta que esta investigación —a diferencia de la anterior— utiliza la estadística descriptiva para la recolección de datos, no consiguiendo mostrar testimonios directos ni personales, pero sí presentando una respuesta representativa a una pregunta formulada mediante cifras. No obstante, es posible desprender de este trabajo de campo cómo la exclusión estructural de estos habitantes los conduce a utilizar el contrato anticrético con el beneficio general de acrecentar la producción agrícola, pero sin conocer a profundidad la naturaleza jurídica de la figura. Dicho de otra manera y respondiendo a cierto sector de la doctrina que consideró en su momento retirar la anticresis del CC, se comprueba que —aunque con deficiencias— no se trata de una garantía en desuso.

7. INFORMALIDAD Y ANTICRESIS

7.1 Publicidad de anticresis en medios de comunicación

En la actualidad, uno de los principales problemas que afronta la anticresis se relaciona con el hecho de que su aplicación como derecho real ha disminuido en comparación con los otros derechos reales. Esto se debe a que, en los medios convencionales, como lo son los periódicos, cada vez se observan menos anuncios sobre la gran variedad de negocios jurídicos u otro tipo de anuncios. La publicidad en estos medios ha dejado de tener una relevancia significativa y se ha perdido con los actuales sucesos como la pandemia (Astonitas, 2020), aunque, previamente, ya venía desangrándose por la aparición de otros medios más modernos. Sin duda, esto ha impactado de manera negativa en la publicidad del negocio anticrético.

En un artículo escrito por Saúl Coca G., se desarrolla un análisis sobre el trabajo desarrollado por Alberto Vázquez, en el que se concluye que “la anticresis es un derecho real de garantía que ha perdido vigencia histórica y jurídica” (citado en Coca, 2020). Además, volviendo a hacer una reflexión, se señala que esta ha sido sustituida por la hipoteca, ya que en ella no existe un desplazamiento del bien, por lo que el deudor mantiene el derecho a explotarlo y que los frutos que este produzca pueden ayudar a cubrir los intereses y la propia obligación.

Es por estas razones que la anticresis es considerada como un derecho real que ha quedado rezagado tanto por las entidades financieras como por los propios abogados. Sin embargo, su aplicación no ha quedado en el pasado en varias provincias del interior del país. En este sentido, retomando la investigación realizada por Mita en Tacna sobre la eficiencia del uso de los contratos de anticresis aún en vigencia, un 38 % considera que los contratos de anticresis son muy eficientes, mientras que otro 38 % considera que son eficientes (2013, p. 87).

Esta investigación fue realizada en comunidades campesinas, las cuales, en muchas ocasiones, carecen de garantías para solicitar préstamos a entidades bancarias. Es por ello que, en ciertos sectores del país, es más fácil realizar un negocio anticrético que un préstamo hipotecario o similar. Y la razón de este hecho se sustenta en que el negocio anticrético tiende a presentar cierta flexibilidad para los ciudadanos de las provincias, ya que, en caso de que se requiera de un monto significativo, el proceso es más simple a comparación de las entidades bancarias, las cuales tienden a exigir el aseguramiento de los clientes antes de realizar una transacción de grandes cantidades de dinero. Esto último debido a que

la existencia del contrato anticrético debe ser entendida como una fórmula para que las personas con menores recursos o con problemas de liquidez monetaria, alcancen la capacidad de lograr préstamos de cierta cuantía, que les permitan modificar su nivel de vida actual, sin tener que poner en riesgo

la propiedad que han llegado a obtener a través de un largo tiempo y de gran esfuerzo. (Valencia et al., 2020)

Es por esta razón que la anticresis tiene mayor acogida al interior del país.

En un principio, los medios que la publicitaban eran las revistas o periódicos, los cuales contenían una sección destinada a publicitar varios tipos de contratos entre los que se encontraba este derecho real. Este hecho se observa cada vez menos con el avance tecnológico y las revistas digitales en las grandes urbes. El negocio anticrético ha proliferado dentro de las provincias gracias a la prensa local escrita. Sin embargo, este hecho es completamente diferente dentro de la capital, en la cual se concentra la mayor cantidad de la población y la mayor cantidad de propiedades inmuebles adquiridas (Gestión, 2021). Esto no significa que los negocios anticréticos no ocurran, sino que los medios tradicionales han quedado rezagados y se ha creado toda una dimensión en internet que puede ser percibida como informal.

Continuando con lo anteriormente mencionado, un claro ejemplo de esto lo podemos observar en el caso del *Diario EP* (<https://diarioep.pe/>), una página diseñada para la publicación de anuncios, en la cual, si uno realiza una búsqueda sobre la anticresis, puede encontrar una variedad de afiches que publicitan este derecho real. Es por ello que se puede concluir que las dificultades para la anticresis residen en las entidades financieras y en los abogados, ya que estos consideran poco eficiente al negocio anticrético (Riofrío, 2011) y, consecuentemente, tienden a considerar su aplicación como un sinsentido al creer que existen mejores derechos reales. Además, se puede concluir que la falta de publicidad y de seguridad de estos sitios web agudiza este problema, ya que genera incertidumbre por lo escueta que es la información dentro de estos anuncios.

Sin embargo, ante este problema sobre la publicidad de la anticresis y su aplicación masificada, parece ser que los mismos medios digitales, abogados y entidades privadas han comenzado a revitalizar este derecho real por medio de páginas web, las cuales están destinadas exclusivamente a asesorar y publicitar a la anticresis como una alternativa conveniente para ciertos sectores dentro de la capital. Estas nuevas formas de revitalizar la anticresis buscan que su tipificación dentro del Código Civil prevalezca ante iniciativas que pretenden retirarla de él. Algunos otros autores consideran que es mejor conservarla como una garantía más y revitalizarla (Doyharcabal, 2006). Además, este tipo de páginas web busca afrontar el problema de la inseguridad que otros medios generan respecto de la anticresis.

Por último, a pesar de estas nuevas formas de publicidad para la anticresis, la hipoteca u otros derechos reales tienden a ser los más usados por la población en general, como se ha señalado con anterioridad. Hoy en día la anticresis, como está tipificada en el Código, resulta ser una garantía real inconveniente para el deudor, y la falta de publicidad parece estar ligada a la inutilidad que algunos autores le suscriben

a la anticresis, ello en razón a que se genera una merma en el patrimonio, a diferencia de otras garantías. A continuación, se analizará los requisitos —que consideramos escasos— para la celebración de la anticresis y por qué esta es preferida por cierto sector de la población.

7.2 Anticresis: constitución y requisitos

Como ha sido señalado con anterioridad, el negocio anticrético requiere de menos requisitos a comparación de otros derechos reales. Existen dos tipos de anticresis según la doctrina. En primer lugar, se encuentra la anticresis extintiva, en la cual los beneficios se imputan al pago de intereses de la deuda garantizada y luego se imputan a la amortización del principal (Código Civil, artículos 1091 y 1093). En segundo lugar, la anticresis compensativa, la cual no se encuentra explícitamente recogida dentro del Código, pero sí se la menciona en la doctrina. Esta consiste en que se computan frutos por intereses, sin que se haya fijado una tasa de interés y sin imputar el excedente al capital.

Mientras la causa de la anticresis amortizatoria es la garantía y pago de la deuda, la compensatoria está motivada por la compensación del uso de un capital ajeno con la explotación y percepción de los frutos del inmueble o con el uso del bien inmueble. En ambos casos, estos dos tipos de anticresis, de acuerdo con el artículo 134 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a. *La existencia del monto de la deuda garantizada:* es el monto de la deuda, la cual se encuentra respaldada por el derecho de anticresis. Este será determinado o determinable por el registrador.
- b. *Una renta del inmueble y una tasa de interés que se pacte:* este es uno de los requisitos obligatorios cuando se trata de la constitución de un derecho de anticresis de tipo amortizatoria, pero si es el caso de una anticresis compensatoria, no será un requisito obligatorio, ya que se puede establecer una cláusula compensatoria en la que los intereses o el capital se compensen con uso y disfrute.
- c. *El establecimiento de una fecha de vencimiento de la deuda garantizada:* consiste en que se debe establecer una fecha de vencimiento para el pago de la deuda y el término del contrato anticrético.

Por otra parte, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) también establece los límites al momento de la realización de un contrato anticrético. Entre ellos, algunos se encuentran relacionados con la figura del deudor; otros, respecto a qué puede ser ofrecido como negocio anticrético, etcétera. A continuación, se explican estos límites:

1. En primer lugar, se halla el límite establecido por la Sunarp en la Resolución 562-2015-SUNARP-TR-A Arequipa, el cual hace referencia a que no es posible ceder el derecho de anticresis sin autorización del deudor. Al ser la anticresis un derecho real propio de la persona, no puede cederse a otra, a menos que se cuente con el consentimiento del deudor anticrético. Un ejemplo para representar mejor esta figura es el de la hija del dueño de un predio que pretende realizar un negocio anticrético sobre dicho predio sin el consentimiento del padre.
2. Un segundo límite es definido por medio de la Resolución 786-2011-SUNARP-TR-L. En dicha resolución se señala que no puede existir anticresis de acciones y derechos. Esta restricción se sustenta en que el área afectada debe independizarse y adjudicarse por división y partición a su favor con el derecho real de garantía. Por ejemplo, si un grupo de personas heredan un predio, este debe ser dividido antes de poder realizarse la anticresis. Esto, con la finalidad de evitar que se generen complicaciones entre las partes.
3. En tercer lugar, las Resoluciones 851-2007-SUNARP-TR-L y 071-2010-SUNARP-TR-A establecen que en el caso de una anticresis de tipo compensatorio no se puede exigir que en el contrato se señale explícitamente la tasa de interés y la renta del inmueble.
4. Por último, la Sunarp señala que

No resulta calificable en sede registral la existencia y validez de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar con la anticresis. Esto se debe a que es suficiente para su inscripción la intervención del titular registral del predio y enunciar al acreedor, al deudor y la prestación. (Fernández, 2020)

De todo lo antes señalado, podemos observar que los límites para la inscripción de un negocio anticrético son escasos en comparación con los de los otros derechos reales como la hipoteca. Además, cabe resaltar que nuestro sistema no contempla la figura de la anticresis que considera a los bienes muebles e inmuebles a la vez, o aquella denominada *anticresis mixta* en otros países. Sobre esto, Jherisson Aguirre (2021) profundiza:

En cuanto a la propuesta de incorporar a bienes muebles registrables los especialistas coinciden que será viable desde luego poniendo las formalidades de cada contrato, plazos concretos y por supuesto que tengo derecho registral para así otorgar seguridad jurídica al momento de celebrar otro tipo de contrato, no generar actos fraudulentos entre ambas partes, que perjudicaría a terceros e inclusive conlleve a procesos largos. (p. 26)

Un ejemplo para ilustrar esta figura sería el establecimiento de un negocio anticrético sobre un bien que anteriormente se dedicaba a la venta de pizzas y que posee

vehículos para realizar ventas por *delivery*. En este caso, estamos ante una anticresis de bienes muebles e inmuebles que incluiría tanto al local comercial como a los vehículos.

De otro lado, en ocasiones, se tiende a generar problemas por la facilidad de la realización de un negocio anticrético. Si bien, para que se pueda considerar a una anticresis como tal, debe cumplir todos los requisitos antes mencionados, la lentitud con la que se realizan dichos trámites burocráticos es lo que impulsa a las partes a recurrir a alternativas poco legales con tal de evitar largas esperas. Es decir, se sacrifica seguridad por acelerar el proceso, lo cual ocasiona que los negocios anticréticos pasen a un plano informal. Por ello, el sistema legal debe regirse por los principios procesales, garantizar su cumplimiento y, sobre todo, generar y brindar la seguridad a todas y todos los ciudadanos (Guerrero, 2016). De esto se desprende que se debe cumplir con el principio de celeridad, pero sin vulnerar la seguridad del acto.

7.3 ¿Cómo afecta a la anticresis la informalidad?

Para entender lo que es la informalidad anticrética, debemos primero definir el significado de *informalidad*. Loayza (2007) lo define desde una perspectiva económica en el siguiente fragmento:

La informalidad es la forma distorsionada con la que una economía excesivamente reglamentada responde tanto a los choques que enfrenta como a su potencial de crecimiento. Se trata de una respuesta distorsionada porque la informalidad supone una asignación de recursos deficiente que conlleva la pérdida, por lo menos parcial, de las ventajas que ofrece la legalidad: la protección policial y judicial, el acceso al crédito formal, y la capacidad de participar en los mercados internacionales. (p. 46)

En la cita anterior, se hace referencia a una economía excesivamente reglamentada, pero consideramos que no solo la economía se encuentra en este estado, sino que este hecho se extiende tanto para procesos judiciales como registrales. En muchas ocasiones, esta excesiva reglamentación ocasiona que la formalidad de ciertos acuerdos legales sea desplazada para agilizar los trámites y los acuerdos. Esto lo podemos observar en el caso de la excesiva regulación del tabaco (Rodríguez, 2010) o la excesiva regulación del teletrabajo (Lynn, 2020). Debido a esto, se puede deducir que una excesiva regulación no solo frena la economía, sino que desestima las pretensiones de efectuar negocios. Ahora, si bien esto no representa completamente el caso de la anticresis, se considera que se podría configurar sistemas que aseguren el cumplimiento de ciertas características de la anticresis por medio de la promoción de los elementos para una correcta aplicación.

De esta manera, para justificar el último punto, se debe recurrir al Recurso de Casación 3736-2016. En este se puede observar que el problema central gira en torno al desconocimiento por parte de los acreedores anticréticos de que, en caso de realizarse modificaciones o mejoras al bien, los documentos de dicha carga deudora deben ser

elevados a escritura pública. Este punto no está debidamente expresado dentro de los artículos 1091-1096 del Código Civil, de modo que la falta de regulación necesaria ocasiona que la actuación de buena fe por parte de los acreedores anticréticos no pueda ser resarcida.

Debido a lo anterior, se puede generar una gran cantidad de problemas o consecuencias de esta informalidad al momento de realizar un negocio anticrético que se relacionan con la validez del mismo. El primero de ellos lo podemos observar a través del Recurso de Casación 1074-2004, el cual evidencia un tipo de problema que se relaciona con la validez del contrato anticrético que no está registrado. En él se señala que para la validez de la anticresis se requiere la elevación del documento a escritura pública. En caso contrario, el acto jurídico se sancionará con la nulidad. Concretamente, el recurso mencionado aborda la intención de desalojo por ocupación precaria. Aquí, la ocupación precaria se había realizado en base a un negocio anticrético que no había pasado por un proceso de registro correspondiente.

Por otro lado, en otra parte de la casación, se señala que debe tenerse presente que, en el proceso de desalojo por ocupante precario, no se discute sobre la validez del título, ya que solo basta que la parte demandada acredite tener título vigente que justifique la posesión que ejerce sobre el bien. Al no ser elevado a escritura pública, este no goza de la validez para justificar la posesión. Además, dentro del artículo 1092 del Código Civil se señala que el contrato de anticresis tiene que constar en escritura pública, bajo sanción de nulidad. Con todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la informalidad se establece mediante el desconocimiento básico del Código Civil, así como por la falta de regulación necesaria dentro de este.

Otros de los problemas de la informalidad recaen en el estado en que termina el bien cuando finaliza la anticresis. Esto se debe a que una de las responsabilidades del acreedor anticrético es cuidar diligentemente el bien y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato. No obstante, aun cuando se sobreentiende que el mantenimiento del bien es una obligación intrínseca, muchas veces esto no se cumple y el bien termina desgastado por uso del acreedor anticrético, lo que lleva a generar una merma para el deudor anticrético (Casado, 2021).

Finalmente, el problema más recurrente que nace de la informalidad anticrética se vincula con la retención del bien por parte del acreedor anticrético. En la praxis, identificamos dicha representación por medio del Recurso de Casación 3736-2016, en el cual los acreedores anticréticos consideraban que debían retener el bien, ya que no se había abonado la cantidad correspondiente a las mejoras y refacciones que se hicieron en el inmueble. El error surgió debido a que los acreedores anticréticos no realizaron un proceso de “formalización” de la documentación que acreditaba dichos pagos.

Al ser la informalidad un hecho que se presenta en todos los ámbitos de nuestras vidas, los derechos reales no son la excepción. Las motivaciones para el desarrollo de la

informalidad en la anticresis son variadas, como, por ejemplo, la intención de agilizar los procesos, la falta de regulación pertinente, el desconocimiento de las formas por parte del acreedor anticrético, etcétera. De esta forma, se estima que este tipo de eventos no solo afecta la imagen de la anticresis, sino que también la convierte en una figura que no genera confianza y que —ante otras alternativas— resulta inútil por parte de los ciudadanos.

8. CONCLUSIONES

A partir de los datos brindados, es posible afirmar que la situación crediticia en nuestro país se ha complicado debido a la crisis económica por el COVID-19.

Como ya se explicó, la anticresis es un derecho real de garantía por el cual un acreedor otorga un préstamo al propietario de un inmueble, y este le hace entrega del bien al primero, brindándole el derecho de retenerlo hasta que el deudor cumpla con el pago del crédito.

La exclusión social es un factor elemental de la preferencia por la anticresis en distintas partes del Perú, a excepción de Lima. Este fenómeno no se reduce a estudiar la pobreza, sino que abarca otros sectores del desarrollo humano, como el educativo, político, económico, psicosocial, etcétera. De esta manera, la anticresis es explotada masivamente. Sin embargo, en muchas provincias, la informalidad perjudica el adecuado funcionamiento de este instrumento legal alternativo al crédito. En efecto, omisiones en la contratación tales como la elevación a escritura pública y otros, son elementos que llegan a obstaculizar cualquier forma de protección ante el incumplimiento del deudor o acreedor.

En Cusco, son los principios de solidaridad y confianza entre los propios habitantes los principales motivos para instituir la anticresis desde un plano informal, con lo que se abre la posibilidad de que, en caso de incumplimiento, el contrato no esté protegido en tanto su constitución ignoró la formalidad exigida. Por otro lado, los testimonios indican que las principales razones para optar por la anticresis antes que por otras alternativas van desde el pago de una deuda a una entidad financiera hasta propósitos de inversión.

Por otro lado, en Tacna, una encuesta determinó la eficiencia de los contratos de anticresis vigentes, tomando como referente una muestra de los habitantes de la zona altoandina y que se considera como excluida socialmente por el Gobierno. Del mismo modo, se evidenció que, en esta zona del Perú, la anticresis se establece por parte del propietario en función de responder a la compra de artículos necesarios para la agricultura.

Otro punto importante es que la publicidad de la anticresis se ha modificado y se ha trasladado a los dominios de internet. Se puede observar un incremento de sitios

web destinados a publicitar la anticresis, pero no en sentido estricto, sino junto a otras garantías reales. Sin embargo, todavía es publicitada en los medios escritos locales al interior del país; la razón de esto es que, al encontrarse en zonas desprovistas de los avances tecnológicos o en las que existe cierta reserva sobre su uso, los medios convencionales son considerados más confiables.

Por último, ante la creciente ola de informalidad, se requiere de una modificación que plantee reglas claras para la ejecución de la anticresis, esto último, con la finalidad de que se reivindique dicho proceso. Es necesario adoptar los elementos de otros países para complementar la regulación de la anticresis. Un elemento a considerar sería la inclusión de la anticresis de bienes muebles. Paralelamente, se debería establecer una legislación más completa que proteja el bien del deudor anticrético para que este no sea propenso a la merma o deterioro a causa del acreedor. De esta manera, competiría con figuras semejantes tales como la hipoteca o la garantía mobiliaria.

REFERENCIAS

- Aguilar, G., Camargo, G., & Morales, R. (2006, diciembre). Análisis de la morosidad en el sistema bancario peruano. *Economía y Sociedad CIES*, (62), 74-81. https://cies.org.pe/wp-content/uploads/2016/07/10_aguilar.pdf
- Aguirre, J. (2021). *La conveniencia de preservar el contrato de anticresis y la necesidad que se extiende también a bienes muebles* [Tesis de licenciatura, Universidad César Vallejo]. Repositorio UCV. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/65021/Aguirre_DJJ-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Albaladejo, M. (1991). *Derecho Civil 1. Introducción y Parte General* (vol. 11). José María Bosch Editor.
- Amchamnews. (2021, 18 de marzo). *Equifax Perú: ¿Cuáles fueron los departamentos con mayor morosidad en el 2020?* <https://amcham.org.pe/news/equifax-peru-cuales-fueron-los-departamentos-con-mayor-morosidad-en-el-2020/>
- Astonitas, E. (2020, 8 de julio). *Crisis publicitaria en los periódicos*. Punto seguido – UPC. <https://puntoseguido.upc.edu.pe/crisis-publicitaria-en-los-periodicos/>
- Banco Central de Reserva del Perú. (s. f.). *Normas sobre las tasas de interés que fija el BCRP*. <https://www.bcrp.gob.pe/normas-sobre-las-tasas-de-interes-que-fija-el-bcrp.html>
- Bergoglio, M. I. (2009). Diversidad y desigualdad en la profesión jurídica: consecuencias sobre el papel del Derecho en América Latina. *Revista Via Iuris*, (6), 12-28. <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273920944003.pdf>
- Bromley, R. (1998). Informalidad y desarrollo: interpretando a Hernando de Soto. *Sociológica*, 13(37), 15-39. <https://www.redalyc.org/pdf/3050/305026610002.pdf>

- Calderón, A. (2019). *Régimen legal de la garantía anticrética en el Perú* [Tesis de bachiller, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. Repositorio UNHEVAL. <http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/5263/TD00142C22.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Casado, S. (2021). *Pasado y presente de la anticresis* [Tesis de Maestría, Universidad Complutense de Madrid]. Repositorio UCM. <https://eprints.ucm.es/68256/1/TFM%20EPRINT.pdf>
- Coca Guzmán, S. J. (2020, 5 de diciembre). *Derechos reales: ¿Qué es la anticresis?* LP Pasión por el derecho. Recuperado el 10 de octubre del 2021, de <https://lpderecho.pe/derechos-reales-anticresis-caracteristicas/>
- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2004). Sala Civil Transitoria. Casación 3736-2016. Arequipa. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/Cascaion-3736-2016-Arequipa-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2004). Sala Civil Transitoria. Casación 1074-2004. La Libertad. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/02509980dde7c7689bfdbcdee6548b3/1.+Tema+I.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=02509980dde7c7689bfdbcdee6548b3>
- Cortez, C. (2012). La forma del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984. *Memorando de Derecho*, 3(3), 203-216. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133684>
- Dammert Bellido, J. (1946). Apuntes sobre el origen de la distinción entre los derechos reales y los derechos obligacionales. *Derecho PUCP*, (5), 72-75. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.194601.006>
- Doyharcabal, S. (2007). *El contrato de anticresis*. Repositorio Académico Universidad Gabriela Mistral. <http://repositorio.ugm.cl/handle/20.500.12743/772>
- Fernández, R. (2020, 24 de junio). *Anticresis*. LinkedIn. <https://www.linkedin.com/pulse/anticresis-rafael-fernandez/?originalSubdomain=es>
- Gestión. (2019, 4 de diciembre). *Se eleva a 2.6 millones el número de peruanos que ahorra "bajo el colchón"*. <https://gestion.pe/economia/se-eleva-a-26-millones-el-numero-de-peruanos-que-ahorra-bajo-el-colchon-noticia/>
- Gestión. (2021, 19 de octubre). *Lima Moderna concentra la mayor cantidad de inmuebles adquiridos en los últimos 2 años*. <https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/lima-moderna-concentra-mayor-cantidad-inmuebles-adquiridos-ultimos-2-anos-259296-noticia/>
- Guerrero, K. (2016). *El principio de celeridad en relación con la ejecución de sentencias* [Tesis de licenciatura, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional

- Universidad del Azuay. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/6746/1/12742.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2021, diciembre). *Condiciones de vida en el Perú. Trimestre julio-agosto-septiembre*. <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-de-condiciones-de-vida.pdf>
- Instituto Peruano de Economía. (2020). *La pandemia encontró al Perú con un buen nivel de provisiones*. <https://www.ipe.org.pe/portal/un-sistema-financiero-solido-para-la-recuperacion-economica/>
- La República. (2021, 18 de noviembre). *Acceso a crédito volvió a nivel prepandemia, llegando a 13,6 millones de usuarios*. <https://www.larepublica.co/finanzas/acceso-al-credito-se-recupero-a-niveles-prepandemia-llegando-a-136-millones-de-usuarios-3263467>
- Loayza, N. (2007). Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú. *Estudios Económicos*, (15), 43-64. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf>
- Lynn, M. (2020, 8 de octubre). *Excesiva regulación del teletrabajo*. *El Economista*. <https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/10815591/10/20/Excesiva-regulacion-del-teletrabajo.html>
- Mamani, K. (2021). *El capital económico como instrumento financiero en la anticresis inmobiliario* [Tesis de pregrado, Universidad Autónoma San Francisco] Repositorio UASF. <http://repositorio.uasf.edu.pe/xmlui/handle/UASF/407>
- Mita, H. (2013). *Contratos de anticresis vigentes, para personas naturales con exclusión social y los mecanismos de la seguridad jurídica. Caso: Distrito de Cairani de la Zona Alto Andina de Tacna. En el período 2012-2013* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann]. Repositorio UNJBG. <http://repositorio.unjbg.edu.pe/bitstream/handle/UNJBG/658/TM0105.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Quispe, P. (2020). *La anticresis de inmuebles en la ciudad de Cusco* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco]. Repositorio UNSAAC. <http://repositorio.unsaac.edu.pe/handle/20.500.12918/5558>
- Riofrío, G. (2011). Anticresis y vivienda popular. *Quehacer*, (183), 94-99. <http://www.desco.org.pe/recursos/sites/indice/815/2393.pdf>
- Rodríguez, G. (2010). Regulaciones que hacen humo: los males de una excesiva regulación contra los cigarrillos. *Revista de Economía y Derecho*, 7(26), 39-48. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/269/224>
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2007). Tribunal Registral. Resolución 851-2007-SUNARP-TR-L: Lima. https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2010). Tribunal Registral. Resolución 071-2010-SUNARP-TR-L: Arequipa. https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2011). Tribunal Registral. Resolución 786-2011-SUNARP-TR-L: Lima. https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2015). Tribunal Registral. Resolución 562-2015-SUNARP-TR-A: Arequipa. https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2018). *Comentarios al reglamento de inscripciones del registro de predios* (1.^a ed.). <https://scr.sunarp.gob.pe/repositorio/publicaciones/compendios-registrales/libro%20comentarios.pdf>
- Tenera, F., & Mantilla, F. (2006). El concepto de derechos reales. *Revista de Derecho Privado*, (36), 117-139. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033184003.pdf>
- Valdivia, N., Benavides, M., & Torero, M. (2007). Exclusión, identidad étnica y políticas de inclusión social en el Perú: el caso de la población indígena y la población afrodescendiente. En Grade (Ed.), *Investigación, políticas y desarrollo en el Perú* (pp. 603-655). <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Peru/grade/20100513031739/InvPolitDesarr-14.pdf>
- Valencia, D., Céspedes J., & Berrio, M. (2020). *Utilidad, vigencia y garantías del Contrato de Anticresis en Colombia: Una visión desde la perspectiva del Derecho Comparado*. [Trabajo de Grado, Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano]. Repositorio Institucional del Politécnico Grancolombiano. <https://alejandria.poligran.edu.co/bitstream/handle/10823/1809/Trabajo%20de%20grado%20Anticresis%20revisi%c3%b3n%203-06-2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Varsi, E. (2019). *Teoría general de los derechos de garantía*. Repositorio Institucional Universidad de Lima. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/9190>
- Vigo, F. (2020). La posición de la jurisprudencia nacional acerca de la prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito: especial consideración de la seguridad jurídica y la fe pública registral. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 5(5), 63-76. <https://doi.org/10.35292/ropj.v5i5.179>

EL *BULLYING* TRAS LA PANDEMIA ORIGINADA POR EL COVID-19 EN EL PERÚ

OMAR NATHAN HUAYTALLA PAREDES
Universidad de Lima

Recibido: 30 de agosto del 2022 / Aceptado: 10 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6006>

RESUMEN. Habiendo consagrado la autonomía progresiva y la protección integral en los dispositivos normativos internos en materia de derecho de infancia y adolescencia, los niños, niñas y adolescentes no son tan solo titulares de derechos, sino también de obligaciones. El *bullying*, traducido como la 'violencia ejercida por los estudiantes en contra de otros escolares', implica el reconocimiento del menor de edad como titular de deberes y obligaciones. La pacífica convivencia escolar apuesta, precisamente, por un correcto entendimiento de dichas obligaciones, las mismas que han quedado olvidadas durante el aislamiento de aproximadamente dos años, producto de las medidas restrictivas adoptadas por la dispersión del virus del COVID-19 que vivieron los escolares peruanos. Es así que, frente al desmedido aumento de casos de acoso y violencia entre estudiantes, el legislador y la judicatura nacionales han reaccionado a una realidad en donde el aislamiento y la falta de autocontrol emocional se convirtieron en factores que favorecen la violencia física y psicológica en las aulas, lo cual imposibilita el sano desarrollo personal de los estudiantes.

PALABRAS CLAVE: *bullying* / escolar / COVID-19 / políticas / educación / integridad

BULLYING AFTER THE COVID-19 PANDEMIC IN PERU

ABSTRACT. By stating progressive autonomy and the integrated protection of children and adolescents by law, Peruvian normative devices deem children and adolescents as holders of rights and obligations. Bullying, which means 'violence practiced by students against other ones', implies the recognition of the minor as the holder of duties and obligations. Peaceful school coexistence requires a correct understanding of these obligations, which have been forgotten during the two-year isolation due to the

* Estudiante del undécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Practicante preprofesional del Estudio Alcocer & Abogados. Asociado constituyente de la Asociación Civil Interuniversitaria *Iustitia* Perú. Coordinador General del Círculo de Estudios de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Integrante de la Asociación Gifamilias de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). ID ORCID: 0009-0003-8107-633X. Contacto: 20180924@aloe.ulima.edu.pe

COVID-19 pandemic. Faced with the disproportionate increase in bullying cases among students, the Peruvian legislator and national judiciary have reacted to a reality in which isolation and lack of emotional self-control have favored physical and psychological violence in schools that interferes with students' healthy personal development.

KEYWORDS: bullying / school / COVID-19 / policies / education / integrity

1. INTRODUCCIÓN: LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y LA CAPACIDAD ESPECIAL

Gracias a la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes del año 2000 (Ley 27337, 2000), el legislador peruano innovó en un concepto bastante particular: la capacidad especial de los niños, niñas y adolescentes. Esta, a la luz del artículo IV del Título Preliminar del Código adjetivo, enerva el reconocimiento de la titularidad efectiva de derechos fundamentales de quienes son considerados como incapaces absolutos o, en cierto supuesto, relativos, por el vigente Código Civil peruano.

El proceso de constitucionalización del derecho de familia ha desembocado en lo que nosotros denominamos la *simbiosis* del derecho de las familias y del derecho de los niños y adolescentes, la cual apuesta por que los menores de edad no sean considerados como objetos de protección, sino auténticos sujetos de derecho sobre los cuales recaen distintas facultades, pero, también, deberes. En nuestra lectura, una de las situaciones jurídicas de desventaja que reposa en los infantes y adolescentes peruanos es el respeto de la esfera jurídica de sus pares en los distintos escenarios de la esfera social, con especial incidencia en la escuela. Así pues, demostraremos que el prolongado confinamiento de los escolares ha tenido consecuencias adversas sobre la convivencia estudiantil, ya que se han propiciado escenarios de violencia y acoso dada la deficiencia del sistema normativo nacional y la ausencia de preparación de los docentes sobre la materia.

2. HACIA UNA NOCIÓN DE BULLYING

El viernes 3 de junio del 2022, distintos menores, todos estudiantes de un colegio preuniversitario de la provincia de Piura, coaccionaron y acosaron a un compañero de clases, e impidieron que este pudiera siquiera pedir ayuda o rehuir a los actos hostiles de sus agresores. Uno de estos, que por aplicación del artículo I *in fine* del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se considera como adolescente¹, ahorcó a su víctima hasta dejarlo inconsciente. Dicho acto, que merecería un tratamiento bajo el esquema normativo de la responsabilidad penal adolescente, fue más bien “solucionado” por la institución permitiendo que la víctima y el agresor permanecieran en el mismo establecimiento educativo otorgándoles acompañamiento psicológico a ambos. ¿Realmente se optimizó el derecho a la educación del menor agresor? ¿A costa de qué o de quién?

En principio, la autorizada doctrina española define al *bullying* como el conjunto de acciones físicas o psicológicas, con pretensión de hacer daño y repetidas en el tiempo, que se dirigen hacia un alumno indefenso. La potencia de esta definición radica en que refiere, además de lo que serían propiamente los abusos, la

1 “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad... Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.”

indefensión que sufre la persona acosada, la exclusión y la soledad en la que se siente. (Urra, 2017, p. 6)

Al respecto, compartimos la idea de que la existencia de la agresión será determinante y recurrente en los actos de hostilidad escolar. Empero, la indefensión no se traduce, únicamente, en términos de la nula defensa personal de la víctima, sino también en lo que nosotros acuñaremos como *indefensión institucional*, dado que, bajo nuestra óptica, la víctima carece de las habilidades comunicativas o de las herramientas de conocimiento suficientes para hacer valer sus derechos y, con ello, alertar a sus padres o a las autoridades educativas competentes a fin de que estos procuren el cese de la violencia o, por último, pongan al agresor o al conjunto de estos a disposición de las autoridades que integran el sistema peruano del régimen penal adolescente. No obstante, las dos “indefensiones” en las que nos enfocamos se desenvuelven bajo un mismo escenario: la cultura del silencio.

El *bullying* necesita del silencio y del secreto para afianzarse. Si la víctima o sus compañeros comunican los problemas que acontecen en el aula de clases a sus docentes a tiempo, será responsabilidad de estos últimos citar a los padres de los menores involucrados —léase *agresor* y *víctima*— y, en consecuencia, evitar, prevenir, sancionar y erradicar la violencia escolar. Así pues, el enfoque preventivo de las políticas públicas en materia de infancia y adolescencia es la antítesis del “código del silencio”. Esta expresión se construye sobre la existencia de espectadores del acto de violencia estudiantil que optan por no comunicarlo a las autoridades educativas competentes. Desde una perspectiva psicosocial, Carozzo (2015) explica que el fundamento científico de esta conducta pasiva y silenciosa reside en que

Para los niños y jóvenes, la sana complicidad es uno de los más importantes lazos de adhesión y cohesión entre ellos para todos sus avatares sociales y lúdicos, y en no pocos casos también para encubrir conductas que se asocian de alguna forma a transgresiones sociales en la familia y escuela. (p. 2)

Sin embargo, la cultura del silencio no es un espectro en el que solo se desenvuelvan los estudiantes, sino también los docentes, las autoridades administrativas y, desde luego, los padres.

A diferencia de los alumnos, los sujetos mencionados en el párrafo anterior son en variadas ocasiones espectadores mediatos de los actos de violencia escolar ya que solo recogen los testimonios de quienes espectaron el acto de violencia escolar, de manera que justificarán el *bullying* arguyendo, equivocadamente, que resulta ser ‘normal’ o ‘propio de las etapas de desarrollo humano’, necesario para la construcción de la identidad social al ser parte del aprendizaje de la interacción. Puede considerarse, además, como una conducta acorde con la cultura del “poder del más fuerte” (Durán & Vargas, 2015, p. 3).

En ese orden, la noción de *bullying* requiere un replanteamiento jurídico y científico. Esto, a pesar de que la doctrina anglosajona ya ha delimitado aquellos factores que siempre deben estar presentes en la definición que cualquier ciencia procure acerca del *bullying*, y que acorde con Tattum, se debe tomar en cuenta la “naturaleza del problema, intensidad, duración de la experiencia, intencionalidad, número de implicados y motivación” (como se citó en Salas, 2015, p. 47). A ello, evidentemente, deberemos abonar que el espacio en donde se desenvuelven dichas conductas deberá ser un establecimiento educativo. Este último es un factor que no merece ser obviado, pues establece un vínculo funcional que obliga a las autoridades administrativas locales, regionales o nacionales a actuar frente a la ofensa a la integridad física o psíquica de un estudiante.

En este punto, cabe precisar que la violencia existente en los establecimientos educativos no siempre enervará que se le denomine *bullying*. Como señala Dan Olweus, “no se debe emplear el término *bullying* cuando dos menores de la misma edad y fuerza física se agreden. Se produce el *bullying* cuando el agresor tiene superioridad sobre la víctima” (citado en Arias, 2014, p. 14).

Con todo, proponemos la siguiente definición sobre el *bullying*: ‘actos de violencia e intimidación ejercidos reiteradamente por un estudiante o un conjunto de estos en contra de otro estudiante o grupo de estos, con independencia del conocimiento que pudieran tener los responsables legales o administrativos del hecho, cuyo efecto es la generación de un estado de angustia, desesperación y frustración, impidiendo así el sano ejercicio del derecho a la integridad física o psíquica’. Así pues, esta definición se asemeja a la adoptada por tribunales peruanos, por ejemplo, aquella esbozada por la Corte Superior de Justicia de Cuzco, según la cual el *bullying* es “una reiteración encaminada a conseguir la intimidación de la víctima, implicando un abuso de poder en tanto que es ejercida por un agresor más fuerte (ya sea esta fortaleza real o percibida subjetivamente) que aquella” (Expediente 00147-2012-0-1001-JR-FT-03, 2013).

3. EL BULLYING EN LA LEY 29719: ¿HACIA LA “CONVIVENCIA DEMOCRÁTICA”?

El tratamiento legislativo del *bullying* en la legislación peruana ha sido tardío y, actualmente, merece un encuadre normativo en cuerpos normativos de mayor envergadura como el Código de los Niños y Adolescentes o la Ley General de Educación. Dieciocho años después de que Olweus acuñara el vocablo *bullying* (Lugones & Ramírez, 2017, p. 3), el legislador promulgó la Ley 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas.

En dicho dispositivo se establecen las responsabilidades que recaen sobre las entidades gubernamentales competentes, así como en los padres de familia respecto a su actuación frente a la violencia escolar (Ley 29719, 2011). Las instituciones educativas y los docentes no quedan exentos de ellas toda vez que, entre tanto, promoverán la conformación del Consejo Educativo Institucional (CONEI), en tanto ente rector

educativo para prevenir, evitar, sancionar y erradicar los actos de hostilidad escolar. Adicionalmente, se exige que cada institución, antes del inicio de cada año escolar, reparta boletines informativos respecto a dicha problemática y, desde luego, y durante el transcurso del año lectivo, cuente con un libro de registro de incidencias que servirá como un soporte físico y escrito a fin de dar cuenta de los hechos de violencia y acoso entre los estudiantes.

Gracias al Reglamento de la Ley 29719 (Decreto Supremo 010-2012-ED, 2012) se otorgan mayores precisiones al régimen descriptivo enunciado por la norma antes analizada. Cabe precisar que la definición de *bullying* otorgada por el Reglamento difiere, en gran medida, de la noción presentada por la doctrina comparada y por el autor del presente artículo. En ese sentido, el artículo 3, primer párrafo, literal a) de la norma reglamentaria lo define como:

un tipo de violencia que se caracteriza por conductas intencionales de hostigamiento, falta de respeto y maltrato verbal o físico que recibe un estudiante en forma reiterada por parte de uno u [sic] varios estudiantes con el objeto de intimidarlo o excluirlo, atentando así contra su dignidad y derecho a gozar de un entorno escolar libre de violencia.

A pesar de que el esfuerzo legislativo en insertar el vocablo *dignidad*, en tanto dínamo de los derechos fundamentales de la persona, es loable, nada se hace por visibilizar el silencio y soledad a los que se someten las víctimas de violencia escolar ni cómo dicha situación impacta en su esfera jurídica personal, léase, la integridad física y psíquica del escolar-víctima.

En esa línea, el legislador innovó, y dejando de lado a la “convivencia pacífica” o la “sana convivencia” a las que se refieren los artículos 7 y 13 de la Ley 29719, dictaminó, vía reglamento, que el objeto de la política pública *antibullying* será la convivencia democrática. Creemos que la inclusión de dicho término tiende a la confusión, pues la democracia infantil y adolescente no se ve reducida a la convivencia con los congéneres de su edad, sino que despliega un efecto poderoso provocando el pluralismo familiar; la participación cívico-política de los niños, niñas y adolescentes en la sociedad y en los asuntos públicos; y el acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales o supranacionales para la defensa de sus derechos constitucionales.

La sana convivencia escolar a la que, en su lugar, se debe referir el legislador se construye sobre la base de políticas públicas en materia de salud mental, de la familia y de educación libre de violencia que empoderen a los estudiantes e instruyan a los maestros en sus deberes legales. De allí la necesidad de políticas públicas con un enfoque multidisciplinario.

Ahora bien, la definición circunscribe al *bullying* al ámbito escolar, es decir, como un fenómeno que se desarrolla en lo que el artículo 36 de la Ley 28044, Ley General

de Educación denomina *Educación Básica Regular* (Ley 28044, 2003). Sin embargo, la autorizada doctrina colombiana identificó que también existe el *bullying* universitario, el mismo que no se manifiesta con agresiones físicas, pero “se presenta a la manera de la intimidación como un ejercicio de abuso del poder que se ejerce por medio de críticas destructivas, burlas elaboradas, bromas, etc.” (García et al., 2013, p. 300). Desafortunadamente, la norma en comento guarda un oscuro silencio al respecto.

En cuanto a los principios de actuación frente a un caso de *bullying*, se da cumplimiento al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes ya que se enuncia que el mandato axiológico rector es el Principio del Interés Superior del Niño, procurando, además, la defensa de la integridad de la víctima, el principio de no discriminación, y la reserva y confidencialidad aplicadas al caso concreto.

Por otro lado, se precisa que el CONEI es un ente dentro de las instituciones educativas públicas y que, junto al Comité de Tutoría y Convivencia Democrática, actuarán frente a casos de acoso y violencia escolares reportados por los estudiantes, la plana docente o los padres de familia. En cuanto a las instituciones educativas privadas, el artículo 9.2 del Reglamento señala que “de no existir un órgano a cargo de las acciones de convivencia, se conformará el equipo responsable de la promoción e implementación de la Convivencia democrática según su Reglamento Interno”.

Más adelante, el artículo 14 del Reglamento detalla cuál es el procedimiento a seguir ante el reporte de un hecho de acoso o violencia escolar. Primero, se exige una actuación inmediata del director del centro educativo o, en su defecto, del equipo responsable de la convivencia democrática o de algún otro integrante de la comunidad educativa que sea mayor de edad. Posteriormente, la máxima autoridad del centro educativo convocará, extraordinariamente, al CONEI u órgano análogo, de ser el caso, con la finalidad de informar a los padres de familia o apoderados de los estudiantes involucrados en el hecho —esto es, víctima, agresor y espectador— sobre lo acontecido y, consecuentemente, tomar las medidas de protección y corrección pertinentes.

A continuación, el legislador comete un despropósito. El artículo 14, literal d) de la norma en comento prescribe que los padres de familia o apoderados del estudiante que fue víctima en los hechos de acoso y violencia escolar deberán asumir responsabilidades y compromisos a fin de asegurar la convivencia democrática. O sea, los padres del escolar agredido asumirán iguales deberes que los padres o responsables legales de los victimarios y espectadores.

Al respecto, cabe hacernos dos preguntas: ¿no era acaso mejor establecer un resarcimiento en favor de la víctima? ¿Por qué esta debe asumir cargas y deberes cuando se encuentra en un estado de desprotección absoluta, y profunda afectación física y emocional?

Si el *bullying*, por su naturaleza, se vale del poder para propiciar un escenario de desequilibrio entre la víctima y su agresor (Avilés, 2006, p. 208), ¿por qué, entonces, se coloca a la víctima en una situación jurídica de desventaja, en el mismo lugar que su agresor y que la(s) persona(s) que observó(aron) el hecho?

Prosiguiendo con el análisis del procedimiento, se señala que la entidad educativa debe adoptar las medidas de protección conducentes a salvaguardar la reserva y confidencialidad sobre los hechos y la identidad de los escolares involucrados. También será responsable, a través de su director, de requerir asistencia personalizada a establecimientos de salud, Defensorías Municipales del Niño y Adolescente (Demuna) u otras instituciones competentes con el objeto de proteger el bienestar de los estudiantes.

Por último, el equipo encargado de la convivencia democrática efectuará un seguimiento de las medidas de protección, las medidas correctivas y compromisos adoptados por los responsables legales de los menores involucrados, para lo cual también podrá solicitar informes a las instituciones que brinden la ayuda técnica de ser el caso.

4. EL ESTADO PSICOEMOCIONAL DEL ESCOLAR PERUANO TRAS LA PANDEMIA

El origen de la prestación no presencial de los servicios educativos en el Perú, se remonta a la Resolución Viceministerial 079-2020-MINEDU de fecha 12 de marzo del 2020, la misma que, en su artículo 2, dispuso lo siguiente:

Disponer, excepcionalmente, con relación al servicio educativo correspondiente al período lectivo 2020 brindado por instituciones de Educación Básica de gestión privada a nivel nacional, lo siguiente: ... 2.1. La suspensión del servicio educativo hasta el 29 de marzo de 2020. (Resolución Viceministerial 079-2020-MINEDU, 2020)

A pesar de que se prescribió que el servicio educativo quedaba suspendido quince días, el Poder Ejecutivo, mediante el artículo 21 del Decreto de Urgencia 026-2020, autorizó, en el marco de la emergencia sanitaria originada por la pandemia del COVID-19, al Ministerio de Educación (Minedu):

a establecer disposiciones normativas y/u orientaciones, según corresponda, que resulten pertinentes para que las instituciones educativas públicas y privadas bajo el ámbito de competencia del sector, en todos sus niveles, etapas y modalidades, presten el servicio educativo utilizando mecanismos no presenciales o remotos bajo cualquier otra modalidad, quedando sujetos a fiscalización posterior. (Decreto de Urgencia 026-2020, 2020)

Lamentablemente, en la referida norma, fechada el 15 de marzo del 2020, día en el que se expuso el mensaje a la nación en el que se anunciaba el inicio de la cuarentena

sanitaria, no se dijo palabra alguna sobre la salud mental de los escolares. Al respecto, la visión cortoplacista de las medidas que se adopten en materia de derecho de infancia y adolescencia constituye otro factor que favorece la generación de espacios en donde el acoso y la violencia escolar se posicionen fácilmente y, por consiguiente, sean difíciles de erradicar cuando el legislador tome nota de ellos.

La salud mental no fue un elemento a considerar por la administración de turno al inicio del estado de emergencia. Por eso, la deficiencia de las políticas públicas en materia de salud mental, que abordan la estabilidad psicológica y la atención psiquiátrica de los peruanos, fue un factor que ahondó el profundo daño psicoemocional que sufrieron distintas familias a causa de la muerte de sus familiares. Para muestra, un botón: el reporte final de muertos causados por contraer el virus del COVID-19, al 31 de diciembre del 2021, fue de 202 741 personas.

En ese orden, resulta innegable la relación causa-efecto que tuvo el confinamiento respecto a la salud mental de los niños, niñas y adolescentes. Así lo expone el Comité de los Derechos del Niño:

niños, niñas y adolescentes (NNA) son una de las poblaciones más vulnerables en la pandemia, ya que están expuestos a graves efectos físicos, emocionales y psicológicos producto de las restricciones que significan el cierre de escuelas y jardines infantiles; pérdida del contacto con grupos de pares; limitaciones para el movimiento y actividades de recreación; y dificultades de acceso a contextos de protección frente a situaciones que amenacen sus derechos. (Morales, 2020, p. 305)

Si la autonomía progresiva supone, en palabras de Maricruz Gómez de la Torre (2018), la “evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos” (p. 119), ¿cómo podrá ejercer, entonces, un niño, niña o adolescente los derechos que la Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución Legislativa 25278, 1990) y la legislación interna le reconocen, si no encuentra un espacio en el que su esfera jurídica se materialice toda vez que habita en un ambiente con excesivas restricciones a su desarrollo integral y a su plena libertad?

La cuestión planteada resulta aún más preocupante si, en palabras de la autorizada doctrina argentina, “la capacidad progresiva que se les reconoce a los niños no es sólo para el ejercicio de sus derechos, sino también para sus obligaciones” (Delle Vedove, 2010, p. 3). En ese sentido, y tomando en consideración que el *bullying* es una práctica que lesiona el acervo de los derechos fundamentales reconocidos por el Código de los Niños y Adolescentes, el confinamiento recortó las posibilidades de que los escolares comprendan el alcance cívico-jurídico del respeto a sus compañeros una vez que la presencialidad toque a sus puertas nuevamente.

La temprana asunción de deberes respecto de la pacífica convivencia escolar no encontró un respaldo en la práctica durante la pandemia. Por ejemplo, se sabe que, de las campañas ganadoras del VIII Concurso Nacional de Buenas Prácticas Docentes 2020, solo una de ellas abordó dicho tópico. Esta fue denominada “Sin violencia y con amor, convivimos mejor” y se desarrolló en el departamento de Lambayeque (Tafur & Soria-Valencia, 2021, p. 236). Durante la ejecución del programa, se planificaron acciones para que los aliados estratégicos interactúen con los profesores de la institución educativa 10059 Juan Galo Muñoz Palacios, a fin de que fortalezcan sus capacidades en torno a la gestión de la convivencia escolar (La Industria, 2020).

Por todo ello, queda demostrado que, durante la vigencia de las medidas dictadas para asegurar el cumplimiento del estado de emergencia a propósito del rápido incremento de los casos de infección y muerte producidas por el virus del COVID-19 en el Perú, el derecho a la integridad psíquica quedó profundamente lesionado —el cual está consagrado en el artículo 4, primer párrafo del Código de los Niños y Adolescentes—. El Tribunal Constitucional del Perú ha analizado dicha situación jurídica fundamental en el siguiente sentido:

teniendo en cuenta el aspecto emocional de la integridad psíquica de la persona observamos que aquel presenta una especial manifestación para con el niño, pues este Colegiado entiende que comprende la necesidad de que i) el sentimiento de seguridad sea progresivo o por lo menos estable, y ii) la estabilidad emocional de la cual goza no se vea perturbada ni reducida por agentes o elementos exteriores. Es por ello que el afecto, el cariño, la empatía, la aceptación y los estímulos que recibe un niño de sus padres refuerzan su expresión emocional y el desarrollo de su personalidad; razonamiento que guarda concordancia con los establecido en el artículo 4° del Código de los Niños y Adolescentes, en lo que concierne a la integridad psíquica, libre desarrollo y bienestar. (Expediente 02079-2009-PHC/TC, 2010)

Debido a la falta de un espacio social que propicie la concientización de los derechos y obligaciones de los escolares, quienes han reducido el espectro de sus relaciones interpersonales al ámbito familiar, es entendible —mas no justificable— que el acoso y la violencia escolares se hayan extendido y sus perniciosos efectos se repliquen cada vez más en las víctimas de dicha problemática, quienes, con un alto grado de sensibilidad y fragilidad psicoemocional, se enfrentan a acosadores que, a su vez, habitaron, durante dos años, en senos familiares disfuncionales o grupos familiares en los que la violencia imperó, así como con padres ausentes de consejos y enseñanzas, entre otros factores exógenos que propician un espacio escolar proclive al *bullying*.

Aunque la pandemia ha significado una “pausa” en las prácticas que se identifican con el *bullying* ya que las víctimas pudieron haber “experimentado una mejoría en su estado psicológico al no tener que enfrentarse a sus victimarios” (Serratosa, 2022, p. 22),

nada se viene haciendo respecto de aquellas víctimas que sufrieron el *bullying* adaptado a medios tecnológicos o *cyberbullying*, ni se están diseñando programas alternativos dirigidos a ofrecer a los docentes y a los estudiantes herramientas de aprendizaje y comunicación que propicien la pacífica convivencia escolar (Gongora, 2022, p. 67).

Corresponde analizar, antes de abordar la legislación y jurisprudencia desarrolladas acerca del *bullying* durante y después de la pandemia, el estado psicoemocional del escolar peruano tras los dos años de confinamiento “educativo”. A modo de ejemplo, se observa que, en la realidad española, y con tan solo seis meses sin presencialidad, se desarrollaron distintos casos de psicopatología. Así lo corrobora la autorizada doctrina española:

Los resultados obtenidos al inicio del curso escolar (tras 6 meses sin escuela presencial) mostraron que el 9,8% de los pacientes eran casos probables de psicopatología. La franja de edad más afectada fue la de los 5 a los 8 años. [...] Durante el confinamiento se detectaron con mayor frecuencia síntomas emocionales, de conducta (tristeza, irritabilidad y nerviosismo), trastornos del sueño y un uso problemático de pantallas respecto al inicio del curso escolar. (Gatell et al., 2021, p. 359)

Un estudio practicado en estudiantes universitarios de una casa de estudios pública podría dar cuenta de los efectos que también ha causado la pandemia y las restricciones dictadas por el Gobierno peruano en los escolares. En dicho estudio se verifica que “el impacto [del aislamiento social] se vio reflejado a través de emociones negativas que superaron la media de las puntuaciones en los ítems, los cuales fueron: asustado(a), molesto(a), intranquilo(a), nervioso(a), enojado(a), irritable y temeroso(a)” (Aguirre et al., 2021).

De lo citado, podemos concluir que el diagnóstico a *prima facie* es el de trastorno de ansiedad generalizada, el cual se manifiesta, con mayor incidencia, en los adolescentes, población en donde el *bullying* se extiende fácilmente, como advertimos con anterioridad. Dicho trastorno es un elemento que distorsiona la agresividad innata en los seres humanos, convirtiéndola en violencia, agudizando los conflictos que pudieran surgir en medio de las relaciones entre los escolares. Adicionalmente, a causa del mencionado trastorno psicológico, queda más evidenciada la falta de apertura a las diferencias, lo que da cuenta de una inexistente concientización en materia de aceptación interpersonal y autocontrol emocional.

Precisamente, Sebastián Velásquez aseguró que el sedentarismo, otro factor preocupante en los escolares peruanos que tiene un efecto mediato respecto al *bullying* “puede generar una mayor propensión hacia la desregulación emocional; es decir, hacia la dificultad para regular la intensidad de las emociones y los impulsos de los más pequeños” (Chavez, 2021).

De otra muestra científica practicada sobre adolescentes de la ciudad de Lima, se obtiene que, tras la pandemia y las restricciones impuestas, la población analizada

[Ha] dejado de realizar sus actividades cotidianas como salir para interactuar con sus pares, realizar actividades recreativas y deportivas, asistir a reuniones, ir a estudiar, etc. debido a la obligación de quedarse en casa y han optado por otras actividades menos interesantes para ellos, haciéndoles pensar quizás que ya no tendrán las oportunidades de volver hacer sus actividades diarias por mucho tiempo tal como se está presentando la situación actual con el COVID-19. (Ñañez et al., 2021, p. 229)

Habiéndose demostrado cuán afectado se encuentra el derecho a la integridad psíquica de los escolares peruanos y en qué medida favorece la generación de prácticas identificadas con el acoso y violencia escolares, corresponde analizar cómo reaccionaron, por un lado, el legislador, y, por otro lado, el intérprete de la ley.

5. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE POSPANDEMIA SOBRE EL BULLYING EN EL PERÚ: ¿CÓMO HAN RESPONDIDO FRENTE A LAS ESTADÍSTICAS NACIONALES SOBRE EL AUMENTO DE VIOLENCIA ESCOLAR TRAS EL CONFINAMIENTO A PROPÓSITO DEL VIRUS DEL COVID-19?

El *bullying* pospandémico ha merecido un poco feliz desarrollo en el sistema normativo de la educación nacional, aunque resulta ser un flagelo presente en la sociedad peruana e impide impartir educación con un enfoque de infancia y adolescencia, esto es, un sistema que comprenda que los derechos fundamentales de los escolares pueden coexistir con los deberes que cada institución educativa recoge, a través de las disposiciones internas que emite, respecto al alumnado, su conducta y los valores y principios a los que debe ajustar su comportamiento.

Según el portal de noticias Infobae (2022), “se han reportado 874 casos de violencia contra estudiantes de colegios públicos y privados, según el Sistema Especializado en la Atención de Casos de Violencia Escolar (SiseVe), del Ministerio de Educación (Minedu)”. De estos, precisa la fuente citada, 490 casos tienen como presuntos agresores a escolares. Esta cifra resulta alarmante sumada a lo afirmado por el Minedu, que ha advertido que “al día hay 27 niños en el Perú que sufren de violencia escolar” (Limay.pe, 2022). El rápido incremento en los casos de *bullying* demuestra la inacción gubernamental en materia de salud mental y la poca eficacia que existe al momento de reportar hechos vinculados al acoso y violencia escolares.

Debemos reconocer que el legislador peruano sí observó la problemática del *bullying* durante la pandemia, aunque tímidamente. A través de la Resolución Viceministerial 274-2020-MINEDU, de fecha 14 de julio del 2020, el Minedu elaboró los protocolos a seguir en caso acontecieran, entre tanto, actos de agresión física —con o sin lesiones—, violencia psicológica o sexual entre estudiantes (Resolución Viceministerial 274-2020-MINEDU, 2020). El *bullying* se inscribe en las dos primeras formas de violencia lesionando, con ello, el derecho a la integridad de las víctimas.

En términos generales, el dispositivo citado desarrolla lo prescrito por la Ley 29719, imponiendo nuevas cargas sobre las máximas autoridades administrativas de los centros educativos. Por ejemplo, en caso acontezca un acto de violencia física sin lesiones y/o violencia psicológica —lo que la citada resolución denomina *Protocolo-01*—, el director o directora de la institución tendrá de 3 a 75 días calendario para subir lo anotado en el libro de registro de incidencias al portal SíseVe, creado por el Minedu a fin de reportar y dar seguimiento a actos de acoso y violencia escolares. Ese plazo no será el mismo cuando medien actos de violencia física con lesiones, en donde se cuenta con doce horas para ejecutar la misma acción.

Frente a la parquedad normativa de la Ley 29719 y su reglamento, la resolución *in comento* pone a disposición de las víctimas la Línea 113 para orientación psicológica cuando exista violencia sin lesiones físicas, constituyendo una obligación del director y del funcionario responsable de convivencia escolar efectuar la derivación del escolar afectado a dicho servicio de atención telefónica. En cumplimiento del principio de progresividad en materia de derechos humanos, y cuando medien actos de violencia física con lesiones, el legislador ha prescrito que el director del centro educativo, así como el responsable de convivencia escolar deberán orientar a los padres de la víctima a fin de que estos accedan al servicio del Centro de Asistencia Legal Gratuita del MINJUSDH y al centro de salud más cercano de así requerirse.

Si bien esta resolución tuvo un enfoque restringido, logra, de manera *ex post*, impedir que los efectos negativos del acoso y la violencia escolares se perpetúen sobre los escolares y que afecten, consecuentemente, su desarrollo integral y su proyecto de vida.

Creemos que esta resolución no debe ser abandonada, pues constituye un primer acercamiento objetivo y acertado del legislador hacia la realidad de pospandemia de las escuelas. A pesar de que aún se encuentran ausentes las políticas de prevención y de salud mental en favor de los escolares, se ha convertido, sin pensarlo, en una norma pilar que pueda combatir *el bullying* actualmente.

Terminado el confinamiento, y a miras del regreso de los estudiantes a las escuelas a nivel nacional, se dictó la Resolución Viceministerial 109-2022-MINEDU, de fecha 7 de marzo del 2022, en la que una de las condiciones básicas para la provisión de servicios educativos de educación básica en instituciones educativas privadas fue, precisamente, que el centro educativo se organice y asegure la gestión necesaria para lograr la convivencia escolar. Aunque parece ser una norma de insignificante rango, posee un preciado valor al tener en cuenta dos elementos: la multidisciplinariedad y la prevención, elementos *sine qua non* en materia de normas y políticas que contrarresten al *bullying*.

En este instrumento normativo pospandémico no solo se exige la existencia de un comité de gestión de bienestar u órgano análogo que asegure la pacífica convivencia

escolar, sino que este deberá contar con un plan de trabajo que, a su vez, se replique en las mallas curriculares de los cursos de tutoría y orientación educativa. Adicionalmente, dicho órgano brindará un acompañamiento socioafectivo y cognitivo en favor de las víctimas y asegurará “una adecuada convivencia en función al diagnóstico de las necesidades e intereses de las y los estudiantes” (Resolución Viceministerial 109-2022-MINEDU, 2022). Siguen siendo, desde luego, insuficientes las normas relativas a la prevención, las campañas de concientización y la democracia estudiantil, que bien podrían funcionar como factores que mengüen la existencia de *bullying* en las aulas peruanas.

Asimismo, se exige que la institución educativa cuente con un servicio o departamento de psicología cualificado, el cual se encargue, como se señala en el componente 5.3, de “promover prácticas y acciones de convivencia escolar democrática, intercultural e inclusiva en la institución educativa, el soporte socioemocional y el desarrollo de habilidades socioemocionales, las cuales deben realizarse en articulación con el servicio de salud mental comunitario” (Resolución Viceministerial 109-2022-MINEDU, 2022). Aunque en la práctica parlamentaria peruana se usa el desafortunado aforismo “el papel aguanta todo”, creemos que bien hace el Poder Ejecutivo al prescribir esta obligación; no obstante, sigue sin ser suficiente, pues ahora corresponde perseguir su exigibilidad y debido cumplimiento a través de políticas públicas efectivas.

Adicionalmente, y a nivel macro, cada institución educativa deberá contar con un instrumento normativo supremo —léase, reglamento interno— que contenga los lineamientos y regulaciones que propicien la pacífica convivencia escolar, así como los protocolos a seguir ante las quejas o denuncias formuladas a propósito de casos de *bullying*, que incluya un marco de actuación acorde con “la normativa del sector y la normativa nacional de prevención y atención de la violencia escolar” y el Principio del Interés Superior del Niño (Resolución Viceministerial 109-2022-MINEDU, 2022). Evidentemente, también se exige que el centro educativo reporte, céleramente, los acontecimientos relacionados al acoso o la violencia escolar y cuente con el libro de registro de incidencias.

Curiosamente, la resolución analizada no es sino una inspiración de su predecesora, la Resolución Viceministerial 274-2020-MINEDU, la misma que fue promulgada durante la extendida cuarentena que marcó la realidad social peruana en el 2020. En la doctrina nacional no se encuentra mayor análisis dogmático —desde la perspectiva del *bullying*, por supuesto— respecto de ambas normativas sectoriales. Sin embargo, no deja de ser cierto que, aunque parecen insuficientes, estas constituyen dos hitos importantes en el accionar de las autoridades competentes para hacer frente a este flagelo que, según la Corte Constitucional de Colombia, provoca un problema social y psicológico en la víctima y en “su salud emocional, lo que le impide llevar una vida en condiciones dignas” (Sentencia T-562/14, 2014).

Aunque podemos aplaudir la técnica legislativa empleada, las normas analizadas no responden al *bullying* virtual practicado durante la pandemia del COVID-19, ni son una consecuencia de la realidad pandémica que los estudiantes peruanos atravesaron.

Tal vez en dicha razón resida el defecto ontológico de la Resolución Viceministerial 109-2022-MINEDU, pues, aunque prescribe medidas que normas reglamentarias previamente promulgadas no hicieron, nada dice acerca de cómo se supervisará el cumplimiento de las prescripciones. Tampoco adecúa el *bullying* a una situación de “estallido emocional post trauma” en la cual, como se ha demostrado, hasta la saciedad, los niños, niñas y adolescentes, así como los jóvenes en el contexto del *bullying* universitario, no han desarrollado habilidades, competencias y caracteres de naturaleza interpersonal —propias al estadio del desarrollo humano en el que se encuentran— que propicien relaciones amicales saludables en tanto el conjunto de relaciones intrafamiliares desarrolladas durante el aislamiento difieren enormemente de las primeras.

Por el lado de la jurisprudencia y la innovación judicial no se han encontrado rastros de pronunciamientos importantes o relevantes en materia de *bullying*. Sin embargo, hemos de resaltar, sin perjuicio de lo afirmado, que el Poder Judicial ha emprendido políticas públicas contra el *bullying*. Así lo informa la página web del organismo público:

La Corte Superior de Justicia del Callao continuó con su programa de charlas para estudiantes de secundaria de los colegios de la provincia constitucional con la finalidad de sensibilizar a los escolares chalacos y contribuir a la prevención, identificación y denuncia de actos de pandillaje y *bullying* escolar.

Además, indicó que es prioridad de la comisión distrital de “Acceso a la Justicia para personas en condición de vulnerabilidad y Justicia en tu comunidad” de la corte chalaca, concientizar a los jóvenes sobre cómo actuar ante los casos de *bullying* [sic] escolar, pandillaje y violencia familiar. Por ello, se visitarán más colegios en lo que resta del año.

Por su parte, la directora del colegio Dora Mayer, Zara Gómez Mauricio, manifestó que luego de dos años de pandemia, los alumnos tienen la posibilidad de fortalecer sus vínculos amicales debido al retorno a clases presenciales. “Hagamos del colegio un espacio de convivencia armonioso. Somos una familia, aprovechemos esta oportunidad de juntarnos para ser una mejor versión de nosotros mismos”, agregó. (Poder Judicial del Perú, 2022)

Aunque carente de un enfoque de la protección integral —la introducción de la temática del pandillaje adolescente en una campaña de concientización sobre *bullying* evoca, más bien, al tutelarismo clásico o a un neopunitivismo—, algo se hace en medio de la carencia de un sistema gubernamental integrado que apueste por combatir el *bullying*, y que con ellos propicie el desarrollo integral de los menores de edad, así como la defensa efectiva de la dignidad humana y el derecho a una educación prestada en condiciones de calidad.

A modo de síntesis, será la justicia administrativa, liderada y representada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y por el Minedu, la que, a nuestro parecer, copará aquellos espacios en donde ni la alta magistratura constitucional, ni el aparato judicial ordinario, en el marco de los procesos por contravención contra los derechos del niño y del adolescente, han llegado respecto a su análisis del *bullying*.

Si bien no satisface, al menos totalmente, el derecho a la tutela jurisdiccional del que también son titulares las víctimas de acoso y violencia escolares, la tutela administrativa de los derechos del consumidor y del usuario respecto a la correcta prestación de los servicios educativos viene generando el desarrollo de interesantes tópicos en la doctrina contemporánea de la materia tales como la responsabilidad civil de los centros educativos en casos de *bullying* ocurridos en sus instituciones, la factibilidad de dictar medidas de protección en favor de las estudiantes que sufran de acoso y violencia por sus compañeros de clase en aplicación de la Ley 30364, la intervención del derecho penal adolescente en casos de *bullying*, entre otros.

6. CONCLUSIÓN: LOS RETOS ACTUALES PARA EL LEGISLADOR PERUANO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN MATERIA DE *BULLYING*

El esfuerzo crítico de este artículo no se equipara a desmerecer los avances abonados por la Resolución Viceministerial 109-2022-MINEDU, promulgada en un contexto educativo con muchas dudas y pocas respuestas. Esta norma estructuró acciones concretas que demarcan el punto de partida respecto a las políticas en materia de *bullying* que, como insistimos, no se reducen a vacías campañas de concientización que satisfagan el principio de legalidad que rige las actuaciones de los agentes públicos en materia de educación, sino que demandan una revisión de los elementos que explican el origen, desarrollo y perduración de las prácticas que se identifican con el acoso y la violencia entre estudiantes.

En esa línea de ideas, la formación de ciudadanos plenos, con un alto grado de autoestima y una adecuada interiorización de sus derechos y deberes —obviamente, la defensa de estos vendrá por añadidura—, es aquello que realmente importa.

No podemos finalizar el presente esfuerzo científico sin apelar a las autoridades del Minedu a efectivizar el mandato contenido en la Carta Fundamental nacional, según el cual “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente... También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (artículo 4, primer párrafo, Capítulo II, Constitución Política del Perú). El estudiante no acosa, ni violenta a sus pares por motivos injustificados, sino que replica los modelos de violencia practicados en casa. Tal vez se deba empezar por el establecimiento y reconocimiento de la democracia

familiar en la sociedad peruana, para lograr, consecuentemente, que las aulas rechacen el bullying, que estas sean un auténtico reflejo de la pacífica convivencia escolar.

REFERENCIAS

- Aguirre, M., Livia, J., & Rondoy, D. (2021). Impacto psicológico del aislamiento social en estudiantes de una Universidad Pública de Lima. *Propósitos y Representaciones*, 9(2). <https://dx.doi.org/10.20511/pyr2021.v9n2.768>
- Arias Gallego, W. L. (2014). ¿Qué es el bullying?: los actores, las causas y los principios para su intervención. *Revista de Psicología Arequipa*, 4(1), 11-32. <https://pdfslide.net/documents/arias-w-l-2014-que-es-el-bullying-los-actores-las-causas-y-principios.html?page=1>
- Avilés, J. (2006, septiembre). Diferencias de atribución causal en el bullying entre sus protagonistas. *Revista Electrónica de Investigación Psicoeducativa*, 4(2), 201-220. <https://www.redalyc.org/pdf/2931/293122821004.pdf>
- Carozzo, J. C. (2015). Los espectadores y el código del silencio. *Revista Espiga*, 14(29), 1-8. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5340161>
- Chavez, A. (2021, 15 de marzo). *Consecuencias del confinamiento en niños: ¿Cómo se ha visto afectado su desarrollo emocional y social?* RPP Noticias. <https://rpp.pe/peru/actualidad/coronavirus-en-peru-consecuencias-del-confinamiento-en-ninos-como-se-ha-visto-afectado-su-desarrollo-emocional-y-social-covid-19-noticia-1324067>
- Constitución Política del Perú. Artículo 4, primer párrafo. 29 de diciembre de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-562/14 (Bogotá D.C.). 29 de julio del 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-562-14.htm#:~:text=Dicha%20Ley%20estableci%C3%B3n%20que%20el,de%20noviembre%20de%202011%2C%20M.%20P.>
- Corte Superior de Justicia de Cusco. (2013). Tercer Juzgado de Familia de Cusco. Sentencia recaída en el Expediente 00147-2012-0-1001-JR-FT-03 (Cusco). 8 de agosto del 2013. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Res.-38-Cusco-Legis.pe_.pdf
- Decreto de Urgencia 026-2020. Decreto de urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional. 15 de marzo del 2022. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566447/DU026-20201864948-1.pdf>
- Decreto Supremo 010-2012-ED. Decreto que aprueba el Reglamento de la Ley 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. 3 de

- junio del 2012. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/104986/_010-2012-ED-_30-10-2012_04_26_34_-DS-010-2012-ED.pdf
- Delle Vedove, M. J. (2010). La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente. *Nuestra Joven Revista Jurídica*, 1-12.
- Durán, M., & Vargas, E. (2015). Análisis de caso. Implicaciones de la sentencia judicial 59-2014-IV contra el Estado, para el abordaje del *bullying* en Costa Rica [Ponencia]. *III Congreso Internacional de Investigación Educativa, San José, Costa Rica*.
- García, J., Moncada, R., & Quintero, J. (2013). El *bullying* y el suicidio en el escenario universitario. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 4(2), 298-310. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5123784>
- Gatell, A., Alcover, E., Balaguer, J., Pérez, T., Esteller, M., Álvarez, P., & Fortea, E. (2021). Estado de la salud mental infantojuvenil durante la primera ola de la pandemia de la COVID-19 y en el inicio del curso escolar 2020-2021. *Anales de Pediatría*, 95(5), 354-363. <https://doi.org/10.1016/j.anpedi.2021.08.008>
- Gómez de la Torre, M. (2018, diciembre). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (Ucudal)*, (18), 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- Gongora, R. (2022). Intervención y diseño de un plan estratégico contra el *bullying*. *Universidad, Ciencia y Tecnología*, 26(115), 61-68. <https://uctunexpo.autanabooks.com/index.php/uct/article/view/617/1190>
- Infobae. (2022, 12 de julio). *Bullying en Perú: casos reportados en 2022 superan a los del 2020 y 2021*. <https://www.infobae.com/america/peru/2022/05/31/bullying-en-peru-casos-reportados-en-2022-superan-a-los-del-2020-y-2021/>
- La Industria. (2020, 28 de septiembre). *Escolares ferreñafanos reciben soporte emocional*. <https://laindustriadechiclayo.pe/index.php/noticia/1601342189-escolares-ferrenafanos-reciben-soporte-emocional->
- Ley 27337. Código de los Niños y Adolescentes. 21 de julio del 2000. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682689>
- Ley 28044. Ley General de Educación. 29 de julio del 2003. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H848903>
- Ley 29719 del 2011. Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. 25 de junio del 2011. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1034168>
- Limay.pe. (2022, 18 de junio). *4 mil casos de bullying se vienen registrando este 2022 en el Perú*. <https://limay.pe/actualidad/4-mil-casos-de-bullying-se-vienen-registrando-este-2022-en-el-peru/>

- Lugones, M., & Ramírez, M. (2017). Bullying: aspectos históricos, culturales y sus consecuencias para la salud. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 33(1). <http://www.revmgi.sld.cu/index.php/mgi/article/view/277/132>
- Morales Retamal, C. (2020). Salud mental de los niños, niñas y adolescentes en situación de confinamiento. *Anales de la Universidad de Chile*, (17), 305-318. <https://doi.org/10.5354/0717-8883.2020.58931>
- Ñañez Silva, M. V., Lucas Valdez, G. R., Gómez Díaz, R. L., & Sánchez Paredes, R. G. (2022). El Covid-19 en la salud mental de los adolescentes en Lima Sur, Perú. *Horizonte de la Ciencia*, 12(22), 219-231. <https://doi.org/10.26490/uncp.horizonteciencia.2022.22.1081>
- Poder Judicial del Perú. (2022, 23 de junio). *Corte del Callao enfrenta el pandillaje y el bullying escolar*. https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/corte+superior+callao+pj/s_csj_callao_nuevo/as_inicio/as_imagen_prensa/as_noticias/csjcl_n_pandillaje_y_bullying
- Resolución Legislativa 25278, Resolución Legislativa que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño. 4 de agosto de 1990. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H748266>
- Resolución Viceministerial 079-2020-MINEDU [Minedu]. 12 de marzo del 2020. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/565531/RVM_N__079-2020-MINEDU.PDF
- Resolución Viceministerial 274-2020-MINEDU [Minedu]. 14 de julio del 2020. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1016158/RM_N__274-2020-MINEDU.pdf
- Resolución Viceministerial 109-2022-MINEDU [Minedu]. 7 de marzo del 2022. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2894006/RM_N%C2%B0_109-2022-MINEDU.pdf.pdf
- Salas Picón, W. (2015). Revisión sobre la definición del bullying. *Revista Poiésis*, (30), 44-50. <https://revistas.ucatolicaluisamigo.edu.co/index.php/poiesis/article/view/1858/1483>
- Serratos, J. C. (2022). *Impacto del COVID-19 en las relaciones sociales de adolescentes* [Trabajo de Fin de Grado, Universidad Pontificia Comillas]. Repositorio Comillas. <http://hdl.handle.net/11531/61214>
- Tafur, R., & Soria-Valencia, E. (2021). Capítulo 12. La gestión educativa en situación de confinamiento en Perú. En J. Gairín Sallánz & C. Mercader Juan (Coords.), *La gestión de los centros educativos en situación de confinamiento en Iberoamérica* (pp. 225-244). Red Age; Edo-Serveis; Universitat Autònoma de Barcelona. https://ddd.uab.cat/pub/lilibres/2020/236704/Informe_RedAGE2020.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sala Primera. Sentencia recaída en el Expediente 02079-2009-PHC/TC (Lima). 9 de septiembre del 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

Urra, M. (2017). *Bullying*, acoso escolar. Definición, roles, prevalencia y propuestas de actuación. *SocArXiv papers*, 1-34. <https://doi.org/10.31235/osf.io/fxsy3>

DELIMITACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL, CONVENCIONAL Y POLÍTICO ANTE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTADOS DE EMERGENCIA

EDUARDO TELLO ORTIZ DE ZEVALLOS*

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 30 de agosto del 2022 / Aceptado: 16 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6007>

RESUMEN. El trabajo de investigación analiza la problemática actual que acarrea el uso indiscriminado de la declaratoria de los estados de emergencia. Esta herramienta constitucional es utilizada como alternativa errónea para abordar temas de políticas públicas y gobernabilidad. Ante la inminente distorsión de los estados de excepción, una legislación disociada e incompleta y una jurisprudencia constitucional aislada, el presente trabajo propone explicar la relación entre la declaratoria del estado de emergencia sin suficiente motivación y la vulneración de derechos fundamentales. Para tal fin se buscará definir el ámbito de aplicación de las acciones de oposición previstas en la Constitución para el Poder Judicial, el Poder Legislativo y la sociedad en general. La investigación propone contrastar las alternativas constitucionalmente legítimas en la lógica de la ponderación y los *checks and balances*, así como evaluar la viabilidad del control de convencionalidad frente a declaraciones “abusivas” del estado de emergencia. Se buscará determinar la eficacia de las normas del ordenamiento jurídico convencional para delimitar los poderes del Ejecutivo frente a las condiciones objetivas sobre las cuales se decreta un estado de emergencia y las formas como se ejerce la “dictadura constitucional”.

PALABRAS CLAVE: estado de emergencia / control judicial / control de convencionalidad / dictadura constitucional / poderes de emergencia

* Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Practicante preprofesional en el Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Miembro del Centro de Estudios de Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima, con estudios y diplomados en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

DELIMITATION OF JUDICIAL, CONVENTIONAL AND POLITICAL CONTROL IN THE FACE OF THE HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN STATES OF EMERGENCY

ABSTRACT. This work analyzes the problem entailed by the indiscriminate use of the declaration of states of emergency. This constitutional tool is erroneously used as an alternative to address public policy and governance issues. In the face of the imminent distortion of the states of exception, a dissociated and incomplete legislation, and an isolated constitutional jurisprudence, the present work proposes to explain the relationship between the declaration of a state of emergency without sufficient motivation and the violation of fundamental rights. To this end, the article attempts to define the scope of application of opposition actions provided for in the Constitution for the Judiciary, the Legislative Power, and society in general. The research proposes to contrast the constitutionally legitimate alternatives in the logic of checks and balances and evaluate the viability of conventionality control against “abusive” declarations of the state of emergency. It will seek to determine the effectiveness of the norms of the conventional legal system to delimit the powers of the Executive against the objective conditions on which a state of emergency is decreed and how the “constitutional dictatorship” is exercised.

KEYWORDS: state of emergency / judicial review / control of conventionality / constitutional dictatorship / emergency powers

1. INTRODUCCIÓN

El orden y desarrollo de las sociedades se nutren del balance entre las libertades personales y el interés público resguardado por el Estado. Dentro de un estado de normalidad, las primeras deben prevalecer frente a la intervención estatal, no obstante, existen circunstancias que obligan a invertir los polos exigiendo el uso del *ius imperium* del Estado. Así, en caso de graves perturbaciones de la vida en sociedad, es permisible pasar a un estado de excepción constitucional para resguardar la integridad de esta. Los regímenes de excepción o estados de anormalidad constitucional son herramientas que tiene el Poder Ejecutivo para hacer frente a estas crisis extremas que aquejan a un país; mas esta opción se viene tergiversando al punto de ser, contradictoriamente, una normalidad en las decisiones de Estado.

Este nuevo balance entre libertades y el *ius imperium* estatal se fundamenta en la teoría constitucional que nos indica que no hay derecho absoluto, que los derechos pueden ser limitados en la medida que exista un fin constitucionalmente legítimo que proteger. Bajo estos fundamentos, es imperativo utilizar el test de proporcionalidad como garantía adicional en una limitación de derechos. Así, la legitimidad y constitucionalidad de esta medida se justifican en razón de que no existan otras medidas igualmente satisfactorias para solucionar los problemas en cuestión. Por lo tanto, en palabras de Goldfarb (2021), cualquier restricción a los derechos en el marco de un estado de emergencia debería de estar justificada en base a un precepto de razonabilidad e interpretada en conformidad al principio *pro homine* (p. 140).

En ese orden de ideas, es pertinente plantearnos ¿qué relación existe entre la declaración y permanencia del estado de emergencia sin suficiente motivación y la vulneración de derechos fundamentales? Por ejemplo, la utilización del estado de emergencia durante la pandemia del SARS CoV-2 resultó justificada al comienzo, pero las medidas adoptadas no fueron adecuadas para normalizar la situación. En esa lógica, Castilla (2020) mencionaba en *The Dialogue* que muchos sectores productivos fueron cerrados sin indicar el argumento sanitario precedente o lo que se procuraba obtener con dichas medidas.

Si bien la situación anterior preocupa, no debemos dejar pasar, como indica Siles (2017), que el uso abusivo y reiterado del estado de emergencia no es un suceso actual generado a raíz de la pandemia, sino que este fenómeno viene ocurriendo desde tiempos pretéritos a la Constitución de 1993 (p. 128). Por lo tanto, ante esta situación, resulta imperante determinar los controles constitucionales y convencionales aplicables a los poderes otorgados al Ejecutivo en estas circunstancias.

Mercado y Bermeo (2020) afirman que no siempre los gobernantes se muestran respetuosos de las normas que regulan el juego del poder y a menudo las desconocen.” (p. 104). De igual forma, según Sánchez (2021), un sector de la doctrina afirma que la

aplicación del estado de excepción constitucional puede desembocar en un actuar inconstitucional, por lo que resulta pertinente indicar el marco de control para quienes han de gozar estas prerrogativas, y evaluar diferentes alternativas y actores que pueden verse involucrados en el rol de poderes para resguardar los derechos e intereses de la ciudadanía. Ante el riesgo que genera el incremento de los poderes del Ejecutivo en los estados de excepción, debería aplicarse un control similar.

Para seguir un mejor hilo argumental, debemos empezar con la labor de determinar las condiciones objetivas en las que se declara un estado de emergencia y la forma como estas se aplican en la búsqueda de esclarecer la constitucionalidad y la legitimidad de la medida. Teniendo definido el momento en que se supera el umbral de lo constitucional y lo legítimo, se procederá a contrastar las alternativas constitucionalmente legítimas de control y, en añadidura de los estudios realizados en la materia, evaluar la viabilidad del control de convencionalidad frente a declaraciones “abusivas” del estado de emergencia.

2. EL UMBRAL CONSTITUCIONAL DE LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA

Resulta cuando menos necesario, antes de poder entrar al estudio de los estados de anormalidad constitucional, detallar la antítesis de esta institución jurídica. El Tribunal Constitucional, en su labor educadora a través de sus sentencias, nos precisa que

[el] concepto [de] normalidad constitucional se sustenta necesariamente en el desarrollo de la relación Estado-ciudadanía con sujeción a pautas jurídicas previamente establecidas y de alcance general. Implica el desenvolvimiento de la actividad del Estado dentro del marco de competencias delimitadas con precisión por la Constitución y demás normas derivadas de aquella, y el que los ciudadanos desplieguen sus actividades ordinarias con el goce efectivo de los derechos a que dicha normatividad —en sentido lato— les reconoce. (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 0017-2003-AI/TC F.J. 10)

Evidentemente estamos hablando en este punto de un *statu quo* relativo en el tiempo, pero las condiciones y la vida institucional no van a ser necesariamente uniformes o perennes. Dentro de una comunidad política se han de desarrollar momentos de convulsión y disturbio de la vida en sociedad. Ante estas circunstancias es imperante que “el Estado esté proveído de los instrumentos necesarios para afrontar aquellas situaciones extraordinarias que impiden el cumplimiento de los fines de la sociedad estatal y que amenacen su perdurabilidad como tal.” (STC 0017-2003-AI/TC F.J. 14).

A fin de determinar la constitucionalidad de estas medidas, y poder pasar de la regla (estado de normalidad) a la excepción (estado de excepción), se deben cumplir dos supuestos: nos referimos a lo que García (1988) señalaba como las formas de cómo se

declara un estado de emergencia o condiciones objetivas, y la legitimidad que tiene esta medida dentro de la población.

2.1 Condiciones objetivas de la declaratoria del estado de emergencia

La Constitución de 1993 provee los instrumentos necesarios para hacer frente a estas situaciones extraordinarias. En concreto, estamos hablando de lo dispuesto en el artículo 137 referente a los estados de excepción: “el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él (...) los estados de Excepción” (artículo 137, Constitución Política del Perú).

Siguiendo la línea de estudio del presente trabajo, los estados de emergencia podrán ser decretados

en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la Vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. (Artículo 137, Constitución Política del Perú)

De este artículo se desprenden competencias extraordinarias atribuibles al Poder Ejecutivo con el fin de poder afrontar sucesos que ponen en peligro el normal funcionamiento de la sociedad. No obstante, esta situación tenderá a suponer una ruptura en los balances de poderes del Estado. Como bien afirma Siles (2016), uno de los riesgos latentes del estado de emergencia es el resultado de la dación de poderes extraordinarios al Poder Ejecutivo, con la consecuente alteración en la separación de poderes, la autorización de la supresión o restricción del ejercicio de derechos fundamentales y la habilitación a facultar la intromisión de las Fuerzas Armadas para hacer frente a la amenaza que debilita el país. Estos elementos de por sí no configurarían un problema, salvo que no se cumpla también con el principio de temporalidad o el principio de transitoriedad que es inherente a la declaratoria de los estados de excepción constitucional según nuestra Constitución Política (p. 134).

Los presupuestos mencionados en el artículo 137 y la temporalidad de la medida surgen de condiciones objetivas. Por ello, Siles (2017) señala que las prórrogas continuas dentro de un estado de excepción constitucional atentan contra la esencia temporal de la herramienta constitucional y desgastan los supuestos básicos del mismo orden constitucional. Por consiguiente, la medida debe tener restricciones, pues, de lo contrario, desemboca en el fenómeno denominado “normalización de la emergencia”, también llamado “permanencia de la excepcionalidad” (p. 152). Evidentemente, estos fenómenos acarrearán efectos nocivos para el pueblo. En ese mismo sentido, la aplicación

de principios debe tomar relevancia en la declaratoria del estado de excepción y el ejercicio de los poderes excepcionales por parte del Ejecutivo. Se desprende de esta noción que, durante el estado de emergencia, el Estado constitucional y democrático de derecho permanece vigente, por lo que el principio de necesidad y el de temporalidad toman importancia para el caso concreto y han de ser considerados como condiciones objetivas.

Sin embargo, las motivaciones que tiene un gobierno para decretar un estado de emergencia no siempre van a resguardar la gravedad que la institución exige, pese a que el Tribunal Constitucional ya determinó el carácter jurídico-político que tiene esta institución:

Como se puede observar, la declaratoria de un estado de excepción depende del análisis de cada caso concreto por parte de la autoridad competente. El estado de excepción es, por su propia naturaleza, una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado. (STC 00002-2008-PI/TC F.J. 22)

2.2 Legitimidad de las medidas gubernamentales, panorama en el contexto peruano

De las consideraciones previas se puede desprender el otro supuesto fundamental para estar dentro del umbral constitucional de un estado de emergencia. La legitimidad de la medida es fundamental para poder determinar la “fundamentación y consentimiento social que adquiere una medida o norma que busca hacerse válida en un ordenamiento social y tener vigencia sin alterar la convivencia armoniosa” (Poder Judicial, 2022).

Debemos recordar que estamos dentro de un supuesto donde se ven limitados ciertos derechos fundamentales en pro de resguardar un interés constitucionalmente legítimo superior, por lo que “cabe naturalmente precisar que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho (...) sino aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a lo que propende el régimen excepcional” (STC 0349-2004-AA/TC F.J. 11). Es por ello que la declaratoria del estado de emergencia tiene que seguir la lógica de la temporalidad y la proporcionalidad de la medida para, consecuentemente, indicar que estamos frente a una medida razonable en su planteamiento.

Tanto la temporalidad como la proporcionalidad van a depender de la naturaleza, la magnitud y las características de las circunstancias en las cuales se afronta la vida en sociedad. En ese sentido, no hay mejor herramienta de medición que las encuestas para poder dilucidar el sentimiento social y esclarecer las verdaderas condiciones en las que se está desarrollando el fenómeno. Como ejemplo, en el marco de la pandemia

del SARS-CoV-2 o COVID-19, en la Encuesta Nacional Urbano Rural de *El Comercio* - Ipsos (2021), se preguntó “¿cuál de las siguientes opciones debería seguir el Gobierno con respecto a las restricciones en las próximas semanas?” El 66 % de los encuestados estaba a favor de una disminución o implementación focalizada de las restricciones optadas por el Estado, incluso; mientras que el 36 %, a favor de la disminución total de las restricciones. Nuestra lectura advierte que una postura paternalista del Estado no tiene legitimidad, de ahí el poco y nulo caso a las restricciones que se impusieron por la falta de razonabilidad de la medida.

2.3 La vulneración de derechos en los estados de emergencia

Los poderes excepcionales que le son otorgados al Poder Ejecutivo son tentaciones óptimas para desarrollar un caso de síndrome de *hýbris*, o dar paso a leyes draconianas frente a una ciudadanía debilitada por tales poderes de crisis. Ya Almarza (2020), en el contexto de la pandemia del COVID-19, señala que las vulneraciones de los derechos humanos bajo el estado de emergencia nos deben hacer reflexionar con especial celo sobre toda cuota de poder que se otorgue a la autoridad, incluso en aras de intereses superiores y altruistas, como lo son la salud y orden públicos. Por tal razón, los instrumentos constitucionales deberán superar los claros vacíos normativos, es decir, el caos y yuxtaposición competencial y normativa, la opacidad de los controles al poder en la excepción, con especial realce en la defensa de derechos fundamentales, y la inclusión de sistemas de control intersubjetivo e interinstitucional que garanticen el *accountability* de las autoridades sanitarias y el Ejecutivo. Sin la realización de estos cambios, se seguirá adoleciendo de las consecuencias de la conducción errática, ineficiente y oscura de las autoridades de turno dentro de los supuestos de excepción (p. 119).

Es por estos motivos que los dos supuestos mencionados anteriormente nos dan claridad para definir el umbral constitucional de los estados de emergencia. Del incumplimiento de estos supuestos se derivarían la vulneración de derechos fundamentales y la infracción de la Constitución. Por lo tanto, es aquí donde podemos demarcar el umbral constitucional que puede soportar la sociedad frente a la declaratoria de los estados de emergencia. A partir de este punto, podemos comenzar a demarcar las alternativas constitucionales que se nos otorgan para hacer frente a estados de emergencia abusivos y que violentan derechos fundamentales.

3. ALTERNATIVAS CONSTITUCIONALES ANTE ESTADOS DE EMERGENCIA INCONSTITUCIONALES

Ante tal situación de lesiones de derechos, resulta necesario el ejercicio de contrapesos al poder que posee el Poder Ejecutivo. Arriagada (2015) señala que la característica material de las actuaciones donde su licitud depende del cumplimiento de derechos

fundamentales permite corroborar que, ante la vulneración de los sujetos que no se encontraban judicialmente amparados, estos estarían en una posición frágil frente a los poderes fácticos que posee el Estado. Las garantías que poseen los derechos fundamentales dentro del sistema judicial (y político) han de ser estipuladas como un elemento condicionante para la permanencia irrestricta del Estado de derecho (p. 121). Los derechos humanos, al ser amparados adecuada y directamente por las cortes constitucionales, cumplen una labor veladora del Estado de derecho, el cual se configura como un requisito indispensable para la democracia. De esta manera, nos corresponde buscar las alternativas constitucionalmente legítimas que permitan hacer frente al poder otorgado en las dictaduras constitucionales, indagando en las diferentes instituciones que han de cumplir ese rol.

3.1 Los aportes del *common law* a las limitaciones del poder

Recurrir en este punto al *common law* resulta de gran utilidad para comprender un concepto derivado que se conoce como el control de constitucionalidad y el cual es la institución central para el control propio de los estados de excepción constitucional. El *judicial review* proclamado inicialmente por Alexander Hamilton y que después fue incorporado en el sistema norteamericano por el juez John Marshall en el caso *Marbury contra Madison* sirvió de base para fundamentar la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico y dictaminó el precedente para atribuir a los jueces la facultad de revisar la constitucionalidad de las normas emanadas de los órganos del Estado. En este control judicial, ante un conflicto entre las leyes y la constitución, los jueces deben regirse por la supremacía de la Constitución y adecuar sus fallos conforme a las normas fundamentales antes que a las leyes ordinarias de menor rango. Emana en ese sentido el concepto de que, si una ley va en contra de lo que estipula la Constitución, esta última carecería de sentido, ya que la primera correría la suerte de ser una ley inconstitucional. Por lo tanto, no puede ser aplicable dentro del ordenamiento.

A partir de la supremacía de la Constitución, podemos desprender otros conceptos que son de ayuda para demarcar el balance de poderes que debería tener todo Estado constitucional de derecho. Segado (1997) nos introduce al control político al señalar que, de los antecedentes legales del *judicial review* norteamericano y, aplicándolo a la costumbre romano-germánica, se produjo instituciones que se alejaban de lo planteado en la tradición del *common law*, en el sentido de que se establecieron instrumentos procesales desarrollados por ordenamientos distintos. Es así que la revisión judicial va a aplicarse a través de procedimientos diferenciados. Sin embargo, la herramienta del *judicial review* norteamericana no se consideraría como la aplicación de una vía procesal, sino que debe ser interpretada como un principio (p. 83). Así, la custodia de la Constitución que le es atribuible al Poder Judicial se extiende a otros poderes que han de estar habilitados para realizar un control de constitucionalidad. En ese

sentido, los procesos constitucionales no están dirigidos estrictamente a la tutela de las disposiciones orgánicas de la Constitución, también deben ser encaminados a la protección de derechos y deben ser instituciones dotadas de originalidad las encargadas de este control.

3.2 El marco constitucional integrado

Ya explicado el marco sobre el cual se sustenta el control de constitucionalidad, debemos complementar el supuesto con una lectura integral de la Constitución. Hacemos referencia al principio de unidad de la Constitución, el cual se refiere a que “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (STC 5854-2005-PA/TC FJ 12. a). Y es que estamos hablando, como bien señala Rubio Correa (2013), de que la Constitución es un ordenamiento complejo, integral, en el que debe armonizarse cada norma en su conjunto.

Se debe realizar una labor de buscar coherencia dentro del texto constitucional a partir de la aplicación de principios que permitan su integración. En ese mismo sentido, no resulta factible hablar de una integración constitucional sin tomar en cuenta el bloque de constitucionalidad. Compartiendo el pensamiento de Góngora Mera (2014), este bloque de constitucionalidad se estipula como la doctrina que permite reconocer el rango constitucional de normas que no están enumeradas dentro del texto de la Constitución, con el fin de poder interpretarlas sistemáticamente de acuerdo con el ordenamiento interno de cada país. Bajo esta interpretación, los tratados de derechos humanos deben prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno. De igual forma, deben ser considerados como parámetros de constitucionalidad juntamente con los enunciados constitucionales nacionales, pudiendo derivar en una inconstitucionalidad por contravención de un tratado internacional. Por consiguiente, cualquier derecho protegido internacionalmente puede ser invocado y protegido por las garantías de tutela de derechos constitucionales que regula cada país.

Consecuentemente, se trata de un mandato constitucional, puesto que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Cuarta disposición final y transitoria, Constitución Política del Perú). Por lo tanto, al estipular el marco de control, no debe limitarse al texto escrito, sino integrar el ordenamiento jurídico supranacional para velar por la correcta protección de los derechos fundamentales y el control del poder político.

3.2.1 *Controles internos a los estados de emergencia en la lógica de los checks and balances*

Pasando a cuestiones más de fondo del presente trabajo, lo expuesto precedentemente nos permite concatenar los supuestos que se barajan en el control interno de los estados de emergencia. Estamos hablando del principio de separación de poderes, estipulado en el artículo 43 de la Constitución, y la teoría de los *checks and balances*, de herencia anglosajona contemplada en la Constitución estadounidense de 1787. Conforme declara Chaux (2013), mediante los controles y contrapesos ejercidos entre los órganos del Estado, que procurarían encontrar un equilibrio entre sus competencias y atribuciones, el ordenamiento constitucional busca evitar el desconocimiento de los límites fijados por la propia carta magna (p. 93). De este matrimonio indisoluble entre ambos conceptos, el Estado de derecho pretende limitar posibles actos tiránicos por parte de quienes ejercen el poder, procurando respetar las libertades de cada integrante de la sociedad.

En esa misma línea, la Constitución faculta y otorga competencias especiales al Poder Ejecutivo para hacer frente a graves crisis de la nación. No obstante, se suelen dar las ocasiones en las cuales estos poderes excepcionales atentan contra el principio democrático. Por ello, Arboleda (2011) precisa que ante esta situación se ha de consagrar un control constitucional, puesto que, a pesar de la apariencia constitucional de la que gozan los estados de emergencia, se trata de mecanismos que, si bien buscan satisfacer una exigencia social y constitucional enmarcada en el Estado social de derecho, tienden a afectar gravemente los derechos fundamentales, lo cual termina por constituir un obstáculo dentro del desarrollo ciudadano esperado en una sociedad enmarcada dentro de un Estado social y democrático de derecho (p. 16).

Evidentemente, y como vimos en las condiciones objetivas, la atribución de estos poderes excepcionales debe tener una justificación suficiente para soportar el orden constitucional. Así, Guala (2012) sigue la corriente de una adecuada motivación, en la lógica no solo de que esta garantía consolida una seguridad jurídica dentro de la sociedad, sino que también se fundamenta en la vigencia del estado de excepción constitucional. La adecuada motivación hace efectivo el resguardo de la prohibición a la arbitrariedad por parte del Ejecutivo al permitir a la población realizar un control respecto a las medidas tomadas y a evaluar el actuar presidencial en las situaciones de crisis. En esa línea argumentativa, el control constitucional de los estados de excepción debe realizarse sobre todo acto del presidente de la república en el marco de las facultades extraordinarias dadas. Estos deben estar sujetos a un control, ya sea iniciado a petición de parte o de oficio. El control constitucional de los decretos se debe desarrollar en el Poder Judicial y ha de ceñirse a la observancia al cumplimiento de los requisitos formales y que los actos llevados a cabo guarden relación con el propio decreto y con la Constitución.

Sin embargo, el examen del control de la constitucionalidad no debería limitarse a los supuestos de un control judicial: el control político es fundamental para poder hacer

un correcto juego de contrapesos, e incluso, el control puede extenderse a conceptos supranacionales. Desde esta lógica, Héctor (2012) afirma que dentro de la costumbre constitucional del siglo XIX se incorporó en el texto constitucional la obligatoria intervención del Poder Legislativo en su función de controlar los estados de emergencia. Esto sucedía en la lógica de que el Poder Ejecutivo disponía del poder coercitivo propio del Estado (p. 805). Se debe, entonces, dar mayor protagonismo al Parlamento para que realice acciones de control, *ex ante*, al momento de la aprobación de un estado de emergencia; o *ex post*, al determinar su continuación en función de los requisitos señalados anteriormente.

3.2.2 Controles internacionales, la aplicación del control de convencionalidad

Resulta importante detallar que no basta con realizar un análisis de las herramientas constitucionales y legales, sino que estas deben armonizar con el derecho internacional, el cual ha tendido a modificar los preceptos internos en pro de un resguardo integral de derechos. En ese sentido, no se debería negar el ingreso de controles por instituciones supranacionales y en especial las establecidas por los organismos regionales de los cuales el Perú es parte.

Ya con la aproximación inicial del sistema interamericano de derechos, resulta oportuno hablar respecto de las teorías que justificarían un control de convencionalidad. En ese sentido, López Olvera (2010) sostiene que, dentro de los estados de emergencia, el ejercicio del poder se vuelve una actividad delicada de ejercer y puede caer en malversaciones. Tratándose de temas de vital importancia como lo es que el Estado cree bienestar común, este mismo debe encargarse de ser el mejor garante de la identidad de la nación y de su futuro en momentos de emergencia. La ciencia del derecho ha tenido una evolución importante y en ese camino se han salvaguardado medios más democráticos para resguardar la dignidad en situaciones de emergencia. Se puede afirmar entonces que el poder que ejerce el Estado se encuentra cada vez más acotado por los propios derechos que ejerce la población. Uno de los avances que se ha tenido en la protección de estos derechos, y consecuentemente en las limitaciones al Estado, se fundamenta en la aplicación de instrumentos de derecho internacional. Se trata de instrumentos vigentes, operativos y aplicables en las circunstancias en que el derecho nacional quede rezagado en su eficacia de protección (p. 95).

Resultaría contradictorio y un tanto confuso buscar aplicar normativa internacional al derecho interno: la soberanía de los Estados la impediría. No obstante, este debate ya ha sido superado y debemos recordar su implicancia como parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, Castilla (2014) sostiene que el Poder Judicial está obligado a dejar de lado el derecho internacional como uno de origen internacional *per se*, y aplicarlo como un derecho nacional que forma parte del ordenamiento jurídico interno. No por una aplicación de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(Corte IDH), sino porque lo establece así el sistema constitucional (p. 162). Por lo tanto, la judicatura de cada Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos debe, aparte de aplicar el derecho constitucional, aplicar el derecho internacional humanitario. Esta normativa internacional debe ser aplicada e interpretada como una norma que integra el sistema jurídico interno, impidiendo que las normas de inferior o igual jerarquía contradigan estos lineamientos.

3.3 El control de los estados de emergencia en Iberoamérica

Resulta interesante revisar las perspectivas desarrolladas en Iberoamérica respecto del control de los estados de emergencia para posteriormente poder analizar la viabilidad de su integración al ordenamiento jurídico peruano. Por ejemplo, de la experiencia en la República Argentina, Goldfarb (2021), nos precisa que es factible la limitación de los derechos fundamentales, pero esta debe regirse por las reglas fijadas por la carta magna y los tratados de derechos humanos de los cuales el Estado es parte. Toda la actuación del Estado tiene que estar dirigida a la preservación del derecho a la libertad y el resguardo de la dignidad humana. Por ello, cualquier restricción debe enmarcarse en un precepto de razonabilidad y estar formulada dentro de una motivación adecuada. Resulta necesario que se expresen los motivos que llevaron a la adopción de medidas que restringen derechos con el fin de que, cumpliendo el rol constitucional dado, la ciudadanía y la judicatura puedan realizar un control adecuado (p. 135).

Así, de la experiencia conjunta de Ecuador y Colombia, Qutián (2021) señala que el control de constitucionalidad que se aplica en los Tribunales Constitucionales referentes a los estados de emergencia tiene la característica de ser automático y de oficio. Una vez que se instaura el estado de emergencia, es el presidente de la república quien debe remitir al Tribunal el decreto para que este sea sometido a un control judicial. En ausencia de este hecho, la Corte Constitucional se encuentra habilitada para iniciar de oficio el control sobre el estado de emergencia. La Corte ha de realizar un control formal y material de la situación de excepción. Esta facultad que posee el Tribunal Constitucional se justifica en gran medida por el uso frecuente e indiscriminado de esta herramienta constitucional, pero en menoscabo de las instituciones democráticas y del respeto irrestricto de los derechos fundamentales (p. 190).

De igual forma, en Colombia, Arango (2020) indica que la información recopilada corrobora la teoría respecto a cuándo el presidente es predilecto a solicitar facultades legislativas delegadas al Congreso para ejercerlas con las demás atribuciones que le son otorgadas dentro del marco de un estado de emergencia. El uso de decretos extraordinarios se fundamenta en la estabilidad de las decisiones tomadas y el control político que recaería sobre estas. Por un lado, esta institución legal tiene una vigencia indefinida y es sometida a un control *ex post* mediante la intervención de acciones judiciales de la Corte Constitucional. Por otro lado, los decretos legislativos

son efímeros, ya que, por regla general, concluida la excepción, inmediatamente estas normas deben ser sometidas a un control judicial automático por la Corte Constitucional y un control político por parte del Congreso, conllevando su posible derogación (p. 192). Por su parte, Mercado y Bermeo (2020) fundamentan que el control material resulta pertinente para que se pueda analizar en las Cortes Constitucionales los fundamentos que dan origen a la declaratoria y en ese acto verificar y calificar los argumentos que el Ejecutivo aplica para que sea necesario que el país ingrese a un estado de excepción constitucional. El juez, al interpretar el marco constitucional, está a su vez velando por que se mantenga la coexistencia pacífica entre los poderes inherentes que posee el Estado y las libertades que gozan los ciudadanos (pp. 104-105). La judicatura cumple así un papel de salvaguardia de la Constitución y de los derechos fundamentales en los supuestos de un estado de emergencia.

De la experiencia en Chile, Gaviria (2019) rescata que existe un deseo de argumentar este nuevo rol predominante de los jueces dentro de una democracia constitucional, redirecciona a la corriente garantista a rechazar el poder auténtico que ha adquirido la justicia, especialmente la constitucional. En tal sentido, se invoca una separación tanto en forma y sustancia que disimula el tránsito de poder por parte del Legislativo hacia los jueces. A esta situación se le debe adicionar una concepción de la labor judicial en el marco del empleo del derecho constitucional, el cual debe ser entendido como una actividad de mera subsunción, teniendo que estar alejada de cualquier índice de discrecionalidad. El no aceptar la ponderación apoyada dentro del garantismo esconde el trabajo creativo de los jueces y, de cierta forma, se tienen un progreso respecto de las presiones que se enfrentaban dentro del marco de un Estado constitucional de derecho entre la noción de democracia y la propia Constitución (p. 173).

Siguiendo la tradición española e introduciendo las posturas del derecho comparado respecto del control de convencionalidad, Alonso (2020) estipula que el juez constitucional no debe ser el único con la facultad para controlar las leyes. Esto no debe ser entendido como una variación del sistema de control concentrado de constitucionalidad de la ley que se rige en el derecho interno. Lo que se ha generado es algo más tenue. Lo que pretende es aumentar el parámetro de control de las leyes, no limitándose a la Constitución y el bloque de constitucionalidad, sino incluyendo las normas de la Unión Europea y las normas internacionales, y asignar esta facultad al Poder Judicial como jurisdicción ordinaria (p. 48). De la misma manera, en Colombia, Cárdenas y Suárez (2020) señalan que el Consejo de Estado colombiano se ha facultado un rol más activo como juez de convencionalidad, aplicando argumentos estipulados por la Corte IDH para argumentar el deber estatal de realizar un control de convencionalidad interno.

Este Consejo ha recurrido a la figura del bloque de constitucionalidad. Esta línea argumentativa toma importancia al tener en cuenta que, en la práctica, para el Poder

Judicial resulta prácticamente imposible realizar un control de convencionalidad en cada uno de los casos que llegan a su conocimiento. Ahora, la implementación del control de convencionalidad no debe realizarse en todos los casos. Cuando las normas internas son suficientes para absolver la mayoría de los casos sin que ello implique una violación a la Convención Americana, entonces no sería necesario aplicar este control. Lo contrario significa afirmar que los ordenamientos jurídicos internos de los Estados son en su mayoría inconvencionales (p. 617).

4. DELIMITACIÓN DEL CONTROL DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA ANTE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

De los hallazgos encontrados en la investigación, y pese a las dificultades que demarcaremos después respecto de la coyuntura que envuelve al tema, podemos afirmar en este punto que es necesario delimitar el espectro de control que se puede ejercer sobre el poder que emana de la Constitución hacia el Poder Ejecutivo ante la declaratoria de un estado de emergencia. De igual forma, establecer las alternativas constitucionalmente legítimas que los *check and balances* nos otorga y la viabilidad del control de convencionalidad frente a declaraciones abusivas del estado de emergencia.

4.1 El ámbito de aplicación de las acciones de oposición constitucionalmente previstas ante la declaratoria de estado de emergencia que vulnera derechos fundamentales

Del estudio de la realidad social y de lo corroborado por otros autores estudiados, podemos afirmar nuestra primera hipótesis. Estamos hablando de que, cuando el estado de emergencia es decretado o incluso cuando este es prorrogado sin la suficiente motivación, entonces se genera la vulneración de derechos constitucionales. Y en este punto, no estamos hablando únicamente de la vulneración del *numerus clausus* de derechos pasibles a ser limitados dentro de un estado de emergencia, sino también de derechos conexos o independientes que están fuera de lo estipulado en el artículo 137 de la Constitución Política del Perú.

Para una mejor comprensión del supuesto, debemos recordar lo señalado por García (1988), que estipula dos supuestos que se deben cumplir dentro de toda declaratoria de un estado de emergencia. En ese sentido, las formas de cómo se declara un estado de emergencia, o las condiciones objetivas y la legitimidad que implica esta medida para la población van a ser de utilidad para poder determinar el ámbito de aplicación, pues se debe establecer el momento en que el umbral de lo constitucional es superado para poder empezar a realizar un control de constitucionalidad.

Los supuestos en los que se supera el umbral constitucional ya fueron desarrollados con anterioridad en este trabajo¹, mas estos van a ser los supuestos sobre los cuales debe ejercerse el control de constitucionalidad y, por ende, es necesario tener definidos en estos cuál es el ámbito de aplicación de cualquier acción de oposición. Así, por ejemplo, si la barrera de lo constitucional se vulnera en su forma y fondo (condiciones objetivas) corresponde aplicar exclusivamente sobre este precepto los controles para determinar su constitucionalidad. Ahora, si bien estos supuestos son conexos, la vulneración constitucional se puede dar de forma independiente por cada supuesto o conjuntamente.

Un gran ejemplo práctico y reciente al momento de la redacción de este artículo es lo ocurrido en la declaratoria del estado de emergencia en Perú a raíz de la pandemia del COVID-19. Así, podemos señalar con respecto a las medidas de la forma como se decretaron el estado de emergencia y sus constantes prórrogas que, si bien estaban justificadas en un comienzo, fueron perdiendo las condiciones objetivas sobre las cuales se desarrollaron inicialmente, de manera que terminó entrando al ámbito de aplicación de los controles constitucionales al superar el umbral establecido por el primer supuesto. No obstante, el segundo supuesto permanecía en la delgada línea de lo constitucional. Si bien se cumplía con la temporalidad y proporcionalidad, la legitimidad del estado de emergencia seguía teniendo aceptación por parte de la población, como bien lo señala la encuesta de Pulso Ciudadano (2020), “Los peruanos en confinamiento” al indicar que el 68,2 % de la población estaba de acuerdo con las cuarentenas. Sin embargo, este último condicionante no puede servir de excusa para que no se activen los controles necesarios. Recordemos que los supuestos para el ámbito de aplicación no son concurrentes.

Aterrizando los supuestos a la experiencia peruana, el Tribunal Constitucional estipuló, en la misma línea de lo planteado, criterios para legitimar la declaratoria y la aplicación de los estados de excepción. En efecto, en los fundamentos jurídicos 12, 13 y 15 de la STC 00964-2018-PHC/TC, se señala que los estados de emergencia deben desarrollarse respetando el criterio de temporalidad. Además, “[e]n segundo lugar, debe atenderse a la proporcionalidad de la medida, la cual implica que los alcances del estado de excepción deben guardar relación con la magnitud y las características particulares del fenómeno que se decide atender” (STC 00964-2018-PHC/TC, 2020).

Por último, en la sentencia se establece que “debe atenderse al criterio de necesidad, referido a que tanto la declaratoria como una eventual prórroga de un estado de excepción debe responder a que no existan medios menos gravosos que dicha declaratoria para resolver la situación de emergencia existente” (STC 00964-2018-PHC/

1 Véase los acápites 1.1 (Condiciones objetivas de la declaratoria del estado de emergencia) y 1.2 (Legitimidad de las medidas gubernamentales, panorama en el contexto peruano.).

TC, 2020). Planteados los criterios dentro de la práctica constitucional peruana, se delimita el ámbito de aplicación del control de constitucionalidad de los estados de emergencia.

4.2 Las alternativas constitucionalmente legítimas frente a la declaratoria del estado de emergencia en la lógica de la ponderación

Ya hemos establecido el momento en que podemos hablar del inicio de un control de constitucionalidad de los estados de emergencia y el ámbito de aplicación de estos controles. Ahora, lamentablemente, debemos confirmar otra de nuestras hipótesis. Se trata de que el marco normativo presenta serios problemas en la estructuración y sistematización de las normas que permiten el control de los estados de emergencia en el Perú, sin poder esclarecer los supuestos en los que se puede ejercer los contrapesos propios de todo Estado de derecho.

Bajo la misma lógica, Marcés (2021) estipula que existen herramientas que pueden ser usadas para el control dentro de los estados de excepción; sin embargo, los facultados a usarlas a nivel nacional, por lo general, no cumplen su función: en el Poder Legislativo, ni siquiera saben cómo realizar el control; en cuanto al Poder Judicial, hay una notoria diferencia con el Gobierno; y, finalmente, el Tribunal Constitucional ha tenido pocas oportunidades y se ha equivocado en la mayoría. En ese sentido, corresponde analizar los hallazgos que hemos encontrado respecto de las alternativas constitucionales que tiene cada uno de estos organismos para realizar los controles pertinentes, siempre estos dentro de la lógica de la ponderación y los *checks and balances* (p. 52).

4.2.1 Controles ejercidos por el Congreso

Actualmente, el contrapeso natural al Poder Ejecutivo, que se puede encontrar desde la génesis de la división de poderes, resulta ser el aplicado por el Congreso de la República. Pero debemos analizar este contrapeso no como una lucha entre dos poderes, que termina obstruyendo y perjudicando el normal funcionamiento de sus instituciones, sino que se debe dar dentro del principio de cooperación de poderes. En palabras de Soto (2018), la separación de poderes no debe entenderse exclusivamente como una separación de funciones, sino como una exigencia de coordinación y contrapesos. En esta relación ha de ser posible establecer mecanismos que garanticen la cooperación y eviten la concentración (p. 465).

La facultad de control político del Congreso en estos supuestos no está del todo delimitada. Podríamos extender ciertos conceptos como los señalados en el artículo 5 del Reglamento del Congreso referentes a la función de control político o la sección segunda del mismo cuerpo normativo respecto de los procedimientos del control político, pero sería una acción contraria al derecho, puesto que estos preceptos están pensados para

otros supuestos y no los planteados dentro de un estado de emergencia. Si bien el artículo 137 de la Constitución Política estipula que se puede decretar estado de emergencia “dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente”, no hay una mención expresa respecto de los controles que puede desarrollar el Congreso en estos supuestos.

Estaríamos ante un supuesto que no tendría regulación dentro de la legislación peruana, por lo que, por mandato del principio de legalidad, el Congreso no podría atribuirse tales controles si no es previa reforma de su reglamento o de la Constitución Política. Estamos, por consiguiente, frente a un desbalance en los poderes del Estado.

Ante esta situación, debemos suscribir lo dispuesto por Siles (2017) y dar al Congreso, como poder de contrapeso, la facultad de conceder la prórroga de renovación sucesiva sobre la base de un sistema de “mayorías crecientes” constitucional. La aplicación de principios debe tomar relevancia en la declaratoria del estado de excepción y el ejercicio de los poderes excepcionales por parte del Ejecutivo. Se desprende de esta noción que, durante el estado de emergencia, el Estado constitucional y democrático de derecho permanece vigente. Por lo tanto, el principio de necesidad y el principio de temporalidad toman importancia para el caso concreto.

Complementando lo dispuesto por Siles, aparte de darle al Congreso la facultad de conceder la prórroga del estado de emergencia, también se le debe dar las facultades para que, dentro del periodo establecido inicialmente para la excepción constitucional, el Congreso realice sus labores de fiscalización del poder y determine la correcta aplicación de las formas en las que se está decretando la emergencia. Corresponde realizar una reforma de los preceptos de control establecidos por el Congreso para integrarlos a la nueva realidad que afronta la declaratoria de los estados de emergencia.

4.2.2 Controles ejercidos por el Poder Judicial

De los resultados encontrados con respecto al Congreso de la República, encontramos que el control podría ser inexistente al tratarse de una facultad no regulada dentro del ordenamiento jurídico. Ante esta situación, es pertinente estudiar los otros poderes del Estado que pueden hacer valer los derechos fundamentales y buscar que prevalezca el equilibrio de poderes. De ahí que es importante estudiar las funciones que tiene el Poder Judicial en estos casos y su capacidad para realizar un control a los estados de emergencia.

De esta manera, por la consiguiente falta de acción por parte del Legislativo para realizar su rol de contrapeso, la ciudadanía puede actuar por medio del Poder Judicial, para que este sea quien ejercite los controles necesarios y busque resguardar el Estado de derecho. En esa misma línea, Arriagada (2015) señala que la característica material de las actuaciones donde su licitud depende del cumplimiento de derechos fundamentales permite corroborar que, ante la vulneración de derechos que no

se encontraban judicialmente amparados, estos estarían en una posición frágil en contraposición a los poderes fácticos que posee el Estado. Las garantías que poseen los derechos fundamentales dentro del sistema judicial han de ser estipuladas como un elemento condicionante para la permanencia irrestricta del Estado de derecho (p. 121). Los derechos humanos, siendo amparados adecuada y directamente por las Cortes Constitucionales, cumplen una labor veladora del Estado de derecho, el cual se configura como un requisito indispensable para la democracia.

Como todo balance de poderes, el poder actual de la judicatura se debe ejercer en un espíritu de complementar los demás controles que deberían establecer en el Legislativo, por lo cual, y como bien señala Héctor (2012), es necesario seguir una tendencia projudicialización de los estados de emergencia, lo cual ha sido incorporado en las nuevas constituciones. Incluso, en reformas constitucionales recientes se han establecido las atribuciones que tendría el Poder Judicial para controlar la génesis de esta institución y los alcances que esta excepción puede alcanzar. El control que se ejerce debe estar orientado a calificar tanto la constitucionalidad como la legalidad, para garantizar una correcta aplicación de esta institución (p. 858). Igualmente, Quitián (2021) confirma lo estipulado al señalar que el Poder Judicial ha de realizar un control formal y material de la situación de excepción. Esta facultad se justifica en gran medida por el uso frecuente e indiscriminado de esta herramienta constitucional, pero en menoscabo de las instituciones democráticas y del respeto irrestricto de los derechos fundamentales (p. 183).

De los autores estudiados, Robledo (2010) confirma nuestra hipótesis al señalar que tanto los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el propio texto constitucional facultan que, en una situación de crisis, sea el poder público quien incremente circunstancial y periódicamente sus competencias. Evidentemente, esto trae un desplazamiento de capacidades dentro de otros órganos del Estado a fin de poder frenar la situación de excepción. Ante esta disyuntiva, la historia nos demuestra que se generan abusos que repercuten en una limitación injustificada de derechos personales, libertades y garantías. No obstante, son las garantías judiciales las vías adecuadas para iniciar un reclamo en función de buscar una tutela efectiva de los derechos. Así, la Corte IDH ya sostuvo la imposibilidad de suspender derechos referentes a las garantías judiciales en tiempos de emergencia, por lo que quedaría habilitada la vía para presentar acciones de amparo o *habeas corpus* (p. 251).

Aterrizando los resultados al territorio peruano, el artículo 10 del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPConst) estipula que los “procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo”. No obstante, dentro del NCPConst se han

planteado criterios a seguir en este último supuesto: 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos; 2) si, tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o, 3) si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.

Este artículo del NCPConst se debe leer en concordancia con el artículo 200 de la Constitución Política, el cual estipula que “El ejercicio de las acciones de *habeas corpus* y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción.” Concordamos con la idea de que tanto el proceso de *habeas corpus* como el de amparo sean las acciones de garantía constitucional eficientes para realizar las acciones de oposición a los estados de emergencia. Podríamos llegar a pensar que el juez constitucional tiene total libertad para poder ejercer un control respecto de los estados de emergencia; sin embargo, hay una limitación al respecto. El último párrafo del artículo 200 señala que

cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del Estado de Emergencia ni de sitio.

Aceptamos los límites que se estipulan al control judicial, el cual se enfoca en cuestiones propias del control y de la labor de ponderación que debería realizar el juez constitucional para examinar la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida restrictiva. En ese sentido, el juez constitucional debe tener la función de revisar los actos que se llevan a cabo dentro de los estados de emergencia, mas no la facultad de decretar, puesto que esto es una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo y discrecional de sus integrantes. Así, como señala Prono (2012), los jueces constitucionales son los indicados para identificar problemas dentro del procedimiento democrático y dictaminar la manera en que este funciona, resguardando la voluntad popular. La revisión judicial tendrá que verificar si se han cumplido las condiciones procedimentales que determinan la legitimidad democrática.

4.2.3 Controles ejercidos por el Tribunal Constitucional

Como señalamos antes, las acciones de garantías constitucionales pertinentes para controlar una declaratoria del estado de emergencia son el *habeas corpus* y el amparo, con lo que, por un tema de continuidad procedimental y por mandato de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cualquier procedimiento indicado en el Poder Judicial para controlar los estados de emergencia, deberán ser resueltos finalmente por el Tribunal Constitucional.

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha de ser el último garante de la constitucionalidad de los estados de emergencia. Como bien señala Apaza (2019), toda decisión, ya sea política o jurídica, debe estar sometida a un control constitucional, bajo el argumento de que no hay materia exenta del control que ejerce el Tribunal Constitucional (p. 108). Se debe confiar este control a los miembros de este Tribunal porque, en el conocimiento que tienen del derecho, han de juzgar en total independencia y resguardar los derechos de la ciudadanía.

En esa línea argumentativa, el Tribunal Constitucional ya se pronunció respecto de la declaratoria del estado de emergencia; no obstante, esta se hizo en un contexto de sustracción de la materia por haberse terminado el acto lesivo del derecho fundamental. En ese sentido, el pronunciamiento del Tribunal en el 00964-2018-PHC/TC, mediante el cual “exhortar al Poder Ejecutivo a que, para la declaración de un Estado de Emergencia o una eventual prórroga de dicha medida, se verifique escrupulosamente lo establecido en el artículo 137 de la Constitución Política del Perú”, se fundamenta como precedente para que el mismo tribunal pueda ejercer un control de esta herramienta constitucional.

4.3 Viabilidad del control de convencionalidad frente a declaraciones “abusivas” del estado de emergencia

En un supuesto en que nos encontramos, en el que no hay una regulación interna que facilite el control de los estados de emergencia y en el que la cultura judicial no se ha desarrollado lo suficiente para justificar indubitadamente que este será un control efectivo para los actos del Poder Ejecutivo dentro del contexto de una excepción constitucional, debemos recurrir a otras alternativas internacionales que nos faciliten la puesta en marcha de controles. De esta forma, se llegó al resultado de que las normas de derecho internacional público, en concreto el control de convencionalidad, son efectivas para sustentar y controlar el uso abusivo de los estados de emergencia.

El sistema interamericano tiene ya un desarrollo de este tema que confirma su actuar dentro de este espectro del derecho. Así, nos podemos remitir a la Opinión Consultiva OC-8/87. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, fundamento 38, señala que es “ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aun dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente”. De igual forma, es variada la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual señaló en los casos Durand y Ugarte vs. Perú (fundamento 99), y Espinoza Gonzales vs. Perú (fundamento 120) que

las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistirán medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen

razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella.

Por consiguiente, es casi una parada obligatoria entrar a revisar la aplicación del control de convencionalidad respecto a una vulneración de derechos que se vería perpetrada por el propio Estado y cómo se debería aplicar lo dispuesto por el sistema interamericano. Evidentemente, y como señalaba Héctor (2012), se debe hacer una labor de armonización entre las herramientas constitucionales y legales con el derecho internacional. Esto se justifica en la lógica de que, sin la aplicación de las normas, principios y valores internacionales, resulta imposible determinar el verdadero alcance de los estados de excepción. Los lineamientos internacionales se centran en la preservación del orden constitucional y democrático, y evitan el mal uso de los estados de emergencia, que pueden generar el menoscabo o la destrucción del orden constitucional, como la experiencia latinoamericana lo demuestra.

Recurrimos a lo estipulado por Paúl (2021) al considerar que la Constitución debe atender temas adicionales, como la jerarquía del derecho internacional que se debe seguir dentro del ordenamiento nacional. La Constitución debe estipular correctamente el derecho internacional público, en el sentido de que exista más claridad sobre esta área, que cobra cada día mayor relevancia. Efectivamente, el ordenamiento jurídico peruano da tal reconocimiento en el artículo 205, y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política, que remite el control y permiten la entrada del sistema interamericano dentro del ordenamiento jurídico interno.

Debemos recordar lo estipulado con anterioridad y señalar que los recursos judiciales se han caracterizado por su falta de efectividad, lo cual significa que son un medio lento para limitar y evitar las violaciones a derechos fundamentales, por lo que el sistema supranacional aparece como una alternativa eficiente. Como señala Robledo (2010), la Corte IDH estableció que, cuando la judicatura no garantiza la protección de derechos fundamentales en los estados de excepción constitucional, ya no es requisito previo el agotamiento del fuero interno. Por ello, se sustituye la regla del agotamiento de recursos previos internos por el *per saltum* (p. 284); es decir, el salto de la instancia supranacional a los órganos dispuestos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se presenta mucha controversia y diferentes posturas respecto de la aplicación del control de convencionalidad. Compartimos lo dispuesto por Núñez (2014), quien distingue dos modalidades de aplicación del control de convencionalidad: uno nacional y otro internacional. En la dimensión de este último, es ejercido por la Corte IDH e implica contrastar las obligaciones internacionales de cada Estado con el actuar de los mismos. De este análisis inicial se puede identificar normas o actos contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos y determinar la expulsión de dichos actos del ordenamiento interno.

Dentro de cada ordenamiento jurídico interno, el control es ejercido por la autoridad competente para ello, la cual determina si la norma o acto materia de control se alinea a las obligaciones internacionales que tiene el Estado. En esa lógica es que en las constituciones se añade la estipulación de que los tratados en materia de derechos humanos fungen como un límite a la soberanía, determinando que toda la materia estatal debe actuar según lo establecido en los mandatos internacionales, debiendo garantizar los derechos naturales propios de la persona humana. Ahora, la aplicación de un control concentrado de constitucionalidad no limita el ejercicio de un control de convencionalidad. La judicatura nacional deberá siempre velar por que su decisión se alinee a las obligaciones internacionales del Estado, salvo que esto resulte imposible por la incompatibilidad manifiesta de la ley con los tratados internacionales, situación que deberá dilucidarse en el Tribunal Constitucional.

En esa misma línea y en la búsqueda de una aplicación del control de convencionalidad más eficiente, dada la rapidez con la que evolucionan los estados de emergencia, compartimos lo señalado por Olano (2016) al afirmar que son las autoridades internas de cada Estado las que deben regular el sistema de control constitucional o convencional más idóneo conforme a las realidades de cada país. Así, independientemente de la normativa de los Estados parte, es facultad del Poder Judicial aplicar las disposiciones dadas por la Convención Americana de Derechos Humanos y los fallos de la Corte IDH, siguiendo siempre las competencias que se tienen en cada ordenamiento jurídico. En esa línea argumentativa, el juez, por aplicación del principio de *iura novit curia*, debe aplicar la jurisprudencia internacional, por más que esta no haya sido invocada por las partes. Así, podemos hablar de un control difuso de convencionalidad ejercido por la judicatura nacional, la cual no solo se basa en el derecho constitucional y ejerce un control en relación a este, sino que también controla el adecuamiento a la Convención Americana de Derechos Humanos. Evidentemente, la utilización de ambas normativas puede traer inconvenientes, por lo que deben aplicarse en cumplimiento irrestricto del principio *pro personae*, a fin de evitar actuaciones inconvenientes e inconstitucionales (pp. 87-88).

5. POSTURAS FRENTE A LOS CONTROLES EN LOS ESTADOS DE EMERGENCIA

Si bien he asumido la posición de que es factible la realización de un control de los estados de emergencia, esto no implica que sean inexistentes las posturas contrarias a un control. Identificar esta discusión es de gran relevancia para poder esclarecer las alternativas constitucionales que pueden ser abordadas por los diferentes actores políticos y jurídicos a fin de resguardar los derechos fundamentales. Así, con el fin de enriquecer el debate y abordar la mayor cantidad de puntos de vista sobre la materia, debemos mencionar las posturas que velan por la independencia del Poder Ejecutivo o que establecen su control en la materia.

5.1 Posturas antagónicas, el poder absoluto del Ejecutivo

Con respecto a los controles internos, considero que no se puede abrazar una negación absoluta del control de los estados de emergencia: sería ir en contra del balance de poderes y de la propia Constitución. Pero se pueden aceptar matices a la figura del control constitucional, como propone Silva (2018). La autora considera que existen dos principios básicos del constitucionalismo presentes en esta problemática: por un lado, tenemos la separación de los poderes y, en contraposición a esta, su control mutuo. Los dos principios se interrelacionan entre sí, relativizando su alcance. Así, como resulta imposible una separación total de los poderes, de igual manera lo es un control total. De la articulación de estos principios se materializa la distinta naturaleza de los controles propios que posee cada poder. Es decir, si todos los actos están relacionados con algún tipo de control, en realidad ningún poder tiene el control sobre todos los actos. La cuestión no radica en si la declaración de un estado de excepción constitucional es un acto exento de control, sino si este se encuentra eximido del control judicial. Se puede afirmar que la declaración de un estado de excepción constitucional es un acto eximido del control judicial. No obstante, suscribir esta limitación al propio control puede significar la inexistencia de este. Dada la naturaleza que tiene cada institución dedicada a ejecutar estos controles, lo oportuno sería introducir más vías de control (p. 99).

En la misma línea que Silva, Bermúdez-Tapia (2020) nos señala que en la realidad peruana el sistema de *check and balances* y la situación política generan una crisis más profunda. En ese sentido, los órganos encargados de superar los momentos de crisis se han concentrado en temas coyunturales que terminan por generar contradicciones entre las funciones del Poder Legislativo en relación con los contrapesos existentes que se deben ejecutar en contraposición al Poder Ejecutivo. Esto se debe a que, en el transcurso de los sucesivos estados de emergencia, no se ha dilucidado un ejercicio abusivo del poder excepcional del presidente de la república, y un ejercicio de control puede terminar por agudizar las contradicciones entre los poderes del Estado y traer más inestabilidad a la crisis ya generada. La situación de polarización y confrontación dentro del Estado peruano es una realidad al momento de redactar este artículo; sin embargo, no se puede acusar a las instituciones por la errónea labor de sus integrantes. Un control constitucional siempre ha de velar por el respeto irrestricto del Estado de derecho y la defensa de los derechos del ciudadano.

Así, debemos contrastar estas posturas planteadas con lo dispuesto por Revenga (1990), que señala que el juez es un operador público tanto como el propio legislador, en el sentido de que es responsable de la organización jurídica de la sociedad y con la carga adicional de ser el custodio final de la tarea de hacer cumplir los derechos de los ciudadanos. El Poder Judicial, en tanto su origen se basa en la soberanía del pueblo, exige apertura a la crítica y control de las decisiones en el sentido de que las

mismas deban cumplir con las expectativas sociales de justicia (p. 141). También, Pachas (2016) esgrime que el control realizado a las actividades que denotan un poder estatal es una singularidad inherente a la propia Constitución. Este control se ejerce desde la estructuración y creación del propio Estado constitucional de derecho. Por lo tanto, se ha confirmado la tesis de que es factible que la judicatura constitucional integre, desarrolle y armonice las disposiciones internacionales referentes a los derechos humanos con las normativas establecidas en la Constitución del Perú referentes al estado de emergencia. Para este objetivo no se requiere iniciar un proceso constituyente o una reforma de la Constitución. Así, dentro del derecho constitucional comparado, se ha establecido una corriente a favor del control jurisdiccional de las declaraciones de los estados de excepción.

En la misma medida de lo precedente, resulta también importante definir las posturas en contra del control de convencionalidad. García y Ramírez (2014) sustentan que, en función al principio de supremacía constitucional, y en aplicación de la tesis monista constitucionalista, en el ordenamiento jurídico no cabe la aplicación de una supraconstitucionalidad, ya que todo tratado internacional humanitario estaría al mismo nivel que la Constitución. Por lo tanto, el uso de un control convencional ha de realizarse de manera parcial al no estar aceptada la preeminencia del derecho internacional, por lo que se impide que pueda ser confrontado con la Constitución y las leyes. La Convención Americana solo podría ser invocada subsidiariamente en función al bloque de constitucionalidad, hecho que no termina de zanjar la incompatibilidad convencional con la Constitución. Se debe precisar que las Cortes Constitucionales no operan como jueces de convencionalidad, en el sentido de que no pueden aplicar la Convención Americana y declarar su inconvencionalidad o inconstitucionalidad. Además, dentro del ordenamiento interno sí existen mecanismos que permiten instaurar un control de convencionalidad. El único supuesto en el que se aplicaría este control sería en el ejercicio jurisdiccional de la Corte IDH, lo cual puede generar responsabilidades a los Estados que dicten normas inconvencionales (p. 100).

Bajo la misma línea argumentativa, pero con ciertos matices, Silva (2020) precisa que el control de convencionalidad depende totalmente de la aplicación de esta herramienta mediante el control de convencionalidad interno, en tal intensidad que si el primero tuviera los efectos directos y automáticos que pareciera insinuar cierta doctrina, este último no tendría razón de ser. Por lo tanto, se advertiría la existencia de una incompatibilidad entre el control de convencionalidad y el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al final, se puede ultimar indicando que el real efecto del control de convencionalidad, además de producir la responsabilidad internacional del Estado, se limita a la declaración de incompatibilidad entre las normas nacionales y lo estipulado por la Corte. De esto se deduce que el control solo señale lo que, desde la perspectiva de este tribunal, debe ser. La ejecución se termina dilucidando en las competencias de las

autoridades internas que pasen a convertir el control en realidad. Esto, en la lógica de que es distinto ordenar hacer algo que realizarlo por uno mismo (p. 291).

Silva (2018) igualmente critica que el bajo nivel de cumplimiento muestra un aspecto que se dilucida con claridad: la Corte no tiene la capacidad para obligar a un Estado a que cumpla con sus veredictos. Por consiguiente, la teoría del control de convencionalidad resulta imposible en el sentido y fórmula que actualmente plantea la doctrina mayoritaria. Todo esto indica que la teoría del control de convencionalidad se formuló de manera meramente teórica y que no se ha adecuado debidamente a la realidad de su funcionamiento y aplicación, ni de sus opciones de implementación. Esta situación se puede entender en la medida que la Corte IDH pretende establecerse como un tribunal constitucional a nivel continental; no obstante, continúa teniendo la naturaleza de un tribunal internacional (p. 730). Es decir, que se encuentra subordinada a los propios Estados para el cumplimiento de sus decisiones, esto debido al carácter subsidiario que tiene la Corte en la protección de derechos.

No obstante, debemos mencionar lo señalado por Benavides (2017): debido a las normas existentes de derecho internacional público, en concreto, los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, y el artículo 2 de la Convención Interamericana y las correspondientes a las funciones de la Corte, se consideró que una solución, acorde con esos elementos y el recto objetivo de velar por el mayor grado de protección de los derechos humanos al interior de los Estados parte, se debe brindar mediante un control de compatibilidad interpretativa entre el ordenamiento interno y las normas externas (p. 376). Así, pese a las dificultades que el control de convencionalidad traiga en su aplicación, este debe llevarse a cabo a fin de resguardar los derechos fundamentales en general y específicamente dentro de un estado de emergencia.

5.2 Un contraste con la realidad

Debemos hacer un ejercicio práctico de lo señalado en el presente trabajo a fin de concretar los límites al Poder Ejecutivo en los estados de emergencia. La naturaleza de estos es que van a tener un tiempo determinado de duración, normalmente lo que dure el supuesto habilitante del estado de excepción. En muchos de los casos estudiados, son tan cortos los periodos del estado de emergencia que, si se diera en el ínterin de la excepción la iniciativa de presentar una demanda de amparo o de *habeas corpus*, esta ya no tendría los efectos que se esperan y caería dentro de un supuesto de sustracción de la materia.

De esto se deriva que el Poder Judicial no tenga la rapidez necesaria para responder ante un supuesto de vulneración de los estados de emergencia, salvo que se tomen medidas para cautelar los derechos fundamentales en estas situaciones. Prueba de ello son las acciones tomadas ante la declaratoria del estado de emergencia del 5 de abril del

2022, que disponía la inmovilización social por supuestos actos contra el orden interno. No obstante, este terminó y no hay un pronunciamiento en concreto del tema, pese a que se publicó el Pronunciamiento 12/DP/2022 y la demanda de *habeas corpus* presentada por parte de la Defensoría del Pueblo para que se dé el cese inmediato de inmovilización social por ser inconstitucional.

De lo anterior extraemos que no se puede poner a prueba el verdadero trasfondo tras un control judicial de los estados de emergencia, por lo que no podemos decir a ciencia cierta cómo sería el comportamiento de la judicatura ante estas situaciones. Lo expuesto en esta investigación ha de ser de utilidad para fundamentar la aplicación de tanto los controles judiciales como del control de convencionalidad dentro de los supuestos señalados y, así, se puedan dar los controles necesarios en las circunstancias en que los estados de emergencia se tienden a tergiversar y prolongarse en el tiempo, como está ocurriendo, al momento de redactar este artículo, con el estado de emergencia por la pandemia del COVID-19. Por consiguiente, afirmamos que la alternativa más eficiente para hacer frente a los poderes extraordinarios que tiene el Ejecutivo en estas circunstancias es el control ejercido por el Congreso de la República, previa reforma de estos.

6. CONCLUSIONES

El estado de emergencia es una herramienta constitucional de gran utilidad para sobrellevar una crisis de gran magnitud que enfrenta la sociedad en su conjunto. No obstante, la utilización de esta institución sin motivación alguna por parte del Poder Ejecutivo para solucionar problemas de políticas públicas ha conducido a que se tergiverse su función, lo que ha generado la vulneración de derechos fundamentales cuando estos deberían estar resguardados por el Estado en tales situaciones. La desproporción de la medida, en contraposición con los derechos que se pretenden resguardar, y la extensión a la que está derivando han significado una notoria vulneración de derechos, como ocurre en el caso de la pandemia de COVID-19 y la seguridad ciudadana en los últimos años.

Ante tal situación, debemos tener en consideración las condiciones objetivas que se deben cumplir para entrar dentro del supuesto del estado de emergencia y, paralelamente, la medida debe estar respaldada por la legitimidad propia de un Estado de derecho. En la negativa de tales condiciones, estamos hablando de que se ha superado el umbral de lo constitucional y lo permitido por la Constitución. Frente a esta situación, existen diversas alternativas constitucionalmente legítimas que se pueden activar para realizar acciones de contrapeso.

Existen ya establecidas en la Constitución facultades a los poderes del Estado —Legislativo y Judicial— que permiten garantizar los *checks and balances* suficientes para limitar el poder extraordinarios que ejerce el Ejecutivo dentro de un estado de

emergencia. Así, el primer llamado a realizar el control viene a ser el Poder Legislativo, el cual, no obstante, se encuentra limitado por el marco normativo para realizar un control.

La alternativa actual deviene en el control judicial derivado de acciones de *habeas corpus* o de amparo que tengan la función de limitar el poder y resguardar los derechos fundamentales vulnerados dentro de la excepción constitucional. Sin embargo, dada la naturaleza del estado de emergencia y la rapidez con la que este puede evolucionar, esta alternativa resulta poco eficaz para realizar un verdadero control. De ahí la necesidad de una reforma constitucional que permita al más próximo, es decir, el Legislativo, ejercer un mayor control dentro de un estado de emergencia.

Con relación a los controles internacionales, el ordenamiento jurídico peruano junto permite que, en materia de derechos humanos, se pueda llevar estos casos ante la Corte IDH, realizándose un control de convencionalidad que viabiliza un control ante esta situación de desprotección que se puede generar por los supuestos anteriormente señalados.

Finalmente, es importante señalar que el ordenamiento jurídico interamericano, al pertenecer al bloque de constitucionalidad, puede tener la función de fundamento para que en el fuero interno se desarrolle un control no fundamentándose en las normas de derecho interno, sino en la normativa interamericana. De tal forma que, ya se trate de jueces o de parlamentarios, en ambos casos, se ejecute un control ante estados de emergencia abusivos bajo el amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos, las opiniones consultivas, las sentencias y precedentes de la Corte IDH.

REFERENCIAS

- Almarza Lizama, D. A. (2020). *Pandemia y estados de excepción* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. Repositorio académico de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/178230>
- Alonso García, R. (2020). El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40(119), 13-51. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>
- Apaza Sucasaca, B. M. (2019). *Control de constitucionalidad del estado de emergencia*. [Tesis de bachiller, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. Repositorio institucional de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/10192>
- Arango Restrepo, A. C. (2020, abril). ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Revista Derecho del Estado*, (46), 189-222. <https://orcid.org/0000-0001-8895-0702>

- Arboleda, A. Á. (2011). La excepcionalidad jurídica y el estado social de derecho: control constitucional de los estados de emergencia social, económica y ecológica. *Revista CES Derecho*, 2(1), 10-17. <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/1461>
- Arriagada Cáceres, M. B. (2015, diciembre). Las Cortes Constitucionales frente a los “derechos civiles y políticos”. Una mirada desde la teoría analítica del Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (105), 105-136. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.105.04>
- Benavides Casals, M. A. (2017). El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, 15(2), 365-388. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/405/323>
- Bermúdez-Tapia, M. (2020). El control político del congreso del Perú a las acciones del Ejecutivo en estados de emergencia en ocasión a una pandemia. *Opinión Jurídica*, 19(40), 341-367. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a17>
- Cárdenas Poveda, M., & Suárez Osma, I. (2020). El Consejo de Estado colombiano como juez de convencionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 47(2), 599-620. <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/21487>
- Castilla Juárez, K. (2014, diciembre). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, (33), 149-172. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960/4261>
- Castilla, L. (2020, 1 de octubre). Balance económico y político del Covid-19 en el Perú. *The Dialogue*. <https://www.thedialogue.org/blogs/2020/10/balance-economico-y-politico-del-covid-19-en-el-peru/>
- Chaux Donado, F. J. (2013). Ingeniería constitucional. La evolución del checks and balances en el Estado social de derecho. *Vniversitas*, (126), 89-121. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-90602013000100005&lng=es&nrm=is&tlng=es
- Congreso de la República. (2022, febrero). *Reglamento del Congreso de la República*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/files/reglamento/reglamento-02-2022.pdf>
- Constitución Política del Perú. Artículo 137. 29 de diciembre de 1993.
- Constitución Política del Perú. Artículo 200. 29 de diciembre de 1993.
- Constitución Política del Perú. Artículo 205. 29 de diciembre de 1993.
- Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición Final y Transitoria. 29 de diciembre de 1993.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 30 de enero de 1987.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Sentencia por caso Durand y Ugarte vs. Perú, 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Sentencia por caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, 2014.
- Defensoría del Pueblo. (2022, 5 de abril). *Pronunciamiento 12/DP/2022: Defensoría del Pueblo demanda cese inmediato de inmovilización social por ser inconstitucional*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/04/Pronunciamiento-12-orden-de-inamobilidad.pdf>
- García Atehortua, A. K., & Ramírez Rivero, L. S. (2014). La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. *Universitas Studiantes*, (11), 87-102. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44710/4%20LA%20SUPREMACIA%20CONSTITUCIONAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- García Sayán, D. (1988). *Hábeas corpus y estados de emergencia* (1.ª ed.). Comisión Andina de Juristas.
- Gaviria Mira, J. (2019). Constitucionalismo garantista: democracia y soberanía popular sin pueblo. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1), 155-175. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000100155>
- Gestión. (2022, 5 abril). *Defensoría del Pueblo presenta demanda de hábeas corpus contra medida de inmovilización*. <https://gestion.pe/peru/defensoria-del-pueblo-presenta-habeas-corpus-contra-la-medida-de-inmovilizacion-del-ejecutivo-noticia/?ref=gesr>
- Goldfarb, M. (2021). Límites constitucionales y convencionales a las normas dictadas en la emergencia por COVID-19 en la República Argentina. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 9(1), 125–142. <https://doi.org/10.14201/AIS202191125142>
- Góngora Mera, M. E. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano (pp. 301-327). En H. Fix Fierro, A. Bogdandy & M. Morales Antoniazzi (Coords.), *ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guala Mayorga, A. E. (2012). *Control constitucional de los estados de excepción* [Tesis de bachillerato, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Repositorio de Tesis de Grado y Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/7040>

- Héctor, F. Z. (2012). Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111), 801-860. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300002&lng=es&tlng=es.
- López Olvera, M. A. (2010). Garantías en los estados de emergencia. *Foro. Revista de Derecho*, (13), 77-96. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/382>
- Marcés Everness, J. S. (2021). *Estudio sobre la validez de los estados de emergencia que restringen derechos decretados en el Perú entre 2000 y 2019* [Tesis de bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/19809>
- Mercado Pérez, D., & Bermeo Álvarez, L. F. (2020). El derecho constitucional de los estados de emergencia económica, social y ecológica en Colombia. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(371), 83-106. <https://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhubq/publicaciones/REVISTA%20ACJ%20371%20PDF.pdf>
- Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley 31307, 24 de julio del 2021 (Perú).
- Núñez Donald, C. (2014). *Control de convencionalidad. Teoría y aplicación en Chile*. Librotecnia.
- Olano García, H. A. (2016). Teoría del control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 61-94.
- Pachas Serrano, M. A. (2016). El control jurisdiccional de la declaración de los regímenes de excepción en la Constitución de 1993 [Tesis de Magíster, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio de Tesis Digitales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/11294>
- Paúl, A. (2021). Editorial: Nueva Constitución y derecho internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 48(1), V-XXV. <https://doi.org/10.7764/R.481.0>
- Poder Judicial del Perú. (s. f.). *Diccionario jurídico*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico
- Prono, S. (2012). Estado de derecho y democracia. Acerca de la justificación del control judicial de constitucionalidad en la teoría del discurso de Habermas. *Revista de Derecho*, (38), 36-59. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85124997002.pdf>
- Pulso Ciudadano. (2020). Los peruanos en confinamiento. Recuperado el 27 de junio del 2022. <https://peru.activasite.com/wp-content/uploads/2020/07/Estudio-los-Peruanos-en-confinamiento-Covid-19.pdf>
- Quitián Calderón, J. A. (2021). Control constitucional de los estados de excepción en Ecuador y Colombia: un enfoque comparado. *Revista de Derecho Fiscal*, (18), 177-193. <https://doi.org/10.18601/16926722.n18.08>

- Revenga Sánchez, M. (1990). Función jurisdiccional y control político. ¿Hacia una responsabilidad política del juez? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10(29), 117-142. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24980redc029117.pdf>
- Robledo, F. J. (2010). Las garantías judiciales como vías de tutela de los derechos fundamentales en estados de emergencia (in)constitucional. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 247-292. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82015660009.pdf>
- Rubio Correa, M. (2013). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional* (3.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez García, D. (2021). *Los estados de emergencia en democracia*. Repositorio Universitat Jaume I. <http://hdl.handle.net/10234/193992>
- Segado, F. F. (1997). Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (49), 79-118. <http://www.jstor.org/stable/24882846>
- Siles Vallejos, A. (2016). Estudio de caso: breve evaluación preliminar sobre estado de emergencia en El Callao, a la luz del Derecho Constitucional peruano y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*, (85), 123-140.
- Siles Vallejos, A. (2017). Problemática constitucional del estado de emergencia en Perú: algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 15(2), 123-166. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n2/0718-5200-estconst-15-02-00123.pdf>
- Silva Abbott, M. (2018). ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 717-744.
- Silva Abbott, M. (2020). ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la corte interamericana en un ordenamiento jurídico? *Estudios Constitucionales*, 18(2), 265-308.
- Silva Irrarrázaval, L. A. (2018). El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del presidente de la República. *Revista Chilena de Derecho*, 45(1), 81-103.
- Soto Velasco, S. (2018). La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 449-480. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200449>
- Tribunal Constitucional. Sentencia 0017-2003-AI/TC. Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional. Sentencia 5854-2005-PA/TC. Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia 00002-2008-PI/TC. Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00002-2008-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia 00964-2018-PHC/TC, 2020. Pleno del Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00964-2018-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia 0349-2004-AA/TC. Sala Primera del Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00349-2004-AA.pdf>

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL TRAS EL COVID-19: UNA MIRADA CRÍTICA DESDE CUBA

MELISSA CEPERO LANTIGUA*

Universidad de La Habana, La Habana, Cuba

AMANDA PÉREZ CALZADA**

Universidad de La Habana, La Habana, Cuba

Recibido: 30 de agosto del 2022 / Aceptado: 11 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6008>

En medio de la dificultad reside la oportunidad.

Albert Einstein

RESUMEN. La actualidad del comercio internacional ha estado marcada por un proceso de globalización comercial y tecnológica que, junto a los retos para el desarrollo y sostenimiento del mercado internacional que provocó la pandemia del COVID-19, han conducido al auge de los usos de contratación electrónica para el establecimiento de relaciones jurídico-mercantiles de carácter internacional. Cuba está abriéndose paso a nuevas formas de organización empresarial del sector no estatal, y no se encuentra ajena a esta realidad. Son cada vez más las concertaciones contractuales internacionales por medio del uso de las tecnologías de la información y comunicaciones (en adelante, TIC) que van ganando espacio en el mercado cubano. Todo ello conduce a un redireccionamiento de las políticas e incentivos económicos, en aras de propiciar el escenario más favorable para la consecución de las actividades económicas y comerciales de estos actores en el mercado existente, para fomentar la producción nacional y sosegar la crisis económica que la pandemia amplificó en el país.

PALABRAS CLAVE: contratación internacional / comercio electrónico / pospandemia / Cuba

* Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana. Profesora instructora de Criminología y de la Disciplina Principal Integradora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

** Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana. Profesora instructora de Criminología y de la Disciplina Principal Integradora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

ELECTRONIC PROCUREMENT AFTER COVID-19 PANDEMIC. A CRITICAL APPROACH FROM CUBA

ABSTRACT. The current situation of international trade has been marked by a process of commercial and technological globalization which, alongside the challenges of developing and maintaining the international market during the COVID-19 pandemic, have led to an increase in the use of electronic procurements to establish international legal-commercial relations. Cuba is no stranger to this and is seeking new business organization structures directed to the private sector. International contractual arrangements through the use of ICTs are increasingly getting to the Cuban market, and all these factors are leading to a redirection of the political and economic incentives to encourage private companies to enter the current market and, in this way, improve national productivity and alleviate the economic crisis caused by the pandemic.

KEYWORDS: international contracting / e-commerce / post-pandemic / Cuba

1. UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA

En la última década el Estado cubano ha comenzado a asumir un grupo de transformaciones en el ámbito digital, con la informatización de procesos, sistemas de trabajo y la creación de nuevas formas de intercambio, tanto en el ámbito de la confraternización como en el comercial. Entre las líneas donde más ha impactado el uso de las tecnologías de la información es en el tráfico de servicios y mercancías, reconocido como comercio electrónico. Este proceso de incorporación de una nueva manera de hacer ha sido paulatino, primero asumido por los actores económicos privados y luego apoderado por las instituciones estatales.

Hoy el uso del internet por las diferentes instituciones u organismos que participan en el desarrollo económico de un país se considera como un medio imprescindible para su gestión empresarial, desde la contratación de bienes y servicios vía *on-line* hasta la realización de transacciones financieras por medio de pagos electrónicos, billeteras virtuales, que propician el nacimiento de una nueva forma de contratación y novedosas modalidades contractuales.

Con los nuevos actores económicos que confluyen en el mercado, reconocidos en los artículos 18 y 22 de la Constitución cubana del 2019, estas nuevas vías de concertación contractual han tomado un acelerado uso y camino hacia su normalización, señalando como un factor, la influencia y experiencia internacional que se tiene sobre el uso y necesidad de implementación del comercio y la contratación electrónica.

Con la pandemia del COVID-19, los Estados tuvieron que asumir importantes cambios en todo su ordenamiento interno y comenzar a realizar prácticas que no eran habituales en muchos casos. El auge en el uso de las plataformas de intercambio comercial para la contratación internacional por vía electrónica fue uno de los principales factores que comenzaron a demandar una revisión y actualización de toda la normativa referente a esta materia.

La gran problemática que hoy se tiene es si, luego de “culminada” la pandemia del COVID-19, estas transformaciones serán puestas en desuso o si ya no serán miradas con “buenos ojos”. Es necesario analizar para el Estado cubano, país que se encuentra en vías de desarrollo, en el llamado *tercer mundo*, que asume un sistema de economía planificada, qué ventajas y desventajas trae el uso de las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones) en el proceso de contratación internacional, y los retos que se derivan en este contexto.

Partiendo de la afirmación de que el internet propicia un tipo de contratación que se puede nombrar *especial*, a partir de que se desarrolla en el contexto virtual, pero por cualquiera de los actores económicos, el presente trabajo tiene como finalidad analizar el comportamiento de la contratación electrónica internacional en el entorno jurídico cubano, y argumentar la pertinencia de esta vía alternativa para el establecimiento de relaciones jurídico-mercantiles internacionales.

2. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Si bien desde tiempos inmemorables han existido las transacciones transfronterizas, estas vienen a reconocerse a nivel global a inicios del siglo XIX. Marcado este proceso en 1860, con la transformación del transporte y la invención de la máquina de vapor, se originó la transformación del proceso industrial, del transporte marítimo y ferroviario; estos hechos, entre otros, modificaron el comercio permitiendo su internacionalización producto del impulso de la movilidad y la variedad en el mismo (Sierralta, 2018, p. 38).

El intercambio de bienes y servicios entre diferentes naciones sufrió por mucho tiempo momentos de inestabilidad en su desarrollo, sobre todo durante la Primera Guerra Mundial, con la que se produjo una fuerte depresión económica de ciertas potencias económicas, y con ello la cancelación de tratados internacionales, disminuyendo así las relaciones comerciales internacionales.

No es hasta después de la Segunda Guerra Mundial que se reanima el comercio entre los Estados, tras una ligera recuperación de aquellas potencias deprimidas como resultado de la guerra. De este modo, empiezan a delinearse los nuevos escenarios del mercado mundial con predominio inicial de Estados Unidos, sin que se altere aún la influencia de Europa occidental, en concreto la Unión Europea.

Luego, tuvo lugar lo que se conoce como Consenso de Washington, diseñado después de la crisis de la deuda externa, hacia 1989, que con sus diez reglas abrió paso al libre mercado y solvencia económica. En este contexto, los mayores actores a nivel mundial fueron Estados Unidos, China y la Unión Europea (Sierralta, 2018, pp. 42-43).

Tras el paso de estos acontecimientos históricos, la actualidad del comercio internacional ha estado marcada por un proceso de globalización comercial y tecnológica, que puede ser descrita según la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, como la

cada vez mayor integración económica de todos los países del mundo como consecuencia de la liberalización y el consiguiente aumento en el volumen y la variedad de comercio internacional de bienes y servicios... y la acelerada difusión mundial de la tecnología, en particular las comunicaciones (sitio web de la Asamblea Parlamentaria: <https://pace.coe.int/fr/>).

Los negocios evolucionan de una manera ágil y constante, y junto a estos, el derecho, que, como fenómeno históricamente condicionado, ha de ser capaz de alcanzar dicho ritmo.

Se posicionan de esta manera los métodos de concertación contractual por medio de los usos tecnológicos. La posibilidad de concluir contratos por medios electrónicos, aunque goza de gran actualidad, ciertamente no es un fenómeno novedoso que haya nacido recientemente. Este suceso ha venido desarrollándose desde décadas anteriores

entre un restringido número de empresas y en las que la confianza en el acuerdo entre las partes actuaba de contrapeso frente a las inseguridades de carácter jurídico y técnico que pudieran afectarles o vulnerar el negocio jurídico, aunque en ocasiones se apoyaban en acuerdos previos que fungían como especie de garantía y donde se preveían las vías de solucionar algún conflicto que pudiera suscitarse entre las partes.

Por la progresiva difusión de la informática, la necesidad de brindar una regulación jurídica a la contratación electrónica se ha hecho inminente. Algunas organizaciones internacionales han abordado esta problemática, como es el caso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) con su Recomendación del 16 de noviembre de 1992 sobre líneas maestras para la seguridad de los sistemas informáticos; o el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) con su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión en su 29 período de sesiones, celebrado en Nueva York del 28 de mayo al 14 de junio de 1996; o la propia Comisión Europea, de entre cuyas numerosas iniciativas es preciso destacar la Recomendación 94/820/EC, del 19 de octubre de 1994, sobre aspectos jurídicos del E.D.I (Electronic Data Interchange) (Hernández, 2004, pp. 8-9).

Tal ha sido su impacto, que desde 1996 la ONU sancionó, mediante la Resolución 51/162 de la Asamblea General, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que proponía las bases para la regulación de los mensajes de datos en actividades comerciales; para luego, en el año 2005, ser aprobada por el propio organismo internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, que centra su regulación en la formación o el cumplimiento de los contratos mediante comunicaciones electrónicas, tal como dispone el artículo 1 al definir el ámbito de aplicación. A estos instrumentos jurídicos internacionales se han sumado un sinnúmero de países con regulaciones nacionales propias y en las que la contratación electrónica desempeña un papel esencial. Estas iniciativas son necesarias si contamos con que en el 2022 el número de usuarios en internet alcanzó los 4950 millones de personas, lo que representa el 62,5 % de la población mundial (7910 millones de personas) (We Are Social, 2022).

3. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL: LOS NUEVOS ESCENARIOS

En la actualidad, cada vez se hace más frecuente el intercambio de bienes y servicios por diferentes agentes económicos, donde no solo trascienden las relaciones comerciales que se establecen entre estos, sino también la confluencia de distintos ordenamientos jurídicos que pueden normar dicho negocio por la presencia de un elemento extranjero en la relación jurídico-mercantil, la cual se materializa a partir de la autonomía de la

voluntad de las partes, que se perfecciona a través de un contrato, como herramienta de gestión comercial, de garantía, de factor de prueba, y en definitiva, de seguridad jurídica.

Este auge está determinado por el propio proceso de globalización mundial, la escasez de algunos productos y por la excesiva monopolización de otros.

De este modo regirá el derecho internacional de los contratos, cuando las partes que pertenecen a distintos ordenamientos jurídicos decidan celebrar un contrato, que tendrá carácter internacional, y ordenará el negocio internacional, según afirma la Biblioteca del Palacio de la Paz¹, lo cual encuentra su máxima expresión a partir de la contratación internacional, que deviene en la vía más segura de efectuar las transacciones en el comercio internacional, este último entendido como el intercambio de bienes y servicios entre Estados o países soberanos o libres (Sierralta, 2018, p. 38).

Junto a la expansión de la contratación hacia y entre diferentes hemisferios, se ha constatado que en los últimos años ha habido una revolución en la tecnología de la comunicación electrónica, y su avance va a pasos gigantes, y este se ha extendido cada vez más al comercio, abriendo paso a nuevos caminos y mercados para hacer negocios, posibilitando el surgimiento de una nueva modalidad de comercio: el comercio electrónico y una nueva vía para la contratación: la contratación electrónica, cuyo sustrato es internet; cambiando las formas tradicionales de hacer negocios².

El comercio electrónico abarca actividades de banca electrónica, culturales, de salud, de viajes, de esparcimiento, de información, entre tantas otras, que permite mediante el empleo de una infraestructura electrónica a toda persona natural o jurídica, a los gobiernos, organizaciones, entre otros tantos, celebrar contratos internacionales.

Al respecto, Hernández Fernández considera que:

El comercio electrónico puede ser definido como el cúmulo de actividades mercantiles, que incluyen tanto actividades comerciales como acciones de mercadeo, y negocios jurídicos mercantiles y civiles, de bienes tangibles o intangibles, siempre que éstas se realicen por vía electrónica, por redes o sistemas computacionales. (p. 339)

1 La Biblioteca del Palacio de la Paz es una colección de estudios y referencias especializados en derecho internacional. Tiene su sede en La Haya, Países Bajos, y se estableció para apoyar a la Corte Permanente de Justicia.

2 Durante el 2020, el comercio electrónico mundial facturó un total de 4,2 billones de dólares, es decir, un 27,6 % más que el año anterior. (Insider Intelligence, 2021). Dentro de este informe destaca América Latina a escala mundial en el año 2020 en cuanto al desarrollo del *e-commerce* con el crecimiento de un 36,7 %, con respecto al 2019. Dentro del continente, resalta Argentina, con un 79 % de crecimiento. Así mismo, se estima que para el 2025 la media global aumente un 25 % en el *e-commerce* con respecto al 2020 (CBRE Spain, 2022).

En este sentido, la contratación electrónica internacional constituye la aplicación de las tecnologías de la información a la teoría general del negocio jurídico en la esfera internacional, donde la forma tradicional del documento escrito se adapta a la utilización de los medios electrónicos (sitios de internet, plataformas electrónicas, correo electrónico), y que constituyen alternativas que emplean actualmente no solo los particulares, sino los propios Estados en la concertación de relaciones comerciales.

A criterio de Davara (2001), la contratación electrónica es “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo” (p. 189), de lo que cabe preguntarse cuál es la validez legal de las transacciones y contrataciones que se efectúen sin soporte papel, que constituye la forma tradicional y clásica en la que se manifiesta el contrato como instrumento jurídico de las contrataciones internacionales; qué seguridad jurídica ostenta el negocio comercial que se desarrolla en el expansivo mundo de las redes donde se carece de simultaneidad en un mismo espacio físico de las partes contratantes.

Ante estas interrogantes, una parte reconocida de la doctrina alega que el contrato se encuentra en crisis (Farina, 2005, p. 181), debido a las transformaciones que ha sufrido en cuanto a su forma, que se aleja cada vez más de la escritura tradicional ante un proceso de globalización acelerado, y una economía de mercado cada vez más amplia.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el contrato no se reduce al instrumento jurídico, al soporte físico, sino que debe entenderse como el proceso mismo de contratación, en cada una de sus fases, incluso aquellas de preparación contractual; y los medios por los cuales se lleven a cabo dichas transacciones comerciales serán los que dotarán o no de seguridad jurídica a la relación jurídica comercial.

Al ser el fenómeno de internacionalización comercial tan complejo y rico en cuanto a los sujetos, sistemas normativos que intervienen, las vías y mecanismos de contratación, juega un rol relevante el legislador, que ha de ser capaz de prever y atemperar la normativa en materia de contratación internacional a las nuevas formas y vías de desarrollarse esta, ajustada a las reglas y principios que en el derecho internacional rijan al respecto. O sea, no se trata solo de la realidad material de la norma, sino de la sinergia que ha de haber en la comunidad internacional entre los diferentes instrumentos jurídicos internacionales, y los de menor jerarquía para con estos.

El comercio electrónico y con este la contratación electrónica han sacudido las bases en las que se cimentó el comercio y la contratación tradicional, por lo que se ha generado un proceso de adaptación y revisión de las instituciones jurídicas que hasta el momento configuraban todo el entramado de la contratación económica tradicional.

Es criterio reconocido y defendido por diversos autores que existen dos grandes modelos regulatorios de la contratación económica utilizando medios electrónicos, desde el punto de vista formal. Uno se refiere a la necesidad de una normativa especial que haga referencia a las particularidades electrónicas, separada del derecho de obligaciones y contratos, este es el modelo predominante³ (Hernández, 2004, p. 9). El otro modelo reconocido se denomina modelo unitario, acogido por la reforma francesa del año 2000; se caracteriza por la integración de las novedades electrónicas en el propio Código Civil, junto con la normativa procesal (Hernández, 2004, p. 10).

A pesar del reconocimiento por la doctrina de ambos modelos de regulación, la nueva vía de contratación ha traído la apertura de grandes debates, pues algunos cuestionan si la contratación electrónica internacional presenta una disrupción o una evolución del derecho de contratos. Sin lugar a dudas, es necesario afirmar que esta constituye una etapa más, dentro de la evolución de las diversas formas de contratación existentes, no la creación de un concepto o noción nueva de contrato.

No puede considerarse el fin de la contratación tradicional primeramente, porque gran parte de los países de Iberoamérica y África se caracterizan por una lenta apropiación de las tecnologías emergentes, por lo que la gran mayoría de las transacciones comerciales y negocios jurídicos se suscriben por medio de la forma tradicional; y como segundo elemento, es necesario que las partes que decidan concertar un contrato internacional por vía electrónica, se familiaricen y confíen en la seguridad y ventajas que ofrece esta forma de contratación.

3.1 Ventajas, desventajas y retos de la contratación electrónica internacional

En consonancia con la denominada era de la información que transitamos, y aparejada con la Cuarta Revolución Industrial, existe una acelerada tendencia hacia la digitalización e informatización de todas las actividades, ya sean públicas o privadas, sociales o económicas, pero especialmente las comerciales, tal y como se ha descrito en el presente trabajo, hecho que está cambiando y redefiniendo estas actividades, con manifestaciones tales como el *e-bussines*⁴ o el *e-commerce*⁵.

3 Modelo acogido en los Estados Unidos de América y en los países miembros de la Unión Europea, siguiendo los lineamientos de las Leyes Modelos UNCITRAL y de las directivas electrónicas donde se reconoce la validez de los contratos electrónicos y la inalterabilidad del derecho tradicional de obligaciones y contratos (Hernández, 2004, p. 9).

4 *E-business* significa 'negocio electrónico' y es la realización de transacciones de forma digital, a través de diferentes soluciones tecnológicas.

5 El *e-commerce* es un tipo de *e-business*, que constituye un sistema de compra y venta de productos y servicios que utiliza el internet como medio principal de intercambio. En otras palabras, se trata de un comercio que gestiona los cobros y pagos a través de medios electrónicos.

Son incontables los espacios que han de ser previstos jurídicamente para lograr una mayor seguridad jurídica de las personas y las naciones, ante el avance tecnológico, algunos de ellos relativos a la publicidad en internet, la ley aplicable al contrato y al documento electrónico como instrumento de contratación, la jurisdicción competente, la validez de la firma digital y del dinero electrónico, los delitos informáticos, la incertidumbre en la red, los alcances y límites de la libertad de expresión en el ciberespacio, la protección de los datos personales y las consecuencias de la violación al derecho a la intimidad, la transgresión de los derechos de los consumidores y usuarios, las violaciones de los derechos de propiedad intelectual, el pago de impuestos y aranceles en el comercio electrónico y las consiguientes infracciones impositivas, la vulneración de principios fundacionales del derecho laboral a través del llamado *teletrabajo*, la responsabilidad extracontractual, entre muchas otras problemáticas (Feldstein, Rodríguez & Scotti, 2011, p. 50).

Entre los elementos de mayor impacto del comercio y la contratación electrónica destacan la reducción del costo de ventas, compras, distribución, mercadotecnia y publicidad, la realización de pagos a través de plataformas electrónicas utilizando los *smartphones*. Cada vez más estos medios electrónicos de concertación de contratos y ejecución de pagos están sustituyendo las formas tradicionales, el contrato escrito por el contrato electrónico, la firma manuscrita por la firma digital, los pagos en efectivo por transacciones electrónicas y billeteras virtuales.

Esta nueva forma de contacto entre las partes del contrato condiciona la necesidad de reevaluar la regulación en los ordenamientos jurídicos de la contratación económica, si bien en ocasiones las normas legales tradicionales pueden ser aplicables a esta forma de comercio, deben redefinirse y adaptarse a los términos y usos actuales, para evitar lagunas en la norma jurídica en ciertos aspectos cuando estamos en presencia de la contratación electrónica y de lo que de ella se deriva.

En este nuevo espacio, la falta de presencia física simultánea de las partes contratantes se convierte en uno de los factores que genera desconfianza e inseguridad entre los entes intervinientes. Este es un problema especialmente crítico, ya que el uso de los medios de pago electrónicos en el comercio electrónico plantea una serie de cuestiones que requieren, lógicamente, una respuesta no solo técnica sino también jurídica.

Por ello, entre las cuestiones que deben estar reconocidas por la normativa específica que aborde la contratación electrónica están las de seguridad e integridad de las comunicaciones, así como la privacidad y protección de los datos personales y bancarios de los consumidores y usuarios, cuando estos circulan en internet, pues esta inseguridad en el tráfico jurídico lleva a un freno para el desarrollo del comercio electrónico.

Al ser el fenómeno de internacionalización comercial tan complejo y rico en cuanto a los sujetos, sistemas normativos que intervienen, las vías y mecanismos de contratación, deben protegerse todas las relaciones comerciales internacionales a través de la regulación normativa propia de cada Estado, así como la elaboración de normas internacionales con carácter *erga omnes*. Para ello el derecho, desde su dimensión normativa, debe estar atemperado a la realidad social y ser capaz de modernizarse más, tratándose de transacciones comerciales que han de contar con una herramienta jurídica eficiente y garante de seguridad jurídica, lejos de constituirse en un obstáculo por obsolescencia.

A finales del año 2019 comenzó la humanidad a transitar lo que sería la crisis de salud más grave que se ha afrontado en los últimos tiempos, la pandemia del COVID-19. No se tiene memoria en la historia de un proceso tan generalizado de paralización económica de envergadura global durante un lapso prolongado, de tan enorme magnitud y proporción. La crisis desatada ha afectado el trabajo, la producción, el intercambio y circulación de bienes, la prestación de casi todos los servicios, y ha alcanzado tanto la economía formal como la informal.

La gran interrogante por esos días fue cómo salir de la cuarentena impuesta por los gobiernos producto de la pandemia sin causar daños irreversibles a la economía, cómo se retoma la actividad y se recupera la situación económica. La pandemia encontró a la comunidad internacional transitando por un proceso de globalización generalizado, aunque con notables asimetrías entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

En este periodo de tres años se produjo una crisis económica y financiera a partir de que la demanda extranjera de bienes y servicios se redujo a la mínima expresión, se cerraron fronteras, se obstruyeron los mercados, se produjo la paralización de fuentes de trabajo, se impidió la producción propia de bienes y servicios, se rompieron las cadenas de pago, por lo que se desplomaron los mercados (Organización Mundial del Comercio [OMC], 2021; Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2020). Por todo ello, potenciar el comercio y la contratación electrónica para muchas de las naciones involucradas constituyó una de las medidas de rescate económico (OMC, 2020)⁶.

Gracias al desarrollo alcanzado hasta el momento con las tecnologías, las relaciones comerciales internacionales terminaron ejecutándose de forma electrónica, evitando así la paralización del comercio internacional. Los nuevos retos que era necesario asumir obligaban a adoptar una nueva visión prospectiva del derecho de contratos en materia internacional, tomando así conciencia de que, en un corto período de tiempo, la forma

6 Según un informe de la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2021), las ventas mundiales de comercio electrónico alcanzaron los 26,7 billones de dólares a nivel global en el 2019, un aumento del 4 % con respecto al 2018.

de regular los derechos y obligaciones que rigen una relación jurídica determinada se ejecutará automáticamente, sin necesidad de la mediación de un tercero o del Estado.

En relación con el panorama internacional descrito, Cuba también ha estado inmersa tanto en el auge del uso del comercio electrónico internacional como en la crisis económica ocasionada por la pandemia, que condujo las miradas hacia la necesidad de estas vías alternativas de contratación.

4. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL EN CUBA: RETOS PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA

A la par de lo regulado por la ONU en 1996, en Cuba se comienza un trabajo sostenido para impulsar el uso y desarrollo masivo de las TIC, y en 1997 se manifiesta la voluntad política de hacerlo, lo que permite la publicación y aprobación de los lineamientos nacionales para los siguientes tres años. En 1999 se constituye la Comisión Nacional del Comercio Electrónico, copresidida por el ministro de Comercio Exterior y el titular de la Informática, y se integra por los ministerios e instituciones fundamentales vinculadas al fomento y protección de experiencias de comercio electrónico (Hernández, 2004, p. 34).

Esta comisión asumía como sus principales objetivos: a) proponer al Gobierno la política y recomendaciones que impulsaran el desarrollo del comercio electrónico en el país; b) identificar las medidas y regulaciones que deberán emitir los organismos de la administración central del Estado (OACE) para eliminar los obstáculos y crear las condiciones propicias para la extensión del comercio electrónico en Cuba; c) también asumía la función de identificar y patrocinar la realización de proyectos de comercio electrónico e instrumentar las formas y vías adecuadas a fin de obtener y brindar cooperación internacional para el desarrollo del comercio electrónico (Hernández, 2004, pp. 35-36).

El Estado cubano organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo sostenible del país, sin dejar de reconocer la existencia de un mercado regulado, en el que confluyen nuevos actores económicos de carácter privado.

A partir del proceso de informatización que la sociedad cubana ha venido experimentando, tanto por iniciativa y fomento del Estado, como de manera espontánea por las personas tanto naturales como jurídicas, debe ser política de cada actor económico la implementación de los medios digitales para el desarrollo de su actividad económica, de los procesos productivos y en las relaciones entre las diferentes empresas cubanas. Ha sido interés del Gobierno la incentivación del uso de las TIC en las diferentes instancias y entidades, como parte del proceso de modernización del Estado.

En el contexto internacional analizado, Cuba no se queda atrás, pues no solo contiene regulación normativa interna referente al comercio electrónico, sino que forma parte de diversos organismos internacionales dentro de la comunidad del comercio. Cuba no ha estado ajena al auge global del comercio electrónico, y sobre todo en una sociedad donde cada día más emergen nuevos actores económicos, que requieren de los medios para intercambiar bienes y servicios en una economía que se está aperturando.

A diferencia de otras naciones, el proceso de informatización de la sociedad cubana y su economía ha demorado, no por la negativa del Gobierno en su implementación (aunque es factible reconocer que podían tomarse acciones mucho más concretas al respecto), sino por las dificultades de infraestructura, de conectividad y servicios informáticos, de cobros y pagos electrónicos en línea, de logística, y de certificación y registro. Otros aspectos que no favorecían la extensión de esta modalidad comercial eran la falta del marco jurídico adecuado, de personal capacitado y de motivación en los organismos para cambiar la forma tradicional de hacer comercio.

No es hasta la última década, y principalmente luego de la apertura económica que asume el país y de las consecuencias de la pandemia por el COVID-19, que se ha explotado esta nueva vía, pues anteriormente, a pesar de los trabajos realizados, no se habían alcanzado los avances esperados por diversas razones como las siguientes: la no comprensión y atención por parte de los directivos, el ser una actividad muy sensible al embargo de Estados Unidos a la isla, y la insuficiente infraestructura tecnológica del país.

4.1 El mercado regulado en Cuba y la emergencia de nuevos actores económicos del sector no estatal

El 10 de abril del 2019 fue promulgada la actual carta magna de la República de Cuba. El texto brinda un mayor alcance a las formas de propiedad, y dentro de estas, la propiedad privada, tanto de bienes personales, como de medios de producción (artículo 22), lo cual no estaba reconocido desde esta perspectiva en la Constitución de 1976.

La Constitución actual continúa la línea reformista del “Proyecto de lineamientos de la política económica y social” aprobado por el VI Congreso del Partido Comunista del 2011 y ratificado por el VII Congreso celebrado en el 2016, que contemplaba una serie de medidas liberalizadoras en materia económica como los trabajadores por cuenta propia (TCP), la búsqueda de la unificación monetaria o la reducción de la dependencia energética.

Con estas directrices se busca actualizar de forma gradual y programada el modelo económico cubano, manteniendo la planificación estatal de la economía como instrumento principal de dirección económica, pero permitiendo el paso a nuevos actores económicos, como es el caso de las MIPYME, y los ya existentes dentro del

sector no estatal, dígase cooperativas no agropecuarias, empresas de capital totalmente extranjero, los TCP.

Llegados a este punto, donde se reconoce la existencia de un mercado en Cuba, la necesidad y realidad de realizar contrataciones internacionales, y el empleo del comercio electrónico como la vía para efectuarlas, es pertinente analizar este escenario en el país.

Para las MIPYME, la contratación internacional, más que una vía, es una necesidad, pues constituye una de las principales formas de obtención de bienes y suministros; y más, teniendo en cuenta la crisis económica y el desabastecimiento pospandémico, factores que degradan el correcto funcionamiento y desempeño de cada una de estas empresas, y que a la larga se tornan en una bomba de tiempo para las mismas.

No solo la situación que ha dejado el COVID-19 en el país es constituyente de las trabas al eficiente acometimiento del objeto social para el cual se constituye cada una de las MIPYME, sino los propios medios con los que cuentan estos actores para establecer una relación jurídico-mercantil internacional, pues en Cuba solo están facultadas⁷ un *numerus clausus* de entidades⁸ estatales para realizar las actividades de importación y exportación de mercancías, además de los retos asumidos por la contratación electrónica.

Desde el 2020 los TCP, las cooperativas no agropecuarias, y en estos momentos las MIPYME también tienen posibilidad de importar lo que necesiten para el cumplimiento de su objeto social siempre que cuenten con la divisa para pagar sus importaciones, pero esta gestión de importación debe hacerse con la intermediación de una empresa estatal.

De este modo, el proceso para que las empresas entablen relaciones dentro del comercio internacional nace de una solicitud de importación nacional por parte de una empresa nacional a una empresa importadora-exportadora, que le presenta a esta primera una cartera de proveedores extranjeros, entre los cuales escogerá el que más se ajuste a sus estándares, y esta intermediaria concertará un contrato de compraventa internacional con él, para luego concluir en un contrato de suministro nacional entre la empresa intermediaria y la empresa nacional que hizo la solicitud. Todo este proceso se

7 En la década de 1990, hubo un proceso de descentralización por el que casi 450 empresas cubanas dispusieron de licencias de importación para su nomenclador de partidas específicas. A partir de entonces, la adjudicación de licencias se redujo y los importadores oficiales han reforzado su papel. En la actualidad, poco más de cien empresas mantienen la facultad de importar y centralizan las compras del país. De ellas, cuarenta tienen atribuciones adicionales para importar para TCP, cooperativas y MIPYME.

8 Resolución 85/2021, Metodología general para realizar las operaciones de comercio exterior de mercancías, artículo 2: "se entiende por entidades aquellas que realizan actividades de importación y exportación de mercancías, inscritas en el Registro Nacional de Exportadores e Importadores, adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, excepto las empresas de capital totalmente extranjero".

complejiza a partir de la utilización de las tecnologías y la poca experiencia que se tiene en la materia.

Es así como se materializan las importaciones y exportaciones en Cuba. En el marco del comercio internacional, Cuba mantiene relaciones internacionales con diversos países, uniones regionales, y mecanismos internacionales, aunque todo ello se encuentre limitado por la Ley Helms Burton.

Ante la situación de escasez de productos básicos en el mercado nacional, la dirección del país ha tomado medidas de carácter temporal para oxigenar el régimen de importaciones comerciales de algunos actores del sector no estatal, como la liberación de las importaciones comerciales de alimentos y artículos de aseo e higiene personal y del hogar; la exención del pago de los aranceles a ciertos productos, la libre elección del exportador extranjero para el caso de los trabajadores por cuenta propia (ICEX España Exportación e Inversiones, 2021), la permisión a diferentes empresas estatales para prestar servicios de comercio exterior, al amparo de la legislación emitida en relación con las MIPYME, las cuales tienen “disposiciones más flexibles en su funcionamiento que el resto de las empresas estatales que hoy hacen comercio exterior” (Cubadebate, 2022), según la viceministra primera de Comercio Exterior, Ana Teresita González Fraga. Pese a estos intentos de facilitar las importaciones, estas medidas no resultan suficientes.

Ante este escenario, es innegable lo dificultosa que se hace la concertación de negocios internacionales para los actores mercantiles del sector no estatal, pues directamente no pueden acceder al mercado internacional, y la falta de comunicación directa entre el proveedor y la empresa compradora obstruye el negocio jurídico. Ante esta situación, han recurrido a otras vías que les permiten contratar con agentes internacionales para satisfacer sus demandas y necesidades, con una mayor variedad de productos y precios, para lo cual emplean el comercio electrónico, efectuando compras directamente al proveedor, recurriendo a otras vías de entregas y transportación en el territorio nacional (por ejemplo, por contratos de transporte por medio de contenedores).

En el marco de las relaciones de importación y exportación en el país, ocupa un lugar a tener en cuenta y mirar de cerca el comercio electrónico, teniendo en cuenta que no fue hasta el tan cercano 2018 que comenzó a hacerse extensivo el acceso a los medios digitales en internet.

Con el paso de los años, y la relevancia que adquirió en Cuba el comercio electrónico, debido a la informatización de la sociedad, se hizo necesaria una norma actualizada en esta materia, es así que se promulgó el DL 370/ 2018, “Sobre la informatización de la sociedad en Cuba”, el cual dispone, en su artículo 38, que el comercio electrónico es la actividad comercial que se desarrolla mediante la utilización de las TIC, que comprende promoción, negociación de precios y condiciones de contratación, facturación y pago, entrega de bienes o servicios, así como servicios de posventa, entre otros.

Realizada una crítica al escenario en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas comerciales de carácter internacional por los actores económicos cubanos, sería oportuno valorar las expectativas positivas que nos transmiten las medidas informadas el pasado 15 de agosto del 2022 sobre el comercio exterior y el comercio interno, mayorista y minorista (Cubadebate, 2022) para conducir a la recuperación de la compleja crisis económica que enfrenta el país.

Con este nuevo grupo de disposiciones, se pretende impulsar y promover la inversión extranjera en el territorio nacional para la consolidación del comercio mayorista y la creación de empresas mixtas de manera selectiva para el desarrollo del comercio minorista, lo cual permitiría lograr una apertura y mejoría considerable del comercio nacional, permitiendo a los actores del sector no estatal acceder a las materias primas, insumos, equipamientos y otros bienes que puedan contribuir al desarrollo de su objeto social, y con ello al favorecimiento de la producción nacional.

Todo ello denota la necesidad que tiene el sector del comercio exterior de la inversión extranjera, y de la apertura de Cuba al mundo, lo que favorecería el acceso a una mayor variedad y cantidad de productos, y la reducción de costos, ya que los empresarios mercantiles nacionales accederían a estos directamente jugando un papel fundamental en el comercio y la contratación económica como medios de perfeccionamiento de la relación jurídica que se quiere establecer.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La contratación electrónica se ha extendido durante los últimos años a casi todas las áreas del tráfico jurídico y es que, en un mundo cada vez más volcado hacia lo digital, resulta imprescindible formalizar acuerdos válidos y vinculantes a través de medios electrónicos.

La referencia a esta tendencia mundial en la era de la globalización permite sostener que el comercio electrónico esté produciendo una verdadera revolución en las transacciones comerciales, dado que significa un nuevo paradigma en la negociación y en los sistemas de negociaciones al tiempo que significa un cambio cultural. Esta revolución virtual implica una serie de transformaciones en el ámbito del derecho, mientras que, en el ámbito político y social, impulsa una redefinición del papel del Estado y el sector privado.

Sin embargo, es una realidad la desigualdad que puede darse entre las partes en la contratación internacional por medios electrónicos, pues el acceso a la tecnología no es el mismo siempre entre las partes contratantes, cuando puede tratarse de países subdesarrollados, o en vías de desarrollo, que de igual manera que los otros tienen la necesidad de contratar con la comunidad internacional en aras de su sostenimiento económico. Esto denota en parte la inequidad del comercio.

La implementación de las TIC ha sido la solución a las limitaciones burocráticas y los usos tradicionales y arcaicos de las administraciones públicas. Aunque se reconoce su potencial para mejorar la eficiencia y reducir los costos, todavía hay resistencias institucionales. Además, la brecha digital entre países desarrollados y menos desarrollados sigue siendo un gran desafío para lograr una sociedad completamente digitalizada. Para los países menos desarrollados, la prioridad sigue siendo garantizar la supervivencia de sus comunidades antes de poder enfocarse en la digitalización. Sin embargo, se están llevando a cabo iniciativas para ayudar a estos países a superar esta brecha y aprovechar al máximo las TIC para su desarrollo.

Cuba es un país en vías de desarrollo, y el uso del comercio electrónico va en ascenso, por lo que se ha venido trabajando y debe trabajarse aún más en crear las condiciones materiales y jurídicas para su correcto empleo, en tal sentido se encuentra en revisión toda la normativa referente a la materia, para que tanto el comercio electrónico como la contratación económica internacional alcancen su máximo esplendor en el país. Brindarle esta oportunidad tanto comercial como jurídica a los nuevos actores económicos implica una etapa de empoderamiento de estos y de la influencia positiva de los mismos en el desarrollo del país.

Hurtado (2007), citando las palabras del exsecretario general de las Naciones Unidas, Kofi A. Anan, afirma lo siguiente:

El comercio electrónico es uno de los ejemplos más visibles, de la manera en la cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) pueden contribuir al crecimiento económico. El mismo ayuda a que los países mejoren la eficiencia comercial y facilita la integración de los países en vías de desarrollo dentro de la economía global. Permite que empresas y empresarios sean más competitivos, provee a los trabajadores de empleo, y de ese modo se facilita la creación de riquezas. (p. 1)

Por ello, es necesario asumir los nuevos retos que exige el entorno económico y ajustar la normativa jurídica vigente a los nuevos tiempos que se viven.

REFERENCIAS

- CBRE Spain. (2022, 14 de febrero). *Informe e-commerce España 2021*. <https://www.cbre.es/insights/reports/informe-e-commerce-2021>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2020, 5 de agosto). *Los efectos del COVID-19 en el comercio internacional y la logística*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45877/1/S2000497_es.pdf
- Consejo de Europa. (2015). Temas de derechos humanos: la globalización. En *Compass: Manual de educación en los derechos humanos con jóvenes*. <https://www.coe>.

int/es/web/compass/globalisation#:~:text=La%20globalizaci%C3%B3n%20est%C3%A1%20conectada%20con,importaci%C3%B3n%2C%20y%20a%20trav%C3%A9s%20de%20la

Constitución de la República de Cuba. *Gaceta Oficial de la República: edición extraordinaria*, (5). 10 de abril del 2019.

Cubadebate. (2022, 15 de agosto). *Anuncian nuevas medidas para el Comercio Exterior y el comercio interno mayorista y minorista*. <http://www.cubadebate.cu/noticias/2022/08/15/anuncian-nuevas-medidas-para-el-comercio-exterior-y-el-comercio-interno-mayorista-y-minorista/>

Davara Rodríguez, M. A. (2001). *Manual de derecho informático* (3.ª ed.). Aranzadi.

Decreto Ley 370/ 2018, sobre la informatización de la sociedad en Cuba. *Gaceta Oficial de la República: edición ordinaria*, (45). 4 de julio del 2019.

Farina, J. M. (2005). *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Astrea.

Feldstein de Cárdenas, S. L., Rodríguez, M. S., & Scotti, L. B. (2011). *Contratación electrónica internacional: una mirada desde el derecho internacional privado*. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-contratacion-electronica-internacional-una-mirada-desde-el-derecho-internacional-privado.pdf>

Fueyo, F. (1990). *Instituciones de derecho civil moderno*. Editorial Jurídica de Chile.

Hernández Cortés, D. (2004). *Aspectos legales del comercio y la contratación electrónica en Cuba*. <https://dokumen.tips/download/link/aspectos-legales-del-comercio-y-la-contratacion-alfa-rediorgsitesdefaultfilesarticlesfiles.html>

Hernández Fernández, L. (2006). Incidencia de las tecnologías en la contratación: marco legal en Cuba. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (25), 335-368.

Hurtado Fino, G. (2007). *Seguridad jurídica en contratos de compra venta entre consumidores en transacciones electrónicas* [Tesis doctoral, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional E-docUR.

ICEX España Exportación e Inversiones. (2021, 7 de septiembre). *Cuba aprueba modificaciones en el régimen de importaciones comerciales de algunos sectores*. <https://www.icex.es/es/quienes-somos/donde-estamos/red-exterior-de-comercio/CU/convocatorias/detalle.cuba-modificaciones-importaciones-comerciales.news060202109>

Insider Intelligence. (2021, 13 de enero). *Global ecommerce update 2021: worldwide ecommerce will approach \$5 trillion this year*. <https://www.insiderintelligence.com/content/global-ecommerce-update-2021>

- Organización Mundial del Comercio. (2020, 4 de mayo). *Un informe de la OMC examina el papel del comercio electrónico durante la pandemia de COVID-19*. https://www.wto.org/spanish/news_s/news20_s/rese_04may20_s.htm
- Organización Mundial del Comercio. (2021). *COVID-19: Medidas que afectan al comercio de mercancías*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/trade_related_goods_measure_s.htm
- Resolución 85/2021, Metodología general para realizar las operaciones de comercio exterior de mercancías. *Gaceta Oficial de la República: edición ordinaria*, (5), 17 de mayo del 2021.
- Sierralta Ríos, A. (2018). *Contratos de comercio internacional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/173079>
- United Nations Conference on Trade and Development. (2021). *Estimates of global e-commerce 2019 and preliminary assessment of COVID-19 impact on online retail 2020*. https://unctad.org/system/files/official-document/tn_unctad_ict4d18_en.pdf
- We Are Social. (2022). *Special report: digital 2022*. <https://wearesocial.com/es/blog/2022/01/digital-2022/>

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

- Barrera Graf, J. (1991). *Derecho mercantil internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cadena Afanador, W. R. (2017). *Derecho mercantil internacional*. ECOE Ediciones; Universidad Militar Nueva Granada. <https://www.ecoediciones.com/wp-content/uploads/2017/09/Derecho-mercantil-internacional.pdf>
- Ortega Giménez, A. (2013). *Contratación internacional práctica. Cómo evitar los riesgos contractuales en el comercio internacional*. ICEX España Exportación e Inversiones. <https://www.icex.es/es/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/libreria-icex/2013/pub2019817541>

**ARTÍCULOS GANADORES DEL CONCURSO
UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
SOBRE BIOÉTICA Y DERECHO 2021**

EL DERECHO A LA VIDA EN TIEMPOS DEL COVID-19*

VALERIA LUZ PADILLA VERDE**
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 16 de octubre del 2021 / Aceptado: 4 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6400>

RESUMEN. Aunque se han establecido distintos instrumentos que sirven de soporte a la labor de los profesionales de la salud para enfrentar la crisis sanitaria del COVID-19, el Estado peruano aún no ha desarrollado un marco jurídico que regule el dilema ético al que se enfrentan los médicos al tener que elegir quién vive o quién muere. Esto último genera temor e incertidumbre en la sociedad y nos hace cuestionarnos si es que acaso esta decisión queda a la sola discreción del médico tratante, pues, como se verá en el desarrollo de este artículo, se dispone de códigos de ética y de una serie de recomendaciones éticas acompañadas de documentos técnicos con procedimientos que tienen como propósito guiar la acción profesional. Sin embargo, resultan ser insuficientes para garantizar el derecho fundamental a la vida de los pacientes, sobre todo cuando dichas decisiones no se sustentan en un criterio clínico, legal y ético-médico.

PALABRAS CLAVE: COVID-19 / coronavirus / ética / derecho a la vida / pandemia

THE RIGHT TO LIFE IN TIMES OF COVID-19

ABSTRACT. Although different instruments have been established to support the work of health professionals in the face of the COVID-19 health crisis, the Peruvian State still needs to develop a legal framework to regulate the ethical dilemma that doctors face when choosing who lives and who dies. This void generates fear and uncertainty in society and makes us question whether this decision should be left to the sole

* Primer puesto en el Concurso Universitario de Investigación sobre Bioética y Derecho organizado por la Federación Latinoamericana de Instituciones de Bioética y la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con el auspicio de la revista *Ius et Praxis*, convocado con motivo del XIII Congreso Latinoamericano de FELAIBE: "Bioética, vulnerabilidad y derechos fundamentales en tiempos de crisis", realizado en octubre del 2021.

** La autora es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (julio del 2021) y ha sido asistente de investigación del Instituto de Investigación Científica de la misma universidad.

discretion of the treating physicians. As this article elaborates, there are codes of ethics and a series of ethical recommendations accompanied by technical documents with procedures to guide professional action. However, they are insufficient to guarantee patients' fundamental right to life, especially when life or death decisions are not based on clinical, legal, and ethical-medical criteria.

KEYWORDS: COVID-19 / coronavirus / ethics / right to life / pandemic

1. INTRODUCCIÓN

La llegada del COVID-19 ha puesto de manifiesto la verdadera situación en la que se encuentra nuestro debilitado sistema de salud, colocando en una balanza la falta de recursos sanitarios frente a una alta demanda de atención hospitalaria. Esto último ha planteado un dilema ético a los profesionales de la salud, quienes, considerando las circunstancias anteriormente mencionadas, deben decidir quién vive o quién muere. Ante esto, nos preguntamos ¿cuáles son los criterios que han estado empleando los médicos tratantes para resolver dicho dilema, o es acaso que esto queda a su sola discreción?

En ese sentido, el presente artículo tiene como propósito determinar finalmente a quién le corresponde tomar dicha decisión, para luego identificar si existe o no un marco regulatorio con un contenido jurídico que fundamente su elección en el respeto de los derechos humanos y evitar el empleo de criterios que pongan en primer lugar factores como la edad, para que en su lugar prevalezca el criterio clínico, legal y ético-médico del personal de salud.

Para tales fines, hemos analizado la legislación comparada, tomando como referencia los países de España y Reino Unido, que son dos de los primeros países que han tenido que enfrentar el dilema ético que es objeto de estudio del presente artículo. De esta manera, podremos conocer los instrumentos mediante los cuales dichos países han logrado o no superar o reducir el impacto de esta crisis de salud pública.

Más adelante, estudiaremos los protocolos o códigos de ética médica implementados en nuestro país, los cuales han sido creados con el propósito de otorgar una línea de orientación a los servidores de salud frente a una emergencia sanitaria sin precedentes. Pues, si bien existe un Código de Ética que tiene el propósito de lograr que la actividad profesional se ejerza con respeto a la dignidad, autonomía e integridad del paciente, la familia y la sociedad en general, este se elaboró considerando un escenario bajo condiciones habituales. Esto no permite responder apropiadamente a la crisis sanitaria que enfrentamos.

Finalmente, presentaremos las conclusiones a las que hemos arribado producto de la investigación, análisis y estudio del actual dilema ético que nos plantea el COVID-19 y la respuesta que debemos dar como Estado.

2. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA DE ESPAÑA Y REINO UNIDO EN TORNO AL DILEMA ÉTICO DE DECIDIR QUIÉN VIVE O QUIÉN MUERE EN TIEMPOS DEL COVID-19

España y Reino Unido fueron dos de los primeros países del continente europeo en abordar el dilema ético de decidir quién vive o quién muere, a través de protocolos o guías médicas que pudieran orientar a los médicos y enfermeros en la ardua labor de atender

una progresiva demanda de atención por parte de pacientes contagiados por el COVID-19. Posteriormente, cada país elaboraría un marco normativo, que es precisamente lo que procederemos a analizar a continuación.

2.1 España

La Constitución española atribuye a la administración pública la obligación de atender los intereses generales, lo cual se hace extensivo a todos los poderes del Estado. Estos últimos, para poder cumplir con su deber ante el contexto de crisis sanitaria que hoy enfrentan, tienen una serie de herramientas, entre las que prepondera el derecho. Sin embargo, a pesar de la finalidad previsor de la norma, en ocasiones el derecho no puede anticiparse a ciertos escenarios, por lo que debe recurrir a cláusulas generales con el propósito de actuar de manera necesaria y proporcionada para poder superar situaciones de máxima emergencia (Álvarez, 2020, p. 7).

El 31 de enero del 2020, se registró en España el primer caso de un turista alemán que dio positivo al COVID-19; el hombre fue aislado y tras su recuperación retornó a Alemania. En las semanas siguientes, se reportaron más casos y el 4 de marzo se confirmaba a través de una necropsia la primera muerte de un hombre de 69 años a causa del coronavirus. Como era de esperarse, el 14 de marzo el Gobierno español mediante Real Decreto 463/2020 declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria; de esta manera se estableció el ejercicio de las facultades que el artículo 116.2 de la Constitución Española atribuye al Gobierno (Fernández, 2020, párr. 2).

En el caso español, el marco jurídico contempla la Ley General de Sanidad (1986), la Ley Orgánica de Medidas Especiales de Materia de Salud Pública (1986), la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (2003) y la Ley General de Salud Pública (2011); sin embargo, es necesario considerar que estas normas fueron desarrolladas para un contexto en el que la crisis sanitaria tuviera menor propagación, no para enfrentar la pandemia, que excede notoriamente los alcances que dichas normas contemplaban (Parera & Romero, 2020, párr. 3).

Respecto a las medidas establecidas por el Gobierno español, cabe decir que un gran porcentaje de dichas disposiciones hacen referencia al aspecto administrativo y están dirigidas a garantizar la prestación de todos los servicios. Sin embargo, con respecto al tratamiento, asistencia y priorización de recursos sanitarios para los pacientes contagiados por el COVID-19, materia del presente artículo, solo existen protocolos o recomendaciones, mas no un mayor desarrollo normativo.

Por esa razón, en el portal web del Ministerio de Sanidad, podemos observar una serie de documentos técnicos que abordan la preparación y respuesta al brote, manejo de pacientes, prevención y control de la infección como medidas para grupos vulnerables. Más allá del esfuerzo realizado por los expertos para la preparación de

dichos documentos, se debe analizar un elemento común y es la ausencia de criterios éticos que sirvan de guía para la ardua labor que desempeñan los profesionales de la salud, que no solo consistía en enfrentar la pandemia, sino también tomar decisiones con un alto contenido ético.

Debido a este escenario, en el que las autoridades gubernamentales no se pronunciaban respecto a lineamientos o criterios éticos aplicables a la pandemia, es que distintas instituciones tales como el Consejo de Enfermería de la Comunidad Valenciana y la Comisión de Ética y Deontología; y la Asociación Española de Bioética y Ética Médica, entre otras, desarrollaron diversos documentos con el propósito de brindar a los médicos y enfermeras recomendaciones o consideraciones éticas para la toma de decisiones o tratamiento de pacientes.

Por ejemplo, el Consejo de Enfermería de la Comunidad Valenciana y la Comisión de Ética y Deontología, en su informe *Aspectos éticos de la enfermería en la crisis de pandemia por el COVID-19*, abordó aquellos conceptos éticos o deontológicos que se presentan en la gestión sanitaria, y los criterios o consideraciones que deben orientar la actividad enfermera.

Dicho informe señala que el contexto actual demanda a las enfermeras una serie de decisiones como priorizar a quién asignar los recursos y cuidados, sobre todo cuando estos no son suficientes. De igual manera, afirma que lo ideal hubiera sido que existieran, con antelación, criterios de priorización que no resulten discriminatorios y tengan como propósito salvar el mayor número de vidas posible tomando en consideración la situación de la persona y sus circunstancias en concreto. Además, sostiene que, independientemente de que el sistema de salud pueda colapsar o desbordarse, debe garantizarse la atención al paciente y que este sea objeto de todos los cuidados (CECOVA & Comisión de Ética y Deontología, 2020, pp. 6-7).

Aun cuando el propósito de las distintas instituciones que colaboraron voluntariamente con sus protocolos o lineamientos era brindar un soporte a los profesionales de la salud, era evidente que, ante la multiplicidad de documentos con contenido ético, a futuro existiría una falta de uniformidad de criterios.

En ese sentido, es importante señalar que el órgano encargado de establecer criterios o lineamientos éticos que guíen la labor de los profesionales de la salud ante esta crisis sanitaria, según los artículos 77 y 78 de la Ley 14/2007, Ley de Investigación Biomédica, es el Comité de Bioética de España, el cual, como órgano colegiado, independiente y con carácter consultivo, cuenta con la atribución o la facultad de emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico con relación a temas bioéticos relevantes (Ley 14/2007, 2007).

Sin embargo, a pesar de contar con las facultades otorgadas por ley, el Comité de Bioética de España decidió remitir una carta a la Secretaría General del Ministerio de Sanidad, para ponerse a disposición y participar en la elaboración de criterios que sirvan de orientación respecto a la priorización de pacientes. Dicho ofrecimiento fue aceptado parcialmente y así fue elaborado el *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del Coronavirus* (Comité de Bioética de España, 2020).

De esta manera, se establecieron las siguientes recomendaciones. En primer lugar, deben adoptarse una serie de criterios que sean aplicables a todos los españoles por igual, para evitar la producción de inequidades asistenciales. Del mismo modo, se hace hincapié en que el fundamento de las disposiciones que se establezcan a futuro guarde un profundo respeto por la dignidad, la igualdad y la protección de las personas, sobre todo de los grupos más vulnerables. Asimismo, se pronuncia respecto de la distribución de recursos escasos y que esta no se realice de manera automática, sino observando una especial consideración por cada ser humano. De igual forma, señala que las decisiones que se tomen deben incluir al universo de pacientes, es decir, no solo considerar a los pacientes con COVID-19.

Finalmente, el Comité de Bioética de España (2020) sostiene que la situación actual debe preocuparnos, por lo que se hace necesaria la creación de un Comité de Bioética español integrado por expertos que contribuyan a la creación de criterios uniformes que eviten la producción de graves inequidades y se basen en el respeto de la dignidad de la persona, la equidad y la protección frente a la vulnerabilidad. Asimismo, concluyen señalando que el contexto actual no solo expone la situación de las propias capacidades o virtudes de su sistema de salud, sino que también demuestra los valores o la falta de estos en las personas, las deficiencias institucionales, pero, por sobre todas estas cosas, sirve como una oportunidad para reflexionar y avanzar.

El estado de alarma decretado en el mes de octubre del 2020 llegó a su fin en mayo del 2021; y a la fecha es cuestionable la ausencia de un marco jurídico que gestione adecuadamente la actual pandemia y garantice los derechos fundamentales de toda la población. La falta de previsión de una norma que hubiera podido ser propuesta y elaborada en los últimos meses haría la diferencia en la actualidad, ya que podría haber evitado la pérdida de muchas vidas.

El reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional de dicho país respecto al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020 sobre la gestión de la crisis sanitaria tampoco resultó esperanzador. Esto último porque el enfoque y análisis se circunscribió al derecho a la libertad de circulación; sin embargo, a pesar de que el derecho a la vida como a la salud son derechos fundamentales que prevalecen sobre el primero, no hubo mayor desarrollo de estos (López, 2021).

2.2. Reino Unido

Reino Unido ha sido uno de los países del continente europeo seriamente cuestionado por su tardía respuesta a la crisis sanitaria del COVID-19: mientras distintos países ya habían previsto medidas de contención para detener la expansión del virus, dicho país no tuvo una reacción oportuna que permitiera equipar a los centros hospitalarios con los recursos necesarios, ni con los instrumentos de protección personal para los profesionales de la salud, con el fin de resguardarlos durante la atención de los pacientes contagiados por el COVID-19 (Arce, 2020, párr. 1).

Ante este contexto, el 3 de marzo del 2020 se publica el documento *Coronavirus: Action Plan*, el cual contiene en su conjunto un plan para hacer frente al brote del coronavirus. El Gobierno de Reino Unido, las administraciones delegadas, y los sistemas de salud y asistencia social elaboraron este instrumento, gracias a la experiencia obtenida a lo largo de los años, enfrentando diferentes enfermedades infecciosas como la influenza. Por esa razón, procederemos a desarrollar a continuación los aspectos centrales de dicho documento.

En primer lugar, el documento señala que los planes de acción desarrollados han sido regularmente probados y actualizados con el fin de asegurar que sean idóneos para cumplir su propósito. Asimismo, afirma que el Reino Unido se encuentra equipado para dar una respuesta contundente como coordinada desde sus múltiples instancias, para así reducir el impacto social que tendrá, sobre todo si hablamos de una crisis de salud pública de grandes proporciones (United Kingdom Government's Department of Health & Social Care, 2020a, pp. 8-9)

Por otro lado, es necesario mencionar que los objetivos fundamentales de la planificación son implementar acciones por fases con el fin de contener, retrasar, investigar y mitigar cualquier brote por medio de la investigación para que esta sea la base del desarrollo de las políticas públicas. Cuando se refiere a *contener*, significa 'detectar casos tempranos y realizar el debido seguimiento de los contactos'; *retrasar* quiere decir 'procurar que la propagación se ralentice y disminuya el impacto'; investigar permitirá comprender mejor el virus y dar respuestas innovadoras que contengan diagnósticos, medicamentos, entre otros. Finalmente, *mitigar* trata acerca de proveer el mayor cuidado posible para los pacientes contagiados y darles el soporte necesario a los hospitales para que puedan mantener los servicios esenciales (United Kingdom Government's Department of Health & Social Care, 2020a, p. 10).

Sin embargo, a pesar de lo indicado en estos objetivos, resulta sorprendente observar el gran contraste que existía respecto al lugar que ocupaba el 5 de mayo del 2020, cuando Reino Unido se convertía en la segunda nación a nivel global con más decesos (BBC News Mundo, 2020). De esta manera, se concluye que tener un documento o plan de acción no garantiza el éxito del mismo, cuando en la práctica el impacto y la

consecuencia de una crisis sanitaria como el COVID-19 supera los datos y escenarios estimados.

Posteriormente, se dicta *The Coronavirus Act 2020*, que es la ley del Parlamento del Reino Unido mediante la cual se le otorga poderes de emergencia al Gobierno para el control del avance del coronavirus. Esta ley regula aspectos como el cierre temporal de las instituciones educativas, la suspensión de las operaciones de los puertos y aeropuertos, la restricción de reuniones públicas, la detención temporal de personas sospechosas de haber contraído el COVID-19, entre otros. Asimismo, busca aliviar la carga que existe en los servicios de salud como el manejo de las muertes en determinadas zonas (*Coronavirus Act 2020*, 2020).

Al realizar el análisis de esta ley, encontramos similitud con la norma articulada en España, pues contiene una serie de procedimientos técnicos respecto a las diversas áreas que componen este plan de contención de la pandemia. Sin embargo, no contempla un desarrollo legislativo que aborde el tratamiento de pacientes COVID-19, que priorice recursos sanitarios o que establezca determinados criterios que sirvan de apoyo al médico tratante cuando se trate de decidir entre la vida de dos pacientes. Por ello, una vez más, a falta de un marco jurídico que la regule, queda a discreción del médico tal elección.

Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido había desarrollado durante la pandemia del año 2009, un marco ético que fue revisado en el 2017, con el fin de que este sirviera de soporte al personal de salud y fuera una brújula ética que los orientara cuando tuvieran que tomar decisiones en el marco de una eventual pandemia. Es así como se establecieron los principios éticos, que hoy son retratados por el Departamento de Salud y Asistencia Social de Reino Unido (British Medical Association, 2020), y que a continuación mencionamos.

Encontramos principios éticos tales como el respeto, que implica que tanto la persona como sus derechos humanos, sus decisiones, su seguridad y dignidad importan. Es decir, mantenerlas informadas respecto a las implicancias presentes y futuras, así como asegurar un juicio justo respecto a las decisiones que se tomen. Por otra parte, tenemos el principio de razonabilidad, que trata acerca de procurar que las decisiones que se tomen sean claras y justas en el contexto en el que se encuentren y prime la igualdad (United Kingdom Government's Department of Health & Social Care, 2020b).

Por otro lado, se incluye el principio de minimizar el daño, a partir del cual se procura reunir todos los esfuerzos posibles para que el daño físico, psicológico, social y económico ocasionado por el brote o el virus sea el mínimo posible. Del mismo modo, se incorpora el principio de inclusividad, que demanda que todas las decisiones que se consideren reduzcan en su mínima expresión la desigualdad entre las personas. Además, se considera el principio de flexibilidad, como aquel que

demanda de las fuerzas laborales de la salud la capacidad de adaptarse a circunstancias en las que se incremente la demanda de atención, entre otros factores.

El COVID-19 plantea una serie de situaciones verdaderamente complejas a los médicos tratantes, por lo que se hace necesaria la implementación de protocolos creados por comisiones u organizaciones que faciliten la toma de decisiones y que esta resulte ser práctica como flexible, sobre todo en un entorno donde tanto lo nuevo como lo desconocido generan incertidumbre, de tal modo que toda decisión concerniente a la asignación de recursos deba ser tomada considerando los mejores datos clínicos disponibles y principios éticos coherentes (British Medical Association, 2020, pp. 3-4).

Otro aspecto que fue abordado en el marco ético anteriormente mencionado fue el impacto emocional que tuvo sobre los profesionales de la salud, la toma de decisiones que en la práctica fue moralmente desafiante. Además, señala que la labor del médico tratante es por sí misma aplastante como agotadora, y que esto en ocasiones incide en su desempeño, por lo que hace un llamado a los empleadores del personal de salud para que incluyan un comité de ética clínica y apoyo psicológico, y se priorice el bienestar de los médicos tratantes, ya que así, como consecuencia, se brindarán servicios clínicos efectivos.

Desafortunadamente, a pesar de los lineamientos técnicos plasmados en *The Coronavirus Act 2020*, a la actualidad el Reino Unido ocupa el cuarto lugar en la lista de países con mayor número de infectados por coronavirus (La Nación, 2021)

3. ESTUDIO DE LOS PROTOCOLOS DE INTERVENCIÓN O CÓDIGOS DE ÉTICA MÉDICA DE NUESTRO PAÍS APLICABLES AL DILEMA ÉTICO QUE ENFRENTAMOS

Debido a la pandemia del COVID-19, el Gobierno peruano ha establecido una serie de disposiciones con el propósito de detener el avance del coronavirus. Sin embargo, la curva de contagios ha ido creciendo substancialmente y aún no ha logrado estabilizarse, constituyendo un serio dilema ético tener que elegir ante la falta de recursos sanitarios, quién vive y quién muere.

El 6 de marzo del 2020, se registró en el Perú el primer caso confirmado de COVID-19. Durante las siguientes semanas, esta crisis sanitaria aún no mostraba su verdadera magnitud; sin embargo, debido al rápido incremento de casos, las primeras hospitalizaciones y el fallecimiento de las tres primeras víctimas a causa del coronavirus, se fueron reforzando las medidas para evitar la propagación de la enfermedad (Acosta et al., 2020, p. 254).

Dos meses después, el Gobierno peruano informaba acerca de la situación en que se encontraban las camas de la Unidad de Cuidados Intensivos con ventilador. El reporte fue el siguiente: de la existencia de 808 camas UCI con ventilador, el 81 % de

ellas se encontraba ocupada y las restantes se hallaban disponibles. Sin embargo, aproximadamente la mitad de las camas disponibles se encontraban en las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) las cuales eran gestionadas por las regiones. De esta forma, podemos observar que, a finales del mes de abril, el riesgo de enfrentar un desequilibrio entre los recursos sanitarios disponibles y las necesidades clínicas era inminente (Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, párr. 27).

En este punto, es necesario aclarar que el COVID-19 no es lo que provocó el colapso del sistema de salud. Por el contrario, puso de manifiesto el grave estado en el que se encontraba nuestro país desde hace años. Esto último, lo podemos ratificar en el Informe Anual de Autoevaluación del Reglamento Sanitario Internacional del 2018 y el Índice de Seguridad Global en Salud del 2019, según el cual, al evaluar las capacidades en seguridad sanitaria del Perú, se concluyó que, con respecto a las categorías de "Bioseguridad", "Investigación de uso dual y ciencia responsable", "Operaciones de respuesta a emergencias" y "Capacidad de salud en clínicas, hospitales y otros", presentamos un nivel poco o no preparado (Gozzer et al., 2020, p. 372).

3.1 Orientaciones éticas para la toma de decisiones en la pandemia del COVID-19, protocolo desarrollado por el Colegio Médico del Perú

La situación que enfrentamos nos propone una serie de problemas que involucran valores que entran en conflicto cuando se asumen conductas personales que precisan soluciones generales. En ese sentido, urge la intervención de la ética, sobre todo cuando entran en juego derechos individuales como la libertad, la salud y aun el derecho a la vida. Además, como sabemos, se genera incertidumbre respecto al tratamiento médico, pues en muchos casos, al no contar con un protocolo que reúna todos los requisitos necesarios desde una perspectiva ética, se podría estar incurriendo en serias afectaciones a los derechos de las personas (Esquivel-Guadarrama, 2020, p. 169).

De la misma forma, Martin-Fumadó et al. (2020, p. 120) sostienen que, al enfrentar una pandemia, necesariamente tendremos que resolver situaciones complejas como la asignación de recursos entre la multiplicidad de pacientes y la escasez de dichos recursos. Para ello, es importante contar con un marco ético multivalor que contenga valores éticos fundamentales como los siguientes: maximización de los beneficios producidos por los escasos recursos, trato igualitario a las personas, contribución en la creación de valor social y priorización de la situación más grave.

El Colegio Médico del Perú fue una de las primeras instituciones en manifestarse con respecto a la importancia de un protocolo o código de ética que sirva como línea de orientación para los profesionales de la salud que tengan que enfrentarse al dilema ético de elegir entre dos pacientes quién vive o muere ante la falta de recursos sanitarios disponibles.

En efecto, antes de la llegada del COVID-19, ya existía un Código de Ética y Deontología desarrollado en el año 2018 por el Colegio Médico del Perú. Sin embargo, de su lectura podemos concluir que, si bien comprende los mismos valores o principios éticos que aparecen en los distintos códigos de ética a nivel mundial, los procedimientos y las indicaciones no contemplan un estado de emergencia sanitaria. Esto último representa un verdadero inconveniente, pues genera una serie de dudas en cada médico o enfermero que debe tomar una decisión en un escenario de incertidumbre.

Como habíamos señalado en líneas anteriores, el Colegio Médico del Perú, por medio del Comité de Vigilancia, Ética y Deontología, redactó un documento denominado *Orientaciones éticas para la toma de decisiones en la pandemia COVID-19*. Este repasa en la importancia de la bioética, sobre todo en situaciones de crisis sanitaria, que demandan un enfoque distinto del que se suele establecer en situaciones habituales. Asimismo, señala que el propósito de dicho documento es guiar a los médicos en su actividad asistencial a pacientes COVID, en un contexto en el que los recursos tecnológicos no son suficientes (Colegio Médico del Perú, 2020, párr. 6).

En el contexto de la práctica médica, se suele enfrentar escenarios en los cuales deben tomarse decisiones respecto a asignar intervenciones y tratamientos médicos, más aun, cuando estos resultan escasos, lo cual plantea una seria discusión con respecto a los criterios a emplear que trascienden la mera relación médico-paciente, pues de las decisiones que se tomen habrá consecuencias públicas (Fajardo-Chica, 2020, p. 6).

En ese sentido, en el documento presentado por el Colegio Médico del Perú (2020) se sostiene que, ante una situación de crisis de salud pública que pueda devenir en catástrofe, no puede dejarse al criterio discrecional del médico los deberes éticos que debe cumplir. Por esa razón, establece tres deberes éticos: planificar empleando un criterio científico, ético y con respeto de los derechos humanos; proteger a los profesionales de la salud con los EPP necesarios para el ejercicio de sus labores y a los grupos vulnerables para que reciban la debida atención; y, por último, guiar, lo que implica diseñar procesos que permitan priorizar la atención de la manera más cuidadosa y ética posible.

Para finalizar, dicho documento presenta una serie de recomendaciones, de las cuales, tres en particular, se encuentran estrechamente vinculadas con la ética médica. La primera señala que no ingresarán pacientes que tendrán un beneficio mínimo, por no estar inestables o críticos; o que no tendrán beneficio alguno, pues se encuentran en una situación terminal, con una expectativa de vida corta o mala calidad de vida presente o futura. La siguiente recomendación establece que, ante dos pacientes que se encuentren en similar condición, debe priorizarse la atención de aquel que pueda tener mejor cantidad y calidad de vida. Finalmente, sugiere que aquellas personas con deterioro cognitivo severo, demencia o enfermedades degenerativas en fase avanzada no son subsidiarias de ingresar a UCI o recibir soporte ventilatorio (Colegio Médico del Perú, 2020).

Por consiguiente, deberíamos preguntarnos cuál es el criterio que está empleando el Colegio Médico del Perú para establecer que no deben recibir atención aquellos pacientes que tendrán un beneficio mínimo o nulo, o que cuentan con una expectativa de vida corta, para concluir señalando que tampoco deberían ser subsidiarias de atención aquellas personas que padecen alguna enfermedad degenerativa. Esto es éticamente reprochable, pues se está atentando contra el derecho a la vida de personas que merecen ser atendidas.

Sin embargo, como lo diría la Organización Mundial de la Salud en sus lineamientos éticos para el manejo de epidemias infecciosas, en determinadas ocasiones la distribución igualitaria de beneficios y pesos puede considerarse justa, pero, en otros escenarios, será justo dar prioridad a los grupos más vulnerables (como se citó en Fajardo-Chica, 2020).

Según Romero, tal vez a muchas personas les parezca horrible dejar sin respirador artificial a una persona solo por el hecho de tener una mejor situación económica que otra, lo que le ha permitido tener mejores servicios de salud. Pero, al mismo tiempo nos parecería terrible dejar sin respirador artificial a quien tiene más problemas de salud por haber tenido menos dinero. El enfrentar una situación de escasos recursos sanitarios es considerado en la ética como un dilema moral, frente al que tenemos dos acciones posibles, ambas éticamente correctas, pero ninguna completamente satisfactoria (como se citó en Fajardo-Chica, 2020, p. 8).

3.2 Documento técnico *Consideraciones éticas para la toma de decisiones en los servicios de salud durante la pandemia del COVID-19*, desarrollado por el Ministerio de Salud (Minsa)

El Minsa (2020), analizando el impacto de la llegada del COVID-19, creó, por medio de la Resolución Ministerial 212-2020-MINSA, un grupo de trabajo conformado por profesionales de distintas disciplinas, con el propósito de recibir asesoría en aspectos bioéticos. Producto de la labor de este equipo conformado por expertos multidisciplinarios, se presentó el documento técnico *Consideraciones éticas para la toma de decisiones en los servicios de salud durante la pandemia Covid-19*.

El documento presentado por el Minsa se rige por el respeto a los derechos fundamentales de la persona y la aplicación de principios éticos. Es importante mencionar que las recomendaciones dadas por la guía de acción profesional no constituyen un simple manual de criterios de aplicación mecánica, automática o despersonalizada. Por el contrario, la finalidad es brindar soporte a los profesionales de la salud frente a la toma de decisiones en medio de un contexto de crisis de salud pública.

Uno de los primeros desafíos que nos impuso el acelerado aumento de casos COVID-19 fue el problema del acceso a los servicios de salud. El documento técnico

presentado por el Minsa señala al respecto en su primera recomendación ética que todos los pacientes, hayan adquirido o no el COVID-19, tienen derecho a acceder al sistema de salud y recibir la atención por medio de sus distintas modalidades. Esta recomendación es sustancial en la medida que garantiza la debida atención y cuidados, no solo de pacientes contagiados por coronavirus, sino también de aquellos pacientes con preexistencias o patologías distintas que precisan una urgente atención hospitalaria.

La segunda recomendación ética se refiere a la responsabilidad de las autoridades sanitarias de velar por la distribución y acceso equitativo a las instalaciones, bienes y servicios de salud, sean públicos o privados, con el propósito de asegurar que los pacientes COVID-19 sean atendidos. El cumplimiento de esta recomendación encuentra serias dificultades por las debilidades que presenta el sistema de salud, pues no existe un conocimiento de lo que verdaderamente implica salud o políticas públicas y que haya podido contribuir en su momento al desarrollo de una respuesta de contención epidemiológica (Canseco et al., 2020, pp. 37-38).

Por otro lado, respecto de la asignación de recursos sanitarios en condiciones de escasez insubsanable, se menciona en su sexta recomendación que el objetivo será garantizar el tratamiento intensivo de aquellos pacientes con una mayor expectativa de recuperación. Sin embargo, descarta que factores como la edad o discapacidad constituyan factores que incidan en la toma de decisiones. Esta última afirmación es importante pues debemos comprender que el respeto por la vida de las personas requiere su defensa y promoción, sin tomar como criterios excluyentes la edad, pues ello implicaría valorar una vida por sobre otra (CEPAL, 2020, p. 12).

De la misma manera, Lacalle (2016) afirma que la vida humana debe ser entendida como aquel bien superior que, al ser un fin en sí mismo, merece un respeto absoluto. En ese sentido, es importante aclarar que la vida en sí misma no depende del vigor físico, la juventud o la salud, ya que es un bien supremo del hombre sin el cual no podrían existir el disfrute de los demás bienes. Esto quiere decir que la vida de un niño, joven o anciano tiene el mismo valor, independientemente de las condiciones físicas o de salud que esté presente.

Por lo que se refiere a la comunicación con los familiares de los pacientes ingresados a la UCI o a otras áreas críticas, la décimo quinta recomendación indica que, con el cuidado y la sensibilidad del caso, la información respecto a la evolución del paciente será transmitida vía telefónica. Además, se menciona que el equipo de salud será quien decida la forma más apropiada de hacerlo, procurando evitar la carga de labores del personal al interior de UCI. Esta recomendación resulta útil y beneficiosa para los profesionales de la salud: alivia la carga de trabajo, así como evita exponer a los familiares al contagio al tener contacto con los médicos tratantes. Sin embargo, al referirnos a los familiares resulta ser poco práctico, pues, a pesar de que se implemente

una central telefónica para otorgar información acerca de los pacientes, esto no será suficiente ni fiable para los familiares, sobre todo ante la serie de equivocaciones que se han suscitado durante la pandemia respecto a la información brindada.

Con respecto a la décimo sexta recomendación, que señala que el equipo médico responsable del paciente es el único calificado para decidir las implicancias de la decisión de su manejo clínico, es necesario determinar qué criterios fueron empleados para asignar semejante tarea. Deben considerarse factores tales como la seria afectación a la salud mental de los profesionales de la salud producto de la presión que sienten por el riesgo de ser infectados; la falta de protección adecuada; la elevada demanda de trabajo; frustración, cansancio y largas jornadas de trabajo, las cuales inciden en el juicio de los médicos tratantes. Por todo ello, sería recomendable que, para el buen desempeño de sus labores, se incluya la participación de psiquiatras, psicólogos y otros trabajadores de salud mental que permitan fomentar conductas mentalmente saludables (Huarcaya-Victoria, 2020, pp. 330 – 331).

La última recomendación trata acerca del derecho que tiene todo ser humano a morir en condiciones dignas. Es decir, el paciente que enfrente dicha situación debe recibir los cuidados paliativos de alivio clínico, psicológico y espiritual. Según Gómez-Batiste, no solo se deben concentrar esfuerzos en aumentar la probabilidad de curación, sino incluir la tarea de paliar el impacto que causa esta pandemia. De esta forma, podremos responder con la práctica de la compasión al esfuerzo que realizan los profesionales de la salud y la sociedad. Asimismo, concluye señalando que mirando a futuro deberán implementarse programas de apoyo a pacientes, familias y profesionales (como se cita en Ruiz, 2020).

Posterior a la publicación de estas consideraciones o recomendaciones éticas dadas por el grupo de trabajo a mediados del mes de mayo del 2020 no se ha publicado alguna norma o ley que aborde de forma directa la aplicación de dichos principios bioéticos que garanticen la protección del derecho a la vida.

Tal y como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es el Estado el encargado de guiar las medidas necesarias e inmediatas que garanticen el ejercicio de los derechos a la vida y a la salud, siempre velando por la accesibilidad y asequibilidad en condiciones igualitarias. Para poder lograrlo, es imprescindible que exista su reconocimiento en un marco normativo con parámetros claros, que puedan ser constantemente revisados y actualizados. Por último, se debe dedicar también un esfuerzo prioritario a la investigación científica y el flujo de información respecto de los estándares de la bioética (CIDH, 2020, pp. 5-8).

4. CONCLUSIONES

Ante un contexto de crisis sanitaria como la pandemia del COVID-19, es necesaria la revisión inmediata del marco jurídico vigente en materia de salud. Esto último nos permitirá identificar aquellos aspectos que nuestra normativa no contempla, y así poder fortalecer nuestros dispositivos legales con la finalidad de garantizar el profundo respeto y resguardo del derecho a la vida, y en consecuencia el derecho a la salud. De lo contrario, llegaremos a la misma conclusión del Estado español al confirmar que su regulación estaba diseñada para enfrentar una pandemia con una expansión y alcance de propagación mucho menor.

Asimismo, es preciso reflexionar sobre lo aprendido con la experiencia vivida en el Reino Unido, el cual a pesar de contar con el *Coronavirus: Action Plan*, un plan de acción que permitiría enfrentar el brote del coronavirus con una serie de objetivos interesantes, como la contención y detección de casos tempranos, la investigación, entre otros, no ha sido una garantía de éxito en sí mismo, ya que, al momento de escribir este artículo, se trata del cuarto país con más infectados a nivel mundial.

En ese sentido, podemos aseverar que, sin importar la cantidad de normas legislativas de las que disponga una nación, si no existe un enfoque ético-médico que priorice la vida del ser humano y procure la protección de los derechos fundamentales a la vida, dignidad y salud, siempre nos quedaremos un paso atrás frente a la enfermedad. Esto se debe a que todas las medidas que integren dichos planes de acción apuntarán hacia diferentes objetivos tanto sociales como políticos o económicos, que los desviarán de lo verdaderamente importante.

En nuestro país, ha existido un desarrollo legislativo que ha comprendido políticas preventivas en términos de seguridad, economía, trabajo, salud, entre otros. Sin embargo, esto ha resultado ser insuficiente, ya que los servidores de la salud, además de enfrentar un dilema ético tan complejo como el de decidir quién vive o muere, también deben manejar otras situaciones como la demanda de atención por parte de pacientes COVID-19 y no COVID-19, la escasez de recursos y el impacto en su salud física como mental.

Actualmente, contamos con una serie de protocolos o códigos de ética que han procurado menguar el impacto de la pandemia, tanto para médicos como para enfermeras. Pero, en esencia, dichos documentos, a pesar de su contenido y análisis ético para la orientación y capacitación a los profesionales de la salud, todavía deben unificar criterios y así evitar contradicciones o afirmaciones cuestionables, desde un punto de vista ético.

Finalmente, después de revisar la normativa implementada en nuestro país respecto al COVID-19, consideramos que es necesario priorizar el desarrollo de un

marco jurídico que tenga como sustento los valores y principios ético-médicos. También, abordar con claridad aquellos escenarios en los que los médicos tratantes reconozcan la importancia de proceder respetando el derecho a la vida del paciente. Si no logramos este cometido, el personal de la salud solo tendrá una posibilidad, y es el tener que elegir a su sola discreción. Por el contrario, la incorporación de estas necesidades contribuirá a la existencia de un mayor grado de diligencia, humanidad y ética en la atención de personas, independientemente de su edad, preexistencias, entre otros.

REFERENCIAS

- Acosta, G., Escobar, G., Bernaola, G., Alfaro, J., Taype, W., Marcos, C., & Amado, J. (2020). Caracterización de pacientes con COVID-19 grave atendidos en un hospital de referencia nacional del Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 37(2), 253-258. <https://doi.org/10.17843/rpmpesp.2020.372.5437>
- Álvarez, V. (2020). El Coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (86-87), 6-21. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/540889>
- Arce, B. (2020, 19 de abril). Johnson se ausentó de 5 reuniones de emergencia sobre el coronavirus. *El Periódico Extremadura*. https://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/internacional/johnson-ausento-5-reuniones-emergencia-coronavirus_1229521.html
- BBC News Mundo. (2020, 6 de mayo). *Coronavirus: 3 claves para entender cómo Reino Unido se convirtió en el país de Europa con más muertos por COVID-19 (y el segundo en el mundo)*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52496950>
- British Medical Association. (2020, 9 de abril). *COVID-19 - ethical issues. A guidance note*. <https://www.bma.org.uk/media/2226/bma-covid-19-ethics-guidance.pdf>
- Canseco, R., Losno, R., Vallejos, C., Thorne, A., García, P., & Solari, L. (2020). *Un nuevo enfoque del sistema de salud en la era post COVID-19*. <https://fondoeditorial.usil.edu.pe/publicacion/un-nuevo-enfoque-del-sistema-de-salud-en-la-era-post-covid-19/>
- Colegio Médico del Perú. (2020). *Orientaciones éticas para la toma de decisiones en la pandemia COVID-19*. <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/04/Orientaciones-ei%CC%80ticas-en-la-Toma-de-Decisiones-en-el-entorno-de-la-Pandemia-Covid-19.-V.-04.pdf>
- Colegio Médico del Perú. (2020). *Código de Ética 2018*. <https://www.cmp.org.pe/documentos-normativos/>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2020). *El derecho a la vida y la salud de las personas mayores en el marco de la pandemia por COVID-19*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45493-derecho-la-vida-la-salud-personas-mayores-marco-la-pandemia-covid-19>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Derechos humanos de las personas con COVID-19*. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>
- Comité de Bioética de España. (2020). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*. <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>
- Consejo de Enfermería de la Comunidad Valenciana y la Comisión de Ética y Deontología. (2020). *Aspectos éticos de la enfermería en la crisis de pandemia por COVID-19*. <https://www.enfermeriacomunitaria.org/web/attachments/category/287/Aspectos%20e%CC%81ticos%20de%20la%20Enfermeria%CC%81a%20en%20la%20crisis%20de%20pandemia%20por%20COVID-19.%20CECOVA.pdf>
- Coronavirus Act 2020. (2020, 25 de marzo). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/71/contents>
- Department of Health & Social Care. (2020, 19 de marzo). *Responding to COVID-19: the ethical framework for adult social care*. <https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-ethical-framework-for-adult-social-care/responding-to-covid-19-the-ethical-framework-for-adult-social-care>
- Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2020). *Datos y tendencias del avance del COVID-19 en Perú después de 50 días del primer caso reportado y de 40 días de cuarentena*. <http://escuela.pucp.edu.pe/gobierno/investigacion/reportes-tematicos-2/datos-y-tendencias-del-avance-del-covid-19-en-peru/>
- Esquivel-Guadarrama, J. (2020). Pandemia 2020. Algunas consideraciones éticas. *Revista Mexicana de Anestesiología*, 43(2), 168-172. <https://dx.doi.org/10.35366/92878>
- Fajardo-Chica, D. (2020). ¿A quién asignar una intervención médica escasa? *Boletín sobre COVID-19*, 1(5), 6-8. <https://dsp.facmed.unam.mx/wp-content/uploads/2022/03/COVID-19-No.5-04-Intervencion-medica-escasa.pdf>
- Fernández Sánchez, P. (2020, 17 de marzo). Estado de alarma y suspensión de derechos. *Diario de Sevilla*. https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/alarma-suspension-derechos_0_1447055374.html
- Gozzer, E., Canchihuamán, F., & Espinoza, R. (2020). COVID-19 y la necesidad de actuar para mejorar las capacidades del Perú frente a las pandemias. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 37(2), 371-373. <https://rpmesp.ins.gob.pe/index.php/rpmesp/article/view/5410>
- Huarcaya-Victoria, J. (2020). Consideraciones sobre la salud mental en la pandemia de COVID-19. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 37(2), 327-334. <https://rpmesp.ins.gob.pe/index.php/rpmesp/article/view/5419>

- Lacalle Noriega, M. (2016). *La persona como sujeto de derecho* (2.ª ed.). Dykinson.
- La Nación. (2021, 29 de septiembre). *Coronavirus en Reino Unido hoy: cuántos casos se registran al 29 de septiembre*. <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/coronavirus-en-reino-unido-hoy-cuantos-casos-se-registran-al-29-de-septiembre-nid29092021/>
- La República. (2020, 28 de junio). *Reino Unido es el tercer país con más casos de COVID-19*. <https://www.larepublica.ec/blog/internacional/2020/06/28/reino-unido-tercer-pais-casos-covid-19/>
- Ley 14/2007, Ley de Investigación Biomédica. (2007, 3 de julio). <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/14/con> [España]
- López Garrido, D. (2021, 29 de agosto). El Tribunal Constitucional se olvidó del derecho a la vida. *El País*. <https://elpais.com/opinion/2021-08-30/el-tribunal-constitucional-se-olvido-del-derecho-a-la-vida.html>
- Martin-Fumadó, C., Gómez-Durán E., & Morlans-Molina M. (2020). Consideraciones éticas y médico-legales sobre la limitación de recursos y decisiones clínicas en la pandemia del COVID-19. *Revista Española de Medicina Legal*, 119-126. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.05.004>
- Ministerio de Salud. (2020). *Consideraciones éticas para la toma de decisiones en los servicios de salud durante la pandemia COVID-19*. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/informes-publicaciones/711174-consideraciones-eticas-para-la-toma-de-decisiones-en-los-servicios-de-salud-durante-la-pandemia-covid-19>
- Parera, B., & Romero, J. (2020, 24 de mayo). El retraso de las leyes sanitarias deja un vacío legal contra el COVID sin nueva alarma. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/espana/2020-05-24/leyes-sanitarias-vacio-legal-sin-estado-alarma-covid_2606964/
- Radio y Televisión Española. (2020, 15 de marzo). *La cronología de la pandemia de coronavirus en España*. <https://www.rtve.es/noticias/20200315/cronologia-pandemia-coronavirus-espana/2009925.shtml>
- Rojas, D. (2020, 17 de marzo). Coronavirus: ¿El retorno del dilema de “de quién vive y quién muere”? *La Tercera*. <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/coronavirus-el-retorno-del-dilema-de-de-quien-vive-y-quien-muere/C6QIKP5MWND33MRJFNVTYCRXDE/>
- Ruiz, M. (2020, 4 de junio). Los cuidados paliativos en tiempos del COVID-19: la necesidad de cuidar, más allá del curar. *Gaceta Médica*. <https://gacetamedica.com/profesion/los-cuidados-paliativos-en-tiempos-del-covid-19-la-necesidad-de-cuidar-mas-alla-del-curar/>
- United Kingdom Government's Department of Health & Social Care. (2020a). *Coronavirus action plan: a guide to what you can expect across the UK*.

<https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-action-plan/coronavirus-action-plan-a-guide-to-what-you-can-expect-across-the-uk>

United Kingdom Government's Department of Health & Social Care. (2020b). *Responding to COVID-19: the ethical framework for adult social care*. <https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-ethical-framework-for-adult-social-care/responding-to-covid-19-the-ethical-framework-for-adult-social-care>

INTELIGENCIA ESPIRITUAL FRENTE A LA EUTANASIA Y SU ATENTADO CONTRA LA SACRALIDAD DE LA VIDA*

LUCERO CHINCHIHUALPA CARLOS**
Universidad Femenina del Sagrado Corazón

Recibido: 16 de octubre del 2021 / Aceptado: 4 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6401>

RESUMEN. El presente artículo realiza un breve análisis histórico sobre la eutanasia y cómo su aplicación ha dejado de ser exclusivamente a pacientes terminales. Asimismo, se hace una exhaustiva reflexión sobre el desarrollo, principios e imperfecciones que los Cuidados Paliativos (CP) pueden presentar, puesto que el avance y la práctica de los CP refuerzan la idea de que no es suficiente sanar solo el dolor físico del hombre, sino que este amerita ser curado tanto a nivel físico como espiritual; en ese sentido, se propone la inteligencia espiritual (IES) como medio de conexión con el ser elevado y de respeto a la sacralidad de la vida, la cual es considerada por la bioética como la ética de la vida. Para tal efecto, se buscará demostrar que la IES es el método más importante y es respuesta a problemáticas como la eutanasia.

PALABRAS CLAVE: inteligencia espiritual / eutanasia / sacralidad de la vida

SPIRITUAL INTELLIGENCE IN THE FACE OF EUTHANASIA AND ITS ATTACK ON THE SACREDNESS OF LIFE

ABSTRACT. This article briefly analyzes euthanasia and how its application has ceased to be exclusively for terminally ill patients. Likewise, it profoundly reflects on the development, principles, and imperfections that palliative care (PC) can present. Since the advance and practice of CP reinforce the idea that it is not enough to heal only the subjects' physical pain but that they deserve to be healed both physically and

* Segundo puesto en el Concurso Universitario de Investigación sobre Bioética y Derecho organizado por la Federación Latinoamericana de Instituciones de Bioética y la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con el auspicio de la revista *Ius et Praxis*, convocado con motivo del XIII Congreso Latinoamericano de FELAIBE: "Bioética, vulnerabilidad y derechos fundamentales en tiempos de crisis".

** La autora es estudiante de la Facultad de Derecho en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé). Fundadora y miembro del Círculo de Estudio e Investigación en Bioética y Biojurídica (CEIBIO) de dicha Facultad. <https://orcid.org/0000-0002-4654-2361>

spiritually, the article proposes spiritual intelligence (SI) as a means of connection with the higher being and respect for the sacredness of life, which is considered by bioethics as the ethics of life. To this end, the article will seek to demonstrate that SI is the most important method and is a response to issues such as euthanasia.

KEYWORDS: spiritual intelligence / euthanasia / sacredness of life

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué es la muerte sin la vida? y ¿qué es la vida sin la muerte?, ¿cuándo podemos estar seguros de que una persona realmente sigue viva?, ¿es, acaso, el latir del corazón suficiente para comprobar que una persona ha fallecido ya? Estas son algunas de las preguntas que el hombre ha intentado resolver a lo largo del tiempo y sobre ellas se han manifestado distintas posturas para darle un significado a lo que es vida y muerte. En nuestra opinión, la muerte es lo que le da sentido a la vida, porque se encuentra fuertemente vinculada a la sacralidad de la vida misma, que es considerada como la ética de la vida, según la bioética.

Sin embargo, hoy en día hemos sido testigos de cómo los tiempos y las opiniones han tomado rumbo distinto, hasta el punto de cuestionarse la existencia misma del derecho a la vida. Este es el caso de Ana Estrada, quien desde los doce sufre de polimiositis, enfermedad incurable que la ha llevado a afirmar la existencia del derecho a una muerte digna, pues su enfermedad le impide tener control sobre ella misma, por lo que ella solicita le permitan tener control —al menos— en su muerte. De esta forma, es que el caso nos invita a reflexionar sobre el concepto de muerte y de cómo este —en la actualidad— ha sido equiparado con el derecho a la libertad para ser justificado y admitido por nuestros tribunales.

En ese sentido, el propósito del presente artículo es realizar un breve análisis histórico sobre la eutanasia, sus diferencias y coincidencias con el suicidio asistido, y cómo su aplicación ha dejado de ser exclusivamente dirigida a pacientes terminales para ser aplicada en pacientes con enfermedades mentales e incluso en menores de edad.

También, por su relación directa con la eutanasia, se hace una exhaustiva reflexión sobre el desarrollo, principios e imperfecciones que los cuidados paliativos (CP) pueden presentar en el reclutamiento de los pacientes como en el tiempo de estudio que estos cuidados requieren. Por otro lado, el avance y la práctica de los CP refuerzan la idea de que no es suficiente sanar el dolor físico del hombre, sino que este amerita ser curado tanto a nivel físico como espiritual; en ese sentido, se propone la inteligencia espiritual como solución y alternativa al conflicto que la eutanasia representa, respecto de su admisión y aprobación dentro del ordenamiento jurídico.

En ese contexto, Fishman (2017), citando a Cabajar, señala que “la inteligencia racional es buena, la inteligencia emocional es mejor, pero la inteligencia espiritual es lo mejor que un ser humano puede tener”, frase que comparto, pues, entre las distintas formas de inteligencia que existen en la actualidad, es la inteligencia espiritual la inteligencia más importante y esencial para nuestro desarrollo en cualquier ámbito de nuestra vida personal y social; lastimosamente, esta también ha sido una de las más olvidadas y subestimadas. En virtud de todo lo expuesto, el presente artículo desarrollará la inteligencia espiritual como medio de conexión con el ser elevado y de respeto a la

sacralidad de la vida frente a la eutanasia, ya que, si aumentamos esta inteligencia espiritual, podremos conectar con esa chispa que nos llena de vitalidad, fuerza para afrontar cualquier reto que se nos enfrente, incluso ante la muerte.

2.

2.1 Sacralidad de la vida

La muerte da sentido a la vida. Vivimos porque sabemos que algún día llegará la hora cero, momento en el que partiremos de este mundo para pasar al siguiente, es un fin inevitable. Antes de desarrollar lo que significa y conlleva la eutanasia, es necesario abordar dos conceptos fundamentales: vida y muerte.

Según la RAE (2021), el concepto de vida puede ser entendido como la “fuerza o actividad esencial mediante la que obra el ser que la posee”, a diferencia de la muerte, que es definida como “la cesación de la misma”. En esta misma línea de pensamiento, Marcos del Cano (s. f.) cita a Ortega al conceptualizar a la vida:

La vida humana es un prius lógico, sustento y presupuesto de cualquier valor ulterior, pues sin vida no existiría nada más. Esto hace de ella un lugar previo, un lugar que nos es dado, pues la vida no nos la damos nosotros a nosotros mismos, sino que, como decía Ortega, “nos encontramos en ella de pronto y sin saber cómo, somos arrojados, nos es disparada a quemarropa”. Es una realidad a la que tenemos que referir todas las demás realidades, ya que todas de un modo o de otro tienen que aparecer en ella. (Marcos del Cano, s. f, p. 1)

Si bien existe una gran variedad de concepciones acerca de lo que es vida y muerte, se trabajará con estas definiciones porque se vinculan en nuestra opinión con el principio de la sacralidad de la vida, la cual —gracias a la contribución de la bioética— es concebida como la ética de la vida.

La sacralidad —también entendida como la inviolabilidad de la vida— se sostiene a partir de la concepción de que “la vida humana tiene un valor fundamental y en principio es inviolable aun en situaciones de sufrimiento extremo”. Se denota que la sacralidad no está referida al ámbito religioso sino al valor fundamental de la vida misma. La carta magna del Perú lo reconoce así en el artículo 2, inciso 1; así mismo, el Código Penal peruano sanciona hasta con tres años de cárcel al homicidio piadoso de un paciente terminal. Empero, a raíz del caso Ana Estrada, la mención y exigencia popular acerca del reconocimiento del “derecho a morir” ha impactado no solo a nivel sociocultural sino jurídico, puesto que esta mención significa no solo una contraposición al derecho ya existente, sino que evidencia una supresión y olvido de la sacralidad de la vida. Empero, existen ciertos Estados que han aceptado a la eutanasia dentro de sus legislaciones.

El debate controversial que representa la admisión o no de la eutanasia amerita total concentración, en especial porque detrás de ella se estará condenando a muerte a personas vulnerables, tanto física como espiritualmente. Resulta interesante que Pérez Varela, quien cita a Haring, sea a su vez nombrado por Comonfort (2020) para afirmar que la eutanasia es “la muerte sin sufrimiento que se practica en los pacientes incurables y quienes usualmente padecen dolores físicos intolerables y persistentes como causa de enfermedades fatales” (p. 2). La RAE (2021) la define como “la muerte dulce” o “intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura”. La eutanasia puede dividirse en voluntaria, involuntaria (o coactiva), directa e indirecta.

Esta conceptualización de aquello que llamamos *eutanasia* nos lleva a un punto en común que es la libre elección, la decisión de ponerle fin a la vida e ir contra el destino que fijó nuestra fecha de caducidad. Esta decisión, en psiquiatría, se describe como uno de los componentes del suicidio. En consecuencia, a pesar de que *eutanasia* no sea igual a *suicidio asistido*, de ambas acciones se deduce el mismo valor positivo: la posibilidad de ser libres, y esta libertad, que es considerada como sinónimo de bien, es aceptada en vez del dolor, el cual es considerado como el mal. Tal es el caso de la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima a favor de Ana Estrada. En la entrevista que dio el 2 de marzo del 2021 a la BBC News Mundo, ella declararía:

Me están diciendo “usted, Ana Estrada, tiene la libertad ahora en sus manos, las herramientas, para cuando usted decida que ya no puede seguir más, usted decida cuándo, dónde y cómo”. El solo hecho de saberlo, para mí es una libertad total. He reconquistado algo que había perdido, que era mi voluntad de decidir. A pesar de estar en silla de ruedas tantos años, yo siempre había sido autónoma. Decidía sobre mi vida. Sentí que eso lo perdí cuando entré a cuidados intensivos en 2015. Yo sé que es difícil, que hay gente que no lo comprende. No pretendo convencer a nadie. Pero hay gente que sí lo comprende perfectamente. Esta siempre ha sido una campaña por la libertad de elegir. No ha sido una campaña por la muerte. (BBC News Mundo, 2021)

Tras analizar el fondo de estas declaraciones, la idea de querer erradicar el mal con libertad resulta no ser tan descabellada, debido a que esta (libertad) es el acto más característico de nuestro ser, y, como diría Sartre, “el hombre está condenado a ser libre”. No obstante, esto no sería justificable ya que no es más que una excusa para esconder o no afrontar el temor por atravesar el proceso natural de la muerte, que en la actualidad se disfraza bajo el argumento de la autonomía de la voluntad, para poner fin a la vida y se apoya en el entorno social y colectivo.

2.2 Breve análisis histórico sobre la eutanasia

Autores como Díaz y Briones (2019), quienes citan a Philippe, resaltan la imperiosa necesidad de realizar un recorrido periódico sobre la muerte, tal es así que, desde los

tiempos de Séneca, Cicerón y Platón, la muerte es predicada como un acto de honor, paz paulatina y de voluntad. En Grecia, con Hipócrates se realiza el juramento que protege al paciente por medio de la medicina, puesto que la santidad y el bienestar del paciente tienen un valor inherente. De aquí que la postura que mantienen médicos y personal de salud frente a este tema controversial posee matices de los principios hipocráticos que definieron a la práctica médica.

A partir de los siglos XII al XVII, se clericaliza a la muerte, y es en los siglos XVIII al XIX que esta se mercantiliza; la muerte ya no es considerada inevitable debido a la presencia de la actividad médica. Durante la segunda mitad del siglo XIX, con el darwinismo social, el fundamento del perfeccionismo humano y la confianza en la ciencia, toman fuerza lemas como la "ley del más fuerte", que dan vida a la eugenesia moderna.

En 1900, los eugenésicos, interesados en mejorar la raza, dividen su posición en aumentar el potencial del individuo, los adaptados, y la necesidad de separar a los inadaptados. Son Binding y Hoche, en 1929, quienes utilizan el término *eutanasia* para referirse a la acción de dar muerte a enfermos mentales o minusválidos, los inadaptados.

Es en 1939, que la Alemania nazi aprueba y da legitimidad a la eutanasia en dicho país. Como refieren Díaz y Briones, (2019), quienes citan a Gómez y Fardales,

Por primera vez en la historia, una autoridad política, emanada de unas elecciones de las referencias en la literatura médica y paramédica acerca del suicidio se remonta a Hipócrates (siglo IV a. C.), que lo define como síntoma autodestructivo, pero no es hasta el siglo XX que los médicos pasan de la descripción fenomenológica del acto o conducta suicida a la investigación de su esencia y causas.

De ahí que diversos sociólogos, en investigaciones posteriores, responderían a este acontecimiento como la transformación del pecado del hombre en el pecado de la sociedad.

Algo que queda claro a partir de los enunciados líneas arriba es que la idea de que la eutanasia es una elección libre no es cierta. Ello sin entrar en el tema de la autonomía de la voluntad ni de la regularidad. La vida es sacralidad, lo es y lo será siempre. Esto es sabido desde la antigua Grecia, con Hipócrates, que ya la había reconocido como tal, hasta la actualidad, en la que el hombre ha perdido el objetivo que le daba sentido a la vida. Por ello mismo, se dice que su elección "voluntaria" depende de las causas externas y no internas que ejercen sobre el individuo. Es así como la carencia de relaciones afectivas, motivacionales, bienes económicos, una casa, etcétera, hacen que la muerte social preceda a la muerte biológica.

2.3 Evolución

Como se ha podido comprobar en el breve análisis del origen de la eutanasia en nuestra historia, este no ha sido estático. La eutanasia ha variado en cuanto a propósito y circunstancias en las que ha sido aplicada; ha dejado de ser suministrada solamente en pacientes terminales, en su mayoría adultos, para serlo también en pacientes mentales y en niños. Nótese que esta diferencia es abismal, no solo por la edad sino también en lo circunstancial, puesto que ha dejado de ser remedio para el dolor físico a serlo también de lo mental y espiritual. Casos como el aludido están presentes a nuestro alrededor, diversos medios han anunciado estos gritos de dolor espiritual, como lo es el caso de la holandesa de 29 años, Aurelia Brouwers, a quien se le aprobó su solicitud de suicidio asistido debido a que sufría de múltiples trastornos psiquiátricos (Pressly para la BBC News Mundo, 2018); o el caso de la niña de 14 años, Valentina Maureira, quien pidió a la expresidenta de Chile, Michelle Bachelet, la dejase morir, pues ya no quería vivir con la enfermedad (insuficiencia respiratoria) que padecía (Velásquez para la CNN Latinoamérica, 2015).

En los casos mencionados, se aclara como primer punto que la diferencia entre eutanasia y suicidio asistido es significativa, al ser la primera aplicada por personal de la salud al cual la persona ha pedido ayuda para morir, mientras que en el segundo es la propia persona que desea morir quien ingiere, aplica o se suministra el fármaco letal y el médico desempeña el papel de dar o emitir la orden para obtenerlo. Como segundo punto, se resalta que, si bien la importancia de la diferenciación entre una y otro es necesaria, ambos casos nos remiten a un punto álgido: terminar con el sufrimiento, corpóreo o mental. La eutanasia, al igual que el suicidio asistido, busca el cesamiento de estos dolores que imposibilitan al individuo seguir y luchar por la vida; se presentan como única solución a sus males (dolor) cuando este se encuentra en un estado de vulnerabilidad y aislamiento.

En los casos presentados, se muestra que, durante todo el tiempo que lucharon por la aprobación o interés en ellas, la sociedad les ofreció un valor que creían perdido: en el caso de Brouwers, el proceso por el que pasó para obtener el permiso le dio un sentido y propósito al cual dedicarse, mientras que el caso de Maureira obtuvo atención y ayuda de diversos medios, pero este apoyo cesó una vez que ella decidió vivir. Este último caso resulta alarmante porque la sociedad se muestra más interesada en temas relacionados a la muerte que a celebrar la vida. Ello, debido a que desde pequeños nuestra educación ha centralizado sus pilares en el mundo de las ciencias, la matemática, letras, etcétera. dejando de lado a las distintas inteligencias múltiples y, en especial, a la inteligencia espiritual, la que desde mi punto de vista es más importante y es la respuesta al problema sobre la eutanasia.

3.

3.1 Cuidados paliativos: origen

En la Edad Media, los hospicios eran centros de refugio y prohijamiento para peregrinos y extranjeros, quienes acudían a ellos gravemente heridos o moribundos, no solamente por alimentos o refugio sino también para ser cuidados. Una investigación del Movimiento de Hospicios Modernos atribuye a la fundación del St Christopher's Hospice el inicio oficial del movimiento de hospicios, que logró demostrar que un buen control de síntomas, comunicación y acompañamiento—emocional y social—logran mejorar significativamente la calidad de vida de los enfermos terminales. Según Del Río y Palma (2007), “[e]ste fue el primer Hospicio en el que, además de dar atención a pacientes terminales, se realizó investigación, docencia y apoyo dirigido a las familias, tanto durante la enfermedad como en el proceso de duelo”.

Etimológicamente, la palabra *paliativo* proviene del latín *pallium*, que significa ‘manto o cubierta, en alusión del acto de aliviar los síntomas o el sufrimiento’ (Mount citado por Del Río y Palma, 2007). Dado que la palabra *hospicio* (*hospice*) podía ser entendida como sinónimo de *hospital*, Balfour Mount acuñó el término *cuidados paliativos* a fin de evitar posibles confusiones. Según la investigación de Pessini y Betachini (2006), el término significa:

Proporcionar una capa para calentar a “los que pasan frío”, toda vez que no pueden más ser ayudados por la medicina curativa. Respecto de la esencia de su concepto, se destaca el alivio de los síntomas, del dolor y del sufrimiento en los pacientes que sufren de enfermedades crónico-degenerativas o están en la fase final, y se trata al paciente en su globalidad de ser y buscando mejorar su calidad de vida. (Pessini & Betachini, 2006, p. 3)

En el año 1980, es incorporado el concepto de cuidados paliativos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual a su vez promueve el programa Cuidados Paliativos; doce años más tarde, la PAHO lo haría también. En 1987, la medicina paliativa es aceptada como subespecialidad de la medicina en Inglaterra. Esta subespecialidad refiere fundamentalmente a la ocupación de los médicos especializados. Por otro lado, el concepto de cuidados paliativos es amplio e interdisciplinario. La OMS (2020) define a los cuidados paliativos como:

El cuidado activo total de los pacientes cuya enfermedad no responde ya al tratamiento. Tiene prioridad el control del dolor y de otros síntomas y problemas de orden psicológico, social y espiritual. El objetivo de los cuidados paliativos es proporcionar la mejor calidad de la vida para los pacientes y sus familiares.

De ello resulta necesario resaltar que la definición ofrecida por la OMS sobre el concepto de cuidados paliativos se centraliza en el paciente y posiciona a la calidad de vida como su objetivo principal.

Estos cuidados paliativos (en adelante, CP) en esencia no resultan ser diferentes a cualquiera de los otros cuidados a la salud, tanto en su desarrollo como composición, pues en ambos pueden verse aspectos e influencias de la medicina curativa y el desarrollo de la dimensión ético-espiritual de las personas.

3.2 Principios

Los CP poseen ciertos principios que se posicionan como base esencial en la búsqueda de cumplir su objetivo principal, que es el ofrecer al paciente terminal calidad de vida. Estos principios son:

- Valorizar y controlar el dolor del paciente. Todo ello se hace por medio de una evaluación cuidadosa y total del enfermo, así como también con el acceso inmediato a la medicación necesaria para su administración.
- Asumir como proceso normal a la muerte. Para este reto, es importante tratar al paciente como a cualquier otro ser humano, consciente del final inevitable. Así mismo, se evita hacer sentir su presencia como resultado de los defectos e imperfecciones de la medicina.
- No prolongar ni acortar la vida. A razón de esto, la eutanasia y el suicidio asistido no forman parte de la definición de los CP. Por otro lado, los médicos no están obligados a aplicar tratamientos en vano o en exceso, dado que ello puede resultar en el rechazo de los cuidados por parte del paciente.
- Los cuidados al paciente integran aspectos espirituales y psicológicos, puesto que el cuidado físico resulta no ser suficiente toda vez que la persona no puede ser reducida a solo una entidad biológica.
- Quien brinda estos cuidados incentiva y capacita al paciente a fijar objetivos y prioridades que alcanzar hasta el momento final. Este es un aspecto fundamental que amerita ser desarrollado con cuidado, puesto que las metas y objetivos que el paciente llegue a establecer variarán conforme el tiempo avance.
- El duelo inicia antes de la muerte. La espera suele ser más dolorosa para la familia que para el paciente, es por eso que todas las dudas e inconvenientes deben de ser resueltas lo más antes posible.
- Este proceso exige unión de fuerzas. La primera está conformada por los profesionales y especialistas del área médica. La segunda, por los familiares y allegados del paciente, quienes deben prestar su apoyo incondicional hacia el enfermo terminal.

- El periodo inicial de la enfermedad resulta ser el más óptimo en el que aplicar las terapias que aporten a la vida del paciente. Siendo así, es necesario vincularse paulatinamente al entorno de los servicios de salud, como el hospital, instituciones comunitarias, etcétera.

Basándonos en los principios descritos, se infiere que los CP no están enfocados a un determinado tipo de paciente, enfermedad ni edad. El proceso y aplicación de los CP parten desde el diagnóstico hasta el apoyo e integración de la familia en el tratamiento: “estos cuidados tienen como objetivo asegurar a las personas enfermas condiciones que las capaciten y las animen para vivir su vida de una forma útil, productiva y plena hasta el momento de su muerte” (Pessini & Bertachini, 2006). Así mismo, se identifica el reconocimiento de la importancia del apoyo espiritual durante el proceso, dado que el cuidado físico resulta ser inútil si el paciente no se encuentra en un estado emocional y espiritual estable.

No obstante, según Pessini y Bertachini (2006), los CP solo han conseguido un avance en el campo de la administración y regulación en los efectos de los síntomas que presentan los pacientes; sin embargo, estos avances, al haber sido obtenidos mediante evidencia histórica sin método científico, ponen en duda sus efectos y resultados positivos en el paciente terminal al que se le aplican, debido a que la dificultad no solo se ve reflejada en el reclutamiento de los pacientes y el tiempo de estudio, sino en:

- La condición severa y múltiple del paciente, que usualmente resulta estar afectado en más de un órgano de su cuerpo.
- La enfermedad y los síntomas se presentan en ritmos distintos, en especial durante el último periodo.
- El uso de la medicación es frecuente.
- El tiempo de supervivencia es limitado.

Asimismo, la investigación misma de los CP ha sido severamente criticada. La ética cuestiona que esta sea realizada en pacientes en fase terminal (Pessini & Bertachini, 2006), a razón de que este grupo, además de encontrarse en un estado de vulnerabilidad e inhabilidad, presenta dificultades para asumir decisiones y dar consentimiento con autonomía de voluntad, de ahí que los asentimientos a menudo se pueden ver influenciados por los sentimientos de gratitud y dependencia hacia la institución encargada de brindar los cuidados.

Otras investigaciones indican que el motivo que impulsa a los pacientes a pedir la eutanasia o el suicidio asistido reside no en el dolor físico sino en la pérdida de independencia y sentimientos negativos —pensamientos nocivos—, como el miedo de convertirse en una carga para los demás. Pessini y Bertachini (2006), frente a estas perspectivas, expresan que:

Respetando la evaluación del propio paciente acerca del valor de su vida, mientras aún es consciente del efecto de la depresión o del aislamiento social, estamos frente a uno de los más profundos desafíos clínicos y éticos de los cuidados paliativos... Aunque ha disminuido en el mundo occidental secularizado el número de personas que tienen una profunda fe religiosa que confiere sentido a su vida, el 75% de los pacientes en la fase final expresa el deseo de hablar del sentido de la vida, del sufrimiento y de la muerte, y pueden decepcionarse si nadie se interesa en ayudarlas. (Pessini & Bertachini, 2006, pp. 10-11)

De ahí que resulte necesario velar y cuidar no solo el dolor físico de los pacientes (nivel externo), sino también el aspecto espiritual-emocional de los mismos (nivel interno). Y es precisamente la inteligencia espiritual la que desde el punto de vista de los autores resulta ser el método más importante como respuesta a las problemáticas que se nos presentan (desde la eutanasia hasta los cuidados paliativos).

4.

4.1 El ser elevado

Dentro de cada uno de nosotros existe una fuerza sobrenatural. El ser humano no es solo un conjunto de elementos biológicos ni un ser netamente instintivo, debido a que dentro de él existe una chispa que lo impulsa a moverse y ser único. Cada individuo vive y experimenta situaciones únicas e irrepetibles.

Desde tiempos antiguos, le hemos dado a esta fuerza sobrenatural muchos nombres, características y formas, incluso la ciencia más escéptica ha intentado comprobar por todos los medios posibles su esencia verdadera, pero, a pesar de no haber tenido resultados concretos, no podemos negar su existencia. Las deidades modernas (celular, redes sociales, estrés, trabajo) impiden que podamos conectar con nuestra fuerza interior, mas esta no se ha extinguido porque habita dentro de cada uno de nosotros. Como afirma Fishman (2017), “no importa cómo lo llames, si aprendemos a ponernos en contacto con él, nuestra vida se transforma y se llena de paz, felicidad y compasión. Mejoramos como seres humanos, como ejecutivos, como jefes, como padres, como pareja” (Fishman, 2017).

Seamos creyentes o no, no podemos negar a este ser elevado que reside en nuestro interior. Todos de alguna forma u otra siempre volvemos a su encuentro, así seamos o nos sintamos una persona desahuciada en vida, siempre buscaremos aquella calidez capaz de mitigar todos nuestros males (físicos y emocionales).

La propuesta que ponemos sobre la mesa a la problemática sobre la eutanasia y el suicidio asistido es conectar con este ser elevado a través de la inteligencia espiritual. Si desarrollamos nuestra inteligencia espiritual entonces podremos conectar con aquella

chispa que vive dentro de nosotros y nos da fuerza para afrontar los retos y momentos que se nos enfrentan, chispa que nos revive incluso ante la muerte.

4.2 Inteligencia espiritual

De ahí que deba arribarse al concepto de inteligencia espiritual, a fin de demostrar el porqué de su importancia para la resolución de la problemática que al inicio del presente escrito ya se venía advirtiendo; en las siguientes líneas se procederá a explicarlo.

La inteligencia espiritual (en adelante IES) es aquella que acude en auxilio del ser humano, que busca resolver sus dudas existenciales, el significado de su existencia, etcétera. Esta puede ser entendida como

- la plenitud, fuerza y sentido que orienta a la inteligencia emocional y racional,
- la que trasciende y visiona más allá de nuestra realidad, del sufrimiento y lo material. Es aquí donde nosotros trascendemos de la dimensión material (en la que nos desenvolvemos) hacia la dimensión espiritual,
- la que desarrolla y da sentido a la empatía desde una perspectiva más profunda.

Para Fishman (2017), la IES es la “capacidad de escoger al ser elevado sobre el ego, extrayendo su sabiduría y compasión para mantener nuestra paz exterior e interior al margen de las circunstancias”. Asimismo, reconoce que alcanzar el objetivo que dicha definición implica parece difícil, debido a que nuestros demonios internos —sentimientos y pensamientos negativos— nos hacen de esta la tarea más complicada. Sin embargo, esta no es imposible de lograr, solo debemos atrevernos y dar el salto de fe. Para ello, lo primero que debemos hacer es tomar conciencia de su existencia y reconocer aquello que nos perturba, para después poder cambiar nuestros hábitos y actitudes nocivas; este proceso tomará tiempo, porque no es fácil pero tampoco imposible.

En este sentido, debemos hacernos la pregunta de si estamos dispuestos o no a enfrentar los retos que se nos presenten, a superar nuestros miedos más profundos e incluso ver a la muerte no como enemiga sino como amiga, ya que tarde o temprano llegaremos donde ella; la duda está en cómo y en qué momento lo haremos. Es por ello que planteamos la idea de la inteligencia espiritual como el canal que nos conectará con los sucesos de nuestra vida y con lo que suceda al final de ella. Torralba (2013) revela los poderes que la IES otorga al ser humano: “en virtud de su inteligencia espiritual, es capaz de interrogarse por el sentido de su existencia, tiene el poder de preguntarse por lo que realmente dota de valor y de significado su estancia en el mundo”. El avance de los estudios científicos ha logrado identificar y demostrar que el resto de las inteligencias, como la lingüística, la emocional, la intrapersonal, etcétera, están presentes en cierto

grado en las distintas especies que cohabitan junto a nosotros en la tierra; empero, la inteligencia espiritual es única y se encuentra presente en todos los seres humanos. En este punto, Torralba (2013) agrega que:

La inteligencia espiritual permite, por un lado, interrogarnos por el sentido de la existencia y, por otro, buscar respuestas plausibles a la misma. No existe una única respuesta a tal pregunta, ni tampoco se puede esperar una respuesta concluyente desde las ciencias experimentales. Cada ser humano está llamado a dotar de sentido su existencia, pero el modo como la dote depende del desarrollo de su inteligencia, de las interacciones y de su bagaje educativo y cultural. (Torralba, 2013, p. 39)

A pesar de que se conocen los beneficios que la IES nos ofrece, esta no ha sido puesta en práctica, e incluso podría decirse que ha sido relegada al olvido o considerada como propia de ciertos grupos religiosos, dado que los temas relacionados a la sacralidad de la vida, la entidad del espíritu e IES son vistos como si fueran exclusivos de la religión. Ello, sin embargo, es erróneo, puesto que ninguno de estos postulados está restringido u orientado a determinados grupos u organizaciones.

Por otro lado, y con relación a la problemática de la eutanasia y el suicidio asistido que buscan acelerar el proceso natural de la muerte en el paciente terminal, la IES se convierte en un gran aliado de la vida y da sentido a la existencia y fin de la vida misma. Asimismo, se denota que no es suficiente el sanar un cuerpo ya rendido ante los padecimientos que su mente misma le ha impuesto, sino que este amerita algo más profundo, que solo en la paz de sí mismo y de quienes le aprecian podrá hallar. Por ello, se advierte sobre la importancia que tienen los cuidados paliativos en su potencialidad como alivio para el dolor físico como espiritual del hombre. Sin embargo, es preciso mencionar que los estudios y aplicaciones realizados a partir de los cuidados paliativos han visto sus resultados trancos por distintos factores, como el tiempo, la fase terminal del paciente y el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra. Esto último es algo que sin duda se puede trabajar a través de la inteligencia espiritual poniendo al paciente como el actor principal de su propia superación y mejoría. Torralba (2013) reflexiona en torno a ello y señala:

Deseamos vivir una vida con sentido, tener una existencia con significado. Esta fuerza primaria que brota de lo más íntimo puede expresarse vehementemente, pero también permanecer en un estado de posibilidad. Es algo inherente, aunque no siempre se desarrolle con todo su potencial. Sólo si uno tiene la capacidad de enfrentarse a tal cuestión, puede transformar el modo de su existencia. También puede dimitir, relegarla a un segundo plano, desplazarla, pero, al hacerlo, está desechando la única posibilidad de encauzar una existencia feliz. (Torralba, 2013, p. 40)

En efecto, somos nosotros quienes tenemos la capacidad de seguir y avanzar en los momentos más tormentosos que se nos presente; lastimosamente, muchos se

rinden ante el miedo y la duda que sus circunstancias le marcan, tal y como se esboza en el poema "Masa" de César Vallejo: "Al fin de la batalla, / y muerto el combatiente, vino hacia él un hombre / y le dijo: '¡No mueras, te amo tanto!' / Pero el cadáver ¡ay! siguió muriendo". En esta situación, vemos que, a pesar de la ayuda y el apoyo que un externo intenta brindar, estos no tendrán efecto si el herido es quien se deja morir lenta y dolorosamente.

El desarrollo y presencia que la IES puede tener en las personas es distinto; Fishman (2017) afirma que la medida y nivel van a variar en cada uno de nosotros:

- El primer nivel de desarrollo revela a la persona con poca IES, que concentra sus esfuerzos y fija su mirada solo en los problemas y circunstancias que se le presenta, siendo sus conductas controladas y engehecidas por las emociones del momento. La persona es poco consciente del ser elevado en su interior.
- El segundo nivel de desarrollo aún conserva actitudes del primer nivel, siendo la diferencia que en este la IES se encuentra presente y activa. La persona está consciente de la existencia de la IES, que funciona como freno ante las acciones dañinas que la persona pueda ejercer sobre los demás y sí misma.
- El tercer nivel es el más esperado y al que muy pocas personas han logrado entrar. En este nivel la persona es consciente y cede las decisiones del rumbo a tomar a la IES; funciona de la mano con los sentimientos y emociones que la travesía le genera, en otras palabras, funciona como una alerta a los peligros, pero es el ser elevado quien toma las decisiones.

Luego de haber visto y recorrido los tres niveles en los que la persona se puede encontrar, es necesario aclarar que el avance progresivo de cada nivel, si bien requiere de la persona misma, también le es necesaria la relación con los demás, como un acto de amor y ayuda al prójimo; de ahí que resulta imprescindible cultivar y desarrollar la IES, de forma individual y colectiva, para que, cuando nos encontremos en la recta final de la vida, estando en una camilla de hospital o en la cama de nuestro hogar, podamos abandonar esta vida de manera natural y pacífica, sin arrepentimientos que puedan interrumpir nuestro descanso eterno y respetando la sacralidad de la vida.

5. CONCLUSIONES

Sin duda alguna, los retos que se nos presentan en la vida son abundantes; sin embargo, sabemos que el reto más importante que tenemos desde que nacemos hasta que morimos es el de vivir. Sabemos que llegará el momento de partir, algún día moriremos, pero considero que esto no debe de ser temido ni mucho menos deseado; como seres

humanos, somos libres de elegir nuestro rumbo, nuestro voto, como diría Sartre, “el hombre está condenado a ser libre”. No obstante, tal libertad no puede transgredir aquello que también nos hace ser nosotros, la sacralidad de nuestra vida.

Ahora bien, respecto de la eutanasia, basta con decir que esta ha sido la opción más rápida a la que se ha llegado en el intento de solucionar el sufrimiento corpóreo o mental del ser humano; sin embargo, dicha posición no es la más acertada pues esta en realidad no es más que el velo temeroso de aquellos quienes se han negado a atravesar el proceso natural de la muerte, y que han osado atentar contra la sacralidad de la vida.

Si bien es cierto, la muerte requiere de fuerza de voluntad para rendirse ante ella, entonces, ¿por qué no usar esa misma fuerza para elegir vivir en vez de morir? Hay que recordar que en esta batalla uno no está solo, pues en pareja venimos y es así como debemos terminar; los cuidados paliativos hoy se nos presentan como una oportunidad de atravesar juntos la vida e incluso la muerte, para ello no hace falta más que el calor humano que nos representa. Sin embargo, es lamentable saber que la humanidad ha optado por la muerte como solución a su sufrimiento, pues ha olvidado que el calor y la afectividad habita en cada uno de nosotros y en quienes nos rodean.

De ahí la importancia, que tiene la inteligencia espiritual como salvavidas para un ser humano que ha olvidado su calor y la búsqueda del significado de su existencia, pues solo cuando se dé cuenta de que es completo y valioso, entonces será vencedor incluso ante su enfermedad terminal, solo hace falta conectar con ese ser elevado que habita en sí mismo.

REFERENCIAS

- Cáncer.Net. (2019). *¿En qué consisten los cuidados paliativos?* <https://www.cancer.net/es/asimilaci%C3%B3n-con-c%C3%A1ncer/efectos-f%C3%ADsicos-emocionales-y-sociales-del-c%C3%A1ncer/%C2%BFen-qu%C3%A9-consisten-los-cuidados-paliativos>
- Comonfort, A. (2020). *Eutanasia: un derecho humano* [tesis de licenciatura. Universidad Autónoma del Estado de México]. <http://hdl.handle.net/20.500.11799/109379>
- Del Río, M. I., & Palma, A. (2007). Cuidados paliativos: historia y desarrollo. *Boletín Escuela de Medicina UC*, 32(1), 16-22. https://www.agetd.com/phpfm/documentos/publicos/paliativos/Historia_de_los_Cuidados_Paliativos.pdf
- Díaz, B., & Briones, K. (2019). La eutanasia: una mirada desde el derecho. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, (6), 99-120. <https://www.redalyc.org/journal/6002/600263450011/>
- Fishman, D. (2017). *Inteligencia espiritual en la práctica: cómo aplicarla en la vida y en la empresa*. Planeta. <https://training.crecimiento.ws/wp-content/>

uploads/2020/09/INTELIGENCIA-ESPIRITUAL-EN-LA-PRACTICA-DAVID-FISCHMAN.pdf

Marcos del Cano, A. M. (s. f.). Calidad de Vida. En *Enciclopedia de bioderecho y biopolítica*. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/290>

Morales, D. (2018, 26 de enero). Hoy por fin me muero. Tengo 29 años y han aceptado mi solicitud de eutanasia. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-01-26/eutanasia-holanda-aurelia-por-fin-muero-enferma_1511786/

Organización Mundial de la Salud. (2020). *Cuidados Paliativos*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>

Ortega Cabrera, A. (s. f.). Neurociencias e inteligencias con sentido espiritual en la educación. *Revista Ruta Maestra*, (28). <https://rutamaestra.santillana.com.co/wp-content/uploads/2020/04/Agust%C3%ADn-Ortega-Cabrera-Ruta-Maestra-Ed28.pdf>

Pessini, L., & Bertachini, L. (2006). Nuevas perspectivas en cuidados paliativos. *Acta Bioethica*, 12(2), 231-242. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=s1726-569x2006000200012&script=sci_arttext

Pressly, L. (2018, 9 de agosto). Aurelia Brouwers, la atormentada joven de 29 años a quien médicos de Holanda ayudaron a morir. BBC News. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45128517>

Real Academia Española. (s. f.). Eutanasia. En *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/eutanasia>

Real Academia Española. (s. f.). Vida. En *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/vida>

Roseira Boemer, M. (2009). Sobre cuidados paliativos. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, 43(3). <https://www.scielo.br/j/reeusp/a/KpYlKh493XDbWSv3S7bMDfp/?lang=es>

Santa María, R. (2021, 25 de marzo). *Entre masa y eutanasia: a propósito del caso Ana Estrada Ugarte*. San Pablo Informa. <https://ucsp.edu.pe/entre-masa-eutanasia-caso-ana-estrada-ugarte/>

Torralba, F. (2013). *Inteligencia Espiritual*. Plataforma Editorial.

Velásquez, M. (2015, 14 de mayo). *Fallece Valentina Maureira, la adolescente que le pidió la eutanasia a la presidenta Bachelet*. CNN Latinoamérica. <https://cnnespanol.cnn.com/2015/05/14/fallece-valentina-maureira-la-adolescente-que-le-pidio-la-eutanasia-a-la-presidenta-bachelet/>

EL MUNDO DE LOS DESIGUALES*

LEANDRO UGAZ VALENCIA**
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 16 de octubre del 2021 / Aceptado: 4 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6402>

RESUMEN. El presente artículo de investigación versa sobre un tema muy controversial: el transhumanismo. El autor analiza la problemática que este movimiento científico-ideológico conllevaría si es que efectivamente se lleva a cabo en la realidad. Para ello, se adopta tanto una perspectiva bioética como jurídica, ya que para una verdadera incidencia práctica se necesita no solamente de los conocimientos teóricos que la bioética nos aporta, sino también que dichos conocimientos aterricen en la realidad, debido a que el mundo jurídico no se puede mantener al margen de un tema tan trascendental que cada vez gana más popularidad. Finalmente, el autor brinda unas posibles soluciones que deberían ser consideradas si es que se quiere frenar esta corriente de pensamiento. Cabe resaltar que solo se proponen algunas soluciones a desarrollar del total de posibles, por lo que de ninguna manera debe entenderse que estas se limitan a las expuestas.

PALABRAS CLAVE: transhumanismo / bioética / biojurídica / deshumanización / ser humano

* Con agradecimiento al Dr. Ronald Cárdenas Krenz por despertar en mí el interés por la Bioética. Este artículo obtuvo el segundo puesto en el Concurso Universitario de Investigación sobre Bioética y Derecho organizado por la Federación Latinoamericana de Instituciones de Bioética y la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con el auspicio de la revista *Ius et Praxis*, convocado con motivo del XIII Congreso Latinoamericano de FELAIBE: "Bioética, vulnerabilidad y derechos fundamentales en tiempos de crisis", realizado en octubre del 2021.

** El autor es estudiante de Derecho de la Universidad de Lima. Anteriormente, obtuvo el primer puesto en el concurso universitario de artículos desarrollado el año 2021 en el marco del webinar: *El Derecho Civil Constitucional: La Constitucionalización del Derecho Civil*, organizado por la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios.

THE WORLD OF THE UNEQUAL

ABSTRACT. This research article will deal with a highly controversial topic: transhumanism. The author will analyze the problems that this scientific-ideological movement would entail if it actually carried out its ideas in reality. This analysis will be done from both a bioethical and a legal perspective since the theoretical knowledge that bioethics offers us is insufficient and needs to be put into practice in reality since the legal system must recognize such transcendental issues that are drawing more and more attention. Finally, the author will provide some possible solutions that should be considered if this ideology is to be stopped. It should be noted that the developed solutions are only a few, so it should not be understood that the solutions are limited to those set-out.

KEYWORDS: transhumanism / bioethics / biolaw / dehumanization / human being

1. INTRODUCCIÓN

Probablemente muchos de nosotros, de niños, soñábamos con tener superpoderes como en las series o películas que veíamos. Tal vez algunos de nosotros anhelábamos con ser inmortales, leer las mentes del resto, cambiar nuestra personalidad a nuestro gusto o poder usar la tecnología a tal punto de parecer que tenemos superpoderes.

Sin darnos cuenta por nuestra inocencia, habíamos caído en lo que el movimiento transhumanista nos ofrece. Y, tal vez, inclusive alguno de nosotros (ya mayores) sigue sintiéndose atraído por estas ideas, pues al fin y al cabo es innegable que llaman la atención.

No obstante, que algo llame la atención no implica que sea *necesariamente* lo correcto¹. Es por ello que en un tema tan trascendental como el transhumanismo, más que dejarnos guiar por sentimientos, deberíamos ser predominantemente objetivos y analizar dicho movimiento detenidamente, máxime cuando se tiene a la bioética como una disciplina que aborda este tema y nos brinda luces que no debemos ignorar.

En el presente artículo buscaré argumentar y —espero— convencer de que las ideas que el transhumanismo ofrece son, si bien tentadoras, muy peligrosas para la humanidad misma. Pero para ello debo iniciar con lo más básico: ¿qué es el transhumanismo exactamente?

2. UN ACERCAMIENTO AL TRANSHUMANISMO

Así como muchas ideologías, el transhumanismo tiene varias acepciones. La World Transhumanist Association (WTA)² en 1998 —el mismo año de su fundación— presentó el documento *Transhumanist Declaration*, cuyo inciso 1 traducimos de la siguiente forma: la humanidad será radicalmente cambiada por la tecnología en el futuro. Prevedemos la factibilidad de rediseñar la condición humana, incluyendo parámetros como la inevitabilidad de envejecer, limitaciones en el intelecto humano y artificial, psicología no elegida, sufrimiento y nuestra confinación al planeta Tierra³.

También considero que es importante leer el inciso 4 de la misma declaración, que traducimos así: los transhumanistas advocan por el derecho moral de aquellos que deseen extender su capacidad mental y física (incluyendo la reproductiva) y mejorar el

1 Piénsese en el caso de una persona que para aprobar un curso (el cual está muy cerca de reprobar) decide hacer trampa. Indudablemente querer aprobar un curso es algo que todos los estudiantes desean: es un legítimo interés. Pero no por tener un legítimo interés es correcto realizar cualquier medida para lograrlo. En una frase simple: “el fin no justifica los medios”.

2 Fundada por los filósofos Nick Bostrom y David Pearce.

3 Para acceder al original en inglés, revisa este enlace: <https://web.archive.org/web/20090512213327/http://transhumanism.org/index.php/WTA/declaration>

control sobre sus propias vidas. Buscamos crecimiento personal más allá de nuestras actuales limitaciones biológicas.

De lo expuesto, podemos deducir que la razón de ser de la ideología transhumanista es el uso de la tecnología para superar nuestras llamadas *limitaciones biológicas*. Tal como muy bien lo expone Allen Porter⁴:

El transhumanismo es un movimiento “tecnológico progresivo”, sociopolítico e intelectual que defiende el uso de la tecnología para transformar radicalmente el organismo humano... Los transhumanistas se enfocan y promueven el uso de nuevas y emergentes tecnologías, tales como ingeniería genética e interfaces cerebro-máquina. (Porter, 2017, p. 237)

Los defensores del transhumanismo (a quienes en adelante me referiré como *transhumanistas*) ven a nuestras limitaciones biológicas como un impedimento para que el ser humano trascienda. Y, de hecho, buscan ir más allá: el biólogo británico Julian Huxley defendía la intervención del ser humano en el proceso de evolución natural, el cual —como se puede deducir— ocurriría con el uso de la tecnología. Ello, en contraposición a lo que postulaba Charles Darwin sobre la evolución biológica a través de la selección natural. Los transhumanistas argumentan que dicha evolución biológica es muy lenta, por lo que es necesario que el ser humano intervenga.

Considero que es importante resaltar algunos aspectos de Huxley, no con intención de desacreditarlo, sino para que se conozca su punto de vista con respecto al ser humano: fue miembro de la Sociedad de la Eugenesia Británica, de la que llegó a ser vicepresidente entre los años 1937-1944 y presidente en los años 1959-1962, y defendía la intervención de la tecnología para “mejorar la raza”.

Asimismo, hay que resaltar que fue hermano de Aldous Huxley, autor del libro *Un mundo feliz*⁵, el cual —a muy grandes rasgos— defiende la idea de la aplicación de medidas que eliminan a la familia, diversidad cultural, arte, religión, entre otros. Él también fue un gran defensor de la eugenesia.

Habiendo expuesto ello, es necesario explicar la relación del transhumanismo con la bioética, entendiendo a esta última como el conjunto de implicaciones y aplicaciones a las ciencias relacionadas con la salud (Michigan State University, s. f., párr. 2). Mas esto hace surgir otra interrogante: ¿qué perspectiva bioética?

4 PhD en Filosofía por la Universidad de Princeton. Sus áreas de especialización son filosofía continental, filosofía política y social, y bioética.

5 El mismo título ya genera confusión, pues, desde un análisis lógico, da a entender que el mundo de ahora no es feliz o, en todo caso, que no es “tan feliz” como el que propone. Sin embargo, si uno lee dicho libro de manera crítica, se puede percatar de que en realidad representa todo lo contrario partiendo del hecho de que defiende los métodos selectivos de humanos, es decir, discriminación y desigualdad en su máximo esplendor.

Pues en verdad hay muchos modelos, tales como la bioética casuística, el contractualismo, el materialismo, el principialismo, entre otros. No obstante, al no ser materia de este artículo explicar cada uno, me centraré en dos posiciones bioéticas contrapuestas—para posteriormente indicar con cuál concuerdo—que a su vez engloban a las mencionadas: la bioética utilitarista y la personalista.

A grandes rasgos, la primera se centra en el bienestar para el mayor número de personas, el fin llega a justificar los medios, la vida humana tiene valor relativo y extrínseco y se enfatiza el valor de la calidad de la vida. En suma, y como su nombre lo indica, está basada en la filosofía utilitarista aplicada a la bioética, considerando además que, si se está en una sociedad con distintos puntos de vista, entonces es imposible llegar a un consenso, por lo que la única solución sería el respeto mutuo de las distintas opiniones (López & Abellán, 2009).

La segunda es radicalmente opuesta: el bien depende de la verdad (por lo que no es relativo), el ser humano es siempre persona y es un fin en sí mismo (filosofía kantiana), la vida humana tiene valor intrínseco e intangible, el progreso tecnológico está supeditado al bien del ser humano y posee criterios universalizables (López & Abellán, 2009).

La posición que apoyo y en la que me voy a basar es la bioética personalista. Si bien la posición utilitarista puede tener ciertos atractivos para algunos, considero que falla rotundamente en asumir que todo es relativo, *ergo*, consideran que no hay una verdad. En este sentido, en el debate sobre, por ejemplo, el aborto o la eutanasia, puede que los consensos no existan dado el carácter controversial de estos temas. Mas ello no significa que no haya una verdad—al margen de quiénes tengan la razón—, sino que todavía no la hemos encontrado y establecido un consenso al respecto. Sería útil recordar que en algún momento de la historia fue controversial oponerse a la esclavitud, pero llegó un punto en el que como sociedad hemos establecido—acertadamente—que la esclavitud fue una de las mayores afectaciones a los derechos de las personas, *ergo*, nadie—en su sano juicio—se atrevería a decir que en ese entonces la esclavitud estuvo bien; al contrario: siempre fue incorrecto apoyarla. Imaginemos que, en vez de tratar de llegar a un consenso, nos hubiésemos limitado a indicar que es “relativo” y simplemente depende de la opinión de cada uno⁶. Vivir en un mundo así sería terrible.

La bioética personalista es la que mejor protege a la persona, sea cual sea el ámbito o problemática por analizar. En este caso, la bioética personalista aplicada al transhumanismo nos indica que, como fue brevemente mencionado, el avance

6 Las opiniones son importantes por más opuestas que puedan ser (¡y se debe alentar al diálogo!), pero mi crítica apunta a que de nada sirve que cada uno tenga su opinión y limitarnos a respetar la del otro: debemos ir más allá. Lo verdaderamente importante es encontrar, basados en las opiniones existentes, un consenso que nos haga progresar como sociedad.

tecnológico solo será bueno o beneficioso si apunta a una mayor y mejor defensa del ser humano. Por lo tanto, es la tecnología la que debe estar al servicio del hombre, y no el hombre al servicio de la tecnología.

3. PROBLEMAS BIOÉTICOS

Para explicar los problemas bioéticos del transhumanismo, es necesario indicar sus principales propuestas y, basándonos en ello, realizar las críticas correspondientes. Cabe resaltar que estas no son independientes, sino que todas están relacionadas.

3.1 La superlongevidad

Como ha indicado Nick Bostrom —uno de los fundadores del WTA—, los transhumanistas buscan vivir por mucho tiempo:

Las opciones de mejora que se discuten incluyen una extensión radical de la esperanza de vida humana... La esperanza de vida humana ha evolucionado hasta ser unas miséras [sic] siete u ocho décadas... Incluso las tortugas lo hacen mejor... Imagina en lo que se hubieran convertido Beethoven o Goethe si aún estuvieran aquí con nosotros. (Bostrom, 2003, pp. 3-5)⁷

Así, por ejemplo, tenemos a Aubrey de Grey, un gerontólogo biomédico inglés, quien está desarrollando medicina regenerativa que permitiría una esperanza de vida indefinida. Para él, las personas tienen derecho de elegir cuánto vivir. Otros transhumanistas van más al extremo y anhelan la inmortalidad, pues argumentan que, a pesar de poder vivir tanto tiempo, dicho tiempo seguiría siendo finito.

A primera vista, estas parecen ideas tentadoras, máxime en un contexto de pandemia como el que estamos viviendo, en el cual oímos por las noticias cuánta gente muere del COVID-19 o, tal vez, un familiar nuestro ha muerto por dicho virus. Definitivamente son ideas que atraen, ya que nos darían una oportunidad de pasar más tiempo con nuestros seres amados. Quizás, de pequeños muchos de nosotros pedíamos que nuestra mamá esté para siempre a nuestro lado, y es el transhumanismo lo que viene a otorgarnos esta oportunidad.

Sin embargo, en el fondo es algo muy peligroso. Si bien Bostrom está en lo correcto cuando menciona que la esperanza de vida ha aumentado, pues se trata de un hecho innegable que todos conocemos, considero que hay una diferencia radical entre cómo la humanidad logró esto y lo que los transhumanistas defienden.

7 Para mayor información sobre la posición de Bostrom, véase "Transhumanist Values" en <https://www.nickbostrom.com/ethics/values.html>

Primero, analicemos cómo se logró aumentar esta esperanza de vida en la historia. Mencionaré el aspecto que considero más relevante: los descubrimientos científicos para “sanar” las enfermedades. En el pasado la gente moría por gripe, hoy en día existen muchos medicamentos para sanarnos de ello. Antes no existían vacunas para prevenir enfermedades o protegernos de estas, hoy en día claro que existen.

Uno podría deducir que, así como la ciencia en el pasado nos ayudó a aumentar la esperanza de vida, entonces no hay problema con que esta se use de nuevo para alargarla aún más.

Esta deducción es errónea. Y la clave para entender ello es la palabra *sanar*. Según la RAE (s. f.), esta tiene dos acepciones: la primera es ‘restituir a alguien la salud que había perdido’; y la segunda se aplica a una persona enferma: ‘recobrar la salud’. ¿Y por qué es esto relevante? Porque la razón por la que la esperanza de vida ha aumentado es porque hemos descubierto cómo combatir las enfermedades y así poder vivir más. En este sentido, la vida más longeva no es la causa, sino la consecuencia de sanarnos.

La única manera en la que se puede entender ese afán de la superlongevidad propuesta por los transhumanistas es si entendemos el envejecimiento como una enfermedad. ¿Pero qué es una enfermedad? Creo que dos acercamientos son importantes. El primero es el de la RAE, que define *enfermedad* como una “alteración más o menos grave de la salud” (RAE, 2001). El segundo es la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que la entiende como “una alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible” (citado en Herrera Jaén, 2016).

¿Podríamos decir que el envejecimiento es, entonces, una enfermedad? Considero que la respuesta es un rotundo no. El envejecimiento es simplemente parte del desarrollo natural del ser humano. Un desarrollo natural no se puede entender como una enfermedad. Si bien puede que no sea deseado por muchos, ello no lo vuelve una patología. Supongamos que un adolescente de quince años que mide 1.80 metros indica que, como sigue creciendo, está “enfermo”, pues él no desea que ocurra ello. Ahora imaginemos que este adolescente va al doctor y le pide que lo ayude. Es lógico deducir que el profesional de la salud no podrá hacerlo, ya que es parte de su desarrollo natural como persona. Pues ese mismo razonamiento es aplicable al caso del envejecimiento: sí, la mayoría no quiere envejecer, pero es lo natural, que es inevitable, ya que parte de nuestra esencia como seres vivos es envejecer y, finalmente, morir.

Por lo tanto, se puede deducir de lo expuesto que el sustento de los transhumanistas para evitar el envejecimiento no es una preocupación para erradicar una enfermedad, sino un deseo personal de que no acontezca tal situación.

Ahora bien, uno podría argumentar que, a partir de uno de los principios bioéticos, el de autonomía, se debería dejar al criterio del paciente⁸ decidir si quiere o no envejecer. Pero ello sigue siendo inexacto. Para explicarlo mejor, considero que las palabras de Jacob Dahl Rendtorff son muy adecuadas:

El paciente tiene el derecho de tomar decisiones sobre su cuerpo en el contexto de un tratamiento médico [...] Aunque sea de gran importancia en la biomedicina el asegurar el correcto tratamiento de los pacientes, la autonomía y el consentimiento informado son conceptos que comprenden varios problemas, esto quiere decir que no pueden ser los únicos conceptos para expresar una idea humanística de la biomedicina [...] La adecuada protección de la persona humana tiene que tomar en consideración otras dimensiones de protección: los principios de dignidad, integridad y vulnerabilidad. (Rendtorff, 1998, p. 134)

Propongo el siguiente ejemplo para comprender esto de una mejor manera. Supongamos que una mujer de 25 años va al doctor y le indica que desea amputarse ambas piernas que están perfectamente sanas. El doctor le comenta los posibles riesgos de la operación y la señora termina aceptando y asumiendo todo lo que se le informó, para proceder a dar su consentimiento informado. Olvidémonos lo que dice la ley por un momento: ¿usted considera ético que el doctor le ampute ambas piernas sanas simplemente porque ella se lo pidió? Me atrevería a decir que todos (o al menos la mayoría) responderían que no lo es. Ahí nos damos cuenta de que, por más autonomía con la que ha actuado la mujer, de ello no se deduce que el acto a realizar sea éticamente correcto.

Con respecto al caso del envejecimiento: por más que uno desee ser “superlongevo”, seguiría siendo antiético. Y considero que la razón principal para afirmar ello es que atenta contra la misma naturaleza humana. Atenta contra una de las características propias de todo ser humano —y en verdad de todo ser vivo—. Desde el colegio, nos enseñan el ciclo de la vida: una persona nace, crece, se reproduce y muere. Así ha sido siempre, así es ahora y así debería mantenerse —palabras que hoy en día resultan controversiales—. La bioética personalista apoya el progreso científico y tecnológico, con la condición de que sea un progreso para el ser humano. Uno debe preguntarse: ¿progresamos como personas al atentar contra nuestra naturaleza? Pues claro que no.

Para finalizar este apartado, quisiera mencionar que muchos transhumanistas defienden la tesis de que en verdad ya se está viviendo hoy en día esta superlongevidad, en el sentido de que existen cremas antiarrugas o distintas operaciones que nos hacen ver jóvenes. No obstante, asumir que ello lo sea es un grave error, ya que son meras

8 El término *paciente* en este contexto es inexacto, puesto que se presupone con su uso que alguien está bajo atención médica, con lo que a su vez se presupone que esté enfermo. Sin embargo, este no es el caso.

medidas estéticas —si bien algunas pueden ser cuestionables— que de ninguna manera presuponen acabar con el envejecimiento, ya que solo cambia el aspecto físico, mas no el biológico.

3.2 El bienestar máximo

¿Cuál es el punto de ser (casi) inmortal si vivimos en miseria? Los transhumanistas parten de la premisa de que el ser humano, tal como está ahora, tiene una vida desdichada, al menos en comparación de lo que pudiésemos alcanzar. Argumentan que las emociones, la genética que nos condiciona, entre otros factores, son un obstáculo para un completo y adecuado desarrollo. En palabras de Bostrom:

A pesar de nuestros mejores esfuerzos, usualmente fallamos en sentirnos tan felices como quisiéramos. Nuestros niveles crónicos de bienestar subjetivo parecen estar determinados en gran medida genéticamente... La alegría duradera sigue siendo difícil de alcanzar, con la excepción de aquellos de nosotros que tenemos la suerte de haber nacido con un mejor temperamento... Estamos limitados con respecto a la energía, la fuerza de voluntad y la habilidad de modelar nuestro propio carácter de acuerdo a nuestros ideales. (Bostrom, 2003, pp. 3-5)

Una idea parecida ha sido expresada también por Theodore Kaczynski en su libro *La sociedad industrial y su futuro*: “La naturaleza humana ha puesto límites, en el pasado, al desarrollo de la sociedad, pero la tecnología ha permitido modificar a los humanos dándoles la capacidad de controlar sobre la propia naturaleza humana” (Kaczynski, 1995).

Esta puede que sea una de las ideas más seductoras e irónicamente de las más peligrosas. Seductora porque todos nosotros en algún momento nos hemos sentido tristes y miserables, sea por la razón que sea: una pareja que nos dejó, un familiar nuestro que falleció, enterarnos de que tenemos una enfermedad grave, ser maltratados en el colegio, entre muchas otras razones. Al saber cómo se siente ello, es lógico que uno ruegue por sentirse bien, que es justamente lo que el transhumanismo nos ofrece.

Esta idea es peligrosa, porque cuando analizamos los medios para lograr ello, uno puede percatarse de que ya hay algo malo. Como se suele decir cotidianamente, “nada es gratis, todo viene con un costo”. Mas el costo al que hago referencia no es uno monetario, sino una de las características más importantes del ser humano.

Como ya se habrá podido advertir, muchas de las ideas transhumanistas buscan deshumanizar al ser humano. Sobre este aspecto profundizaré más adelante, ya que en este momento me limitaré a indicar algo que, por más obvio que suene, es necesario recalcar: los seres humanos tenemos sentimientos.

Si hay algo que nos caracteriza por sobre el resto de las especies es que tenemos sentimientos y los expresamos de distintas maneras. Un perro, por ejemplo, también tiene sentimientos, pero la manera en la que los expresa no es comparable a la de un ser humano. Si uno se percata de cómo muestran la felicidad los animales, se puede notar un patrón. En el ser humano no siempre es así: algunos cuando están felices deciden ir a caminar, otros prefieren hablar con sus amigos y contarles qué ha sucedido y otros de repente irán a fiestas. Cuando un perro está feliz, mueve la cola o tal vez comienza a saltar, pero de allí no hay mucho más.

Y así como el ser humano tiene una pluralidad de maneras de expresar sus emociones, también puede hacer algo que los animales no: ocultarlas. Siguiendo con el ejemplo del perro, si este está feliz, pues lo demostrará siempre que lo esté. Pero si un ser humano está feliz y a la vez se entera de que el papá de un amigo ha fallecido, puede decidir ocultar su felicidad para empatizar con la delicada situación de su compañero.

Las emociones, si bien no es lo que nos convierte en humanos, es innegable que son una característica muy particular de nosotros. Tan particular que es muy difícil —por no decir imposible— pensar en una persona sin emociones.

Sí, es cierto que a veces nos limitan: cuando un familiar muere, es muy probable que no tengamos mucha voluntad de estudiar o de esforzarnos en el trabajo. Mas la solución no puede ser la eliminación de las emociones, sino esforzarnos en controlarlas.

¿Y qué propone el transhumanismo para eliminar las emociones? Son dos las principales propuestas⁹. La primera es la manipulación genética. Los transhumanistas ven en la genética un obstáculo y, a su vez, una oportunidad. Un obstáculo, porque hay personas que genéticamente tienen una predisposición a actuar de *a* o *b* manera. Y una oportunidad, porque si esta se manipula, se podría acabar con dichas limitaciones. El riesgo está en la manipulación.

Y es que pareciera que no hemos aprendido de la historia. Esta ha demostrado que cualquier intento de manipular al ser humano, so pretexto de mejorarlo, termina atentando contra derechos fundamentales. Valdría la pena recordar los crímenes cometidos por los nazis: aquellos vinculados a la llamada *higiene racial*. Ellos creían en la superioridad de la raza blanca, por lo que ejecutaban esterilizaciones forzosas, asesinaban a aquellos que consideraban inferiores, experimentaban en sus cuerpos, buscaban que más niños arios nacieran y para ello usaban a gemelos y enanos como conejillos de indias, entre muchas otras atrocidades. Hoy en día, miramos lo ocurrido y nos indigna, pero de cierta manera ello se quiere implementar, aunque con más sutileza.

9 Existen más propuestas (igual de criticables) como el uso de píldoras de personalidad para “ennoblecere el carácter”.

Los transhumanistas buscan experimentar ya no en personas nacidas, sino en embriones humanos. Las experimentaciones consistirían en averiguar cómo hacer para que una persona deje de tener sentimientos y, como en toda labor científica, va a haber fallos. Si bien es cierto existe todo un debate sobre si un embrión es un ser humano o no¹⁰, desde la perspectiva de la bioética personalista podemos afirmar que un ser humano existe y merece tutela desde su mera concepción. Tal como indica Juan Manuel Burgos: “[La bioética personalista] ofrecerá sin duda a la sociedad contemporánea un servicio impagable al defender a la persona desde su concepción hasta su muerte” (Burgos, 2013, p. 29). Por lo tanto, bajo esta perspectiva, la manipulación de embriones sigue siendo una vulneración a los derechos humanos.

Desafortunadamente, la corriente que se está volviendo más dominante es definir a los embriones con cualquier otro término menos el de *ser humano*. Lo que lleva a ello es que, mundialmente, no se condene la manipulación de embriones como se realizó con las experimentaciones realizadas en la Alemania nazi. Considero que es por una razón principal: no podemos visualizar tales actos a simple vista como sí pudimos con las víctimas del nazismo; por lo tanto, psicológicamente, a uno no le conmueven tanto. Pero, para no extenderme más, como conclusión indicaré que la manipulación genética vulnera los derechos humanos, específicamente, de los más vulnerables entre nosotros.

Por último, la segunda propuesta planteada por los transhumanistas es que en un futuro podríamos transferir nuestro cerebro a una máquina: “la mente digital”, pues es lógico concluir que así no habría sufrimiento. Este punto lo desarrollaré con más detenimiento en otro apartado; por ahora, dejaré la siguiente interrogante: en caso esto sea posible, ¿podríamos afirmar que la máquina es un ser humano como nosotros?

3.3 El auge de la inteligencia

Una superlongevidad y un máximo bienestar no se verían completos si es que el transhumano no tuviese una superinteligencia. De igual manera, nuestros conocimientos se ven limitados. Según Bostrom:

Todos hemos tenido momentos en los que deseamos ser un poco más inteligentes... La imposibilidad a la que me refiero se parece más a la imposibilidad para los humanos actuales de visualizar una hiperesfera de 200 dimensiones o de leer, con perfecta memoria y comprensión, todos los libros de la biblioteca del Congreso. Estas cosas son imposibles para nosotros porque, en pocas palabras, carecemos de capacidad intelectual... Nuestras limitaciones

10 Algunos indican que es un ser humano en potencia, mas considero que tal afirmación es incorrecta. Tal como afirma Robert Spaemann: “No hay personas potenciales; las personas tienen potencias, capacidades. Las personas pueden desarrollarse, pero, ninguna cosa se transforma en una persona. Alguien no llega a ser tal por vía de procedencia a partir de algo” (Spaemann, 1997, p. 18).

cognitivas pueden estar confinándonos en una cueva platónica, donde lo mejor que podemos hacer es teorizar acerca de las “sombras”, es decir, representaciones lo suficientemente simplificadas y embrutecidas como para caber dentro de un cerebro humano. (Bostrom, 2003, pp. 3-5)

Es muy probable que nos sintamos identificados con lo que Bostrom quiere expresar: no importa cuánto esfuerzo realicemos para progresar (intelectualmente), siempre tendremos un límite. Y dicho límite puede variar entre persona y persona. Así, por ejemplo, alguien que en el colegio suele sacar muchas notas óptimas sería considerado más inteligente que un alumno cercano a repetir el año escolar.

Lo que desea el transhumanismo es acabar con estas limitaciones para que tengamos el mismo nivel de inteligencia. Sin embargo, existen preocupaciones y críticas al respecto. Considero que es necesario remitirse a la historia de nuevo, pues ya nos ha enseñado qué ocurre cuando un grupo de personas visualiza el mundo como una dicotomía de inteligentes vs. no inteligentes.

Este es el lado oscuro de la historia de los test de coeficiente intelectual (CI). Según TED-Ed (2020), en 1905, los psicólogos Alfred Binet y Théodore Simon diseñaron un test en Francia para niños que tenían dificultad en la escuela para darles ayuda personalizada. Su método terminó formando la base de los test de CI. Dichos test demostrarían la inteligencia general, midiendo el desarrollo del test por parte de una persona en comparación con el resto. Sin embargo, ¿qué debía entenderse por inteligencia? Si hoy en día no tenemos una respuesta definida, pues con menor razón en ese entonces. Y ello llevó a que ciertos grupos, tanto políticos como ideológicos, usaran los test de CI para fomentar la discriminación, so pretexto de que su concepción de inteligencia era la correcta. Por ejemplo, en el año 1924, el estado de Virginia aprobó una ley de esterilización (1924)¹¹ que estaba enfocada en personas “afligidas con formas hereditarias de locura que son recurrentes, idiotez, imbecilidad, debilidad mental o epilepsia” (*Virginia Sterilization Act of 1924*). En suma, enfocado en aquellos que sacaran un resultado por debajo del promedio en los test de CI. Fue un proceso de muchos años, con distintos movimientos en defensa de los derechos humanos, lo que hizo cuestionar dichos test tanto desde un punto de vista moral como científico. Así se llega hoy en día a la conclusión de que dichos test *per se* no reflejan la inteligencia o el potencial de una persona.

Lo que empezó como un test para dar apoyo personalizado terminó siendo empleado para discriminar e imponer ideologías. Como fue explicado, esto se debió a un pésimo entendimiento de la razón de ser del test de CI. Nótese lo siguiente: dichos

11 Esta ley tuvo efecto hasta el año 1979. Se estima que las víctimas fueron 7325 personas, de las que aproximadamente a la mitad las catalogaron como “deficientes mentales”. Virginia es considerado el estado donde más duró este proceso eugenésico.

test no nacieron con una mala intención y, a pesar de ello, ocurrió todo esto. Formulo el siguiente cuestionamiento: ¿qué efectos se espera que tenga esta superinteligencia propuesta por los transhumanistas, que desde un inicio presuponen que aquellos con mejor capacidad intelectual son superiores a aquellos que no la tienen? Si desde un inicio ya surge con la idea de ser discriminatorio y excluyente, ¿en verdad podemos esperar un mundo sin problemas? No puedo afirmar que estas ideas se promueven de manera mal o bien intencionada; sin embargo, lo que sí puedo afirmar es que nada bueno va a ocurrir si partimos de un desprecio hacia la actual capacidad mental del ser humano para enfocarnos en mejorarla artificialmente, con lo que se crea una desigualdad entre aquellos con dicha mejora en contraposición a aquellos que no la desean. A todo ello habría que sumar la siempre latente posibilidad de que los transhumanos vean con inferioridad a aquellos que no poseen sus características¹².

4. LA NATURALEZA DEL SER HUMANO

Las críticas hechas a la superlongevidad, el bienestar extremo y la superinteligencia, conducen necesariamente a responder la siguiente interrogante —que he estado posponiendo—: ¿qué es lo que hace a un ser humano un ser humano? Esta pregunta se debe a que los transhumanistas desean ir más allá de nuestra naturaleza, como se puede deducir de lo expuesto por Bostrom en *Letter from Utopia*, en donde adopta la perspectiva de un transhumanista (en el sentido estricto de la palabra):

Se podría decir que estoy feliz, que me siento bien. Que siento una dicha y un deleite incomparables. Sí, pero estas son palabras para describir la experiencia humana. Son como flechas lanzadas a la luna. Lo que siento va más allá de los sentimientos como lo que pienso está más allá de los pensamientos. ¡Ojalá pudiera mostrarte lo que tengo en mente! ¡Si pudiera compartir un segundo contigo! (Bostrom, 2008)

¿Nuestra esperanza de vida, nuestra felicidad o inteligencia nos definen como humanos? Definitivamente responder qué nos vuelve lo que somos no es sencillo y mucho menos lo es encontrar consensos. Un claro ejemplo de ello se evidencia en la investigación realizada por James Calcagno y Agustín Fuentes (2012), en la cual se brinda la opinión de diez especialistas, en su mayoría, antropólogos. Todas las opiniones son distintas. Si bien algunas podrán estar relacionadas, cada uno justifica su posición de diversas maneras: algunos se limitan a indicar que un ser humano es lo que nosotros

12 Sin perjuicio de que existan más críticas al respecto, como indica Porter: “Por ejemplo, si un transhumanista es mucho más inteligente que un ser humano como un ser humano es más inteligente que un escarabajo... entonces parece razonable suponer que lo que constituye como ‘mejoras’ para los humanos actuales podrá calificarse como ‘normales’ para los transhumanistas; de la misma manera, lo que constituye como ‘normal’ para los humanos actuales, podrá calificarse como ‘discapacitado’ para los transhumanistas...” (Porter, 2017).

decidamos, otros argumentan desde un punto de vista genético y otros —como Ken Weiss— indican que no vale la pena responder esa pregunta.

Pareciera que, al no haber consensos, es una pérdida de tiempo. Pero esta es una posición muy conformista, a mi parecer. Inclusive, Weiss indica: “Claramente, los humanos son algo distinto del resto de cosas”. Dicha frase es en verdad muy común: sabemos que somos diferentes, pero no tenemos palabras para expresarlo. El mundo del derecho, por ejemplo, está construido en base a la protección de los derechos de las personas y no con respecto a otros seres¹³. Entre nosotros mismos, a lo largo de la historia y hoy en día, notamos que como especie somos superiores al resto, *ergo*, tenemos mayor valor (intrínseco). Pero ¿qué nos vuelve seres humanos?

Es una pregunta filosófica, pero también científica. Seré sincero, tampoco es intención del presente artículo hallar una respuesta firme que logre convencer a todos, sería un deseo ingenuo. Pero recordemos la frase que se suele usar para referirnos a la ciencia: “La ciencia avanza más por los errores que descubre que por las verdades que encuentra”. En esa línea va mi argumentación: no daré una respuesta incólume, pero sí brindaré mis perspectivas sobre qué acepciones son incorrectas y, por lo tanto, no deberíamos considerar para definir lo que nos vuelve seres humanos.

El punto de partida tiene que ser necesariamente la discusión sobre la esencia del ser humano, pues, como Francis Fukuyama ha recalcado, el transhumanismo quiere modificar la *esencia* humana (Fukuyama, 2002). ¿Y qué debemos entender por *esencia*? Según la RAE, es “lo permanente e invariable” (s. f., definición 1). Aquello que, de arrebatarse, necesariamente modifica la cosa.

Cuando los transhumanistas indican que quieren ser más que seres humanos, ello implica cambiar su esencia. Por lo tanto, lo que volvería a los transhumanistas como tales no puede ser lo mismo que define a los humanos como tales, pues pertenecerían a la misma especie: o ambos son humanos o ambos son transhumanistas.

Tenemos algunas posibilidades por evaluar. Los transhumanistas indican que los poderes humanos cambiarán, pero hay que analizar qué entienden por *cambiar*. Si por ello se entiende mejorar habilidades ya existentes del ser humano, entonces la esencia no se ha modificado, como puede ser el ejemplo del marcapasos¹⁴. Si fuesen nuevos poderes,

13 Hoy en día también se habla de “derechos de los animales”. Como indica Adela Cortina: “La pregunta, ¿tienen derechos los animales? Suele referirse a una cuestión más complicada: si tienen un tipo de derechos similar a los derechos humanos, que no se conceden, sino que deben reconocerse... No es necesario apelar a derechos para pedir para un ser respeto y cuidado: basta con que sea valioso... Nos movemos en un mundo de seres valiosos y bueno sería educar en el respeto a lo valioso... Proteger los derechos de los seres humanos es una tarea prioritaria” (Cortina, 2010).

14 Como indica Matthew P. Lomanno: “*Having artificial ‘enhancements’ does not in itself alter one’s essence. Given this, one can see just how significant the transhumanism mission is: to change humanity in such a way as to establish a new species*” (Lomanno, 2008, p. 63).

aun así, biológicamente serían propios de la especie humana, como se representa en la serie cinematográfica *Los cuatro fantásticos*¹⁵: todos ellos tienen poderes, los cuales adquirieron ya adultos, mas por tenerlos no se deduce que han dejado de ser personas, sino que son simplemente seres humanos con habilidades únicas¹⁶.

Otra posibilidad es que, como una de las características que diferencia al ser humano del resto de seres es la racionalidad (actual o virtual), los transhumanistas no sean racionales. Pero no se puede argumentar que dejarán de ser racionales, ya que una de sus metas es la superinteligencia. Uno podría considerar que serán superracionales, pero aún ello sigue siendo racional, solo que a un nivel más elevado.

También se puede sustentar que los transhumanistas serán más parecidos a las máquinas que a los seres humanos, pero caeríamos en el absurdo de catalogarlos siquiera como humanos, pues si son una máquina, no tienen vida, por lo que serían más parecidos a una roca que a un ser vivo. Ello, inclusive en el supuesto en el que se logre transferir la información de nuestro cerebro a una máquina o un “nuevo cuerpo”, con el fundamento de que se preserva el patrón cerebral¹⁷.

Entonces, si bien los transhumanistas indican que serán una nueva especie, no tienen un sustento firme para convencernos. Como ha indicado Susan Schneider:

El transhumanismo necesita desesperadamente desarrollar una descripción informativa de la personalidad. Es decir... necesita decir qué mejoras son simplemente cambios en propiedades no esenciales y cuáles serían cambios en las esenciales... Sin un manejo firme de la cuestión de la identidad personal, la trayectoria del desarrollo transhumanista es quizás el seductor camino del tecnófilo hacia el suicidio. (Schneider, 2008, p. 9)

15 Ejemplo que también ha usado Kevin Kinghorn (2010), aunque enfocado a la identidad de la persona.

16 La justicia estadounidense ha resuelto, en un curioso caso, que las figuras de *X-Men* no se pueden considerar como “muñecos”, lo que implica que no se pueden considerar como seres humanos (todo ello para abonar menos impuestos de importación). Sin embargo, al margen de la decisión, no lo considero como un argumento fuerte para efectos filosóficos, dado que en el caso resuelto lo único que importa es la apariencia física del juguete para determinar la clasificación, lo que aun así vuelve a la decisión cuestionable: ¿qué acaso Magneto no tiene forma humana?

17 Susan Schneider propone un interesante caso con respecto a esto en su artículo “Future minds: Transhumanism, Cognitive Enhancement and the Nature of Persons”, el cual consiste en suponer que alguien ha sido seleccionado para viajar a otro planeta y, para ello, se escaneará su cerebro para que en el otro planeta la información recopilada sea introducida (como un proceso tecnológico de descarga) en un nuevo cerebro y cuerpo. Pero mientras el escaneo se lleva a cabo, tu cerebro terrenal estará siendo destruido. Schneider llega a la siguiente conclusión: “La idea de que todavía serías tú [en el nuevo cuerpo] es contradictoria. Y debido a que esta persona claramente no es usted si no fue destruido, se deduce que no fue usted si lo fue. Porque la vida o la muerte de otra criatura no es una propiedad esencial de una persona. Por lo tanto, la descarga [de la información cerebral] no preserva la personalidad... La igualdad de patrón no es suficiente para la igualdad de la persona” (Schneider, 2008, pp. 9-10).

El desarrollo de una nueva especie requiere más que pequeños cambios en el ADN y la incorporación de la tecnología. De lo expuesto uno podría sentirse aliviado, pero ello sería todavía apresurado.

5. RUMBO A LA DESIGUALDAD

Lo expuesto nos lleva a preguntarnos: ¿qué efectos negativos generaría en el ser humano?

Considero que el término adecuado para responder a esto sería *desnaturalizar*. Según la RAE, dicho término significa “alterar las propiedades o condiciones de algo” (s. f., definición 1). La esencia podrá mantenerse, pero ello no implica que su naturaleza no se vea afectada. Para ejemplificar esto mejor, sería interesante recordar el caso de Nick Vujicic, quien nació sin brazos ni piernas. Es innegable que dichas extremidades forman parte de nuestra naturaleza como personas, pero no son la esencia de lo que nos convierte como tales, pues asumir lo contrario nos llevaría a la absurda conclusión que Nick no es un ser humano, sino “otra especie”. Las principales propuestas del transhumanismo alterarían gravemente la naturaleza del ser humano, pero, a diferencia de lo que ocurre con Nick, los transhumanistas buscan que sea de manera adrede.

La consecuencia más evidente y racional de esta desnaturalización es la desigualdad que se generará entre aquellos que han decidido no optar por el camino del transhumanismo en contraposición de aquellos que sí. Imagine el siguiente supuesto¹⁸: en un país se tiene varias empresas que se encargan de brindar servicios de mudanza, sin embargo, solo una de ellas tiene trabajadores transhumanistas. Es lógico concluir que esta última empresa brindará un mejor y eficiente servicio en comparación a su competencia. La competencia, al percatarse de ello, puede decidir exigirles a sus trabajadores que consuman el producto que los convierte en transhumanistas, y quienes no opten por ello entonces no podrán ir a trabajar, así como hoy en día —en contexto de pandemia— algunas empresas, universidades o colegios alrededor del mundo están exigiendo el certificado de vacunación contra el COVID-19.

¿O qué ocurriría si en un colegio una alumna tiene notas perfectas en todos sus cursos, debido —no a su inteligencia natural—, sino a que ha pasado por el proceso propuesto por los transhumanistas para tener una superinteligencia? Sus compañeros se sentirían en una situación de desventaja, por lo que les pedirían a sus padres que realicen el mismo proceso con ellos para estar en una situación equiparable.

18 Inspirado en las ideas que brinda Pablo J. Ginés (2021).

Son importantes las palabras que brinda Jorge Castellanos al respecto:

Resulta curioso observar que, en aras de neutralizar la primera de las desigualdades [la natural], lo que se consigue es una brecha aún mayor en la segunda de ellas [la moral o política]. Es cierto que, ante impedimentos físicos naturales, la tecnología, unida a la biología, puede subsanar determinadas dificultades. Pero este argumento es tramposo... a saber, no se trata de mejorar a aquellos que están enfermos o parten de deficiencias previas con respecto al ser humano convencional. No. De lo que se trata es de mejorar a sujetos sanos. (Castellanos, 2018, p. 128)

La ideología transhumanista terminaría imponiendo su pensamiento y forma de vida sobre el resto de los seres humanos “no mejorados”, quienes para no experimentar situaciones de desventaja en su día a día, podrían decidir sucumbir aun si están en contra de ello, pues recordemos que somos frágiles y moldeables con respecto a nuestras decisiones. Esto no implica que todos decidirán lo mismo, pero sí me atrevo a vaticinar que muchos aceptarían.

Mas ello no es todo lo peligroso, puesto que aquellos que decidan ser transhumanistas solo podrán serlo si su situación económica lo permite. Es de conocimiento público que, cuando hay una nueva invención tecnológica, los precios oscilan entre caros y muy caros (como cuando sale a la venta un nuevo Iphone), y no creo que esto sea una excepción con la tecnología propuesta por los transhumanistas. Irónicamente, esto generaría un efecto contrario al que desean los transhumanistas.

Entonces, el pretexto de generar un mundo más igualitario a través de estas modificaciones tecnológicas terminaría generando las peores desigualdades que los humanos podríamos enfrentar. Y en este análisis habría que diferenciar entre la desigualdad que se produciría en un mismo país, y la que se produciría desde un análisis general entre distintos países.

En el primer caso, la desigualdad más evidente es aquella que deja a los pobres o gente de clase media en una situación de asimetría, puesto que aquellos que ostentan el poder o tienen mejor solvencia económica tendrán más facilidades de “mejorarse”. No obstante, la preocupación económica no es la única. También resulta preocupante la posible discriminación que sufrirían ciertos grupos menos privilegiados, por ejemplo, en Estados Unidos se ha discutido mucho sobre el racismo que se experimenta cotidianamente. ¿Qué garantiza que para un tema tan trascendental, como es el transhumanismo, todos actúen con objetividad y solidaridad? En mi opinión, nada lo garantiza; al contrario: la historia ha demostrado que en temas trascendentales una persona suele ser —como regla— egoísta, siendo la fraternidad la excepción. O puede colocarse de ejemplo un país en donde muchos tengan gran repudio hacia las personas homosexuales, reclamando que estas no deberían acceder a dichas “mejoras”, pues las consideran inferiores, sin perjuicio de que existan más supuestos, como el hecho de

que primero accedan a estas “mejoras” aquellos que tienen contactos con quienes las distribuyen, al margen de si tienen suficiente dinero o no.

En el segundo caso, la preocupación está orientada a la predominancia de aquellos países potencia en contraposición a aquellos considerados en vías de desarrollo. Los primeros se caracterizan por tener gran solvencia económica, por lo que muy bien podrían adquirir estas nuevas invenciones tecnológicas del transhumanismo para ofrecerlas a su población sin mayor problema alguno. Por ejemplo, hoy en día, Canadá ha comprado suficientes dosis para vacunar cinco veces a su población contra el COVID-19 (BBC News Mundo, 2020), mientras que países como Perú todavía están batallando para conseguir vacunas, lo que demuestra ya una abismal diferencia que se debe tomar en cuenta. En consecuencia, esto dejaría a los segundos —los países en vías de desarrollo— en una situación de vulnerabilidad, toda vez que es probable que no puedan adquirir suficientes productos de estos ni siquiera para satisfacer los deseos de aquellos que desean (y pueden) pagar.

Todo lo mencionado está estrechamente relacionado con la teoría del caos. Esta teoría “está orientada a acercarnos a la comprensión de la complejidad del mundo, sus procesos creadores e innovadores” (Cárdenas Krenz, 2006, p. 2018) y en ella se postula que, así como existe un orden establecido, también existe un caos: uno necesita del otro y ambos conviven. Así surgen conceptos como “orden espontáneo” y “orden creado”, o también la “reivindicación de la incertidumbre”, siendo esta última donde —pienso yo— se ubicaría el transhumanismo. En este sentido, surgiría el fenómeno de la bifurcación, según el cual se abriría un universo de posibilidades donde las posibilidades negativas son mayores que las positivas (en este caso, al menos), máxime si se toma en cuenta que, en situaciones donde uno puede alcanzar el poder, el ser humano no suele actuar en pro del prójimo.

De esta manera, una de las mayores preocupaciones que tienen los críticos de esta ideología es una posible guerra entre los transhumanistas y los seres humanos “comunes y corrientes”. Esta preocupación parte de una premisa: nosotros solemos considerar a nuestros parecidos como iguales. Por ejemplo, cuando uno ve un ser humano, piensa en características propias de este, no solo porque nosotros somos uno, sino también porque interactuamos con otros y confirmamos dichas características. Pero si vemos algo que consideramos muy distinto, como un gato o un caballo, no nos atreveríamos a afirmar que pertenece a nuestra especie. Algo parecido puede ocurrir cuando observamos a los transhumanistas: aquellos humanos comunes se percatarán de que en ellos hay algo muy distinto, algunos pensarán que son superhumanos y otros pensarán que son otra especie, pero al margen del término que usen (que lo más probable es que no sea con tecnicismos como diferenciar entre esencia y naturaleza), lo cierto es que notarán que hay algo inusual, y con justa razón. Por ello, muchos se negarían a considerarlos como pares y, a su vez, los transhumanistas podrían razonar de la misma manera: podrían

considerarlos como inferiores intelectuales o como seres que deberían ser erradicados. En suma, aun si no se llega a una guerra propiamente dicha, como mínimo habrá un gran descontento social. Y será en este descontento en el que habrá un auge de interminables debates sobre el transhumanismo y los límites que deberían existir. ¿Pero deberíamos llegar a este punto para recién debatir sobre ello? A mi consideración, no, pero no basta con dar conferencias respecto al tema, sino que debemos reflejar estas preocupaciones en la realidad...y ahí es cuando el derecho entra a jugar.

6. POLÍTICA Y DERECHO: VITALES EN LA BATALLA

Un excelente análisis hecho por Cárdenas Krenz con respecto a la bioética es el siguiente:

el derecho y la bioética deben ir de la mano, en especial frente a los avances de las nuevas tecnologías. El primero rescata de la segunda un mayor entendimiento para la protección de la persona y su dignidad; mientras que el segundo rescata del primero su alcance en la práctica. (Cárdenas Krenz, comunicación personal¹⁹)

Como nos enseñan en el curso de Introducción a la Ciencias Jurídicas en la Universidad de Lima, el derecho debe adaptarse a las necesidades, es decir, a los nuevos retos a los que se enfrenta²⁰. Y esto implica no solamente superar los retos cuando lleguen al país, sino prever, si es posible, soluciones para que, cuando llegue el “punto de bifurcación”, estemos preparados y no echados a la suerte.

Lógicamente, para ello no bastará con que especialistas en el derecho intervengan, sino incluir, como indica Cárdenas Krenz, a los especialistas en la materia. En otras palabras, es hora de comenzar a discutir sobre la biojurídica, entendiendo esta como una adecuación de las normas jurídicas a la bioética; o, como mejor lo explican César Gutiérrez y María Dolores Vila-Coro:

Los grandes avances en la ciencia y en la biotecnología han superado a los mecanismos de control ético y legal. La bioética... regula los avances científicos y tecnológicos para que no se vuelvan en contra del hombre... La cultura y las leyes normativas... regulan las acciones del ser humano... comprendidas en el Derecho, cuya función es garantizar el mantenimiento y adecuado desarrollo de la vida social... La Bioética y la Biojurídica deben ser coherentes entre sí, deben avanzar y aplicarse simultáneamente para garantizar una vida digna en todas sus etapas, tanto en el presente, como para las generaciones futuras. (Gutiérrez & Vila-Coro, 2007, pp. 52-53)

19 Se trata de una opinión del Dr. Cárdenas Krenz que dio en una de las clases del curso Introducción a las Ciencias Jurídicas.

20 Así, por ejemplo, en un momento dado no se consideraban a los vídeos como medios probatorios, pero era lógico que esto cambiara debido a los avances de la tecnología. O en el caso de la prueba de filiación, la necesidad de incorporar las pruebas de ADN.

Un excelente inicio sería a través del análisis del concepto dignidad de la persona humana con su respectiva aplicación al transhumanismo. Este debe ser el inicio del debate biojurídico puesto que la dignidad del ser humano es la base del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la Constitución peruana ampara en su artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su *dignidad* son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (énfasis añadido). Igualmente, la Constitución Política de Colombia en su artículo 1 señala: “Colombia es un Estado social de derecho...fundada en el respeto de la *dignidad humana*” (énfasis añadido).

El hecho de que la dignidad humana esté amparada en el primer artículo de la Constitución no es mera coincidencia, dado que es la “piedra angular” del sustento de un adecuado ordenamiento jurídico. Y es esta dignidad la que la bioética personalista también busca proteger. Vinculando ello con el transhumanismo, esta postura bioética nos llama a proteger la naturaleza (y esencia) del ser humano.

Como el transhumanismo atenta contra la naturaleza de nuestra especie, es menester del ordenamiento jurídico el prohibir estas prácticas en resguardo de las personas, en especial de aquellas que sufrirían peores consecuencias. Ahora bien, uno podría argumentar que esto atenta contra la libertad individual²¹, pero ello resulta un error que, afortunadamente, es fácil de solucionar desde la óptica jurídica: el derecho a la libertad, como la mayoría de los derechos, tiene límites, los cuales no se reducen únicamente a cuando afectan los derechos de un tercero, como usualmente se piensa, sino que también existen límites para con uno mismo, en los que el consentimiento del titular es irrelevante, como previamente fue indicado también. El derecho protege al ser humano no solo de intromisiones externas: también incluye limitaciones al titular mismo.

Esto adquiere sentido cuando analizamos el término *dignidad*. A lo largo de la historia muchos filósofos han desarrollado su contenido, mas es Immanuel Kant quien lo desarrolla magníficamente. Su concepto de dignidad —que es también el más aceptado mundialmente— es aquel en el que se ve al ser humano como un fin en sí mismo y nunca como un mero medio, por lo que el deber de respetar la dignidad no es solo un imperativo categórico para con un tercero, sino también para con uno mismo. Es por ello que, aun cuando haya un sector importante que exija acceso a las llamadas *mejoras biológicas*, es el ordenamiento jurídico el que debería frenar aquellos intentos al margen del descontento social que pueda ocurrir.

No obstante, lo mencionado no sería fructífero si solamente el derecho y la bioética se unen, pues se debe recordar que el órgano encargado de emitir las leyes es el Poder Legislativo, el cual es eminentemente político, máxime cuando países como el Perú no

21 Sin embargo, ya en el apartado 3.1, La superlongevidad, mencioné que apelar a la autonomía como si fuese de carácter absoluto termina siendo un gran (y drástico) error.

exigen como requisito para ser congresista ciertos conocimientos jurídicos, por lo que involucrarse en formar grupos políticos y desde estos influir en las decisiones legislativas será clave para dar lucha contra la ideología transhumanista.

Otros autores, como el ya mencionado Castellanos, proponen también una solución a largo plazo: la educación en valores bioéticos. Propuesta que también me parece clave, puesto que, para verdaderamente cambiar una sociedad, no basta con la entrada en vigor de nuevas leyes, sino que es vital que las nuevas generaciones tengan muy en claro que defender la naturaleza humana y respetar su dignidad por sobre todo es tarea que incumbe a cada uno sin excepción²².

Bioética, derecho y política son las tres claves para instaurar una sociedad en pro de la naturaleza humana.

7. PALABRAS FINALES

Llorar porque murió un familiar cercano, enterarte de que tu pareja te ha dejado de amar, reprobar un curso o que muera una mascota tuya son solo algunos ejemplos de momentos en los que sentimos que el mundo está en nuestra contra o que no vale la pena seguir intentando.

Pero así como hay momentos tristes, también los hay alegres. Ganar un partido de fútbol, ocupar los primeros puestos de la promoción, iniciar una relación amorosa con una persona o hacer nuevos amigos son todos momentos felices donde la motivación para continuar sube a la cúspide.

Sin embargo, el transhumanismo, con el afán de mejorar al ser humano, termina quitándole su propia naturaleza, termina arrebatándole lo que hace que valga la pena vivir. Como muy bien nos muestra la película animada *Intensa-Mente* (*Inside Out*, 2015), la tristeza es necesaria para el bienestar. Y muchas veces aquellos momentos en la vida que consideramos como tristes pueden ser a su vez una oportunidad para mejorar. Uno no puede ser feliz todo el tiempo y, aunque fuese cierto, hay problemas lógicos de por medio, pues la “permanente felicidad” eventualmente se convertiría en un sentimiento “normal”.

22 Considero que dicha opinión no debería ser (tan) controversial. En el Perú tenemos un claro ejemplo de que las leyes no necesariamente cambian el comportamiento de las personas. Por ejemplo, cuando se tipificó el delito de feminicidio, se pensó que ello acabaría o reduciría drásticamente las muertes de las mujeres. Mas el efecto fue todo lo contrario: aumentaron con el paso de los años, y no parece existir indicio de que vaya a disminuir. Y es que un verdadero cambio no puede ser, únicamente, al menos, modificar una ley (lo que no implica que no sea importante), sino que se debe realizar desde las raíces mismas de la sociedad, desde sus valores, desde la familia misma.

Respetar y velar por la conservación de la naturaleza humana es trabajo de todos, por más que parezca que no ocurrirá en un futuro cercano, en verdad esto no lo sabemos, pues “Hoy es siempre todavía” (Machado, 1958, pp. 213-217). Como decía un poema anónimo, “Creo que la vida no vale la pena vivirla, mas te digo yo que es bella si todos luchamos por ella”. Y vale aún más la pena si la lucha por ella la hacemos pensando en los más vulnerables.

REFERENCIAS

- Bostrom, N. (2021). ¿Qué es el transhumanismo? (P. Gayozzo & F. López De Pomar, Trad.). *Futuro hoy*, 2(2), 7-12 (Trabajo publicado en 2001). <https://doi.org/10.52749/fh.v2i2.1>
- Burgos, J. M. (2013). ¿Qué es la bioética personalista? Un análisis de su especificidad y de sus fundamentos teóricos. *Cuadernos de Bioética*, 24(80), 17-30. <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/80/17.pdf>
- Calcagno, J., & Fuentes, A. (2012). What makes us human? Answers from evolutionary Anthropology. *Evolutionary Anthropology*, 21(5), 182-194. <https://doi.org/10.1002/evan.21328>
- Cárdenas Krenz, R. (2006). La teoría del caos y su aplicabilidad para el análisis y la comprensión de los fenómenos jurídicos. En Universidad de Lima (Ed.), *Libro homenaje Facultad de Derecho* (pp. 213-238). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Castellanos Claramunt, J. (2018). Transhumanismo, algoritmos y nuevas tecnologías: avanzando en la desigualdad. *Ius et Scientia*, 4(2), 120-131. <http://dx.doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2018.i02.08>
- Cortina, A. (2010, 29 de julio). ¿Tienen derechos los animales? *El País*. https://elpais.com/diario/2010/07/29/opinion/1280354405_850215.html
- Expósito Serrano, A. (2017, 1 de febrero). *Transhumanism: biological and epistemological implications*. <https://ssrn.com/abstract=2908821>
- Fukuyama, F. (2002). *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*. Ediciones B.
- Ginés, P. J. (2021, 31 de agosto). *Transhumanismo y biotecnología: lo posible, las fantasías, peligros y límites de ser “mejorado”*. Religión en libertad. https://www.religionenlibertad.com/ciencia_y_fe/55071804/transhumanismo-biotecnologia-peligros-enhancement.html?fbclid=IwAR2uWQOpbjW8deLySEa9aeaBp856rD9xmkmpJAungrefi34BSFJEX_FmK9U

- Gutiérrez Samperio, C., & Vila-Coro, M. (2007). Bioética y biojurídica. *Medicina y Ética: Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, 18(1), 53-70. <https://revistas.anahuac.mx/bioetica/issue/view/64>
- Heredia González, D. (2018). ¿Qué constituye al ser humano como ser humano? Un intento de tomar parte en la búsqueda a una pregunta básica del quehacer filosófico. *Naturaleza y Libertad. Revista de Estudios Interdisciplinarios*, (10), 143-154. <https://doi.org/10.24310/nyl.v10i3.3664>
- Herrero Jaén, S. (2016). Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud. *Ene. Revista de Enfermería*, 10(2). https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006
- Hriscu, M. (2020, junio). The challenges of transhumanism and human rights reflected in the current Romanian constitutional provisions. *International Journal of Communication Research*, 10(2), 198-201. https://www.ijcr.eu/articole/502_014%20Marius%20HRISCU.pdf
- Kaelber, L. (2012). Virginia. *Eugenics: compulsory sterilization in 50 American States*. <https://www.uvm.edu/~lkaelber/eugenics/VA/VA.html>
- Kinghorn, K. (2010). Cuestiones de identidad: ¿es el increíble Hulk la misma persona que Bruce Banner? En T. Morris & M. Morris (Eds.), *Los superhéroes y la filosofía: la verdad, la justicia y el modo socrático* (pp. 339-356). Blackie Books.
- Lima, L. (2021, 4 de febrero). *La distribución desigual de vacunas entre países ricos y pobres significará que el virus continuará propagándose y mutando*. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55911364>
- Lomanno, M. P. (2008). The possibilities and problems of transhumanism. *National Catholic Bioethics*, 8(1), 57-66.
- López Barahona, M., & Abellán, J. C. (2009). *Los códigos de la vida*. Homolegens.
- Machado, A. (1958). Hoy es siempre todavía.
- Michigan State University. (s. f.). *What is bioethics?* Center for Bioethics and Social Justice. <https://bioethics.msu.edu/what-is-bioethics>.
- Nombela, C. (2018, 29 de abril). *Transhumanismo y eugenesia*. ABC. https://www.abc.es/sociedad/abci-transhumanismo-y-eugenesia-201804292054_noticia.html
- Ortiz, M. (2021). *Libro Un mundo feliz de Aldous Huxley*. Cultura Genial. <https://www.culturagenial.com/es/libro-un-mundo-feliz-de-aldots-huxley/>
- Porter, A. (2017). Bioethics and transhumanism. *Journal of Medicine and Philosophy*, 42(3), 237-260. <https://doi.org/10.1093/jmp/jhx001>
- Real Academia Española. (2001). Enfermedad. En *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://www.rae.es/drae2001/enfermedad>

- Real Academia Española. (s. f.). Desnaturalizar. En *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/desnaturalizar>
- Real Academia Española. (s. f.). Esencia. En *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/esencia?m=form>
- Real Academia Española. (s. f.). Sanar. En *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/sanar?m=form>
- Rendtorff, J. D. (1998). Basic principles in bioethics and biolaw. *Bioethics and Medical Ethics*, 130-142. <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm>
- Sandberg, A. (2014). *Transhumanism and the meaning of life* (pp. 1-20). http://smile.amazon.com/Religion-Transhumanism-Future-Human-Enhancement/dp/1440833257/ref=sr_1_fkmr0_1?ie=UTF8&qid=1455566547&sr=8-1-fkmr0&keywords=Transhumanism+and+Religion%3A+Moving+into+an+Unknown+Future&tag=s4charity-20
- Schneider, S. (2008). *Future minds: transhumanism, cognitive enhancement and the nature of persons*. https://repository.upenn.edu/neuroethics_pubs/37
- Spaemann, R. (1997). ¿Es todo ser humano una persona? *Persona y Derecho*, (37), 9-23. <https://doi.org/10.15581/011.32013>
- TED-Ed. (2020, 27 de abril). *The dark history of IQ tests - Stefan C. Dombrowski*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=W2bKaw2AJxs>
- Villarroel, R. (2015). Consideraciones bioéticas y biopolíticas acerca del transhumanismo. El debate en torno a una posible experiencia posthumana. *Revista de Filosofía*, 71, 177-190. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602015000100014>
- Virginia Sterilization Act*. (1924, 20 de marzo). Asamblea General de Virginia.
- World Transhumanist Association. (1998). *The transhumanist declaration*. <https://web.archive.org/web/20090512213327/http://transhumanism.org/index.php/WTAD/declaration>

MISCELÁNEA

LA AUTONOMÍA DE LA DECLARACIÓN DE PARTE COMO MEDIO DE PRUEBA: UNA LECTURA DESDE LA REGULACIÓN PROCESAL COLOMBIANA*

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ JARAMILLO**

Universidad Cooperativa de Colombia, Medellín, Colombia

Recibido: 8 de junio del 2022 / Aceptado: 11 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6228>

RESUMEN. El escrito que se plantea a continuación analiza la declaración de parte en el sistema de medios de prueba civil colombiano. Para ello se propone examinar la prueba judicial en los sistemas procesales orales y determinar cómo la producción de la prueba a través de la inmediación del juez requiere el acercamiento del juez a las partes y la valoración de su versión. De cara al concepto de medio de prueba y el compromiso que asume el sistema procesal moderno con una decisión justa, la versión de la parte se convierte en un elemento informativo esencial en el proceso con el cual se puede producir la confesión o la declaración. No obstante, advertir la declaración de parte como medio de prueba autónomo no implica una posición de ignorancia o de ingenuidad respecto de los riesgos epistémicos de la prueba. Los principios probatorios como la oralidad, la libertad y la valoración se presentan como elementos teóricos bajo los cuales el sistema colombiano, a pesar de la jurisprudencia de sus altas cortes, puede darle valor probatorio a una información que encaja en la calidad de prueba típica.

PALABRAS CLAVE: confesión / declaración de parte / interrogatorio de parte / libertad de prueba / medio de prueba / oralidad / prueba atípica / valoración de prueba

* Texto derivado del proyecto de investigación "La declaración de parte en el proceso civil colombiano", avalado por la Convocatoria para Financiación de Proyectos de Investigación de la Universidad Cooperativa de Colombia, mediante Acta INV2928 del 24 de julio del 2020. Dicho proyecto fue adscrito al grupo de investigación Saber, Poder y Derecho.

** Profesor de la Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho, seccional Medellín. Especialista en derecho procesal y Magíster en Derecho. Correo electrónico: jose.gonzalezj@campusucc.edu.co.

THE AUTONOMY OF THE PARTY'S STATEMENT AS A MEANS OF EVIDENCE: A READING FROM THE COLOMBIAN PROCEDURAL REGULATION

ABSTRACT. This article analyzes the party's statement in the Colombian civil evidence system. For this, it proposes to examine the judicial evidence in the oral procedural systems and determine how the production of the evidence through the immediacy of the judge requires the approach of the judge to the parties and the assessment of their version. Faced with the concept of means of proof and the commitment assumed by the modern procedural system to a fair decision, the party's version becomes an essential element of information in producing the confession or statement. However, noting the party's statement as an autonomous means of proof does not imply a position of ignorance or naivety regarding the epistemic risks of the proof. Probative principles such as orality, freedom, and valuation are presented as theoretical elements under which the Colombian system, despite the jurisprudence of its high courts, can give probative value to information that fits the typical quality of evidence.

KEYWORDS: confession / declaration of part / party interrogation / freedom of evidence / means of evidence / orality / atypical evidence / assessment of evidence

1. INTRODUCCIÓN

Desde inicios del siglo xx, cuando se presenta la oralidad como un paradigma en el derecho procesal, se genera una transformación en los fundamentos de la teoría general. En este escenario la prueba judicial reestructuró varias de sus tesis y fundamentos. La publicación del maestro Cappelletti propició un debate trascendental en los sistemas procesales de origen continental al calificar la versión de la parte como prueba en los sistemas de carácter oral.

Dentro de la cultura jurídica del *civil law*, caracterizada por una corriente legislativa, es clara y presente aún la resistencia a permitir que la versión de la parte tenga la calidad de prueba y la posibilidad de valoración dentro del proceso judicial. Por el contrario, los sistemas probatorios caracterizados por la libertad probatoria y la valoración libre aportan elementos conceptuales suficientes que dan cuenta de una mirada progresista al valor de la declaración de parte en el proceso judicial.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

Este artículo plantea una mirada que aporta elementos teóricos, conceptuales y normativos de carácter jurisprudencial con los cuales se pueda determinar la autonomía de la declaración de parte en el sistema de los medios de prueba. En ese sentido, en este artículo se presentan los resultados de una investigación en la cual se analiza los elementos de disputa entre los dogmáticos del derecho procesal y probatorio respecto de la confesión, declaración, versión, confesión e interrogatorio de parte.

Para abordar este problema y desarrollar los objetivos se plantea un método cualitativo de investigación, en el cual se analiza diferentes textos teóricos y dogmáticos en el área de derecho, además de textos jurisprudenciales de las altas cortes que han determinado los alcances del derecho en el ordenamiento jurídico. El problema, el objeto y el desarrollo de los objetivos es estudiado a partir de diferentes categorías de la dogmática procesal y probatoria.

3. LA PRUEBA Y LA ORALIDAD: EL CASO DE LA DECLARACIÓN DE PARTE

La Ley 1564 del 2012, denominada Código General del Proceso —en adelante CGP— fue una reforma procesal al enjuiciamiento civil en el ordenamiento colombiano. Dicha norma se impuso al Decreto Ley 1400 de 1970 conocido como el Código de Procedimiento Civil —en adelante CPP—. Indudablemente una de las motivaciones políticas e ideológicas de la reforma al sistema procesal civil en Colombia fue intervenir la congestión judicial a partir de un procedimiento con mayor eficiencia.

En ese sentido, la oralidad (artículo 3 del CGP) fue una de las instituciones procesales en las que más insistió el legislador como estrategia jurídica para mejorar los índices de congestión judicial. Bajo el CGP, el proceso civil en Colombia debe desarrollarse de forma oral, pública y a través del mecanismo de la audiencia, con la presencia y la dirección del juez. La oralidad reforzó una garantía probatoria y procesal como es la inmediación (artículo 6 del CGP).

Respecto de la oralidad se han constituido algunos mitos. Entre ellos, se dice que los sistemas orales como formas procesales son necesariamente eficientes. Como emotivamente lo afirma Cappelletti, la oralidad ha sido uno de los principios del derecho procesal y probatorio que “ha agitado más profundamente las mentes de los estudiosos y reformadores del proceso civil de más de un siglo” (2002, p. 14).

La oralidad se presenta como un mecanismo que busca el cumplimiento de eficiencia, economía, plazo razonable y celeridad en la administración de justicia. La oralidad favorece la inmediación, simplifica los procedimientos y acerca al juez como director del proceso a las partes. No obstante, la oralidad no solo procura un mejoramiento respecto de la ineficiencia procesal. También procura mejorar las condiciones de la producción del conocimiento en el procedimiento. La oralidad permite acercar al juez en la práctica de la prueba:

Cada una de las formas puede ser eficiente para algunos fines y no para otros: la oralidad es eficiente en términos de ahorro de tiempo y dinero, pero no es necesariamente eficiente para preparar decisiones verdaderas y precisas sobre el fondo del asunto. La escritura puede ser eficiente también en términos de ahorro de tiempo, y especialmente para la preparación de los casos complejos, pero no es eficiente cuando el problema que surge es la valoración de la credibilidad de la prueba oral. (Taruffo, 2009, p. 266)

La jurisdicción y el proceso oral generan un impacto en las partes en la medida en que genera una “publicidad más abierta y con la fe y confianza del público” (Cappelletti, 2002, p. 22). La oralidad entonces es entendida como una forma de presentación de las alegaciones y de las pruebas (Cappelletti, 2002, p. 66). De hecho, la dogmática probatoria y procesal ha definido que la práctica de la prueba debe ser oral y la solicitud o proposición de la prueba debe realizarse en los escritos de postulación procesal (Nieva Fenoll, 2010a, p. 254).

Se asiste, así, a una desvalorización de la prueba escrita respecto de la oral (Cappelletti, 2002, p. 108). En ese sentido se ha considerado que no puede haber una efectiva estructuración de la oralidad si no se ha valorizado el interrogatorio de la parte planteando la autonomía de su propia declaración. Es decir, es un presupuesto de la oralidad que la versión de la parte deje de ser simplemente tolerada a ser un medio de prueba principal (Cappelletti, 2002, p. 15). La oralidad no puede realizarse si no se toma

como eje probatorio la declaración de parte como medio de prueba bajo un sistema de valoración libre de prueba (Cappelletti, 2002, p. 26).

De esta manera el CPP regula solo la existencia de la confesión judicial, mientras el CGP plantea la nominación —y para algunos la autonomía— de la declaración de parte. La declaración de parte ha sido identificada en la regulación del CPP como en la del CGP. No obstante, en la regulación del CPP si bien se nominaba la declaración de parte, se regula un régimen para la confesión y el interrogatorio (Naizir, 2021, pp. 180-181).

Lo cierto es que, a pesar de que el CGP distingue entre versión, declaración, confesión e interrogatorio de parte, no reguló a profundidad las reglas de producción probatoria respecto de la declaración de parte como medio de prueba. Esta situación genera una gran incertidumbre y discusión respecto de los alcances de la versión positiva de la parte en el proceso judicial en el sistema procesal civil colombiano.

En ese sentido, el sistema que regula el procedimiento civil en Colombia presenta un debate de grandes proporciones y consecuencias en la medida en que no se ha consensuado la autonomía de la declaración de parte y los alcances de la confesión, la versión y el interrogatorio de parte dentro del régimen probatorio. Este panorama reviste un panorama de inseguridad jurídica en la medida que se presenta un escenario para decisiones divergentes y contradictorias entre los operadores de la jurisdicción (Sanabria & Jiménez, 2018, p. 71).

4. RESULTADOS

4.1 Las partes como fuente de prueba: un debate probatorio

Si en algo ha coincidido la doctrina es en que las partes son, sin duda, los sujetos procesales mejor informados respecto del objeto de prueba en el proceso judicial. Son muchos los casos en los que las partes pueden ser las únicas fuentes de pruebas e información. No obstante, “la parte es la más propensa a no contar toda la verdad, pues su conducta guiada por el interés de obtener un fallo favorable puede despojarla de la objetividad requerida” (Naizir, 2021, p. 186). Las garantías que ofrece el proceso a las partes ante su declaración en el proceso implican que su dicho puede ser una información poco fiable.

Ante esta dicotomía, los sistemas procesales se debaten entre si se utiliza o no la información que proviene del dicho de la parte (García Odgers, 2012, p. 148). La reforma propuesta por el CGP en el año 2012 en el sistema procesal civil colombiano plantea esta discusión. ¿Puede ser concebida la declaración de parte como un medio de prueba autónomo en el proceso?, ¿cuál es la diferencia entre declaración de parte y confesión judicial?, ¿es posible que el juez interroge a la parte con el fin de que informe la ocurrencia de los hechos controvertidos en el proceso judicial?

Es claro que hay un común denominador en las reformas procesales en el continente americano (García Odgers, 2012, p. 154). Dicha tendencia está orientada a incorporar sistemas de procedimientos mixtos, tendencialmente orales. En dichos sistemas de enjuiciamiento, la oralidad se observa como una garantía a otros derechos. Específicamente, la oralidad y la realización de un proceso por audiencias incide en la producción del conocimiento en el proceso.

La oralidad incide en generar información de calidad en el proceso respecto de la ocurrencia de los hechos. La inmediación genera una percepción directa del juez y mayor contradicción de las partes: “Ello implica, en lo medular, un contacto inmediato y personal del juez con las partes y sus pruebas, tendiente a la generación de un escenario que favorezca una correcta calificación jurídica de los hechos” (García Odgers, 2012, p. 155).

La primera exigencia que se debe identificar para defender la autonomía de la declaración de parte es que se debe diferenciar la forma oral de las alegaciones y la forma escrita de las declaraciones procesales de carácter informativo. Es decir, se debe diferenciar entre las alegaciones de la parte y las alegaciones de su representante. De lo contrario, se seguirá pensando que, cuando la parte declara, constituye una “mera afirmación, una mera alegación por su naturaleza intrínseca, no susceptible de valoración probatoria por el Juez” (García Odgers, 2012, p. 175).

Los abogados, y sus declaraciones, no son medios de prueba en la medida en que no han percibido por sus sentidos los hechos pertinentes en el proceso. Sus afirmaciones deben probarse a partir de los medios de prueba: “Las partes como medio de prueba (...) no pueden ser suplidas por lo que diga su abogado. Cumplen funciones distintas con consecuencias diversas” (Marín Verdugo, 2010, p. 157).

En el CPP, a partir del artículo 174 se regula el régimen probatorio. El capítulo II regula la declaración de parte y en los demás artículos regula lo que se denomina *confesión judicial*. En el CGP, a partir del artículo 165 se regula el régimen probatorio. El capítulo III regula la declaración de parte y confesión. Bajo el CPP, el sistema procesal civil concibió la declaración de parte como el interrogatorio que se le realiza a la parte con el fin de provocar la confesión. Esto es, una versión con efectos eminentemente negativos. Así lo establece la Corte Constitucional en la Sentencia C-559 del 2009:

El interrogatorio o declaración de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria y se cumplan los demás requisitos señalados por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.

Bajo el CGP, el sistema procesal civil se encuentra en medio de un debate en términos mayúsculos sobre el entendimiento de la versión, declaración, confesión y el interrogatorio de parte. Para un sector de la doctrina hay una diferencia entre estos tres conceptos. Por un lado, quienes representan los conceptos normativos del CPP solo reconocen la existencia de la confesión judicial. Es decir, la versión que afecta a la propia parte y beneficia a la parte contraria.

Por otro lado, quienes representan los conceptos normativos del CGP plantean una distinción necesaria pero que ha estado en disputa en los últimos años. El interrogatorio no es un medio de prueba sino un escenario y herramienta procesal con el cual se produce la confesión y la declaración de parte, es decir, la versión que beneficia a la propia parte¹ (González, 2018, p. 16; Naizir, 2021, pp. 180-183; Tejeiro Duque, 2015, pp. 561-562).

Lo cierto, es que, desde el año 2012, cuando el CGP fue expedido, hasta el año 2016, cuando se presentó su vigencia, el entendimiento sobre las relaciones y efectos de la declaración de parte y confesión ha estado en disputa en el escenario dogmático y en el desarrollo jurisprudencial. Algunos autores y operadores jurídicos que anacrónicamente han defendido los postulados tradicionales del derecho probatorio enquistados en sistemas de tarifa legal sostienen que nadie puede hacer prueba con su propio dicho, minimizando el valor y la eficacia probatoria de la declaración de parte.

Para otros, el CGP necesariamente implica un cambio de pensamiento en la producción del conocimiento y la información. Desde esta perspectiva construida en postulados modernos y progresistas del derecho probatorio enquistados en sistemas de valoración libre y racional, la versión de la parte sometida a través del interrogatorio de parte no solo tiene utilidad para ubicar la confesión, sino también para recepcionar la declaración de parte.

4.2 La confesión judicial

La confesión ha sido un elemento cognoscitivo que se requiere en diferentes instituciones y disciplinas. La confesión ha sido vinculada con la tortura, esto por el contexto epistémico de tarifa legal y por el contexto ideológico de sistemas inquisitivos en los que dicho medio de prueba tuvo su mayor esplendor. El hecho de que la confesión se plantee en los procedimientos acusatorios o dispositivos es uno de los restos de los sistemas inquisitivos que han quedado presentes en los sistemas modernos de carácter procesal.

La confesión en ese contexto se vinculó a lo que se denominaba como *el sistema de valoración de pruebas legales*. Según Michel Foucault, "Este sistema definía con mucha

1 En palabras de Echandía, el "interrogatorio no es un medio de prueba, sino un instrumento para obtener la declaración de parte, en general, y su confesión, en particular" (2015b, p. 717).

precisión el valor de cada elemento de prueba en relación con una cierta cantidad de pruebas, considerada como capaz de conformar una certeza perfecta. Es lo que se llamaba una ‘plena prueba’” (Foucault, 2014b, p. 223).

La confesión tiene un impacto en la investigación y en la sentencia. La desaparición del sistema de prueba legal significó la valoración directa y subjetiva que realiza el juez. En ese sentido, el valor probatorio de los medios de prueba —y de la confesión— no está atado a una norma legal establecida en un código previo. La valoración probatoria es un ejercicio cognitivo que realiza el fallador por la soberanía de su ser.

Foucault afirma que la “verdad no le facilita la vida al derecho” (Foucault, 2014b, p. 31). En este sentido, la confesión se ubica en el horizonte de este problema: decir la verdad y juzgar. El proceso se ha movido a partir de la idea de que la “confesión de la falta no es suficiente. Hace falta que el acusado diga qué es él. Para dictar sentencia se necesita su verdad: su verdad dicha por los peritos y dicha también por él mismo” (Foucault, 2014b, p. 32). En términos generales, el problema que aquí se evidencia es cómo “la justicia, la jurisdicción, necesita la veridicción” (Foucault, 2014b, p. 38).

La confesión judicial, por todas las facilidades que implica para la investigación, se convirtió en una necesidad fundamental de los sistemas judiciales y procesales. El proceso judicial, en especial, requiere de la confesión. Necesita que las partes confiesen. Y se necesita para “que el sistema funcione a pleno. La confesión viene a disipar las incertidumbres, a completar los conocimientos fragmentados... Tiene un papel importante para que la jurisdicción, para que el hecho de dictar sentencia se lleve a cabo en plenitud”² (Foucault, 2014b, p. 227).

4.3 La declaración de parte: verdad y medio de prueba

A diferencia de lo que sucede con la confesión en los sistemas procesales, la declaración de parte no ha sido reconocida —de manera pacífica— como un medio de prueba autónomo, admisible y fiable en el proceso judicial. Dentro de los actos probatorios que producen las partes como sujetos del proceso judicial se encuentra la declaración de parte. Esto es, la posibilidad de emanar su propia versión como fuente de información con el fin de reconstruir hechos controversiales en el litigio. La determinación de incluir la propia declaración de parte en el sistema de los medios de prueba autónomos del proceso ha implicado múltiples confrontaciones.

2 La confesión se convirtió en Occidente en una de las técnicas más altamente valoradas para producir lo verdadero. Desde entonces hemos llegado a ser una sociedad singularmente confesante: “El hombre, en Occidente, ha llegado a ser un animal de confesión” (Foucault, 2014a/1976, pp. 74-75).

Uno de esos problemas es el valor o la fuerza de convicción probatoria que se acepta de la versión de la propia parte en el proceso jurisdiccional. En el derecho moderno existe una tendencia marcada a permitir una libertad de valoración sobre el contenido de la declaración (Echandía, 2015b, p. 539). No obstante, no cesan las voces de quienes rezan incansablemente la máxima del derecho: “*nemo tesis in causa propria*” (Taruffo, 2008, p. 67), o dicho de otra manera: “nadie tiene el privilegio de hacer con su solo dicho prueba de lo que dice” (Álvarez, 2017, p. 3).

En sentido contrario, se ha enquistado en el derecho probatorio el pensamiento de que las partes son quienes mejor conocen los hechos del litigio y son —por obvias razones— los sujetos mejor informados de los hechos aportados en el juicio (Cappelletti, 2002, p. 3). De allí que sea una necesidad la de utilizar a las partes como fuentes de información y medios de prueba. Sin embargo, no es menos cierto que la parte tiene la posibilidad e incluso le “interesa manipular, distorsionar y ocultar la verdad” (Taruffo, 2008, p. 67). Lo que pone presente, además, la idea de que la parte puede ser, para la resolución de los conflictos, la fuente de información y el medio de prueba menos confiable en el derecho probatorio (Cappelletti, 2002, p. 4).

La confrontación que se presenta respecto del valor probatorio de la declaración de parte es fundamental en el proceso jurisdiccional. Saber si la versión positiva que realiza la parte respecto de sus actos de postulación puede reconstruir un hecho es fundamental para el sistema de medios probatorios. El medio de prueba es un elemento que constituye datos cognitivos y contiene información para ser usada en la identificación de la verdad acerca de los hechos objeto del proceso (Taruffo, 2008, p. 15).

En los sistemas procesales modernos se busca la verdad sobre la base de los medios de prueba averiguados, propuestos, admitidos, practicados y valorados en el proceso (Taruffo, 2008, p. 16). Los medios de prueba son una herramienta necesaria con la cual el juez tiene condiciones epistémicas para reconstruir los hechos y de esta manera aplicar el derecho a esos supuestos tenidos como ciertos (Marín Verdugo, 2010, p. 131).

En todo caso, el derecho moderno ha establecido la búsqueda de la verdad de los hechos como uno de los fines del proceso judicial³. El proceso judicial no es solo

3 Si bien algunos consideran que los medios de prueba permiten que el conocimiento del proceso se aparte del ejercicio de adivinación, magia o suerte, es claro que el debate probatorio y la búsqueda por la verdad —o el conocimiento— no es más que un reflejo de la cultura social que rodea las instituciones procesales. En palabras de Chase: “[c]ada sociedad trata de hacerlo en la mejor manera que le es posible con las herramientas de que dispone... Esta creencia [en determinar la verdad] es un producto de la cultura y la historia” (2011, p. 66). Refuerza Taruffo: “[l]os medios de prueba son un fenómeno multifacético cuya naturaleza y definición varían de acuerdo con distintos factores históricos, culturales y jurídicos. Los sistemas procesales han sufrido cambios profundos... asimismo, las diferentes asunciones culturales acerca del conocimiento, la verdad y la función de las decisiones judiciales han tenido una fuerte influencia en las concepciones de la prueba” (2008, p. 59).

un mecanismo de solución de conflictos, sino, además, un mecanismo epistémico de información. Si bien durante decenios hemos entendido que la solución de conflictos es el fin del proceso, lo cierto es que “la verdad de los hechos en litigio no es un objetivo en sí mismo ni el propósito final de un proceso civil. Es más bien una condición necesaria” (Taruffo, 2008, p. 23).

La sentencia judicial como solución del conflicto en sí misma no es necesariamente una buena solución solo porque le ponga final al proceso (Taruffo, 2008, p. 22). La decisión judicial justa o veraz es el resultado del conocimiento que el fallador le imprime al asunto. Dicha decisión se funda en premisas fácticas fiables, las cuales solo se obtienen en el proceso a partir de los medios de prueba presentados, practicados y valorados de forma adecuada ante el tribunal (Taruffo, 2008, p. 20).

En el campo del derecho, hablar de la decisión judicial define el contexto en el que se produce la verdad judicial. Bajo esta perspectiva las normas jurídicas que regulan la producción de los medios de prueba en el proceso jurisdiccional están directamente relacionadas a las condiciones en que se realice la búsqueda de la verdad (Taruffo, 2008, pp. 24-25). La verdad en el proceso se presenta cuando hay coherencia o correspondencia entre un enunciado fáctico con un estado empírico del mundo, a lo que solo se llega a partir de la construcción de los medios de prueba (Taruffo, 2008, pp. 26-27). Dicho de otra manera: un supuesto fáctico se encuentra probado solo cuando se extraen inferencias que tienen que ver con su ocurrencia a partir de los elementos cognitivos a partir de los medios de prueba (Taruffo, 2008, p. 35).

4.4 Libertad y admisión de la prueba en el proceso. El caso de la declaración de parte

Teniendo clara toda esta relación respecto de la búsqueda de la verdad y los medios de prueba, no podemos ignorar que la admisión de los medios de prueba es un punto central en el proceso judicial. En este sentido, todos los procesos jurisdiccionales han hecho un esfuerzo para establecer normas jurídicas que permitan (i) clasificar la información en medios de prueba; (ii) averiguar y proponer la información contenida en los medios de prueba; (iii) decretar los medios de prueba que tienen información conducente, relevante y útil; (iv) practicar los medios de prueba para verificar la información contenida en los medios de prueba; y, por último, (v) valorar la información que contienen los medios de prueba.

En lo que tiene que ver con la admisión o el decreto de prueba, es fundamental definir la relevancia jurídica y la admisibilidad jurídica de los medios de prueba (Taruffo, 2008, p. 38). La relevancia jurídica de los medios de prueba se predica cuando estos pueden ofrecer un fundamento cognitivo y epistémico para establecer la reconstrucción de un hecho en litigio. Los medios de prueba son admisibles en la medida en que garanticen el cumplimiento de los criterios jurídicos y normativos de tecnificación contenidos en los códigos de procedimiento.

Dentro de esta relación es claro que los medios de prueba no solo deben ser relevantes, adicionalmente deben ser propuestos bajo los criterios jurídicos que contemplan la tecnicización jurídica, esto es: los criterios de validez (legitimada, formalidad y competencia) y los criterios de contenido (conducencia, pertinencia, utilidad y licitud) (Echandía, 2015a, pp. 125-126). Los requerimientos para el ingreso de los medios de prueba en el proceso dependen y “varían en función de las diferentes concepciones de la naturaleza de la prueba y de su función de los contextos procesales” (Taruffo, 2008, p. 41).

Respecto del ingreso de los medios de prueba en el proceso, la declaración de parte plantea desafíos y problemas de admisibilidad respecto a la calidad de las partes. El proceso judicial glosa quién puede ser interrogado como testigo en el proceso judicial. De esta manera, mientras en el derecho anglosajón hay una máxima de que cualquiera puede declarar y ser escuchado como testigo, incluidas las partes y cualquier otro interesado, en el derecho continental algunos sistemas procesales continentales, específicamente europeos, excluyen a algunos sujetos y personas que pueden declarar en el proceso (García Odgers, 2012).

4.5 La libertad probatoria y la prueba atípica: el caso de la declaración de parte

De las reglas probatorias que regulan la admisibilidad, incorporación o ingreso de la prueba al proceso, el sistema de medios de prueba regulado en las normas de procedimiento es quizá el más importante. El medio de prueba tiene la función de transportar información al proceso, pero al mismo tiempo la posibilidad de clasificar la información que debe transmitirse, de tal forma que esté lo suficientemente tecnicizada respecto de las formas jurídicas. En este sentido, una de las preguntas que deben resolverse es si

¿sólo puede ser admitidas las pruebas que están específicamente reguladas por el derecho, o bien si todos los medios de prueba deberían ser admitidos, siempre que sean relevantes para establecer la verdad de los hechos objeto de litigio, aunque no estén expresamente regulados por el derecho? (Taruffo, 2008, p. 54).

Es posible encontrar algunos sistemas taxativos que solo permiten el ingreso de pruebas, específicamente contempladas y reguladas en los códigos de procedimiento. Dichos sistemas son excepcionales, en la medida en que el derecho procesal y probatorio moderno regula sistemas enunciativos que contienen algunos rasgos generales de tipos o medios de pruebas contruidos en tipos vagos y abiertos que permiten la clasificación y adecuación de información en estos.

En el sistema taxativo de medios de prueba, la información que ingresa al proceso solo debe presentarse a través de los medios de prueba típicos o nominados por los

códigos de procedimiento. Por el contrario, en el sistema enunciativo de medios de prueba la información que ingresa al proceso puede hacerse a través de los medios típicos o nominados, pero también existe la posibilidad de toparse con medios de prueba atípicos o innominados⁴. Los medios de prueba atípicos o innominados son los que no se encuentran regulados en los códigos de procedimiento. En palabras de Cappelletti: “es justamente en la admisibilidad o no admisibilidad de estas pruebas que se individúa el criterio más seguro para decidir si un ordenamiento dado está o no basado en el principio de libre convencimiento judicial” (2002, p. 261).

En este sentido, los sistemas taxativos de medios de prueba representan un sistema de clausura. Su característica es que inadmite, rechaza y excluye toda información o fuente de prueba que no se encuentre tipificada o nominada como medio de prueba en los códigos de procedimiento, a pesar de que en el caso concreto tenga condiciones epistémicas para el convencimiento del juez sin la violación a derechos y garantías constitucionales. Dichos sistemas son propios de sistemas de valoración de tarifa o prueba legal, los cuales no son solamente cerrados en cuanto a la valoración de la prueba, sino que son también cerrados en cuanto a la libertad de la prueba, esto es la admisibilidad de la información⁵.

Adicionalmente, el derecho probatorio no puede ignorar la admisibilidad de los medios de prueba en razón de dos fundamentos jurídicos necesarios. El primero es el derecho fundamental a la prueba y el segundo es la libertad probatoria. Esta última categoría, asumida por algunos como principio del derecho probatorio, predica que cualquier información, argumento o cosa que tenga algún significado o utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos objeto del litigio puede ser usado como medio de prueba, incluso cuando no se clasifica o tecnifica por los que la ley ofrece (Taruffo, 2008, p. 59). Ante esto, el sistema de prueba legal se adscribe a una época de oscurantismo totalmente superada (Cappelletti, 2002, p. 102).

El problema que se desprende de dicha conclusión es el que hace algunas líneas anunciamos: ¿la declaración y la confesión de parte hacen de la prueba testimonial? Dicho de otra manera: ¿de qué manera se debe practicar la prueba de la declaración de parte que ha sido admitida incluso como prueba autónoma en el proceso? En ordenamientos

4 Para confrontar el concepto de prueba atípica e innominada: Calamandrei (1938, p. 163), Carnelutti (1944, p. 306), Taruffo (2008, p. 54).

5 En palabras de Marín Verdugo: “el sistema de prueba legal requería también que existiera un catálogo cerrado de medios de prueba, es decir, que los hechos en un juicio sólo pudiesen ser demostrados a través de ciertos medios específicos que eran definidos previamente por la ley. De lo contrario, si se presentase un medio de prueba no regulado en la ley, el juez no dispondría de una valoración preestablecida para resolver posibles conflictos entre esa prueba y las demás que sí estaban reguladas. A los medios de prueba no regulados en la ley se los denominó ‘prueba atípica’” (2010, p. 136).

jurídicos adscritos al *common law*, las reglas de práctica de la versión de la parte o de un tercero son idénticas independientemente de la persona que versiona (Naizir, 2021, p. 187).

Así como la confesión se clasifica según la doctrina en confesión voluntaria —la versión negativa que se produce por iniciativa de la parte en los actos de postulación— o provocada —la versión negativa que se produce en medio de interrogatorios de parte promovidos por el contrario—, la declaración de parte también se clasifica. Así las cosas, cuando la versión positiva que realiza la parte es rendida por la propia parte —por ejemplo, cuando se interroga a la parte por su propio abogado— se denomina *declaración de parte por iniciativa propia*. Ahora, cuando la versión positiva se realiza de manera oficiosa o por llamado de la contraparte se denomina *declaración de parte por iniciativa ajena* (Naizir, 2021, p. 183).

La cuestión es bajo qué herramienta procesal se presenta la declaración de parte al presentarse como prueba atípica y advertir que hay falta de reglamentación de las normas procesales. Es claro —y pacífico— que la confesión se produce a través del interrogatorio de parte. No obstante, respecto de las voces de la declaración de parte no hay consenso en dicha situación. Por un lado, para Álvarez (2014, p. 301; 2017, p. 10), Canosa (2014, p. 210) y López (2016, p. 484), no pueden trasladarse las reglas de práctica de la confesión, de tal manera que deben expandirse las reglas de la prueba testimonial y su interrogatorio cruzado.

Por el contrario, para López Blanco (2017, p. 187) y Naizir (2021, p. 186), debe trasladarse las reglas de la práctica de la confesión con su interrogatorio de parte y evitar a toda costa la aplicación del interrogatorio cruzado. La situación redundante en las posibilidades que puedan o no realizar las partes. Dentro de las actitudes y posibilidades evidentes se encuentra la posibilidad de aportación de documentos. De esta manera, si se defiende la primera posición, se llega a la conclusión de que en medio del interrogatorio —y sin lugar a dudas de manera sorpresiva—, la parte puede aportar documentos, situación que a través de la segunda posición plantean controlar. En ese sentido, se intenta controlar la posibilidad bajo la cual a las partes no les precluyen sus oportunidades probatorias.

4.6 Los sistemas de valoración probatoria y las implicaciones sobre la declaración de parte

En líneas previas se ha afirmado que los sistemas procesales orales incentivan la inmediación. Los sistemas procesales orales incentivan, además, un sistema de valoración libre. En palabras de Cappelletti “[n]o puede haber oralidad y libertad de valoración sin inmediación” (2002, p. 127). Los sistemas procesales escritos se cultivaron en un sistema de prueba legal. En dichos sistemas la valoración era determinada por

el legislador. Y este es el contexto natural en el que nace la confesión judicial (Marín Verdugo, 2010, p. 139).

Los sistemas orales o sistemas por audiencias mejoran “la calidad de la información con la que cuenta el juez para formar su juicio sobre los hechos debatidos” (Marín Verdugo, 2010, p. 127). El fallador tiene un contacto directo con las fuentes de prueba, esto genera mayor posibilidad de llegar a la decisión correcta y disminuye la posibilidad de yerros judiciales. Los sistemas donde la prueba se produce en audiencia y con presencia del juez tienen mayor preocupación por las reglas de producción probatoria. Especialmente, hay una mayor sensibilidad en la estructuración de las normas que regulan el ingreso y valoración de la prueba (Marín Verdugo, 2010, p. 127).

Respecto de la valoración de la prueba, las reglas procesales ofrecen un sistema de libertad probatoria para que los jueces valoren los medios probatorios (Marín Verdugo, 2010, p. 127). En palabras de Cappelletti, “[l]a intermediación está en función de la libre valoración de la prueba” (2002, p. 135). La mayoría de argumentos que se oponen a la declaración de parte dentro de los sistemas procesales apuntan a negar la posibilidad de ingreso de la prueba por recriminaciones a su valoración.

Ante este razonamiento, es claro que hay una confusión entre los principios probatorios de libertad y valoración de la prueba. Mientras el primero se refiere al ingreso de la información, el segundo apunta a la credibilidad del contenido de la información. La libertad es un juicio hipotético de relevancia jurídica del medio de prueba propuesto. La valoración es un juicio comprobado de relevancia jurídica del medio de prueba practicado en juicio. Si respecto de algún medio de prueba, como el caso de la declaración de parte, se niega su ingreso al proceso por reclamaciones epistémicas anticipadas, atenta contra la naturaleza misma del proceso como mecanismo de información:

¿Cómo se podría haber valorado seriamente la credibilidad de algo o alguien sin primero haberlo conocido y haber escuchado lo que tenía que decir? ¿Cómo se podría haber valorado la credibilidad de un testigo sin primero haberlo visto enfrentar, con o sin éxito, las contradicciones a las que haya podido ser expuesto? (Marín Verdugo, 2010, p. 128)

La confusión entre libertad probatoria y valoración es un rezago del sistema de prueba legal. La tarifa legal o la prueba tasada impedía al juez una separación clara entre libertad probatoria y valoración de la prueba. En este sistema, los medios de prueba eran valorados antes de ir a juicio y se realizaban a través de categorías generales de manera aislada entre medios de prueba. En el sistema de tarifa legal, no solamente se valoraba previamente, sino que se limitaba la convicción del juez a partir de sistemas taxativos de medios de prueba.

En estos sistemas no se presentan prejuicios respecto de la credibilidad y relevancia de la prueba (Marín Verdugo, 2010, p. 154). A diferencia de los sistemas de prueba legal,

los sistemas procesales de valoración libre definen claras diferencias entre libertad probatoria y valoración de la prueba. Una de las premisas que implica tal distinción es que en los sistemas procesales modernos la relevancia de un medio de prueba —cualquiera que sea— no puede prejuzgarse. En tal sentido, un medio de prueba “debe ser recibido antes de concluir algo sobre su valor probatorio. Las inhabilidades para declarar fundadas en razones de credibilidad, por lo tanto, no tienen razón de ser en nuestros nuevos sistemas” (Marín Verdugo, 2010, p. 166). A partir de dichas reflexiones, se hace necesario analizar los componentes jurisprudenciales que en el ordenamiento colombiano se han planteado.

4.7 La declaración de parte en la jurisprudencia colombiana

Ante la falta de precisión jurisprudencial de un desarrollo normativo en debate, desde la vigencia del CGP, la declaración de parte y la confesión han sido en el ordenamiento jurídico mecanismos en contienda en la dogmática procesal civil y en los despachos judiciales. Solamente hasta el año 2020 la Corte Suprema de Justicia se ha dispuesto a atender este dilema.

La única sentencia previa a estos años fue la sentencia C-551 de 2016 de la Corte Constitucional. En dicha sentencia la Corte declaró la constitucionalidad de la confesión judicial por apoderado judicial. Posterior a esto, la sentencia de tutela, del 28 de junio del 2019, bajo el radicado STC 8494-2019, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, reitera que la confesión por apoderado judicial “procura impedir maniobras probatorias obstructivas frente a las consecuencias de la confesión cuando se constituye apoderado, y este en las hipótesis previstas acepta hechos que engendran secuelas negativas para la parte que representa”.

Aclara la Corte que de ninguna manera la posibilidad de confesar faculta al apoderado para que pueda absolver el interrogatorio. Para el alto tribunal, el togado no puede absolver interrogatorio, ni siquiera por la inasistencia de su cliente a la audiencia inicial”. Es claro que el interrogatorio de parte es un acto personal y no de postulación por lo que debe ser reservado a la propia parte. Así, concluye la Corte Suprema:

el vocablo “confesar” de la norma aludida debe entenderse en el sentido que el apoderado puede aceptar hechos perjudiciales para su cliente o favorables a su contraparte, en el desarrollo de actuaciones como, por ejemplo, la fijación del litigio, sin que, de alguna manera pueda absolver interrogatorio⁶.

6 Adicionalmente, el hecho de que se permita absolver interrogatorio al apoderado tornaría inaplicables e inoperantes las sanciones y consecuencias previstas en los artículos 205 y 372 del Código General del Proceso ante la falta de concurrencia de la parte directa a la audiencia oral. En ese sentido, no hay posibilidad de advertir confesión o indicio grave en contra de dicha pretensión o excepción.

Bajo la misma preocupación de la práctica del interrogatorio y el papel de los abogados en este, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de febrero del 2020, identificada como STC 2156-2020, bajo radicado 2019-000368-01, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, sostiene que las normas que disciplinan el interrogatorio de parte y la producción de la declaración o versión de parte, y la confesión no distinguen si únicamente procede la intervención del fallador.

De esta manera, limitar la participación de los apoderados en la contradicción del interrogatorio con las preguntas realizadas afecta principios como la inmediación, defensa y contradicción. Bajo esta perspectiva, carece de sentido que el director del proceso no permita el cuestionamiento entre las partes y, específicamente, sus apoderados. En este orden, la Corte ha ignorado el debate conceptual y normativo de fondo ante la distinción entre declaración de parte y confesión.

Ahora, para marzo del 2020, después de años de expectativa, la Corte Suprema de Justicia se refiere al respecto de la declaración de parte. La Sentencia SC780-2020, con radicado 2010-00053-01 del magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez, prescribe que

el interrogatorio que se hace a las partes se circunscribe a que establezcan el objeto del proceso y fijen el objeto del litigio, para lo cual deberán exponer los hechos operativos que se contextualizan el caso, los hechos probatorios susceptibles de confesión y los hechos que requieren ser probados... De ahí que la simple declaración de parte no es medio de prueba, pues los hechos operativos que de ella se extraen jamás hacen prueba a favor de quien los refiere.

Para la Corte, la declaración de parte al no aceptar hechos negativos a la parte significa que estos solo pueden apreciarse como hechos operativos. Incluso sostiene que, al favorecer a la parte, no se puede sacar ventaja probatoria de su propia declaración: ni a favor ni en contra del declarante o de su contraparte. Así las cosas, desde la perspectiva de la Corte, la versión de la parte no es un medio de prueba en la medida que no genera controversia, ni hay necesidad de someterla a contradicción, "por lo que sólo servirá para contextualizar la situación cuando hayan de elaborarse enunciados fácticos en la sentencia".

El 7 de diciembre del 2020, la Corte Suprema de Justicia expide la Sentencia SC4791-2020, bajo radicado 2011-00495-01, del magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, donde se reitera el contenido de la Sentencia SC780-2020. De hecho, el alto tribunal cita la Sentencia 113 del 13 de septiembre de 1994 y Sentencia 028 de 1999, radicado 5195, en donde se sostiene que

la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita los hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra

hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual [a] nadie le es lícito crearse su propia prueba.

la declaración de parte no tiene el valor de plena prueba, pues esta no fue la intención del legislador del 2012, de allí que la versión dada por el demandante... no pudiera ser acogida *per se*... siendo menester confrontarla con los restantes elementos suasorios.

No obstante, en dicha sentencia hay una aclaración de voto del magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque con varios motivos de disenso al respecto. En este escrito, sostiene el aclarante que la regulación del Código General del Proceso le otorga al juez la posibilidad de examinar, interpretar y valorar, en cada caso como es natural, la capacidad persuasiva y epistémica de la versión y narración efectuada por cada sujeto e incluso litigante en los actos de parte y de postulación.

Para el magistrado la máxima que reza la mayoría de la doctrina y ha asimilado la Corte: “nadie puede ser prueba con su propio dicho”, representa un sistema de valoración legal y prueba tasada que no parece ser saludable en un sistema procesal y probatorio actual. De esta manera, Tejeiro Duque (citando a Echandía, 2015b; Cappelletti, 2002; Nieva Fenoll, 2010b) sostiene que, si la versión de la parte es coherente y contextualizada, y además es corroborada por otros medios de prueba, puede ser digna de credibilidad y, por tanto, debe ser apreciada en conjunto con las otras pruebas con el fin de esclarecer los hechos que importan para determinar la *litis*.

Quién mejor que la propia parte, que es la más interesada en los resultados del pleito, para narrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos cuya averiguación es pieza clave para su resolución. A fin de cuentas es ella quien los conoció mejor que nadie y, por ende, está en mejores condiciones de narrarlos, sobre todo porque es la protagonista en la controversia, lo que hace que su versión sirva para aclarar lo ocurrido si de ella se logran extraer los frutos debidos.

Con este antecedente, el magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, el pasado 7 de octubre del 2021, en sentencia de tutela identificada como STC 13366-2021, radicado 2021-01707-01, advierte que el interrogatorio de parte es la vía para acceder a la versión de las partes y, por ende, a la producción de la *declaración de parte y confesión*. A tal punto que “[l]as versiones de las partes son esenciales para los procesos contenciosos, pues a partir de ellas el sentenciador construye la decisión que finiquita la controversia que los suscitó”.

Sostiene la Corte que la versión de parte se da, de manera indirecta, en los actos de postulación y, de manera directa, cuando las partes son citadas por el juez. Concluye afirmando que “[d]e ahí la relevancia de la *declaración de parte y confesión* como medios de prueba”. El pasado 19 de julio del 2022, el mismo magistrado, en Sentencia de Tutela

STC 9197-2022, radicado de origen 2022-02165-00, tiene la oportunidad de referirse sobre el mismo tema, sobre el cual concluye que,

[si bien se cree que la declaración de parte estará enfocada] a ofrecer la mejor imagen de sí misma, siendo esa natural vanidad la que ha hecho desconfiar de su dicho, ese recelo parece excesivo, ya que la intención en mostrar la mejor imagen de sí misma no es motivo para que se le tache de embustera ni para que se le crea ciegamente cuando diga algo que le perjudica, dado que su versión puede tener como fin el descubrimiento y, por ende, al ser reveladora, debe ser apreciada en su verdadero contexto, solo que con cierto esmero y cautela, que pasan a ser máximas de la experiencia y suponen auscultar otros parámetros en aras de valorar objetivamente su credibilidad.

En tal caso, debe el juez ser mucho más analítico y prescindir de cualquier valoración subjetiva respecto del declarante, como por ejemplo sus reacciones, la firmeza de la voz, su vestimenta, su seguridad, etcétera, para darle paso a una apreciación más metódica y reflexiva en la que le preste mayor atención al contexto y al contenido de la reconstrucción factual hecha por la parte, así como a la coincidencia de su narración con otros medios para saber si es verosímil.

De ese modo, si el relato resulta coherente, contextualizado y existen corroboraciones periféricas, como por ejemplo documentos u otros medios de juicio que lo sustenten, es digno de credibilidad y, por tanto, debe ser apreciado en comunión con ellos a fin de esclarecer los hechos que importan para la definición de la litis.

Ahora, en el interregno entre ambas sentencias del magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, específicamente el 4 de abril del 2022, el Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C en sentencia con radicado 17001-23-33-000-2020-00044-02(67820) del consejero ponente Guillermo Sánchez Luque, también ha referido algunas reflexiones al respecto.

En ese sentido el alto tribunal advierte que la declaración es el género con el cual se puede diferenciar la declaración de parte y el testimonio como especies. Dichas sentencias difieren respecto de la calidad de las partes que rinden la declaración. Así las cosas, la primera parte de los extremos de la litis; mientras el segundo, de un tercero que no tiene vínculo alguno con la pretensión. Ahora, respecto del problema en cuestión, el tribunal indicó que

es preciso insistir en que quien alega un hecho debe demostrar su ocurrencia para que produzca el efecto pretendido, pues la sola afirmación de una parte no es suficiente para acreditarlo. De ahí que, permitir que la misma parte solicite su declaración, no tiene en cuenta lo previsto en el artículo 167 CGP, ni corresponde a una interpretación armónica de esta norma (artículo 30 CC).

Más allá de las discusiones sobre el valor probatorio de la declaración de parte, la posibilidad de que esta prueba sea solicitada por la misma parte y la valoración

de la misma, es claro que la demostración de la ocurrencia de los hechos no deriva de las afirmaciones de las partes. De ser así, la demanda y la contestación servirían para acreditar los supuestos de hecho que estas aducen y no sería necesaria la práctica de pruebas. Por ello, el Despacho debe determinar, además, si la prueba es útil, pertinente, conducente y no resulta superflua.

De esta jurisprudencia queda claro que, bajo el sistema procesal civil que prohíja el CGP, los contenidos y alcances normativos de la declaración de parte y la confesión como medios de prueba están siendo disputados. La idea de esta investigación fue asumir algunos elementos que aporten al debate y al desarrollo jurisprudencial.

5. CONCLUSIONES

El tránsito de legislación entre el CPP, caracterizado por un procedimiento tendencialmente escrito, y el CGP, caracterizado por un procedimiento tendencialmente oral, ha convocado la necesidad de diferenciar los conceptos de versión, declaración, confesión e interrogatorio de parte. Este último como instrumento para la práctica de la prueba permite que las partes al presentar su versión puedan confesar, en caso de que sea contraria a sus intereses, o puedan declarar en caso de que sea favorable a los mismos.

Si bien la parte es el sujeto que mejor conoce respecto de los hechos, es igual de cierto que la parte es el sujeto que va a querer presentar la mejor versión de sí. No obstante, esta máxima de la experiencia no puede ser un argumento para que, por un reto de valoración probatoria, se permita objetar la admisibilidad de una prueba que debe ser al menos considerada dentro del razonamiento probatorio del juez.

El cambio legislativo de un sistema procesal caracterizado por la escrituralidad a la oralidad dado entre el CPP y CGP representó una forma de producción de los actos procesales, entre ellos el acto probatorio. La oralidad procesal repercute notablemente en la producción de la prueba en la medida en que el principio de inmediación advierte que bajo un sistema moderno el juez debe valorar de manera libre la versión favorable de la propia parte para determinar la capacidad demostrativa en el proceso.

Si el proceso judicial tiene una preocupación por la verdad y por decisiones más justas, es imperativo que las decisiones judiciales se constituyan a partir de medios de prueba. El concepto de medio de prueba advierte la necesidad de presentar información al proceso judicial que goce de tecnificación jurídica (cumplimiento de formalidades) y de relevancia jurídica (capacidad epistémica). El reto del proceso judicial y de los sistemas de valoración probatoria está determinado por identificar la capacidad demostrativa que la versión de parte favorable tiene en el proceso judicial.

La idea de que la declaración de parte sea presentada por iniciativa propia o iniciativa ajena, tal y como se clasifica la confesión, obliga a que el juez deba valorar si la versión

favorable de la parte independiente se produce a través del interrogatorio que realiza su propio representante o el apoderado de la parte contraria. Ante un interrogatorio de la parte contraria con el fin de constituir confesión judicial, el juez puede advertir la posibilidad de producción de la declaración de parte.

Ante esta situación, se hace necesario diferenciar la versión de la parte de los actos de postulación del apoderado judicial. Si bien las versiones negativas de los apoderados pueden constituir confesión judicial, las versiones positivas de los apoderados judiciales no constituyen declaración de parte. Dichas afirmaciones deben probarse por medios de prueba como la confirmación y examen de la declaración de la propia parte. Son funciones diferentes dentro de la producción del conocimiento en el proceso.

Los medios de prueba atípicos son un desarrollo del principio de libertad probatoria. No solo es posible probar un hecho por cualquier medio de prueba. También es posible que, en los sistemas donde hay listas enunciativas de medios de prueba, la información que no se encuentre estrictamente regulada y clasificada en un medio de prueba pueda ser presentada en el proceso como prueba atípica. La declaración de parte cumple con estas características y en ese sentido por libertad probatoria debe ser admitida en el proceso y su valoración dependerá de la capacidad epistémica que transmita.

REFERENCIAS

- Álvarez Gómez, M. (2014). *Documentos y declaraciones. Código General del Proceso comentado*. Ediciones ICDP.
- Álvarez Gómez, M. (2017). *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III: Medios de prueba*. Temis.
- Calamandrei, P. (1938). *Rivista di Diritto Processuale Civile* 15 (primera parte).
- Canosa, U. S. (2014). *Código General del Proceso. Declaración de parte-documentos*. En XXXV Congreso de Derecho Procesal, Bogotá, Colombia.
- Cappelletti, M. (2002). *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*. Librería Editora Platense.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil* (Vol. 3). Unión tipográfica editorial hispanoamericana.
- Chase, O. G. (2011). *Derecho, cultura y ritual*. Marcial Pons.
- Echandía, H. D. (2015a). *Teoría General de la Prueba Judicial* (tomo I). Temis.
- Echandía, H. D. (2015b). *Teoría General de la Prueba Judicial* (tomo II). Temis.
- Foucault, M. (2014a). *Historia de la sexualidad. Volumen 1. La voluntad de saber. Curso en el Collège de France* (obra original publicada en 1976). Siglo XXI Editores.

- Foucault, M. (2014b). *Obrar mal, decir la verdad: La función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina*. Siglo XXI Editores.
- García Odgers, R. (2012). El testimonio de las partes en juicio propio: análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria. *Ius et Praxis*, 18(2), 2012, 147-187.
- González Jaramillo, J. L. (2018). La declaración de parte en el sistema procesal civil colombiano. *Diálogos de Derecho y Política*, (21), 7-23.
- Guastini, R. (2014). El realismo jurídico redefinido. En Á. Nuñez Vaquero, *Modelando la ciencia jurídica* (pp. 87-114). Palestra Editores.
- López, A. M. (2016). *La declaración de parte como medio de prueba autónomo. La parte como testigo*. En XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Colombia.
- López Blanco, H. F. (2017). *Código general del proceso. Parte general*. Dupre Editores.
- Marín Verdugo, F. (2010). Declaración de la parte como medio de prueba. *Ius et Praxis*, 16(1), 125-170.
- Naizir, J. C. S. (2021). La declaración de parte en el Código General del Proceso. En J. C. S. Naizir; F. H. T. López; L. G. A. Gallego & R. B. Guzmán (Eds.), *Derecho probatorio: desafíos y perspectivas* (pp. 177-199). Universidad Externado de Colombia.
- Nieva Fenoll, J. (2010a). Los problemas de la oralidad. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, (67), 237-257.
- Nieva Fenoll, J. (2010b). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Sanabria Villamizar, R. J., & Jiménez Escalante, J. T. (2018). La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el Código General del Proceso colombiano. *Academia & Derecho*, 9(16), 67-102. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.16.5979>
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. En *Páginas sobre justicia civil* (pp. 245-267). Marcial Pons.
- Tejeiro Duque, O. A. (2015). Confesión, interrogatorio y declaración de parte. En I. C. Procesal, *Memorias XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 561-569). Universidad Libre.

JURISPRUDENCIA

- Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 4 de abril del 2022, radicado 17001-23-33-000-2020-00044-02(67820). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque [Colombia].

Sentencia C-559 del 2009. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla [Colombia].

Sentencia C-551 del 2016. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio [Colombia].

Sentencia del 28 de junio del 2019, radicado STC 8494-2019. Corte Suprema de Justicia. Sala de Tutela. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo [Colombia].

Sentencia del 28 de febrero del 2020, radicado STC 2156-2020 y de origen 2019-000368-01. Corte Suprema de Justicia. Sala de Tutela. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villabona [Colombia].

Sentencia de marzo del 2020, radicado SC 780-2020 y de origen 2010-00053-01. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez [Colombia].

Sentencia del 7 de diciembre del 2020, radicado SC 4791-2020, bajo radicado 2011-00495-01. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo [Colombia].

Sentencia del 7 de octubre del 2021, radicado STC 13366-2021 y de origen 2021-01707-01. Corte Suprema de Justicia. Sala de Tutela. Magistrado ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque [Colombia].

Sentencia del 19 de julio del 2022, radicado STC 9197-2022 y de origen 2022-02165-00. Corte Suprema de Justicia. Sala de Tutela. Magistrado ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque [Colombia].

LA IMPROCEDENCIA DE CUESTIONAR EL LAUDO POR VICIOS DE FONDO EN COLOMBIA

LUISA MARÍA BRITO NIETO*

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia

Recibido: 21 de junio del 2022 / Aceptado: 4 de febrero del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.5950>

RESUMEN. El presente artículo tiene como finalidad analizar el alcance de la causal séptima de procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral y los límites establecidos a la acción de tutela en contra de este fallo, con el propósito de determinar si permiten al juez colombiano analizar asuntos de fondo del laudo arbitral, habida cuenta de su frecuente utilización en la práctica con estos fines. Así mismo, se pretende estudiar de forma crítica la pertinencia, necesidad y conveniencia de la consagración legislativa de una causal de anulación que permita a las partes y al juez colombiano inmiscuirse en asuntos sustanciales del laudo arbitral.

PALABRAS CLAVE: arbitraje en Colombia / recurso extraordinario de anulación / acción de tutela / laudo arbitral / asuntos sustanciales del laudo arbitral

INADMISSIBILITY OF CHALLENGING AN ARBITRATION AWARD FOR SUBSTANTIVE DEFECTS IN COLOMBIA

ABSTRACT. The purpose of this article is to analyze the scope of the seventh cause of appeal for annulment of the arbitration award and the limits established to the tutelage action against this decision to determine whether they allow Colombian judges to analyze substantive issues of the arbitration award, given its frequent use in practice for these purposes. Likewise, it is intended to critically study the relevance, necessity, and convenience of the legislative establishment of grounds for annulment that allows the parties and Colombian judges to interfere in substantive matters of the arbitral award.

KEYWORDS: Arbitration in Colombia / extraordinary appeal for annulment / tutela action / arbitration award / substantive issues of the arbitration award

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Mediación, Arbitraje y Gestión de Conflictos en Derecho Privado de la Universidad de Valencia, España. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá D.C.). Correo electrónico: luisa.brito@uexternado.edu.co. Teléfono: 601 3537000, extensión 1133. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4481-8811>

1. INTRODUCCIÓN

En la legislación colombiana, el laudo proferido en un arbitraje nacional es susceptible de los recursos extraordinarios de anulación y de revisión. De la lectura literal de las causales de procedencia de estos recursos, taxativamente previstas en la normatividad, puede evidenciarse que no resulta posible cuestionar asuntos de fondo del laudo arbitral. A pesar de lo anterior, en la práctica arbitral colombiana ha podido vislumbrarse que los interesados han utilizado dos mecanismos para cuestionar — infructuosamente, como se verá más adelante— el raciocinio normativo y probatorio desarrollado por el tribunal en el laudo arbitral: i) la causal séptima de procedencia del recurso de anulación, consistente en “haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”; y ii) la acción de tutela en contra del laudo arbitral.

En ese sentido, por medio de este escrito se pretende analizar de forma crítica los siguientes interrogantes o problemas jurídicos: i) si, conforme a los límites establecidos y el alcance de la causal séptima del recurso de anulación y de la acción de tutela en contra del laudo arbitral, se permite realmente cuestionar asuntos de fondo del laudo arbitral mediante estos mecanismos; y ii) teniendo en cuenta que comúnmente se acude a ellos para manifestar inconformidades respecto del raciocinio del tribunal arbitral, analizar si resulta necesario y pertinente que se consagre legislativamente una causal de anulación que permita atacar asuntos de fondo del laudo arbitral.

Por tal razón, el primer acápite del presente escrito se dedica al estudio de los recursos procedentes en contra del laudo arbitral. En el segundo epígrafe se analiza el alcance de la causal séptima del recurso de anulación y en el tercer aparte se estudian los límites establecidos para la procedencia de la acción de tutela en contra del laudo arbitral. En el acápite cuarto, se efectúa una breve referencia a algunas legislaciones foráneas, con el propósito de verificar si se ha previsto en ellas la posibilidad de cuestionar el fondo del laudo arbitral.

Finalmente, en el quinto acápite se cuestiona si sería verdaderamente necesario, e incluso pertinente, que se consagre legislativamente una causal de procedencia del recurso de anulación en contra del laudo arbitral, que permita alegar asuntos de fondo. Acerca de este particular, se esgrimen las razones por las cuales se considera que lo anterior no resulta necesario ni tampoco pertinente.

Para llevar a cabo el estudio antes descrito, se utiliza una metodología crítica, tomando como sustento fuentes doctrinales y jurisprudenciales, tanto nacionales (colombianas) como extranjeras.

2. RECURSOS QUE PROCEDEN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

Como primera medida, resulta pertinente analizar si a través de alguno de los recursos que proceden en contra del laudo arbitral nacional en Colombia es viable alegar algún defecto de fondo respecto de dicha providencia. Los medios de impugnación que pueden interponerse en contra del laudo son los recursos extraordinarios de revisión y de anulación. Ambos recursos, al ser extraordinarios, no pueden fundamentarse en los reparos que el impugnante a bien considere, sino en una serie de circunstancias precisas y legalmente delimitadas. Lo anterior, desde luego, restringe el radio de acción del juez que está llamado a resolver el recurso (Rojas, 2019, pp. 480-481).

El recurso de revisión tiene como propósito evitar que las sentencias judiciales se fundamenten en “falsas verdades” (Rojas, 2019, p. 503). Este medio de impugnación debe interponerse con sustento en las causales previstas de forma taxativa en el artículo 355 de la Ley 1564 del 2012 —Código General del Proceso colombiano—, las cuales no corresponden a la existencia de errores de juicio cometidos en la decisión contenida en el laudo —que permitan cuestionar el fondo de esta—, sino en circunstancias que generen una divergencia entre la verdad procesal y la verdad real (López, 2019, p. 901), tales como falsedades respecto de las pruebas practicadas en el proceso, existencia de colusión entre las partes, entre otras que desde luego desembocan en graves injusticias.

Por su parte, y al ser también un recurso extraordinario (Silva, 2021, p. 147), el recurso de anulación procede con fundamento en las causales enlistadas en los nueve numerales¹ del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 —Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano—. Las causales de procedencia del recurso de anulación tienen en común que buscan enmendar vicios exclusivamente de procedimiento (Bejarano, 2019, p. 425; Hernández, 2016, p. 24); es decir, no pueden plantearse reparos que ataquen los aspectos de fondo o sustantivos del laudo.

En concordancia con lo anterior, el inciso final del artículo 42 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano proscribe expresamente la posibilidad de que el juez destinado a resolver el recurso de anulación cuestione o modifique los juicios de valor y el análisis probatorio efectuado por el tribunal arbitral.

Así las cosas, y conforme a la literalidad y espíritu de la normatividad, ni el recurso de revisión ni el recurso de anulación pueden válidamente sustentarse en las inconformidades que tenga el recurrente respecto del fundamento fáctico, jurídico o probatorio realizado por el tribunal arbitral (Gil, 2017, p. 422).

1 Además de la causal andina, consistente en la omisión de solicitar la interpretación prejudicial ordenada por el artículo 33 del Tratado de Constitución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Acerca del particular, ver: Sección Tercera, Expediente 43.281, 2012; Sección Tercera, Expediente 56.845, 2016.

3. EL ALCANCE DE LA CAUSAL SÉPTIMA DEL RECURSO DE ANULACIÓN: FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD, DEBIENDO SER EN DERECHO

A pesar de que el recurso extraordinario de anulación procede exclusivamente con sustento en los vicios de procedimiento taxativamente enlistados en la ley, la causal séptima de anulación ha generado en la práctica arbitral colombiana dificultades en su aplicación.

El numeral séptimo del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012 indica que procederá el recurso de anulación en caso de “[h]aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. Es preciso resaltar que el literal en cita contempla dos supuestos de hecho distintos: i) el fallo en conciencia, por un lado; y ii) el fallo en equidad, debiendo ser en derecho, por el otro.

Al resultar el *fallar en conciencia o en equidad* términos muy amplios, en la práctica arbitral colombiana esta causal ha sido frecuentemente utilizada por las partes interesadas con el propósito de cuestionar el análisis jurídico y probatorio efectuado por el tribunal arbitral, es decir, de debatir aspectos del fondo del laudo. Por esta razón, resulta imperativo analizar el alcance y los límites de la referida causal séptima, con el fin de determinar si abre la puerta a que el juez del recurso estudie asuntos distintos a los meramente procedimentales.

3.1 Primer límite: las circunstancias que den lugar al fallo en conciencia o en equidad deben aparecer como *manifiestas* en el laudo arbitral

La causal séptima de anulación indica que las circunstancias que configuren el fallo en conciencia o el fallo en equidad deben aparecer como manifiestas en el laudo. Así las cosas, en el evento que no resulte evidente u obvio que el laudo proferido por el tribunal fue en conciencia o en equidad, esta causal no tiene vocación de prosperidad.

La jurisprudencia ha indicado que, para que la causal séptima prospere, no resulta suficiente que la parte recurrente indique que el fallo ha sido proferido en conciencia o en equidad, sino que debe acreditarse también que dicha característica resulta manifiesta en el laudo. Es decir, dicha circunstancia debe resultar evidente, ostensible y clara, comoquiera que en sede de anulación no es viable ni admisible abrir un debate propio de una segunda instancia (Sección Tercera, Expediente 37.788, 2011).

Así las cosas, el juez del recurso debe poder concluir que el fallo es en conciencia o en equidad sin necesidad de acudir a elucubraciones ni análisis complejos de normas jurídicas o del acervo probatorio obrante en el expediente. En consecuencia, el examen que debe realizar el juez del recurso a la hora de evaluar la procedencia de esta causal

es meramente superficial, estando prohibido el estudio del raciocinio de los árbitros plasmado en el laudo (Moreno & Naizir, 2016, p. 267)².

De conformidad con lo anterior, los jueces, en sede de anulación y habiéndose alegado la causal séptima, han negado su prosperidad con sustento en que debe resultar manifiesto y ostensible que el fallo se ha proferido en conciencia o en equidad³.

En sentencia del Consejo de Estado colombiano del 31 de enero del 2011 (Sección Tercera, Expediente 37.788, 2011) se concluyó, con sustento en este requisito, que el laudo arbitral estaba estructurado en normas jurídicas y pruebas obrantes en el expediente, sin que fuera posible entrar a juzgar la aplicación de la ley ni el mérito otorgado a las pruebas.

En sentido similar, mediante sentencia del Consejo de Estado colombiano, se resolvió el recurso de anulación interpuesto con sustento en que el tribunal arbitral, al momento de liquidar la condena, tuvo en cuenta un único soporte documental, consistente en una certificación expedida durante la ejecución contractual, omitiendo analizar las demás pruebas obrantes en el acervo probatorio. Al respecto, el Consejo de Estado manifestó que lo cuestionado por el recurrente era la valoración probatoria efectuada por el tribunal, y no la carencia de esta, quedando vedado para la alta corporación efectuar una verificación de si fue correcta o no, comoquiera que escapaba del alcance del recurso de anulación (Sección Tercera, Expediente 64.457, 2021).

Por lo anterior, esta autora considera que esta exigencia normativa para la configuración de la causal debe constituir un verdadero y efectivo límite para el juez del recurso de cuestionar el análisis probatorio y normativo realizado por los árbitros en el laudo.

3.2 Segundo límite: lo que se ha entendido por *fallo en conciencia o en equidad*

Resulta relevante manifestar que el fallo en conciencia y el fallo en equidad, a pesar de que ambos configuran la causal séptima del recurso de anulación del laudo arbitral, son conceptos diferenciados (Sección Tercera, Expediente 56949, 2016). Así las cosas, es pertinente analizar lo que ha considerado la jurisprudencia colombiana por cada uno de los anteriores conceptos, con el propósito de concluir si permiten al juez del recurso inmiscuirse en el razonamiento efectuado por el tribunal arbitral, y, en consecuencia,

2 Según los referidos autores: "el requisito del carácter manifiesto de PCE ha conducido a una limitación de la posibilidad de indagar la estructura del razonamiento hecho por los árbitros, mediante una premisa más o menos del siguiente tenor: dado que PCE debe ser evidente, ostensible y clara, entonces el análisis del laudo por parte del juez del recurso debe ser, por decirlo así, superficial".

3 Al respecto, ver también: Sala Civil Expediente 1100122030000202000846-00, 2020; Sección Tercera, Expediente 66.635, 2021; Sala Civil Expediente 05001-22-03-000-2020-00426-00, 2021.

si cabe el cuestionamiento de asuntos de fondo mediante la causal séptima del recurso de anulación.

3.2.1 *Fallo en conciencia*

El fallo en conciencia corresponde a aquel en el que el operador judicial sustenta su decisión en su propia convicción, sin ofrecer razones, prescindiendo de consideraciones de índole jurídica o probatoria (Sección Tercera, Expediente 60.855, 2019).

En concordancia con la anterior definición, la jurisprudencia ha desarrollado los supuestos en los cuales se materializa el fallo en conciencia de la siguiente manera: i) la ausencia en su contenido de normas de derecho positivo; y ii) la arbitraria apreciación o falta de apreciación del juez, tanto de los hechos como de las pruebas obrantes en el expediente (Herrera, 2014, p. 92).

Para efectos del presente escrito, es imperativo preguntarse si el análisis que debe realizar el juez del recurso de anulación en Colombia para determinar la configuración del fallo en conciencia permite al referido operador judicial juzgar o analizar el razonamiento efectuado por el tribunal arbitral.

Del examen de la jurisprudencia colombiana, pudo concluirse que el análisis del juez del recurso para determinar si el laudo fue en conciencia debe ser meramente superficial, sin entrar a juzgar el raciocinio del tribunal para tomar la decisión. En el evento en el que dicha circunstancia no se evidencie a partir de un análisis con estas características, la causal de anulación no debe prosperar⁴. Así mismo, la jurisprudencia ha aseverado que el juez del recurso de anulación no es un juez de segunda instancia y, en consecuencia, no le está permitido analizar ni mucho menos corregir la valoración de las pruebas realizada por el tribunal arbitral⁵.

4 Acerca del desarrollo jurisprudencial de esta variante del fallo en conciencia, ver: Sección Tercera, Expediente 6.695, 1992; Sección Tercera, Expediente 18.411, 2001; Sección Tercera, Expediente 19.273, 2001; Sección Tercera, Expediente 19.334, 2001; Sección Tercera, Expediente 32.896, 2007; Sección Tercera, Expediente 40.718, 2012; Sección Tercera, Expediente 62.197, 2019; Sección Tercera, Expediente 66.635, 2021.

5 Se destacan los siguientes fallos, contentivos del desarrollo jurisprudencial de esta variante del fallo en conciencia: Sección Tercera, Expediente 56.347, 2017; Sección Tercera, Expediente 59.270, 2018; Sección Tercera, Expediente 62.476, 2019; Sección Tercera, Expediente 66.315, 2021, Sección Tercera, Expediente 66.635, 2021.

3.2.2 Fallo en equidad

Tal como fue anticipado en apartes anteriores, la acepción del fallo en equidad difiere del fallo en conciencia, a pesar de que ambos conceptos se encuentran cobijados bajo la causal séptima del recurso extraordinario de anulación⁶.

El fallo en equidad corresponde a aquel que es emitido según el saber y leal entender del operador judicial, y que, en todo caso, resulta motivado y fundamentado en las pruebas oportuna y legalmente aportadas y practicadas en el proceso⁷.

Por un lado, el laudo en conciencia se configura en el caso en el que los árbitros sustentan el laudo solamente en su íntima convicción, prescindiendo de consideraciones de índole jurídica o probatoria. Resulta preciso anotar que los fallos en conciencia se encuentran proscritos en el ordenamiento jurídico colombiano (Sección Tercera, Expediente 65.136, 2020).

Por otro lado, los fallos en equidad sí son permitidos bajo la normatividad colombiana. Particularmente, en lo que al arbitraje colombiano respecta, el artículo primero del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional prevé que el laudo arbitral puede ser proferido en derecho, en equidad o ser técnico. En ese sentido, para que el tribunal arbitral profiera un laudo en equidad, las partes así debieron acordarlo en el pacto arbitral (Becerra, 2010, pp. 91-113).

De igual modo, la ley permite a los administradores de justicia “acudir a la equidad como un criterio auxiliar orientador de su labor”. En ese sentido, el artículo 230 de la Constitución Política colombiana indica que la equidad es un principio orientador y un criterio auxiliar que debe ser utilizado “para llenar vacíos legislativos”. Resulta evidente que no podrá alegarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en el evento en el que los árbitros hubiesen acudido a la equidad como criterio auxiliar y orientador, en la medida en que se complementa con las normas legales y los acuerdos contractuales que hayan alcanzado las partes, toda vez que no se trata de un distanciamiento del derecho aplicable (Sección Tercera, Expediente 40.718, 2012; Sección Tercera, Expediente 62.476, 2019; Sección Tercera, Expediente 65.136, 2020).

En consecuencia, el fallo en equidad implica una desaplicación del derecho por razones de equidad. En ese sentido, y de cara a la configuración de la causal séptima del recurso de anulación, solamente se configura un laudo en equidad en el evento en el que los árbitros fundamenten su laudo en razones de equidad e íntima convicción, apartándose de la normatividad aplicable, habiéndose debido proferir el laudo en

6 Sin perjuicio de lo anterior, es preciso indicar que hay doctrinantes que consideran lo contrario. Ver: Bejarano, 2016, p. 401.

7 Ver también: Cárdenas, 2003, pp. 347-374; Corchuelo, 2013, pp. 42-43.

derecho, y que dicha circunstancia resulte perceptible por el juez del recurso de forma evidente.

3.3 ¿La causal séptima del recurso extraordinario de anulación permite cuestionar asuntos de fondo del laudo arbitral?

De acuerdo con lo analizado bajo este segundo apartado, y a pesar de que en la práctica colombiana se ha acudido a esta causal para atacar asuntos sustanciales, tanto la normatividad como la jurisprudencia han sido enfáticas en recalcar que por medio de la causal séptima del recurso de anulación no resulta viable atacar el fondo del laudo arbitral. Así mismo, so pretexto de estudiar si las circunstancias alegadas por el recurrente configuran un laudo en conciencia o en equidad, debiendo haber sido en derecho, tampoco puede el juez del recurso inmiscuirse en el raciocinio elaborado por el tribunal.

Esto se complementa y se encuentra en concordancia con uno de los límites de la causal séptima estudiados bajo este acápite, consistente en que las circunstancias que lleguen a configurar el laudo en conciencia o en equidad, habiendo debido ser en derecho, deben resultar “manifiestas”, es decir ostensibles y evidentes. Lo anterior, desde luego, implica que el análisis que debe llevar a cabo el juez del recurso en aras de determinar la configuración de la causal es meramente superficial.

Asimismo, jurisprudencialmente se ha indicado que no resulta procedente fundar el recurso de anulación en la causal séptima contenida en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2021, cuando el Tribunal: i) yerra en la interpretación del derecho aplicable al caso concreto; ii) interpreta incorrectamente el contrato objeto de la controversia; o iii) aprecia o valora las pruebas en forma distinta a la que fue solicitada o argumentada por las partes (Sección Tercera, Expediente 65.136, 2020,).

Lo anterior, comoquiera que se trata de asuntos de fondo que no resultan controvertibles mediante el recurso extraordinario de anulación, habida cuenta de que este recurso no consiste en una apelación ni mucho menos una segunda instancia. Así las cosas, para determinar si esta causal se ha configurado, bastará para el juez del recurso una simple y superficial lectura del laudo arbitral (Gil, 2017, pp. 426 y 588).

Adicionalmente, es pertinente mencionar que en materia de arbitraje nacional rige el principio de conservación, preservación o irrevisabilidad del laudo arbitral, según el cual le está prohibido al juez del recurso modificar o siquiera calificar los criterios utilizados por el tribunal para tomar su decisión, independientemente de la causal que se invoque por el recurrente (Gil, 2017, p. 445; López, 2021, p. 575).

A pesar de ello, resulta innegable, aunque afortunadamente infructuoso, que en la práctica colombiana esta causal ha sido invocada y sustentada en inconformidades de fondo de la parte recurrente respecto del laudo arbitral.

4. ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DEL LAUDO ARBITRAL

Habida cuenta de que los árbitros, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, ejercen de forma excepcional y transitoria la función pública de administrar justicia, en Colombia los laudos arbitrales se equiparan a sentencias judiciales (Miranda, 2013). Así las cosas, jurisprudencialmente se ha indicado que la acción de tutela procede en contra del laudo arbitral, en los eventos en los que con dicha providencia se hubieren vulnerado los derechos fundamentales de las partes o de cualquier tercero⁸ (Sala Octava de Revisión T-055, 2014).

Para tales efectos, se requiere de la acreditación de los requisitos de procedibilidad generales y especiales de la acción de tutela en contra de toda providencia judicial — con las exigencias particulares que analizaremos más adelante—, establecidos por la jurisprudencia constitucional desde la Sentencia C-590 de 2009 (Sala Tercera de Revisión T-590, 2009), los cuales no se analizan a fondo en este escrito, por exceder su objeto.

No obstante, resulta preciso anotar que uno de los principios cardinales del proceso arbitral es la voluntariedad (Herrera de las Heras, 2012, pp. 175-193), según la cual las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, son quienes deciden deferir a los árbitros la solución de sus controversias, y no acudir a los jueces o tribunales estatales. Así las cosas, cuando las partes pactan acudir a arbitraje, manifiestan su confianza en la decisión que adopte el panel arbitral escogido por ellas⁹ para resolver el conflicto.

Es por lo anterior que los laudos arbitrales gozan de estabilidad jurídica y, en consecuencia, los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para controvertirlos son extraordinarios, es decir, su procedencia se restringe a unas causales taxativamente previstas en la ley (Sala Plena SU-174, 2007).

Por ello, resulta imperativo cuestionarse si la injerencia de los jueces de tutela en lo decidido en el laudo por el panel arbitral está contrariando el principio de voluntariedad del arbitraje.

Acerca del particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha indicado que, justamente en consideración a que las partes de forma voluntaria decidieron someter la solución de sus conflictos a particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, la acción de tutela en contra de laudos arbitrales se rige por unas reglas especiales y restrictivas, a saber (Sala Plena SU-174, 2007)¹⁰: i) El respeto por la autonomía de los árbitros, en su calidad de administradores de justicia.

8 Ver también: Herrera, 2014, pp. 132-133.

9 Ya sea de forma directa o no.

10 Ver también: Sala Plena SU-500, 2015; Sala Plena SU-033, 2018; Sala Quinta de Revisión T-354, 2019.

En ese sentido, al juez de tutela —al igual que como vimos respecto de los jueces del recurso de anulación— le está vedado pronunciarse sobre aspectos sustanciales o de fondo del asunto sometido a arbitraje; ii) La acción de tutela procede únicamente en el evento de violación directa de los derechos fundamentales. En consecuencia, en manera alguna este mecanismo procedería para que el juez de tutela analice las inconformidades que tengan las partes con el laudo proferido; iii) Los requisitos de la acción de tutela en contra de toda providencia judicial deben analizarse por el juez de tutela bajo la óptica de la naturaleza misma del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos; y iv) El carácter subsidiario de la acción de tutela en contra del laudo arbitral se representa en que aquella solo procede una vez que el interesado haya interpuesto los recursos previstos en el ordenamiento jurídico en contra del laudo arbitral (recursos extraordinarios de anulación y de revisión), siempre y cuando estos fueren procedentes (Sala Plena SU-173, 2015; Sección Tercera, Expediente 55.852, 2017; Sala Plena SU-500, 2015; Sala Quinta de Revisión T-354, 2019).

a. *Análisis de los requisitos de procedibilidad específicos de la acción de tutela en contra del laudo arbitral*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional colombiana ha estudiado los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela cuando la providencia cuestionada se trata de un laudo arbitral (Sala Quinta de Revisión T-466, 2011).

De acuerdo con la referida sentencia¹¹, el defecto sustantivo se presenta cuando: i) los árbitros sustentan el laudo arbitral en una norma que no resulta aplicable al caso concreto; ii) el laudo carece de motivación o su motivación resulta irrazonable; y iii) la aplicación o interpretación de las normas desconoce sentencias que han definido su alcance.

Como ya podrá anticipar el lector, estos eventos de configuración del defecto sustantivo resultan al menos muy similares a los ya analizados en relación al laudo en conciencia.

Por su parte, el defecto fáctico se presenta cuando el tribunal arbitral: i) Ha omitido valorar una prueba determinante; ii) Ha valorado el acervo probatorio en violación a los derechos fundamentales; iii) Ha valorado las pruebas del plenario de forma manifiestamente irrazonable. Acerca de este particular, también debe advertirse la importante similitud respecto de lo que se ha considerado como laudo en conciencia, y que fue estudiado en acápites anteriores.

11 Ver también: Poveda, 2017, pp. 4-20.

Por otro lado, el defecto orgánico se presenta en el evento en el que los árbitros carecen de competencia para resolver el asunto sometido a su consideración. Al respecto, debe llamarse la atención sobre que este asunto ya se encuentra contemplado en los numerales 1 y 2 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, que consagra las causales de procedencia del recurso de anulación. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta el requisito de la subsidiariedad de la acción de tutela, a juicio de esta autora, estas circunstancias deben siempre alegarse en primera medida mediante el recurso de anulación.

En cuanto al defecto procedimental se entiende configurado en el evento en el que se hubiese proferido el laudo arbitral de forma contraria al procedimiento establecido en el pacto arbitral o en la ley, en violación al debido proceso, y que dicha circunstancia tenga incidencia directa en el sentido de la decisión.

Ha afirmado la jurisprudencia colombiana que la diferencia entre los hechos que configurarán el laudo en conciencia y la vía de hecho radica en que las circunstancias que configuren el laudo en conciencia deben resultar manifiestas y obvias, debido a que el juez del recurso solo puede estudiar de forma superficial el laudo arbitral. Por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, el juez de tutela sí podrá revisar las razones de la decisión y constatar su incidencia en el fondo del asunto (Sala Plena SU-173, 2015).

Resulta menester manifestar que se discrepa por completo de la postura mencionada, habida cuenta de que, so pretexto de analizar la violación de derechos fundamentales, el juez de tutela no debe revisar el raciocinio del tribunal arbitral, comoquiera que la acción de tutela en contra del laudo se rige por reglas restrictivas que atienden a la naturaleza y características propias del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. A juicio de esta autora, la violación de derechos fundamentales debe deducirse por el juez de tutela sin entrar a cuestionar el análisis que el tribunal arbitral desarrolló en virtud de su autonomía judicial.

b. *La acción de tutela no permite el cuestionamiento de fondo del laudo arbitral*

Sin perjuicio de lo anterior, justamente debido a los requisitos de procedencia de la acción de tutela en contra del laudo arbitral, que limitan de forma estricta el análisis del juez de tutela, en la práctica son escasos los eventos en los que ha prosperado dicho mecanismo en contra del laudo arbitral¹². Lo anterior, tal como se estudió en el acápite precedente, se debe a que los jueces de la acción

12 Se destacan los siguientes en los que la acción de tutela prosperó: Sala Cuarta de Revisión T-455, 2012; Sala Plena SU-556, 2016.

de amparo deben ser cuidadosos en la garantía del principio de habilitación y de la autonomía de la voluntad de las partes en deferir la solución de controversias a los árbitros.

Acerca del particular, la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que el juez de tutela tiene el deber de efectuar un examen juicioso para determinar si la solicitud de amparo se trata de una real violación a un derecho fundamental, o si, por el contrario, se trata de un simple desacuerdo con el sustento de la decisión tomada por los árbitros. En ese orden de ideas, y a pesar de su frecuente ocurrencia en la práctica colombiana, la acción de tutela no puede orientarse a plantear asuntos de fondo, sean legales o contractuales, que ya hubiesen sido analizados por parte del panel arbitral. Así las cosas, so pena de efectuar el análisis de las causales de procedencia de la acción de tutela en contra del laudo arbitral, el juez de tutela no puede revisar el fondo de la decisión (Sala Plena SU-081, 2020).

También, el juez de tutela debe analizar si dicho mecanismo es el idóneo para cuestionar el laudo arbitral, comoquiera que, si se trata de un error de procedimiento, el recurso extraordinario de anulación será el mecanismo procesal adecuado (Sección Cuarta, Expediente 11001-03-15-000-2020-00919-01, 2020).

Así las cosas, la acción de tutela no prosperará en los siguientes eventos por carecer de relevancia constitucional: i) cuando dicho mecanismo es empleado como una tercera instancia judicial, con el propósito de reabrir el debate; ii) en el caso en el que se oriente a resolver aspectos que trascienden el ámbito legal; y iii) en el evento en el que con ella se busque la interpretación de un contrato o se cuestione la valoración probatoria efectuada por el tribunal arbitral (Sala Séptima de Revisión T-131, 2021).

5. EL CUESTIONAMIENTO DE FONDO DEL LAUDO ARBITRAL EN LEGISLACIONES FORÁNEAS

A continuación, analizaremos de forma breve las causales de anulación previstas en algunas legislaciones extranjeras, con el propósito de verificar que, dada la naturaleza jurídica misma del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, no resulta viable cuestionar asuntos de fondo por este medio.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹³ prevé en su artículo 34 las causales de procedencia del recurso

13 El impacto de la Ley Modelo de la CNUDMI ha sido importante, habida cuenta de su adopción por distintos Estados. Así mismo, esta ley ha servido de inspiración para legislaciones de distintos países (Monroy, 2011, p. 23).

de anulación. De las mencionadas causales, vale la pena anotar que ninguna de ellas permite el cuestionamiento de fondo del laudo, o resulta ser una causal ambigua o lo suficientemente amplia para que las partes acudan a esta para alegar dichos asuntos mediante este recurso.

Por otro lado, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003) prevé unas causales bastante similares a la de la Ley Modelo, dejando de lado la posibilidad de cuestionar por este mecanismo asuntos de fondo (Herrera, 2014; Miró, 2017).

Por su parte, el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071 de 2008, contentivo de la Ley Peruana de Arbitraje, prevé las causales del recurso de anulación. Si bien estas causales bajo la Ley Peruana difieren de las contenidas en la Ley Modelo, tampoco se vislumbra que permitan, siquiera de forma tangencial, el cuestionamiento de fondo del laudo arbitral por el juez del recurso.

Por otro lado, el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador dispone lo siguiente: “Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables... Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley”. Así mismo, el artículo 31 de la referida ley consagra las causales en virtud de las cuales puede interponerse la acción —no recurso— de nulidad en contra del laudo arbitral, siendo todas ellas de carácter procedimental.

Como puede observarse de las legislaciones extranjeras mencionadas, y sobre todo de la Ley Modelo de la CNUDMI —que ha servido de fuente e inspiración para muchas legislaciones arbitrales extranjeras—, prevén que el recurso de anulación procede exclusivamente frente a vicios procedimentales y no permiten el cuestionamiento de fondo del fallo.

6. ¿SERÍA VERDADERAMENTE NECESARIO Y PERTINENTE QUE SE CONSAGRE LEGISLATIVAMENTE EN COLOMBIA UNA CAUSAL DE ANULACIÓN PARA ATACAR ASUNTOS DE FONDO DEL LAUDO ARBITRAL?

Resulta indudable, como se evidencia en las providencias judiciales analizadas a lo largo de este escrito, que en la práctica colombiana las partes interesadas han intentado controvertir —en la mayoría de los casos, infructuosamente— asuntos de fondo ya decididos mediante el laudo arbitral, ya sea invocando la causal séptima de anulación o mediante la interposición de una acción de tutela en contra del laudo arbitral, lo que ha generado bastante litigiosidad en Colombia¹⁴. Lo anterior —comoquiera que

14 Según Bejarano (2019), “dado que están proscritas del recurso de anulación causales que permitan controvertir los aspectos sustanciales o de fondo del laudo, ello ha terminado haciéndose por medio de la tutela, la que, por tanto, hoy es un reiterado instrumento para controvertir estas providencias”.

como se examinó en antecedencia el límite de dichos mecanismos tendiente a que el juez del recurso o el juez de tutela no analice asuntos de fondo— es difícil de delimitar, principalmente en la práctica.

Sin embargo, a juicio de esta autora, la actual regulación y el desarrollo jurisprudencial que de esta se ha realizado resultan sumamente adecuados, al no haber abierto la puerta a que las partes efectúen con vocación de prosperidad ataques diferentes a los vicios de procedimiento en contra del fallo proferido por el tribunal arbitral en Colombia. Lo anterior ocurre, principalmente por tres razones, las cuales son objeto de análisis en el presente acápite: i) en sentido estricto, el tribunal arbitral, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, no tiene un superior jerárquico funcional; ii) debido a que el proceso arbitral es de única instancia; y iii) en virtud del principio de habilitación de las partes a los árbitros.

a. *El juez del recurso no es superior jerárquico ni funcional del tribunal arbitral.*

Como se ha anticipado someramente en la jurisprudencia analizada en acápites precedentes, el juez de anulación de ningún modo es el superior jerárquico del tribunal arbitral, por lo que desde luego no le resulta posible intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar las decisiones tomadas en el laudo arbitral¹⁵ (Sección Tercera, Expediente 65.136, 2020).

En ese mismo sentido, el recurso de anulación tiene como propósito “controversar la decisión contenida en el laudo arbitral”, única y exclusivamente por errores de procedimiento, por lo cual no puede utilizarse como un mecanismo para atacar el laudo con fundamento en cuestiones de mérito o de fondo, es decir, para examinar si el tribunal de arbitramento tomó la decisión de conformidad con las normas jurídicas sustanciales, ni tampoco para cuestionar el debate probatorio, ni mucho menos evaluar si existió algún “yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal” (Sección Tercera, Expediente 60.714, 2020)¹⁶.

Ahora bien, una de las razones por las cuales lo anterior resulta acorde con la naturaleza jurídica del arbitraje en Colombia y la regulación contenida en el ordenamiento jurídico acerca del particular es que ni el juez del recurso ni el juez de tutela se han instituido como superiores jerárquicos o funcionales del tribunal arbitral. En consecuencia, dichos jueces estatales no pueden intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, ni mucho menos modificar las decisiones plasmadas en el laudo.

15 Ver también: Gil, 2017, p. 417.

16 Ver también: Sección tercera, Expediente 64.142, 2019.

b. *El proceso arbitral es de única instancia.*

Otra de las razones en virtud de las cuales resulta adecuado que los jueces estatales no tengan competencia para revisar asuntos de fondo del laudo arbitral ni de la controversia sometida a arbitraje, consiste en que el proceso arbitral es de única instancia, habida cuenta de que el tribunal arbitral se constituye para dirimir un conflicto específico que se somete a su decisión, y se disuelve una vez se profiera el laudo arbitral (Sección Tercera, Expediente 36.478, 2009).

Si bien en Colombia la regla general es que los fallos puedan ser apelados o consultados (artículo 31, Constitución Política, 1991)¹⁷, dicha regla admite las excepciones que establezca el legislador. Así las cosas, el legislador colombiano ha considerado que, teniendo en cuenta que el tribunal arbitral no tiene un superior jerárquico, se hace imposible la aplicación de la regla general de la doble instancia (Casación Civil T-570, 1994)¹⁸.

En efecto, el laudo no es susceptible de ningún recurso que permita su revisión por parte de otro juzgador ni mucho menos por parte de un superior jerárquico. Así las cosas, se itera, en contra del laudo arbitral solo proceden los recursos extraordinarios de anulación y revisión (Sala Plena SU-174, 2007).

Acerca del particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha indicado que existen sólidas razones que sustentan que el proceso arbitral sea una excepción a la doble instancia, a saber (Sala Plena C-110, 2020): i) el arbitraje es excepcional; ii) en el proceso arbitral se prevén oportunidades procesales que permiten la garantía al debido proceso y el derecho de defensa¹⁹; y iii) protege la autonomía privada de las partes, las cuales decidieron libremente deferir la solución de sus conflictos a un tribunal de arbitraje.

En ese orden de ideas, resulta plenamente coherente que el ordenamiento jurídico colombiano no prevea una segunda instancia para el proceso arbitral, comoquiera que fueron precisamente las partes —en ejercicio de su autonomía de la voluntad— quienes decidieron deferir sus controversias a un tribunal arbitral (Gil, 2017, p. 436). Considera esta autora, además, que lo anterior dota de seguridad jurídica a la decisión proferida por el panel arbitral.

17 “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

18 Ver también: Sección Tercera, Expediente 66.635, 2021.

19 Por ejemplo, se prevé una oportunidad para contestar la demanda, para formular excepciones de mérito, para controvertir las pruebas, entre otras.

6.3 La habilitación de las partes a los árbitros o principio de voluntariedad del arbitraje

Como puede anticiparse, la autonomía de la voluntad de las partes es el pilar fundamental del arbitraje a nivel universal (Brito, 2019)²⁰. Por ello, sumado a la autorización expresa de este mecanismo por la ley y la Constitución Política colombiana, es el acuerdo de voluntades para dirimir las controversias mediante arbitraje lo que permite a ciertos particulares investirse de la función pública de administrar justicia para casos concretos, abstrayendo para dichos eventos la competencia de los jueces y tribunales estatales²¹ (Sala Plena C-242, 1997; Sala Plena C-170, 2014)²².

En ese orden de ideas, para analizar si resulta conveniente y adecuado que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de que mediante los medios de impugnación los jueces estatales revisen el laudo arbitral, debemos partir de la base de que la controversia ha sido solucionada por un tribunal arbitral debido a que fueron las mismas partes las que así lo dispusieron.

Así las cosas, y con el fin de respetar ese acuerdo de voluntades denominado pacto arbitral —que por su puesto es respaldado por la misma ley y la Constitución Política colombiana—, se debe evitar la injerencia de los jueces y tribunales estatales en la decisión proferida por el tribunal de arbitraje (Sala Civil Expediente 000201701372-00, 2017).

Particularmente acerca del recurso de anulación, la jurisprudencia ha afirmado que para el análisis de este medio de impugnación debe tenerse como norte el principio de habilitación del arbitraje (Sección Tercera, Expediente 64.142, 2019).

En consecuencia, de permitirse la injerencia en el fondo del laudo por parte de los jueces y tribunales estatales vía recurso de anulación, o incluso mediante acción de tutela en contra del laudo arbitral, se estaría desnaturalizando el arbitraje mismo y uno de sus principios rectores: la habilitación de las partes a los árbitros.

20 Ver también: Benetti, 2001, p. 73; Gaspar, 1998, p. 76; Gil, 2017, pp. 81-85; López, 2021, p. 97.

21 Tan es así que de presentarse una demanda que conforme a un pacto arbitral sería de conocimiento de los árbitros, la parte demandada podrá interponer la excepción previa de cláusula compromisoria o compromiso (artículo 100, Código General del Proceso, 2012), con el propósito de que se dé por terminado el proceso y sean los árbitros los que decidan sobre su propia competencia, conforme al principio *kompetenz-kompetenz*.

22 Ver también: Sala Plena C-294, 1995; Sala Plena C-163, 1999; Sala Plena C-098, 2001; Sala Plena C-572A, 2014.

6.4 No resulta pertinente ni adecuado que se prevea legislativamente la posibilidad de cuestionar asuntos de fondo del laudo arbitral.

Por lo anteriormente expuesto, se considera absolutamente impertinente la consagración de una causal de anulación que permita la revisión del laudo arbitral por jueces estatales.

A juicio de esta autora, resulta sumamente afortunado que, tanto legal como jurisprudencialmente, se establezcan límites a la injerencia de los jueces y tribunales estatales en el fallo proferido por el tribunal arbitral —los cuales fueron analizados con suficiencia en los acápites precedentes de este escrito—, en aras de garantizar la prevalencia de la naturaleza y esencia misma del arbitraje en Colombia.

En todo caso, resulta evidente la necesidad de un cambio en la mentalidad de algunos usuarios del arbitraje —quienes intentan a toda costa cuestionar el raciocinio del tribunal—, en el sentido de que debe predominar la necesidad de garantizar la autonomía de la voluntad de las partes que acordaron libre y previamente acudir a arbitraje para dirimir sus controversias, excluyendo expresamente la competencia de los jueces y tribunales del Estado.

7. CONCLUSIONES

1. La causal séptima del recurso de anulación en contra del laudo arbitral en Colombia tiene importantes límites para su procedencia, los cuales han sido establecidos de forma legal y jurisprudencial.
2. A juicio de esta autora, el primer límite establecido para la procedencia de la causal séptima del recurso extraordinario de anulación consiste en que las circunstancias que generen que el laudo sea en consciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, deben resultar manifiestas, es decir, deben resultar ostensibles y obvias para el juez del recurso, luego de un análisis meramente superficial del laudo arbitral.
3. Se considera que el segundo límite a la mencionada causal séptima ha sido marcado por la jurisprudencia colombiana al desarrollar lo que se considera por laudo en consciencia o en equidad, debiendo ser en derecho. Con independencia de los hechos que configuren dicha circunstancia, ampliamente analizados en el presente escrito, se ha establecido por la jurisprudencia que el solo desacuerdo del juez del recurso o del interesado en relación con las normas jurídicas utilizadas por el tribunal para fallar, o el mérito otorgado a las pruebas obrantes en el expediente no generan la prosperidad del recurso de anulación con sustento en esta causal.

4. Sin perjuicio de su frecuente utilización en la práctica colombiana, la acción de tutela tampoco constituye un mecanismo idóneo para cuestionar asuntos de fondo del laudo arbitral. A pesar de la afirmación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana citada en antecedencia (Sala Plena SU-173, 2015; Sección Tercera, Expediente 55.852, 2017), de la cual se reitera disentir, la jurisprudencia ha establecido unos criterios restrictivos de procedencia de la acción de tutela en contra del laudo, en atención a la naturaleza misma del arbitraje, con el propósito de garantizar la seguridad jurídica de lo decidido por el tribunal arbitral.
5. En consecuencia, y a pesar de su habitual utilización, ni la causal séptima de procedencia del recurso de anulación ni la acción de tutela en contra del laudo arbitral son mecanismos procesales adecuados que permitan cuestionar asuntos de fondo del laudo arbitral.
6. A juicio de esta autora, no resulta conveniente, necesario ni pertinente que se consagre legislativamente una causal de procedencia del recurso de anulación que permita cuestionar a las partes aspectos sustanciales del laudo arbitral, por las siguientes razones desarrolladas con suficiencia a lo largo de este escrito: i) en sentido estricto, el tribunal arbitral, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, no tiene un superior jerárquico funcional; ii) el proceso arbitral es de única instancia; y iii) debido al principio de habilitación de las partes a los árbitros.

REFERENCIAS

- Becerra, R. (2010). El arbitraje en equidad. *Criterio Jurídico*, 28(1), 91-113. <http://doctrina.vlex.com.co/vid/arbitraje-equidad-353494350>
- Bejarano, R. (2019). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Temis.
- Benetti, J. (2001). *El arbitraje en el derecho colombiano*. Temis.
- Brito, L. (2019). *El acuerdo de arbitraje: los sujetos no signatarios en los contratos coligados*. Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas, J. (2003). El arbitraje en equidad. *Vniversitas*, 52(105), 347-374. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14852>
- Corchuelo, D. (2013). *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Gaspar, S. (1998). *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Aranzadi.
- Gil, J. (2017). *Régimen arbitral colombiano: parte procesal* (tomos I y II). Ibáñez.

- Hernández, A. (2016). Recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. Aspectos Generales. En R. Bejarano et al. (Eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* (pp. 21-33). Universidad Externado de Colombia.
- Herrera de las Heras, R. (2012, julio). La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. *Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo. Revista de Derecho (Valdivia)*, 25 (1), 175-193. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100008>
- Herrera, H. (2014). *La impugnación de los laudos arbitrales*. Legis; Cámara de Comercio de Bogotá; Universidad del Rosario.
- López, F. (2021). *Arbitraje en el derecho colombiano* (tomo I). Ibáñez.
- López, H. (2019). *Código General del Proceso: parte general*. Dupré.
- Miranda, C. (2013). Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia. *Con-Texto. Revista de Derecho y Economía*, (40), 87-94.
- Miró, M. (2017). La ilegalidad de la acción de anulación del laudo. *Anuario de Justicia Alternativa*, (14), 91-97.
- Monroy, M. (2011). *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Librería Ediciones del Profesional.
- Moreno, P., & Naizir, J. (2016). Capítulo VII: Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. En R. Bejarano, A. Hernández & P. Moreno (Eds.), *Recurso de anulación de laudos arbitrales* (pp. 259-331). Universidad Externado de Colombia.
- Poveda, G. (2017). Tutela contra laudo arbitral: una controversia sin fin. *Revista de Derecho Público*, (38), 4-20. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.38.2017.06>
- Rojas Gómez, M. E. (2019). *Lecciones de derecho procesal. Tomo 2: Procedimiento civil*. Esaju.
- Silva Rodríguez, C. (2021). La evolución del arbitraje en Colombia. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 33(1), 131-154.

Jurisprudencia colombiana (documentos ordenados de modo creciente)

- Casación Civil T-570. (1994, 7 de diciembre). Corte Suprema de Justicia.
- Constitución Política colombiana. (1991, 20 de julio).
- Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje en Perú. (2008, 1 de septiembre).
- Ley 60/2003, Ley de Arbitraje española. (2003, 26 de diciembre).
- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. (2006, 14 de diciembre).
- Ley 1563 del 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional Colombiano. (2012, 12 de julio).

- Ley 1564 del 2012, Código General del Proceso. (2012, 12 de julio).
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. (1985, 21 de junio).
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- Sala Civil Expediente 000201701372-00. (2017, 14 de septiembre). Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Bogotá.
- Sala Civil Expediente 1100122030000202000846-00. (2020, 16 de septiembre). Tribunal
Superior del Distrito Judicial de Bogotá.
- Sala Civil Expediente 05001-22-03-000-2020-00426-00. (2021, 22 de febrero). Tribunal
Superior del Distrito Judicial de Medellín.
- Sala Cuarta de Revisión T-455. (2012, 20 de junio). Corte Constitucional.
- Sala Octava de Revisión T-055. (2014, 3 de febrero). Corte Constitucional.
- Sala Plena C-294. (1995, 6 de julio). Corte Constitucional.
- Sala Plena C-242. (1997, 20 de mayo). Corte Constitucional.
- Sala Plena C-163. (1999, 17 de mayo). Corte Constitucional.
- Sala Plena C-098. (2001, 31 de enero). Corte Constitucional.
- Sala Plena SU-174. (2007, 14 de marzo). Corte Constitucional.
- Sala Plena C-170. (2014, 19 de marzo). Corte Constitucional.
- Sala Plena C-572A. (2014, 30 de julio). Corte Constitucional.
- Sala Plena SU-173. (2015, 16 de abril). Corte Constitucional.
- Sala Plena SU-500. (2015, 6 de agosto). Corte Constitucional.
- Sala Plena SU-556. (2016, 13 de octubre). Corte Constitucional.
- Sala Plena SU-033. (2018, 3 de mayo). Corte Constitucional.
- Sala Plena SU-081. (2020, 26 de febrero). Corte Constitucional.
- Sala Plena C-110. (2020, 11 de marzo). Corte Constitucional.
- Sala Quinta de Revisión T-466. (2011, 9 de junio). Corte Constitucional.
- Sala Quinta de Revisión T-354. (2019, 6 de agosto). Corte Constitucional.
- Sala Tercera de Revisión T-590. (2009, 27 de agosto). Corte Constitucional.
- Sección Cuarta Expediente 11001-03-15-000-2020-00919-01. (2020, 3 de diciembre).
Consejo de Estado.
- Sección Tercera, Expediente 6.695. (1992, 3 de abril). Consejo de Estado.
- Sección Tercera, Expediente 18.411. (2001, 8 de febrero). Consejo de Estado.
- Sección Tercera, Expediente 19.334. (2001, 14 de junio). Consejo de Estado.
- Sección Tercera, Expediente 19.273. (2001, 9 de agosto). Consejo de Estado.

Sección Tercera, Expediente 32.896. (2007, 7 de junio). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 36.478. (2009, 8 de julio). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 37.788. (2011, 31 de enero). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 40.718. (2012, 5 de julio). Corte Constitucional.
Sección Tercera, Expediente 43.281. (2012, 9 de agosto). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 56949. (2016, 31 de octubre). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 56.845. (2016, 10 de noviembre). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 55.852. (2017, 26 de abril). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 56.347. (2017, 17 de agosto). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 59.270. (2018, 9 de abril). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 0.855. (2019, 18 de enero). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 62.476. (2019, 18 de enero). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 62.197. (2019, 29 de marzo). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente No. 64.142. (2019, 12 de diciembre). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 60.714. (2020, 27 de febrero). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 65.136. (2020, 10 de septiembre). Consejo de Estado.
Sección Tercera, Expediente 64.457. (2021, 17 de marzo). Consejo de Estado.

REGULAR O NO REGULAR: EL CASO AIRBNB EN PERÚ

FABRIZIO MOSQUERA BASAS*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 28 de septiembre del 2021 / Aceptado: 29 de abril del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6403>

RESUMEN. “No le hables a extraños”, resultó ser una frase muy recurrente conforme se fue desarrollando nuestra niñez y juventud. Pero ¿cómo reaccionarían nuestros padres si se enteraran de que “les hemos abierto las puertas de nuestro domicilio a extraños”? Desde que llegó la compañía Airbnb, han existido más preguntas que respuestas sobre el servicio; no obstante, dichas incógnitas han pasado desapercibidas gracias a que miles de usuarios han visto satisfechas sus necesidades más acordemente en comparación con el uso de hoteles, hostales o posadas. Sin la necesidad de conocer la naturaleza jurídica del servicio, los consumidores le han sacado el máximo provecho, gracias a la practicidad de este. Sin embargo, pese al desconocimiento sobre la materia, algunos legisladores intentaron regular el servicio en diversas ocasiones y, sin percatarse, con dichas medidas propusieron desnaturalizar el derecho, el servicio de Airbnb y, como consecuencia, el auge del servicio en el mercado.

PALABRAS CLAVE: Airbnb / comercio electrónico / contrato de arrendamiento / derecho digital / economía colaborativa

TO REGULATE OR NOT TO REGULATE: THE AIRBNB CASE IN PERU

ABSTRACT. “Do not talk to strangers” became a very recurrent phrase in our childhood and youth. Nevertheless, how would our parents react if they found out that we have opened the doors of our homes to strangers? Since the arrival of Airbnb, there have been more questions than answers about its service; nevertheless, these uncertainties have gone unnoticed because thousands of users have seen their requirements more adequately fulfilled compared to the use of hotels, hostels, and inns. Consumers have taken full advantage of the service without the need to know its legal nature due to

* Al momento de la redacción del artículo, es estudiante del décimo segundo ciclo de la carrera de Derecho en la Universidad de Lima. Practicante preprofesional del Área Corporativa y Laboral del estudio EBS Abogados. Director adjunto de la dirección ejecutiva de la revista *Ius et Praxis*. Director de la comisión de investigación del Círculo de Estudios en Economía y Derecho de la Universidad de Lima.

its practicality. However, despite the lack of knowledge on the subject, legislators have tried to regulate the service on several occasions and, without being aware of it, with these measures, they have denaturalized the law, the Airbnb service, and, as a consequence, the rise of the service on the market.

KEYWORDS: Airbnb / e-commerce / rent / technology law / sharing economy

1. INTRODUCCIÓN

La llegada de Airbnb a Perú fue, sin duda alguna, un hito en el sector de arrendamiento inmobiliario en los últimos años. La entrada disruptiva del servicio ofrecido por la compañía fundada en Estados Unidos de América trajo consigo una opción más al mercado de arrendamiento de bienes inmuebles y, sobre todo, para el sector turístico, del cual surge su principal demanda no solo en Perú, sino a nivel mundial.

Ahora bien, tal como se señala en el párrafo precedente, económicamente el servicio *per se* es una propuesta interesante que viene siendo aprovechada por la oferta y la demanda que se beneficia con la misma. No obstante, en el ámbito jurídico, el paradigma ofrecido por Airbnb produjo dudas a nivel doctrinario e incertidumbre en la esfera legislativa.

El presente artículo pretende esclarecer las dudas sobre la materia, las cuales influyeron en una respuesta un tanto acelerada y errónea por parte de las personas con facultades normativas. Como se demuestra más adelante, sin conocer plenamente la naturaleza de Airbnb, hubo intentos de regulación que pretendieron restringir y desnaturalizar el servicio y, consigo, el derecho. Finalmente, el artículo se adentra en el debate sobre una posible regulación de este servicio y el impacto que podría generar el mismo.

2. NATURALEZA DE AIRBNB Y REGULACIÓN JURÍDICA EN EL PERÚ

Es pertinente, en primer lugar, comprender la naturaleza jurídico-económica de la compañía Airbnb¹; por ello, resulta necesario apoyarse de disposiciones y normativas extranjeras y supranacionales, a fin de comprender jurídicamente en su totalidad qué tipo de servicios ofrece esta plataforma a sus usuarios o consumidores, y el impacto de estos en distintas disciplinas del derecho peruano. En tal sentido, cabe dejar en claro que Airbnb emplea el modelo de economía colaborativa, el cual se caracteriza por reducir las asimetrías informativas y los costos de transacción que afectan las actividades económicas, gracias a que estos modelos de negocio se apoyan en los avances de la tecnología de la información a fin de ofrecer los bienes y servicios objeto del negocio (Alfonso, 2016).

En virtud de lo descrito en el párrafo precedente, como punto de partida se debe tomar en cuenta la definición de *e-commerce* dispuesta por la Organización Mundial del

1 Empresa de economía colaborativa desarrollada a través de una plataforma multilateral, que permite que personas deseadas en arrendar un alojamiento —normalmente en un escenario de turismo— puedan alquilar diversas propiedades y adquirir servicios dependiendo de la propuesta de los arrendadores. El servicio se encuentra condicionado a la legislación de cada país y/o jurisdicción.

Comercio (1998), la cual resalta la posibilidad de la “entrega de bienes o servicios por medios electrónicos” (p. 1).

En efecto, resulta distinto que (i) se pretenda alquilar un inmueble y exista la posibilidad de acudir al mismo para observar cómo es y, por ende, se conciba una idea mucho más concreta sobre el alineamiento entre los intereses del arrendatario con lo que ofrece el arrendador; y (ii) se pretenda alquilar un inmueble sobre el cual solo exista referencias fotográficas, por su ubicación y, en el mejor de los casos, por testimonios de usuarios previos, sin la necesidad de interactuar físicamente con el arrendador.

Ahora, si bien es cierto que el contrato se suscribe vía digital, la entrega del bien inmueble normalmente se hace en persona. Sin perjuicio de ello, todavía seguiríamos hablando de un servicio brindado como comercio electrónico, en tanto el contrato de arrendamiento “se celebra solo con el consentimiento de las partes” (Castillo Freyre, 2003, p. 2), con lo cual la entrega del bien en cuestión se podría considerar como un momento de la verdad² propio de la logística del servicio.

Lógicamente, es concluyente afirmar que no existe diferencia jurídica alguna en las esferas del derecho civil en materia contractual y, en particular, sobre lo dispuesto en el título de arrendamiento. Ello se debe a que el propietario del inmueble que lo da en alquiler se compromete a ceder el uso y disfrute de su inmueble de manera temporal, razón por la cual recibirá un pago como contraprestación. Por más que dicho arrendamiento sea un alquiler temporal o sea efectuado mediante una plataforma digital, se presentan las mismas características del ejercicio del derecho de propiedad de arrendamiento (Cavero, 2021).

No obstante, en lo que sí se podría hacer una breve distinción es quizás en la poca convencionalidad de las tratativas contractuales a fin de crear el negocio jurídico; sobre ello, habría que destacar que resulta propio del *know-how*³ y la estructura del negocio que impulsan a que sea de esta manera.

De otro lado, analizando la esfera del derecho societario y laboral, resulta pertinente profundizar en las relaciones jurídicas que mantiene esta plataforma digital multilateral. Es evidente que la compañía Airbnb tiene empleados y, sumado al factor de que se ha invertido capital en el mismo, no cabe duda de que ante los ojos de la legislación peruana es considerada una empresa; consecuentemente, se encontrará afecta a los tributos de

2 Parámetro del *marketing* que indica uno de los momentos de la logística del negocio, en el cual el cliente podrá hacer un juicio de valor positivo o negativo sobre el producto o servicio que se le ofrece.

3 Información útil para fabricar un producto, brindar un servicio o solucionar problemas técnico-empresariales.

tercera categoría dispuesto en la Ley del Impuesto a la Renta⁴, hecho sobre el cual se ahondará más adelante.

Con respecto a ello, cabe hacer una breve precisión. Al ser esta una plataforma multilateral, nos encontramos con que la empresa mantiene contacto perenne con dos segmentos del mercado: arrendadores y arrendatarios. En tal sentido, Ostelwalder y Pigneur (2010) señalan que “las plataformas multilaterales reúnen a dos o más grupos de clientes distintos pero independientes” (p. 77).

Se puede percibir que Airbnb brinda una plataforma interesante para que personas deseadas en ofrecer su inmueble en arrendamiento puedan encontrar a personas con interés en arrendar un inmueble. En efecto, cuando el arrendador configura su perfil —a título personal— en la plataforma, lo hace con la finalidad de producir ingresos económicos en su favor, gracias al arrendamiento del inmueble en cuestión. Una vez que el arrendador percibe dichos ingresos por el alquiler del bien inmueble, Airbnb le descuenta un *fee*⁵ como concepto de los servicios de intermediación brindados.

Al respecto, no es posible encontrar alguna relación de subordinación y, por ende, dependencia de los arrendadores o arrendatarios hacia la compañía. Consecuentemente, se puede afirmar que laboralmente no existe ninguna relación ni mucho menos alguna obligación sobre la materia que pueda mantener Airbnb, tanto con los arrendadores como con los arrendatarios y viceversa.

Finalmente, es necesario analizar el impacto que tendría lo normado sobre derecho tributario en Airbnb. Tal como se concluyó previamente, esta es una empresa no domiciliada que produce rentas de comercio en territorio peruano y, más aún, los hospedadores que emplean la plataforma de la compañía para poder alquilar sus inmuebles generan rentas de capital al arrendar los mismos. En ese orden de ideas, tanto Airbnb como los arrendadores mantienen el rol de contribuyentes en la relación jurídico-tributaria frente al Estado peruano.

Sobre lo descrito en el párrafo precedente, es indubitable que Airbnb en Perú deberá cumplir con sus obligaciones tributarias, primordialmente de tercera categoría, por la renta obtenida en el servicio de intermediación brindado entre arrendadores y arrendatarios —por más que no cumpla actualmente—. Ahora bien, lo fascinante ocurre respecto a la obligación tributaria de primera categoría que mantienen los arrendadores con el Estado.

4 Decreto Supremo 179-2004-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta: La ley dispone en su artículo 22 las categorías de rentas afectas y, en el artículo 28, inciso a, las rentas obtenidas fruto de prestaciones comerciales como rentas de tercera categoría.

5 El *fee* es una tarifa que cobran ciertas empresas como concepto de los servicios otorgados. La cantidad o porcentaje del mismo depende enteramente de lo dispuesto por la empresa en sus términos y condiciones.

Siguiendo el patrón que mantienen las *big techs*⁶ hoy en día, Airbnb dispone de unos “términos de servicios” a los cuales los usuarios deben adherirse previamente con la finalidad de usar el servicio ofrecido por esta *big tech*. En efecto, en dichas normas, se dispone en el artículo 8 sobre los impuestos que los anfitriones —entiéndase como *arrendadores*— deben tributar al fisco de su país. Sobre el mismo, se señala que el anfitrión es “responsable de averiguar y cumplir sus obligaciones legales en cuanto a declarar, recaudar, liquidar o incluir en el precio el IVA u otros impuestos” (Airbnb, 2020, p. 13).

Tal como se señaló, bajo el concepto del ingreso que perciben los arrendatarios, ellos se encuentran afectos al pago del porcentaje de primera categoría, el cual es del 5 % sobre la renta bruta. No obstante, lo fascinante es que en la práctica ocurre una tributación distinta. Ello, pues según funcionarios de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (Sunat), al ser este un arrendamiento de pocos días, interpretan que dicho factor, sumado a la presunta habitualidad de mismo, permite que esté regulado bajo una afectación a rentas de tercera categoría y no necesariamente de primera categoría.

Al efecto, la interpretación está basada en el Reglamento de Establecimientos de Hospedaje (Decreto Supremo 001-2015-MINCETUR)⁷; no obstante, esta es una interpretación errónea, tomando en cuenta que hubo intentos en el 2018 y 2019 de adherir a los arrendamientos brindados mediante Airbnb a la norma en cuestión, hecho sobre el cual se profundizará posteriormente. Sobre la materia, y partiendo de esta interpretación errónea, los arrendadores deben solicitar un Registro Único del Contribuyente y declarar que ofrecen servicios de Alojamiento de Instancias Cortas, a la par de solicitar que se rijan bajo el Régimen Tributario NRUS⁸. Este dispone que, dependiendo de los ingresos mensuales del arrendador, podrá tributar 20 o 50 soles, siempre y cuando no sobrepase ingresos hasta por 5000 y 8000 soles, respectivamente.

3. SOBRE LOS SERVICIOS OFRECIDOS A TRAVÉS DE AIRBNB

Es de común conocimiento que la plataforma objeto de estudio del presente artículo permite a los interesados dar en arrendamiento sus inmuebles o partes de estos a otros usuarios de dicha plataforma, calificados como huéspedes. En efecto, dicho servicio se ha catalogado en los “términos de servicio” de Airbnb como *alojamiento*.

6 Las *big techs* son, hoy por hoy, las empresas más grandes que, independientemente del bien o servicio que ofrezcan a los consumidores, tienen como mejor activo la información o parámetros de consumo de estos.

7 El reglamento norma parámetros a los servicios de alojamiento brindado por establecimientos de hospedaje y los requisitos que estos deben cumplir frente al Ministerio de Comercio y Turismo para convertirse en uno.

8 Nuevo Régimen Único Simplificado.

Por lo tanto, gracias a dicho servicio de alojamiento (servicio A), el anfitrión puede cederle al huésped su derecho sobre el uso y disfrute del inmueble o parte del inmueble objeto de la transacción. Dicho alojamiento será por un periodo determinado establecido libremente por las partes, por el cual el huésped le deberá pagar una renta que, normalmente, se suele computar de manera diaria. No cabe duda alguna de que la presente transacción, ante los ojos de la regulación peruana, se configura como arrendamiento.

Sin embargo, ¿cómo podría catalogarse a los servicios que van más allá de un mero alojamiento? Tal como se mencionó previamente, en los “términos de servicio” que dispone Airbnb, lo cual es un contrato que regula las relaciones jurídicas de los anfitriones y huéspedes que usan la plataforma, se detallan los servicios que, sumados al alojamiento, pueden ofrecer los anfitriones, entre los cuales destacan los servicios denominados como (i) experiencias y (ii) los servicios del anfitrión (servicio B).

En el referido documento, se dispone que estos pueden ser actividades, excursiones y eventos, como una variedad de servicios de viaje. Se puede apreciar que la compañía no busca encasillar los conceptos de experiencia y servicios del anfitrión a actividades o servicios en concreto, la intención es que prime la libertad entre las partes.

No obstante, a nivel jurídico, se complica un tanto la figura del alojamiento en el cual se presentaban unas obligaciones propias de un contrato de arrendamiento. En efecto, ¿qué ocurre con dicha figura jurídica si, sumado al alojamiento o arrendamiento, el anfitrión ofrece otros servicios?

Previo a teorizar sobre la materia, considero pertinente analizar el escenario en el cual se presenta Airbnb y diversas características que emanan del servicio. Tal como se indicó al inicio del presente artículo, dicho servicio surge gracias a las economías colaborativas que, apoyadas firmemente en la tecnología, permiten un mayor alcance y ensalzamiento a la libertad contractual de las personas; sin embargo, no está exento de limitaciones.

En efecto, la tendencia respecto a los *e-commerce* en las economías colaborativas es que, además del rol que mantienen como intermediarios en la interrelación económica de oferta y demanda, deben tener presente el rol que mantienen como actores principales en la cadena regulatoria de dichos servicios; en ese sentido, se debe destacar que son proveedores de regulaciones privadas (Busch, 2019).

El derecho, al igual que los desarrollos económicos y las innovaciones en el mercado, es evolutivo. Actualmente nos encontramos en la era de la información y resulta un tanto complejo que las regulaciones actuales puedan abarcar el vasto desarrollo que se produce día a día, gracias a la tecnología. Tomando ello como punto de partida, sumado al auge en las economías colaborativas, los modelos de negocio e innovaciones

estructurados alrededor de las referidas economías suelen tener ciertos inconvenientes al intentar ser aterrizados en las regulaciones actuales.

Por lo tanto, ahora resulta comprensible el razonamiento de los funcionarios con facultades legislativas para calificar los servicios ofrecidos mediante Airbnb (servicio A pero, primordialmente el servicio B) como hospedaje.

Al respecto, tal como se ha detallado a lo largo del presente tópico, el servicio A es claramente un arrendamiento; sin embargo, el servicio B no se podría catalogar como tal, a raíz de los servicios conexos que se presentan en conjunto con el servicio de alojamiento. Sobre ello, es necesario hacer un énfasis en la gradualidad de la intención de generar comercio gracias a dichos servicios.

Existe un claro *animus* de generar ingresos, tanto con el servicio A como con el servicio B; no obstante, la gran diferencia entre ambos es que con el primero el anfitrión solo pone a disposición el inmueble o parte de este en favor del huésped, lo que genera ingresos de esa manera. Por otro lado, a través del servicio B, puede hallarse una mayor complejidad y, por ende, logística en los servicios prestados, al punto que será necesario una mayor participación o dependencia por parte del anfitrión, a fin de cumplir con las obligaciones contraídas.

Ahora bien, lo descrito en los párrafos precedentes no implica que el servicio B sea un servicio de hospedaje. Tal como se detalló, es necesario hacer hincapié en la gradualidad que presentan ambos, pues los servicios ofrecidos a través de Airbnb no son comerciales como un hotel, ni tampoco personales, como si fuese un amigo pasando el fin de semana en casa; por lo tanto, resulta complejo de catalogar como tal (Marzen, Prum & Aalberts, 2016).

Para ello, resulta prudente destacar nuevamente el efecto que genera el modelo de negocio de Airbnb, el cual permite llegar a las partes a un acuerdo en el cual prima su libertad e intención de contratar por sobre disposiciones ya preestablecidas. Estos sistemas tienen un propósito dual, permiten a las partes conocer más sobre la otra previamente a estar de acuerdo con la transacción y crear un incentivo para estas de comportarse acorde a la buena fe (Jøsang, Ismail & Boyd, 2007).

Por consiguiente, mantenemos la idea de que el servicio A (servicio de alojamiento) que ofrece Airbnb puede catalogarse como un contrato de arrendamiento. Mientras que el servicio B (servicio de alojamiento, experiencias y servicios del anfitrión) resulta un contrato innominado y atípico con tipicidad social, la cual recae en normas socialmente aprobadas e insertas en la costumbre de los sujetos que emplean la plataforma de Airbnb a fin de recibir dichos servicios.

4. EJEMPLOS DE REGULACIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS: UNIÓN EUROPEA Y NUEVA YORK

Es evidente que Airbnb en Perú se encuentra regulado supletoriamente por las normas del derecho en las cuales tiene implicancia. Asimismo, no cabe duda de que en ciertos países o jurisdicciones Airbnb se encontraba regulado supletoriamente en un primer momento; no obstante, el propio impacto del servicio en el derecho y la economía en dichas jurisdicciones llevó a que se opte por que sean reguladas.

En primer lugar, resulta pertinente analizar los factores que impulsaron una regulación por parte de la Unión Europea y, una vez dejados en claro, verificar el impacto de la regulación *per se* que tuvo en Airbnb. En ese sentido, se observa que la Unión Europea optó por brindarle un enfoque de lo general a lo particular. Debido a ello, y a efectos de la presente investigación, cobran suma relevancia dos documentos vinculantes emitidos por el máximo ente europeo.

Por ello, es crucial comenzar por el documento técnico elaborado por la Comisión Europea encargada de examinar la naturaleza de los servicios ofrecidos por *e-commerce* —mediante plataformas digitales— y el alineamiento e impacto sobre las políticas fiscales de la Unión Europea. Al efecto, la Comisión clasificó los diversos modelos de servicios de plataformas digitales en cuatro categorías:

- (i) plataformas que, como intermediarios, garantizan acceso a un *Marketplace*⁹;
- (ii) plataformas que ofrecen un modelo publicitario; (iii) plataformas que garantizan acceso a contenidos y/o soluciones digitales; y, (iv) las plataformas de venta a distancia y/o comercio electrónico. (Comisión Europea, 2018, pp. 14-16)

Ahora bien, tomando en cuenta las categorías de la naturaleza de las prestaciones económicas dispuestas en el párrafo precedente, resulta fundamental categorizar a Airbnb dentro del rubro en el cual se encuentra su oferta al mercado. Por ello, es factible afirmar que Airbnb se encuentra en la primera categoría, al ser una plataforma digital que garantiza el acceso a un *marketplace* y actúa como intermediario entre la oferta y la demanda —los arrendadores y los arrendatarios, respectivamente—, por lo cual recibe un *fee* por cada transacción. En efecto, tal como señala Zegarra (2019): “En virtud de dicha interacción, la plataforma facilita la entrega de bienes o la prestación de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, normalmente a cambio de una retribución” (p. 4).

De otro lado, lo expuesto anteriormente se debe complementar con la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo sobre el asunto C-390/18, que responde a una demanda entablada por la *Association pour un hébergement et un tourisme*

9 Término empleado para señalar una plataforma digital que ofrece un mercado virtual donde diversas personas naturales o jurídicas pueden ofrecer sus productos y servicios.

*professionnels*¹⁰ (AHTOP), frente a la demandada Airbnb Irlanda, en representación de Airbnb Inc. (Airbnb). Sobre la misma, el Tribunal de Justicia Europeo declaró infundada la demanda entablada por la AHTOP frente a Airbnb, bajo la siguiente motivación:

procede calificar de “servicio de la sociedad de la información” (...) un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación. (Tribunal de Justicia Europeo, 2019)

Este dictamen dispuesto por el Tribunal europeo generó un precedente en la Unión Europea que definió y esclareció la naturaleza jurídica de Airbnb como lo que es: un servicio basado en economías colaborativas que está en provecho de una sociedad de la información.

De otro lado, en el año 2016, el estado de Nueva York en los Estados Unidos de América modificó la *Multiple Dwelling Law*¹¹ que “indirectamente” atentaba contra el servicio brindado por Airbnb. En efecto, la normativa en cuestión dispone como ilegales los arrendamientos a corto plazo: la ley estipula textualmente que el arrendamiento no puede ser por menos de 30 días, por más que el arrendador sea propietario o viva en el edificio. Asimismo, si los arrendadores hacen publicidad de sus inmuebles de multipropiedad Clase A¹², con fines de arrendamiento a corto plazo, se podían enfrentar a una multa desde 1000 hasta 7500 dólares americanos, pudiendo alcanzar la responsabilidad sobre la multa a los responsables de la publicidad.

No obstante, la ley señala que solo es posible ejercer el arrendamiento por menos de treinta días bajo ciertas condiciones. En primer lugar, el propietario deberá estar presente durante la estadía de los huéspedes. Asimismo, debe contar con un mínimo de dos huéspedes pagos, siempre y cuando mantengan un libre acceso a todas las habitaciones y salidas del apartamento. Sumado a ello, las puertas del apartamento no pueden tener capacidad de “encerrarse”, porque esto iría en contra del principio de que todas las personas habitantes del inmueble puedan acceder a todas las zonas de este. Finalmente, los arrendadores deben garantizar el bienestar y la seguridad de sus inmuebles en todo momento (New York State, 2016).

10 Asociación para el Alojamiento y Turismo Profesional.

11 Normativa que regula los usos de departamentos o viviendas con multipropietarios en el estado de Nueva York.

12 Una vivienda o departamento que presente multipropiedad “Clase A”, “hace referencia a las residencias con multipropietarios que están ocupados por razones de residencia permanente” (New York State, 2016).

Ahora bien, resulta lógico afirmar que las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes afectan a los usuarios de los servicios de arrendamientos ofrecidos a través de Airbnb y, por ende, a la misma compañía también. Empero, resulta necesario comprender que estas disposiciones responden a una realidad socioeconómica completamente distinta a la peruana. Al efecto, Paola Gálvez, jurista en *tech law* y nuevas tecnologías, señala que:

Existen Estados como San Francisco o Nueva York, que limitan el número de viviendas que se pueden ofrecer mediante la plataforma e, inclusive, el número de días al año que pueden estar alquilados. Al ser ciudades tan sobrepobladas, ya no desean que haya más departamentos en Airbnb, por ende, lo limitan; no obstante, estas regulaciones se dan a raíz de las circunstancias específicas de la ciudad. (Mosquera Basas, 2021b)

En este punto, resulta comprensible por qué Airbnb Inc. ofrece dos tipos de “términos de servicios”: (i) Para usuarios europeos¹³ y (ii) Para usuarios no europeos¹⁴.

4. IMPACTO DE UNA REGULACIÓN DEFICIENTE VS. UNA REGULACIÓN EFICIENTE

Ha habido diversos intentos de regular —directa o indirectamente— los servicios económicos que ofrece Airbnb, los cuales resultan pertinentes de observar de manera previa a efectuar el análisis del presente tópico. En primer lugar, resalta el intento por parte del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), de adherir los servicios en cuestión al Reglamento de Establecimientos de Hospedaje. La norma que establece parámetros para las personas que ofrecen el servicio de hospedaje fue seleccionada para abarcar y regular los arrendamientos originados a través de Airbnb.

Sobre la particular, a título personal, resulta errónea, debido a que los servicios de alojamiento que se ofrece mediante Airbnb son arrendamientos, mientras que la norma indicada en el párrafo precedente regula los servicios de hospedaje. Ello resulta incongruente puesto que son instituciones jurídicas distintas, al punto que el legislador peruano les ha otorgado títulos distintos dentro del Código Civil, razón por la cual diversos gremios e instituciones que promocionan el turismo en el país —sumado a profesionales del derecho— presentaron sus respectivos reclamos.

Sin embargo, la Sunat, informalmente, le ha dado un enfoque pragmático a la actividad. Tal como se expuso previamente, la institución encargada de establecer y recaudar los tributos en el Perú permite a los contribuyentes que generan renta, gracias

13 País de residencia o establecimiento que se encuentra en el espacio económico europeo, Suiza o el Reino Unido.

14 País de residencia o establecimiento se encuentra fuera del espacio económico europeo, Suiza y el Reino Unido.

al servicio de arrendamiento de Airbnb, tributar conforme primera o tercera categoría. Efectivamente, no habría ningún inconveniente de tributar esta renta de capital, fruto del arrendamiento, siguiendo los parámetros dispuestos en la primera categoría de la Ley del Impuesto a la Renta.

Ahora, lo que levanta muchos cuestionamientos es la capacidad de tributar conforme los criterios de tercera categoría de la ley en cuestión, sabiendo que esta es una categoría reservada —salvo ciertas excepciones— para las rentas originadas como fruto de una actividad comercial y empresarial. Al respecto, en la naturaleza de la actividad empresarial siempre deben existir los siguientes componentes unidos: (i) organización, (ii) capital y (iii) trabajo.

Si bien es cierto, puede que existan algunas empresas que brinden servicios de arrendamiento mediante Airbnb y bien podrían calificar como rentas de tercera categoría, bajo la actividad económica de “alojamiento de instancias cortas”, la realidad demuestra que estos casos son ínfimos, e interpretar todos los arrendamientos —es decir, alojamiento bajo las disposiciones de la compañía— hechos a través de Airbnb como actividad empresarial, presentando solo un factor de capital, definitivamente desnaturalizaría la institución de empresa concebida por el derecho corporativo.

Finalmente, una última consideración sobre lo señalado en este intento de regulación del servicio y la interpretación de Sunat es que la Ley del Impuesto a la Renta no concibe la habitualidad en la actividad de arrendamiento como factor fundamental que pueda categorizar la renta fruto de dicha actividad como tercera categoría. No obstante, conforme dispuso e interpretó el Tribunal Fiscal, sobre lo que sí se debe hacer un análisis es si existen los componentes de la actividad empresarial unidos, y la preponderancia que existe entre ambos; es decir, si el factor capital es más relevante que el factor trabajo, nos encontramos frente a una actividad de primera categoría (Tribunal Fiscal, 2011). Al efecto, el jurista en derecho corporativo y tributario Luis Felipe Velarde, efectúa las siguientes precisiones:

Habitualmente, los arrendamientos de primera categoría no necesitan mayor organización y trabajo, pero en Airbnb, sí voy a necesitar capital y trabajo porque el hospedaje puede ser de un día a una semana, e inclusive un mes. Eso significa que, si voy a estar constantemente arrendando el inmueble, tiene que haber una organización y personas que se encarguen de la limpieza, los implementos de aseo, etc. dependiendo del tipo de Airbnb que quiera alquilar y sus condiciones. Entonces, nos encontramos frente al factor organización y trabajo, con lo cual, sí se podría afirmar que nos encontramos en un supuesto de tercera categoría.

Sin embargo, puede también que nos encontremos con personas que solo arrendan el inmueble y a lo sumo hacen un poco de limpieza; es decir, se limita a ser un arrendamiento de inmueble ordinario, donde te dan lo básico y lo

demás depende de ti. Esto último, estaría orientado a la primera categoría. (Mosquera Basas, 2021a)

De otro lado, en enero del año 2021, la Municipalidad de Miraflores emitió la Ordenanza 561, que disponía una modificación en la Ordenanza 342¹⁵. Al efecto, se modificó el artículo 14, literal e), incisos 1 y 2; sobre este último inciso, se establece que “los edificios de vivienda multifamiliar ubicados en zonificación residencial, sólo podrán ser utilizados para ese fin, no permitiéndose el uso de estos inmuebles como residencia rotativa, alquiler vacacional o alojamiento” (Ordenanza 561/MM, 2021). Al parecer, este sería intento de emular lo señalado sobre la normativa del estado de Nueva York.

Sobre el particular, genera un evidente desmedro a las personas que poseen inmuebles de dichas características y suelen arrendarlo mediante el servicio de Airbnb, tomando en cuenta que el distrito de Miraflores es un punto sumamente relevante de concentración y hospedaje de turistas extranjeros en Lima (Mincetur, 2019, p. 2). Empero, fuera de la problemática mencionada en el presente párrafo, esta normativa claramente afecta el derecho constitucional de propiedad, normado en el artículo 70 de la Constitución, y su potestad inherente de disponer libremente —para efectos del caso— de los bienes inmuebles en cuestión.

Resulta factible afirmar que estos intentos regulatorios no han sido eficaces en tanto desnaturalizan el servicio brindado por Airbnb y, en el camino a ello, también desnaturalizan instituciones del derecho y atentan contra derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Ello surge a raíz de un evidente desconocimiento de la naturaleza del servicio que ofrece Airbnb y la falta de capacidad de dar con una respuesta acertada que sea en beneficio de los consumidores y el mercado. Sobre el particular, Velarde señala lo siguiente:

Actualmente, el aplicativo pretende autorregularse para salvar su reputación, pero debemos tener en cuenta temas de incumplimientos, temas de responsabilidad de propietarios, obligaciones de los arrendatarios, debería haber un registro de propietarios, etc. y no legislarlo con un simple “copy-paste” de normas extranjeras, porque esa no es la solución. (Comunicación personal)¹⁶

Ahora, entrando de lleno al presente tópico, considero que sí es factible regular Airbnb siempre y cuando nos encontremos en la posición de una ciudad sobrepoblada que efectivamente lo necesite, pues la naturaleza de las prestaciones brindadas por y a través de Airbnb se encuentran reguladas supletoriamente en la actualidad y permiten un desempeño libre y viable del servicio. Sobre el particular, Gálvez señala que:

15 Ordenanza que dispone parámetros urbanísticos y edificatorios, y las condiciones en el distrito de Miraflores.

16 Entrevista realizada por el autor a Luis Felipe Velarde Koechlin el 6 de julio del 2021.

No es necesario una normativa específica, porque primero es necesario identificar el modelo de negocio para verificar si está regulado o no... crear una regulación de Airbnb para las condiciones que tenemos en el Perú, no. Ahora, si llegamos a ser una ciudad como Madrid o Nueva York, hay que delimitar porque ya tenemos demasiados departamentos, hoteles y turistas; sin embargo, la situación del turismo en Perú, todavía no lo necesita. (Comunicación personal)¹⁷

De otro lado, dicha regulación debe ir de la mano con los parámetros legales y constitucionales ya establecidos, a diferencia de las dos normativas expuestas en el presente tópico, debido a que desnaturalizarían ciertas instituciones del derecho o a que no respetarían nuestros derechos. Asimismo, desde la óptica del análisis económico del derecho, esta posible regulación no debe restringir el servicio. Al ser este uno que se basa en economías colaborativas, es un claro ejemplo de cómo el ser humano puede emplear su propiedad libremente en pro de maximizar los bienes en la sociedad y, como consecuencia, generar un dinamismo en la economía al ser otra persona que encuentra más provechoso el uso del bien quien lo emplea.

Esta posible normativa se debe orientar a que Airbnb se vuelva una herramienta con más protagonismo en la economía peruana. En efecto, al ser el sector turismo el principal rubro para el cual se emplea el aplicativo, es evidente que la normativa debe encaminarse al máximo aprovechamiento del servicio, incentivando a que más personas se vuelvan usuarios de Airbnb y que otras tengan facilidad de arrendar sus inmuebles a través de este. Sobre estas últimas, es destacable que este tipo de ingresos por renta de capital resulte independiente de los ingresos por concepto de cuarta o quinta categoría; *ergo*, implican un ingreso que no demanda tanto tiempo ni esfuerzo en comparación con los señalados anteriormente, que ciertas familias peruanas pueden gozar y, por ende, les permite poco a poco crecer a nivel socioeconómico.

Finalmente, tomando en cuenta que el eje central por el cual el Gobierno peruano se encuentra tentado a normar este servicio es el incremento de recaudación tributaria, de momento no serviría de mucho establecer una ley sobre la materia que permita una mayor recaudación de tributos y, por ende, un aumento en la tarifa del servicio brindado por Airbnb. Este aumento generaría que el costo adicional se traslade a los arrendatarios, con lo cual, desde el aspecto económico, los arrendatarios obtendrían un desincentivo para usar el aplicativo y, desde el aspecto legal, se incentivaría a los arrendadores a no cumplir con sus obligaciones tributarias sobre la materia.

Al efecto, lo señalado en el párrafo precedente ocurre normalmente en sociedades donde sus habitantes no tienen la capacidad de percibir tangiblemente que sus tributos son empleados en beneficio de maximizar la sociedad. Sobre el particular, resalta

17 Entrevista realizada por el autor a Paola Gálvez Callirgos el 10 de julio del 2021.

que, en el presupuesto público para el 2021¹⁸, el principal tipo de ingreso que posee el Perú es los impuestos, con un porcentaje de 62,8 %; de otro lado, el gasto principal —no necesariamente más prioritario— son los pagos de planilla¹⁹, con un porcentaje de 42,1 % y, seguido de este, se encuentra el gasto de inversiones, con un porcentaje de 25,9 % (Ministerio de Economía y Finanzas, 2021, pp. 7-8).

5. COMENTARIOS FINALES

Conforme a lo expresado a lo largo del presente documento, no cabe duda alguna de que la compañía Airbnb ha entrado disruptivamente al mercado en todo el mundo, con un servicio que originó más preguntas que respuestas en algunas instituciones del derecho. En tal sentido, es comprensible —hasta cierto punto— que hoy en día, habiendo pasado ya más de medio decenio de la llegada del servicio al país, exista incertidumbre todavía alrededor de la naturaleza jurídica del servicio.

No obstante, sobre lo que no existe justificación, y hasta resulta escandaloso, es que, pese a la incertidumbre señalada en el párrafo precedente, los servidores con facultades regulatorias intenten construir o adaptar el servicio a normativas que evidentemente no están en concordancia con la naturaleza jurídico-económica del servicio que ofrece Airbnb. Ello es un claro ejemplo de cómo dichos intentos ineficaces de regulación pueden llegar a distorsionar la naturaleza de ciertas instituciones del derecho.

Sobre todo, tal como se señaló de manera previa, resulta evidente que la respuesta de los legisladores debe ir de la mano con el derecho y la economía: no pueden estar desbalanceados como estuvieron en los intentos de regulación detallados con anterioridad. El derecho debe estar acorde con el progreso social y económico que tenga la sociedad peruana, tomando en cuenta el impacto que podría traer a nivel macro y microeconómico.

Finalmente, se debe tener siempre presente que las experiencias regulatorias de otros países responden a realidades propias, distintas a la peruana; a raíz de esto último, es imposible pretender que todo se solucione al importar una ley o hacer simple implante jurídico de otros países donde una norma que regule Airbnb pudo haber tenido éxito y esperar los mismos resultados. Ello se debe a que cada país tiene su idiosincrasia y, por ende, el resultado de implementar una normativa extranjera sin tomar en consideración nuestra realidad casi siempre será totalmente distinto al que tuvo en su país de origen.

18 El monto total del presupuesto público para el 2021 es de 183 029 770 158 soles.

19 Sobre el particular, cabe destacar que “gastos de planilla” se encuentra conformado por conceptos remunerativos, pensiones y asistencia social.

REFERENCIAS

- Airbnb. (2020, 30 de octubre). *Términos y políticas. Términos de servicio. Términos de servicios para usuarios no europeos*.
- Alfonso Sánchez, R. (2016). Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, (66).
- Busch, C. (2019, 1 de febrero). Regulating Airbnb in Germany - Status quo and future trends. *8 Journal of European Consumer and Market Law*, (1), 39-41. <https://ssrn.com/abstract=3730641>
- Castillo Freyre, M. (2003). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VIII: Contratos nominados (primera parte)*. Gaceta Jurídica.
- Cavero Velaochaga, M. (2021). *Airbnb, propiedad y arrendamiento*. Peruweek.pe: Información para el Sector Legal, Político y Diplomático. <https://www.peruweek.pe/airbnb-propiedad-y-arrendamiento/>
- Comisión Europea. (2018). *Document 52018SC0081. Commission Staff Working Document: Impact Assessment*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0081>
- Decreto Supremo 001-2015-MINCETUR. (2015, 8 de junio). Aprueban Reglamento de Establecimientos de Hospedaje. *Diario Oficial El Peruano*.
- Decreto Supremo 179-2004-EF. (2004). Texto único ordenado de la Ley del impuesto a la renta. *Diario Oficial El Peruano*.
- Jøsang, A., Ismail, R., & Boyd, C. (2007). A survey of trust and reputation systems for online service provision. *Decision Support Systems*, 43(2), 618-644. <https://www.oasis-open.org/committees/download.php/28303/JIB2007-DSS-Survey.pdf>
- Marzen, C. G., Prum, D. A., & Aalberts, R. J. (2016, 9 de diciembre). The new sharing economy: the role of property, tort, and contract law for managing the Airbnb model. *New York University Journal of Law and Business*, Forthcoming.
- Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. (2019). *Perfil del turista extranjero que visita Lima - 2019*. Turismo in, Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo. https://www.promperu.gob.pe/TurismoIN/Uploads/perfiles_extranjeros/43/tips/2677/PTE%202019%20-%20Visita%20Lima.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2021). *Guía de orientación al ciudadano del presupuesto público 2021*. https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/documentac/guia_orientacion_ciudadano2021.pdf
- New York State. (1924). *Multiple dwelling law*. (Adenda del 2016) <https://www1.nyc.gov/assets/buildings/pdf/MultipleDwellingLaw.pdf>

- New York State. (2016). *About illegal short-term rentals. Information for hosts*. NYC Office of Special Enforcement. <https://www1.nyc.gov/site/speciaenforcement/stay-in-the-know/information-for-hosts.page>
- Ordenanza 342/MM. (2011). Ordenanza que aprueba los parámetros urbanísticos y edificatorios y las condiciones generales de edificación en el distrito de Miraflores. *Diario Oficial El Peruano*.
- Ordenanza 561/MM. (2021). Ordenanza que modifica la Ordenanza 342/MM que aprueba los parámetros urbanísticos y edificatorios y las condiciones generales de edificación en el distrito de Miraflores. *Diario Oficial El Peruano*.
- Organización Mundial de Comercio. (1998, 25 de septiembre). *Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico*.
- Osterwalder, A., & Pigneur, Y. (2010). *Generación de modelos de negocios: un manual para visionarios, revolucionarios y retadores*. Deusto.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) C-390/18. (2010, 19 de diciembre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F5D9A7683E3BC1E2EA0698E680051005?text=&docid=221791&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=542592>
- Tribunal Fiscal [Ministerio de Economía y Finanzas]. (2011). Resolución del Tribunal Fiscal 2011_10_15496.
- Zegarra, R. (2019). Comentarios para modernizar el régimen del Impuesto General a las Ventas en el Perú en el marco de la economía digital: la experiencia de la Comunidad Europea y el inmaduro régimen peruano. *Thêmis. Revista de Derecho*, (76), 271-290. <https://doi.org/10.18800/themis.201902.018>

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

- Centro de la Comunidad [Airbnb]. (2017). *Todos los foros de discusión. Impuestos en Perú*. <https://community.withairbnb.com/t5/Ayuda/Impuestos-en-Per%C3%BA/td-p/505564>
- Badger, E. (2014, 23 de abril). Why we can't figure out how to regulate airbnb. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2014/04/23/why-we-cant-figure-out-how-to-regulate-airbnb/>
- Decreto Legislativo 937. (2003). Texto del Nuevo Régimen Único Simplificado. *Diario Oficial El Peruano*.
- Directiva UE 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (2000, 8 de junio). Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la

sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Directiva UE 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo. (2015, 9 de septiembre).

Directiva por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Grönroos, C. (1994). *Marketing y gestión de servicios: la gestión de los momentos de la verdad y la competencia en los servicios*. Ediciones Díaz de Santos.

Guttentag, D. (2017). Regulating innovation in the collaborative economy: an examination of Airbnb's early legal issues. En D. Dredge & S. Gyimóthy (Eds.), *Collaborative Economy and Tourism. Tourism on the Verge* (pp. 97-128). Springer Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-51799-5_7

Rubio Correa, M. (1994). *Para conocer la Constitución de 1993* (3.ª ed.). Desco.

Segura Mena, R. E. (2012). El contrato de *know how* y licencia del *know how*. *Revista El Foro*, (12), 46-58.

Sociedad de Comercio Exterior del Perú. (2019). *Efectos de la economía digital en la clase media peruana*. Semanario 993.

Soltero Mariscal, D., & Vargas-Hernández, J. (2017). Modelos actuales de economías colaborativas. Airbnb: cambiando la industria de la hospitalidad. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 7(2), 348-363.

LA CRISIS DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN CHILENA: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

CRISTIÁN LEPIN MOLINA*

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Recibido: 16 de agosto del 2021 / Aceptado: 29 de abril del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n056.6404>

RESUMEN. Este artículo tiene por objeto analizar la situación jurídica de las personas con discapacidad intelectual en el ordenamiento jurídico chileno, en especial, el marco normativo, el sistema o modelo adoptado por el legislador nacional, y la contradicción existente con los tratados internacionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad. El trabajo pone de relieve la crisis en que se encuentra la noción de capacidad de ejercicio o de obrar, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, especialmente por lo prescrito en su artículo 12, para luego revisar las limitaciones o barreras que la legislación civil establece, la manera en que se infringen las disposiciones internacionales y la posibilidad de establecer un sistema diferenciado de autonomía que reconozca las distintas capacidades de las personas y que establezca como una norma restrictiva y residual la incapacidad absoluta, solo para aquellos casos en que existe una privación absoluta de razón, y que coexista con los mecanismos de apoyo y salvaguardias exigidos por la normativa internacional.

PALABRAS CLAVE: personas con discapacidad / capacidad civil / autonomía

* Doctor en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y magíster en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile).

THE CRISIS OF THE CONCEPT OF CAPACITY UNDER CHILEAN LAW: INTERNATIONAL PROTECTION AND AUTONOMY OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES

ABSTRACT. This article aims to analyze the legal situation of people with intellectual disabilities under Chilean law, focusing on the regulatory framework, the system adopted by Congress, and the existing contradiction with international treaties that protect the rights of people with disabilities. The work highlights the crisis of the notion of capacity to exercise since the Convention on the Rights of Persons with Disabilities came into force in Chile, mainly based on Article 12. Later it reviews the limitations that Chilean civil law shows and how they violate international provisions and develops the possibility of establishing a differentiated system of autonomy that recognizes the different capacities of people. The article proposes establishing absolute incapacity as a restrictive and exceptional rule, only applicable to cases of complete deprivation of reason, that can coexist with the support mechanisms and safeguards required by international laws.

KEYWORDS: persons with intellectual disabilities / civil capacity / autonomy

1. INTRODUCCIÓN

La situación jurídica de las personas con discapacidad no ha sido muy estudiada por la doctrina nacional (chilena), especialmente aquella más autorizada, en la que solo se encuentran referencias al estudiar la parte general del derecho civil, en concreto, al analizar los atributos de la personalidad, en el apartado sobre la incapacidad absoluta, en el caso de la discapacidad intelectual por demencia.

En la primera parte de este artículo analizamos algunos aspectos generales, datos estadísticos, los distintos modelos legislativos y la normativa aplicable a la discapacidad, información que nos permite establecer un cuadro general sobre la importancia del tema, el grupo significativo de personas que se encuentran involucradas, el débil marco normativo nacional y las contradicciones entre las normas nacionales y las internacionales.

En la segunda parte, se analizan críticamente el concepto de “demencia” y la regulación de la capacidad de ejercicio o de obrar, la autonomía diferenciada que se debe reconocer a las personas con discapacidad en función de sus capacidades y competencias, para luego, revisar las distintas limitaciones o barreras que la legislación civil establece y que impiden el desarrollo de estas personas en igualdad de oportunidades con los otros ciudadanos. Para terminar, se esbozan algunas conclusiones.

2. ASPECTOS GENERALES

En el año 2004, las personas con discapacidad en Chile representaban el 12,9 % de la población, es decir, aproximadamente 2 068 072 de personas (Servicio Nacional de la Discapacidad [Senadis], 2004). Para el año 2017 el porcentaje había aumentado a 16,7 % de la población, equivalente a 2 836 818 personas (Senadis, 2017). Es fácil advertir que se trata de un porcentaje muy importante de la población la que queda incorporada en esta categoría, y que comprende discapacidad tanto física, intelectual, visual, auditiva, psiquiátrica, viscerales y múltiples discapacidades, las que a su vez se pueden manifestar con distintos grados, e incluso, según se señala, todos vamos a tener algún tipo de discapacidad en algún momento de la vida (información disponible en el sitio web del Senadis: <https://www.senadis.gob.cl/>).

Así lo reconoce el artículo 1, inciso 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual refiere que “incluyen a aquellas [personas] que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), *discapacidad* es

un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive. (sitio web de la OMS: <https://www.who.int/es>)

Por su parte, en el artículo 5 de la Ley 20422 se señala:

persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

El objeto de esta ley es “asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad”.

No obstante, la visión con enfoque de derechos humanos sobre la situación de las personas con discapacidad implica reconocer las diferencias que existen en las personas según sus capacidades y dar acceso a todas en igualdad de condiciones, para que puedan desarrollarse y disfrutar sus derechos, sin discriminaciones que impidan o restrinjan su participación en la sociedad.

2.1 Relación entre derecho y discapacidad

La relación entre el derecho y la discapacidad ha pasado por diversas etapas, desde la prescindencia absoluta, pasando por la regulación peyorativa y discriminadora, hasta la irrupción de modelos que reconocen derechos a las personas con énfasis en la diversidad de situaciones en las que se encuentran aquellas con discapacidad y el enfoque de derechos con perspectiva de derechos humanos, basados en la igualdad de oportunidades y la eliminación de las barreras sociales que dificultan el pleno desarrollo de las personas con discapacidad.

Siguiendo lo señalado en el estudio de Silva (2014), estas distintas etapas o modelos son los siguientes:

- A. *Modelo de prescindencia.* En una primera etapa la sociedad asoció la discapacidad a la religión, buscando explicación en el enojo de los dioses; a mensajes diabólicos; o a la desgracia familiar, por lo que la vida de las personas con

discapacidad era considerada una carga para la sociedad, donde ellas eran sujetos de caridad o de asistencia. En este modelo encontramos dos submodelos, el eugenésico y el de la marginación:

- A.1 *Eugenésico*. Una respuesta a la desgracia que representaban las vidas de las personas con discapacidad fue la lamentable práctica eugenésica de eliminar a aquellas personas que nacían con alguna discapacidad. Esta etapa se sitúa en la Antigüedad clásica, especialmente en Grecia y Roma.
- A.2 *Etapa de la marginación*. Esta etapa tiene vigencia en la Edad Media, periodo en el que las personas con discapacidad fueron excluidas y marginadas de la sociedad, condenadas a vivir de la mendicidad; especialmente los niños fueron utilizados para generar la caridad de otras personas y con ello su explotación como fuente de ingresos.
- B. *Modelo médico-rehabilitador*. Esta etapa surge en el siglo xx, especialmente después de la Revolución Industrial y la Primera Guerra Mundial, con el consiguiente incremento de la discapacidad producto de los accidentes laborales y de las consecuencias de la guerra, lo que modificó el enfoque de las iniciales razones religiosas a motivos de orden científico-médicos. Se consideraba a la discapacidad como una limitación física, mental o sensorial; en síntesis, se la consideraba como a las patologías o enfermedades. La reacción lógica fue la asistencia a través de la seguridad social. En Chile surge en esta etapa la Ley 18600, que se basó en esta concepción.
- C. *Modelo social*. En esta etapa se supera la concepción negativa e individualista de la discapacidad, y surge un enfoque más bien sociológico, que considera a la discapacidad como un problema social, en el que se distinguen dos subetapas: la de los derechos humanos y la de la diversidad.
 - C.1. *Enfoque de derechos humanos*. La incorporación de la perspectiva de derechos humanos al modelo social permite la construcción de sociedades más integradoras, en que se consideran valores fundamentales a la igualdad y a la dignidad de las personas. En este contexto, la exclusión de la discriminación y de las barreras sociales que impiden el desarrollo de las personas con discapacidad surge como elemento fundamental, y es en este sentido que se aprueba la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.
 - C.2 *Enfoque desde la diversidad*. Se elabora ante la falta de respuesta a la discriminación a las personas con discapacidad, en especial en temas bioéticos. En este modelo, se considera que las personas con discapacidad tienen capacidades y que pueden desarrollarse con apoyos. Este modelo valora la diversidad como una riqueza de la sociedad.

- D. *Biopsicosocial*. Por último, este modelo es propiciado por la OMS, que considera que la discapacidad es compleja, dinámica, multidimensional y objeto de discrepancia. Por ello, se necesita de un enfoque adecuado a los distintos aspectos de la discapacidad, que considere las condiciones de salud y los factores contextuales, tanto personales como ambientales.

2.2 Régimen jurídico vigente en Chile

La legislación chilena inicialmente aborda el tema en estudio, por una parte, a través de leyes de seguridad social para proteger a las personas “enfermas”, y, por otra parte, en el plano civil, donde consagra su incapacidad absoluta, estableciendo la posibilidad de declarar su interdicción y el nombramiento de un curador que sustituya a estas personas en la administración de sus bienes y ejercicio de sus derechos.

Las principales normas que regulan en la actualidad a las personas con discapacidad son las siguientes: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, la Ley 18600, la Ley 20422, y otras normas que tangencialmente se refieren a aspectos específicos que afectan a las personas con discapacidad.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad tiene por objeto que

los Estados partes eliminen progresivamente toda forma de discriminación que vaya en contra de la dignidad, trato y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Para este efecto, las instrucciones propuestas por esta Convención son adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad; promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan; medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitadas para hacerlo. (Decreto 99, 2002)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por el Decreto 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 17 de septiembre del 2008. Mediante este instrumento internacional,

se reconocen los derechos de todo individuo, en especial las personas con discapacidad, a fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar a las personas con discapacidad el acceso en igualdad de condiciones con las demás, a la información y a las comunicaciones, junto a la instauración de normas que contribuyan a eliminar la discriminación de las personas con discapacidad y se promueva la inclusión social, educativa, participativa, laboral y de accesibilidad universal, propendiendo a instaurar normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad. (Decreto 201, 2018)

La Ley 18600, que establece normas sobre deficientes mentales, vigente desde el 19 de febrero de 1987 (su título evidencia la visión y época de dictación del texto legal), es una normativa que no se encuentra acorde con el reconocimiento que corresponde a las personas con discapacidad y cuyas referencias actualmente resultan inapropiadas o en desuso. Esta ley establece que la protección, tratamiento, educación, capacitación, desarrollo físico, recreación y seguridad social de las personas con discapacidad constituyen derechos para ellas y deberes que debe asumir su familia. Consagra que “es deber del Estado coordinar y controlar el desarrollo de un sistema mixto de participación pública y privada, adecuado para apoyar a las familias en el cumplimiento de las obligaciones señaladas anteriormente” (Ley 18600, artículo 1). En general, establece disposiciones sobre subvenciones estatales, educaciones, sobre juicio de alimentos y diversas normas para aquellas personas con alguna discapacidad intelectual.

La Ley 20422 (2010), que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión de personas con discapacidad, “busca materializar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, consagrando el objetivo que logren la plena inclusión social en diferentes ámbitos, tales como: participación plena en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social” (Ley 20422, 2010).

Otras leyes que se refieren a las personas con discapacidad son la Ley 20584, sobre Derechos de los Pacientes; Ley 18700, Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios; Ley 19947, que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, Código del Trabajo, entre otros.

3. LA CAPACIDAD CIVIL Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL SISTEMA CHILENO

La capacidad civil se relaciona con la noción de sujeto de derecho, es decir, con la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones en el ámbito jurídico. Desde

este punto de vista, surge como atributo de la personalidad, distinguiéndose entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Desde ya, es prudente aclarar que toda persona desde su nacimiento adquiere personalidad y por tanto puede ser titular de derechos y obligaciones.

Por su parte, la denominada *capacidad de goce*, es decir, la posibilidad jurídica de ser titular de derechos y obligaciones, no obstante lo señalado, no implica necesariamente que una persona esté habilitada para ejercerlos personal y directamente. Esta posibilidad de ejercicio de los derechos es lo que la doctrina denomina *capacidad de ejercicio*.

En este sentido, solo se considera la capacidad de goce como atributo de la personalidad, ya que toda persona la posee a diferencia de la capacidad de ejercicio, es decir, que toda persona por el hecho de ser tal puede ser titular de derechos y obligaciones, pero no necesariamente podrá ejercerlos por sí misma.

Con relación a la capacidad de ejercicio, se debe distinguir entre personas capaces e incapaces. La regla general la establece el artículo 1446 del Código Civil que prescribe que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces” y las incapacidades están establecidas en función de que ciertas personas no tienen discernimiento para actuar en la vida jurídica o no tienen el suficiente discernimiento para actuar correctamente en ella.

En este sentido, el artículo 1447 señala que son absolutamente incapaces las personas dementes, impúberes, sordos y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Por su parte, son relativamente incapaces los menores adultos (según el artículo 26 del Código Civil, son los hombres mayores de 14 años y mujeres mayores de 12 años, y hasta que cumplan los 18 años); y los interdictos por disipación (según el artículo 445 del Código Civil, se manifiesta por hechos repetidos de dilapidación que dan cuenta de una falta total de prudencia) que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

La diferencia es que los incapaces absolutos nunca pueden actuar personalmente en la vía jurídica, solo pueden actuar representados; en cambio los incapaces relativos, además de actuar representados, también pueden actuar personalmente en los casos en que la legislación los autoriza expresamente.

En cuanto a la representación de estas personas, el artículo 43 del Código Civil señala que son representantes legales de una persona la madre o el padre, el adoptante, el tutor o curador.

De esta forma, para el Código Civil chileno existen personas que carecen de voluntad (dementes) o personas que por falta de madurez no pueden expresar su voluntad, sino que deben ser representados como ocurre con los impúberes (es decir, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce), y otras personas que no pueden expresar su voluntad (los sordos y los sordomudos que no

pueden darse a entender claramente), lo que les impide actuar en la vida jurídica (absolutamente incapaces), por lo que sus actos son nulos.

En el primer caso, es decir, aquellas personas que carecen de voluntad, se puede sostener incluso que sus actos serían inexistentes, desde que no existe voluntad o consentimiento.

Para efectos de este trabajo, nos referiremos solo a las personas dementes, dado que se refiere a la discapacidad intelectual, aun cuando nuestro Código no define qué se entiende por *demente*, solo se limita a señalar que son absolutamente incapaces.

Según Frigerio, “es la situación en que se encuentra el individuo que, por alteración de sus facultades mentales, carece de aptitud mediana para dirigir su persona” (1989, p. 37). Por su parte Ducci señala que es “la persona que está con sus facultades mentales perturbadas” (2009, p. 287). Más recientemente, Corral señala que

el Código Civil utiliza esta expresión de un modo no técnico y se refiere de manera general a todas las personas que por alguna razón patológica se encuentran privadas del uso de razón de manera permanente. Caben todas las enfermedades mentales que impidan que una persona pueda dirigirse a sí misma. Si hay discusión sobre si concurre en una determinada persona esta circunstancia, el juez deberá acreditarlo recurriendo al informe de peritos (médicos psiquiatras). (2018, pp. 390-391)

En un sentido similar,

la jurisprudencia ha agregado que la ley en la palabra ‘demencia’ comprende la enajenación mental bajo todas las formas que pueda presentarse y en todos sus grados, cualquiera que sea el nombre que se le dé; se aplica a todo trastorno de la razón que impide a una persona tener la libre voluntad de obligarse y la responsabilidad de sus actos, haciéndola absolutamente incapaz. (Frigerio & Letelier, 1992, p. 289)

Resulta inconcuso que la palabra *demencia* comprende toda privación de razón que derive de un trastorno o anomalía psíquica, o, si se quiere, toda enfermedad mental sin distinción alguna. Así lo señala Ruz al expresar que

la demencia en sentido amplio comprendería las enajenaciones o trastornos y anomalías psíquicas en todas sus formas, cualquiera sea su causa. Po lo tanto, la expresión demente ha sido tomada en un sentido diverso al técnico, que podría proponer la ciencia de la psiquiatría (Art. 21). Igualmente, al no haber definido A. Bello la demencia en nuestro Código ha de dársele necesariamente el sentido natural y obvio a dicha palabra. (2011, pp. 382-383)

En este sentido, la palabra *demente* comprende a todas las personas con discapacidad intelectual en cualquiera de sus grados, sin considerar sus aptitudes para actuar en la vida jurídica.

Los actos de las personas con discapacidad intelectual (*dementes* para el Código Civil chileno) adolecen de nulidad absoluta, no generan ni siquiera obligaciones naturales, ni admiten caución¹, por lo que deben actuar en la vida jurídica por medio de sus representantes legales, es decir, por su padre, madre, adoptante, tutor o curador (artículo 43 del Código Civil). Según Corral,

la protección de la persona incapaz se realiza mediante la imposición de una carga o función a otra persona para que la sustituya o asista en la administración de sus bienes y demás relaciones jurídicas. Es una función y no un derecho porque se ejerce en beneficio, no del titular, sino de la persona que está sujeta a ella. Esta función es denominada representación legal. (2018, p. 389)

En este sentido, la legislación nacional establece un procedimiento de interdicción para sustituir a la persona “demente” por otra que se le designa para administrar sus bienes y ejercer otros derechos que señala la ley (y que analizaremos más adelante). Es decir, se debe probar en un juicio contradictorio la privación de razón, por medio de la certificación administrativa de la Comisión de Medicina Preventiva y de Invalidez (COMPIN) y debe estar inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad. El procedimiento es voluntario (lo que representa un avance, dado que previo a esta reforma se debía tramitar un procedimiento ordinario civil), que termina con una sentencia que priva a la persona de la administración de sus bienes y designa a un curador para que lo represente.

Es posible advertir que el ordenamiento jurídico chileno, no obstante aprobar los tratados de derechos humanos, en especial los que se refieren a las personas con discapacidad, y dictar algunas normas, según ya se analizó, sigue considerando a las personas con discapacidad intelectual como dementes, los anula absolutamente y los sustituye por un tercero (curador).

La declaración judicial de interdicción no es condición necesaria para establecer la incapacidad, pero tiene importancia en términos probatorios, ya que los actos del “demente” son nulos independientemente de la resolución judicial. La diferencia estriba en que los actos previos al decreto de interdicción se presumen válidos, salvo que se pruebe que al momento de la celebración la persona se encontraba totalmente privada de razón². Por el contrario, los actos posteriores al decreto de interdicción son nulos, y no se admite la prueba de haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido³.

1 Artículo 1447, inciso 1 del Código Civil chileno: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”.

2 Coincidimos en este punto con lo señalado por Corral (2018, p. 390).

3 Artículo 465 del Código Civil: “Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente”.

Sobre este último punto, se ha sostenido que no era posible actuar en un intervalo lúcido, sin embargo, con enfermedades como el Alzheimer o la demencia senil progresiva parece factible que se pueda actuar en algunos casos con uso de razón (Corral, 2018, p. 390).

En cuanto al procedimiento, según el artículo 4, inciso 2, de la Ley 18600:

Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá con conocimiento y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 bis. Se aplicará a la persona discapacitada interdicta lo que prevén los artículos 440 y 453 del Código Civil para la guarda del menor adulto y del disipador, respectivamente. La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudencialmente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad. La persona interdicta podrá celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador.

La declaración de interdicción procede respecto de personas adultas con discapacidad intelectual, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 456 del Código Civil, que señala: “El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”. No resulta necesario este procedimiento respecto de niños, niñas o adolescentes, ya que no tienen la administración de sus bienes y son representados por el padre o madre que tenga su patria potestad (artículo 43 del Código Civil)⁴.

Por último, estimamos que, si la persona no ha sido evaluada por la COMPIN, debe tramitarse su solicitud de acuerdo al procedimiento de *lato conocimiento* o juicio ordinario civil, en que los hechos a probar serán la privación total de razón y la idoneidad de la persona propuesta como curador de los bienes del futuro interdicto (según lo dispuesto en el artículo 462 del Código Civil).

4 Así, se lee en el artículo 457 del Código Civil: “Cuando el niño demente haya llegado a la pubertad, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción”.

3.1 Visión crítica de la regulación nacional. Autonomía de las personas con discapacidad

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece:

Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
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.

Resulta evidente que la legislación chilena no se encuentra ajustada a los tratados internacionales sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad, estableciendo un sistema de capacidad/incapacidad que los anula jurídicamente, sin distinción alguna, con una fórmula jurídica que consagra un modelo de blanco/negro o de todo/nada, es decir, no reconoce el amplio espectro de situaciones en que se pueden encontrar las personas con discapacidad, las que pueden sin duda actuar en la vida del derecho en función de sus particulares capacidades.

En este sentido, Frigerio y Letelier señalan que

esta concepción apunta a entender que demente es aquel que sufre o está afectado por una alteración de su salud mental que compromete su voluntad, entendida como la aptitud de querer algo, lo que implica que en ella se contienen todas o al menos varias de las categorías de problemas psicológicos. Así, comprende tal definición las oligofrenias, las sicosis, neurosis, sicopatías y los que la ciencia médica denomina 'casos oscuros'. Todas ellas constituyen un conjunto enorme de enfermedades mentales, cuyas patologías son muy diferentes, pero que, a nuestro juicio, impropiaamente la ciencia jurídica les da un mismo tratamiento. Lo que de suyo nos parece equivocado. (1992, p. 289)

La normativa no solo no se encuentra a la altura de los avances científicos y de los tiempos que corren, sino que resulta altamente discriminadora con las personas que tienen capacidades diferentes, y a las que los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen una serie de derechos en busca de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y promover el respeto de su dignidad inherente.

En este sentido, el reconocer la posibilidad de participación de las personas con discapacidad en la vida jurídica, sin necesidad de ser representadas por terceros, incide directamente en la dignidad de las personas, de que se les reconozca como sujeto de derecho y libre desarrollo de su personalidad.

El concepto amplio y estigmatizante utilizado por Bello, *demente*, debe dar paso a una terminología inclusiva, donde se refuerce la presunción de capacidad consagrada en el Código Civil, que deje excluidos de la capacidad de ejercer sus derechos solo a quienes no pueden realizar actos o contratos por carecer absoluta y totalmente de voluntad, y que esto sea demostrado científicamente.

En este sentido, la autonomía de la voluntad es la máxima manifestación de la libertad que habilita a un individuo para actuar o no de una manera determinada. El problema sobre reconocer autonomía de la voluntad a sujetos es que la normativa civil, al no permitirles ejercer sus derechos, los excluye del sistema. Así sucede en parte con los niños, niñas y adolescentes, casos en los que la doctrina y la normativa internacional sobre derechos humanos ha realizado importantes esfuerzos para que se reconozca su autonomía progresiva, entendiendo por tal, la posibilidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos y de participar de las decisiones que les conciernan en función de su edad y madurez (artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

En el caso de las personas mayores ocurre una situación inversa a la de los niños, niñas y adolescentes, que a medida que aumentan en edad logran mayor autonomía; en cambio, para las personas mayores, el paso de los años normalmente implica

limitaciones de tipo físicas y un desgaste intelectual que puede restringir o limitar, incluso completamente, su autonomía, por lo que se convierte en una especie de autonomía regresiva. Es lo que ocurre con las personas con alzhéimer o la demencia senil progresiva.

En cuanto a las personas con discapacidad intelectual, pueden tener diversas competencias para participar en la vida jurídica, en lo que podríamos denominar una *autonomía diferenciada*, en la que se reconoce distintos grados de autonomía y la posibilidad de contar con mecanismos de apoyo formales, designados de forma judicial o extrajudicial.

En estos casos el Estado debe reconocer la calidad de sujeto de derecho de las personas aplicando el principio de plena capacidad civil, y dejando espacios diferenciados en que puedan restringirse la celebración de actos o contratos, y de manera muy excepcional, privar de la capacidad civil a una persona.

3.2 Limitaciones y barreras impuestas por la legislación chilena

La legislación civil establece una serie de barreras o limitaciones a las personas con discapacidad intelectual, en algunos casos derivadas de la demencia; en otros, de la declaración de interdicción por esta causa; y en otros, por ambas situaciones. Así, solo a modo de ejemplo, se pueden señalar las siguientes:

- Las personas con discapacidad intelectual no pueden contraer matrimonio.

Nueva Ley de Matrimonio Civil 19947, artículo 5.- No podrán contraer matrimonio:

- 1° Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto;
- 2° Los que se hallaren ligados por un acuerdo de unión civil vigente, a menos que el matrimonio lo celebre con su conviviente civil;
- 3° Los menores de dieciséis años;
- 4° *Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;*
- 5° *Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, y*
- 6° Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas. (Énfasis añadido)

– No pueden repudiar el reconocimiento de paternidad.

Código Civil, artículo 191.-

El hijo que, al tiempo del reconocimiento, fuere mayor de edad, podrá repudiarlo dentro del término de un año, contado desde que lo conoció. Si fuere menor, nadie podrá repudiarlo sino él y dentro de un año, a contar desde que, llegado a la mayor edad, supo del reconocimiento.

El curador del mayor de edad que se encuentre en interdicción por *demencia* o sordomudez necesitará autorización judicial para poder repudiar.

El disipador bajo interdicción no necesitará autorización de su representante legal ni de la justicia para repudiar.

El repudio deberá hacerse por escritura pública, dentro del plazo señalado en el presente artículo. Esta escritura deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

La repudiación privará retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que benefician exclusivamente al hijo o sus descendientes, pero no alterará los derechos ya adquiridos por los padres o terceros, ni afectará a los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripción correspondiente.

Toda repudiación es irrevocable. (Énfasis añadido)

– No pueden ejercer la patria potestad.

Código Civil, artículo 267.-

La patria potestad se suspende por la *demencia* del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee.

En estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda. (Énfasis añadido)

– No pueden ser tutores o curadores.

Código Civil, artículo 497.- Son incapaces de toda tutela o curaduría:

- 1°. Los ciegos;
- 2°. los mudos;
- 3°. los *dementes*, aunque no estén bajo interdicción;
- 4°. los fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores;
- 5°. los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación;

- 6°. los que carecen de domicilio en la República;
 - 7°. los que no saben leer ni escribir;
 - 8°. los de mala conducta notoria;
 - 9° los condenados por delito que merezca pena aflictiva, aunque se les haya indultado de ella;
 10. suprimido;
 11. el que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el artículo 271;
 12. los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo. (Énfasis añadido)
- No pueden adquirir la posesión de bienes.
- Código Civil, artículo 723.-
- Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que compete.
- Los *dementes* y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros. (Énfasis añadido)
- No pueden testar.
- Código Civil, artículo 1005.- No son hábiles para testar
1. Derogado;
 2. El impúber;
 3. El que se hallare bajo interdicción por causa de *demencia*;
 4. El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa;
 5. Todo el que no pudiese expresar su voluntad claramente.
- Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar. (Énfasis añadido)
- No pueden ser testigos de un testamento.
- Código Civil, artículo 1012.- No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en Chile:
1. Derogado;
 2. Los menores de dieciocho años;
 3. Los que se hallaren en interdicción por causa de *demencia*;

4. Todos los que actualmente se hallaren privados de la razón;
 5. Los ciegos;
 6. Los sordos;
 7. Los mudos;
 8. Los condenados a alguna de las penas designadas en el artículo 267, número 7°, y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos;
 9. Los amanuenses del escribano que autorizare el testamento;
 10. Los extranjeros no domiciliados en Chile;
 11. Las personas que no entiendan el idioma del testador; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1024. Dos a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en la comuna o agrupación de comunas en que se otorgue el testamento y uno a lo menos deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurran tres testigos, y dos cuando concurrieren cinco. (Énfasis añadido)
- No pueden continuar el mandato, sea como mandante o mandatario.
- Código Civil, artículo 2163.- El mandato termina:
- 1.º Por el desempeño del negocio para que fue constituido;
 - 2.º Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato;
 - 3.º Por la revocación del mandante;
 - 4.º Por la renuncia del mandatario;
 - 5.º Por la muerte del mandante o del mandatario;
 - 6.º Por tener la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, el mandante o el mandatario;
 - 7.º Por la *interdicción* del uno o del otro;
 - 8.º Derogado.
 - 9.º Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas. (Énfasis añadido)
- No pueden cometer delito o cuasidelito civiles.
- Código Civil, artículo 2319.-
- No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los *dementes*; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior. (Énfasis añadido)

- La interdicción y la demencia ponen término también al contrato de cuenta corriente.

Código de Comercio, artículo 611.-

La cuenta corriente se concluye por el advenimiento de la época fijada por la convención o antes de él por consentimiento de las partes.

Se concluye también por la muerte natural o civil, la interdicción, la *demencia*, la dictación de la resolución de liquidación o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre disposición de sus bienes. (Énfasis añadido)

- La persona declarada en interdicción tampoco puede suscribir un contrato de trabajo, ni siquiera representado por su curador, a menos que se trate de la interdicción del artículo 4, inciso 2, de la Ley 18600, en que dicha posibilidad está expresamente prevista, debiendo suscribirlo personalmente con la autorización del curador.

Ley 18600, artículo 4.-

La constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental, así como la certificación de ésta, se hará de conformidad al procedimiento señalado en el Título II de la ley N° 19.284 y en el reglamento.

Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley N° 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá con conocimiento y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 bis. Se aplicará a la persona discapacitada interdicta lo que prevén los artículos 440 y 453 del Código Civil para la guarda del menor adulto y del disipador, respectivamente. La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudentemente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad. La *persona interdicta* podrá celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador". (Énfasis añadido)

4. CONCLUSIONES

1. Desde la entrada en vigor de los Tratados de Derechos de las Personas con Discapacidad en Chile, se observa una falta de coherencia normativa entre las normas nacionales e internacionales, ya que en la legislación nacional subsiste el modelo médico-rehabilitador, cuya mayor expresión es la interdicción por demencia. En cambio, la normativa internacional se basa en un modelo social con enfoque en derechos humanos, y que busca la plena incorporación de las personas con discapacidad, con igualdad de derechos y sin discriminación arbitraria.
2. Por lo señalado, surge la necesidad de adecuar y flexibilizar conceptualmente la discapacidad, y de eliminar el término *demencia*, reconocer la diversidad de situaciones en que se pueden encontrar las personas con discapacidad, establecer sistemas de apoyo y salvaguardias.
3. El concepto de capacidad civil se encuentra en crisis, especialmente cuando se basa en el término *demencia*, sin distinguir las distintas enfermedades que pueden afectar a las personas, ni mucho menos reconocer sus distintas capacidades.
4. Es sumamente necesario eliminar la interdicción como modelo de “protección” de las personas con discapacidad y reemplazarla por un sistema diferenciado de autonomía diferenciada, que reconozca la diferencia y su personalidad jurídica, y que establezca un sistema de apoyos y salvaguardias.

REFERENCIAS

- Código Civil de Chile. (2000, 16 de mayo). Ministerio de Justicia de la República de Chile.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989, 20 de noviembre). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Corral Talciani, H. (2018). *Curso de Derecho Civil. Parte general*. Thomson Reuters.
- Decreto 99 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. (2002, 20 de junio). Promulga la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=199523&idParte=0&idVersion=>
- Decreto 201 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. (2008, 17 de septiembre). Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=278018&idParte=0&idVersion=>
- Ducci Claro, C. (2009). *Derecho Civil: parte general* (4.ª ed.). Editorial Jurídica.

- Frigerio Castaldi, C. (1989). Incapacidad civil y representación legal del enfermo mental, *Revista Chilena de Derecho*, 16(1), 37-41.
- Frigerio Castaldi, C., & Letelier Aguilar, C. (1992). Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos. *Revista Chilena de Derecho*, 19(1), 285-298.
- Ley 18600 de 1987 [Ministerio de Hacienda]. Establece normas sobre deficientes mentales. 30 de enero de 1987 [Chile]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29991&idVersion=1987-02-19>.
- Ley 20422 del 2010 [Ministerio de Planificación]. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. 3 de febrero del 2010. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010903&idParte=&idVersion=>
- Ley 19947, Nueva Ley de Matrimonio Civil. (2004, 17 de mayo). Ministerio de Justicia de Chile. <https://bcn.cl/2fctd>
- Ruz Lártiga, G. (2011). *Explicaciones de Derecho Civil: Parte general y acto jurídico* (tomo I). Legal Publishing Chile.
- Servicio Nacional de la Discapacidad. (2004). *Primer Estudio Nacional de la discapacidad*. https://www.senadis.gob.cl/pag/136/1196/resultados_endisc_i.
- Servicio Nacional de la Discapacidad. (2017, 17 de abril). *Población con discapacidad cuenta con cifras actualizadas*. https://www.senadis.gob.cl/sala_prensa/d/noticias/6503/poblacion-con-discapacidad-cuenta-con-cifras-actualizadas
- Silva Barroilhet, P. (2014). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual* [Tesis de Magíster, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile.

INFORMACIÓN ADICIONAL

CÓDIGO DE ÉTICA

Lineamientos de conducta ética de la revista *Ius et Praxis* de acuerdo con las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

1. DE LOS AUTORES

Ius et Praxis solicita a los autores seguir las siguientes prácticas:

- La norma de citación que se emplea proviene del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés, por lo que las fuentes utilizadas (ya sea de citas textuales o paráfrasis) deben ser colocadas en la lista final de referencias según las pautas APA.
- Se exige la autenticidad y originalidad de todo artículo ingresado al proceso editorial.
- Cuando la autoría sea múltiple, es responsabilidad del autor principal señalar el orden de los nombres de los autores.
- Todo autor es responsable de la integridad de su texto. En caso de plagio o disputa por derechos de autor, se atribuye la responsabilidad a todos los autores hasta que se demuestre lo contrario.
- Los agradecimientos y reconocimientos atribuidos a los colaboradores de la investigación se deben consignar como nota a pie de página.
- Los autores podrán solicitar información al editor guardando siempre la formalidad y el respeto. No se tolera, bajo ninguna forma, hostilidades ni expresiones denigratorias.

2. DE LOS ARTÍCULOS

Ius et Praxis considera como prácticas reprobables las siguientes:

- El plagio en todos sus sentidos. Ello comprende a la redacción o inclusión de gráficos de propiedad de otro autor o publicado en otro medio. Tampoco se acepta el autoplagio ni la publicación parcial o total de las ideas de otros autores publicados en otros medios sin su debida citación y referencia.
- Multiplicación de envíos. Bajo ninguna forma se podrá postular el mismo artículo en otra revista o publicación de manera simultánea durante el proceso de arbitraje y edición de la publicación.
- Falsificación de datos. La aplicación de procedimientos metodológicos fraudulentos o que falsifiquen las fuentes primarias.
- Tratamiento inadecuado de datos. Se produce cuando los datos o fuentes en los que se basan los resultados no son accesibles y el autor hace un uso inadecuado de ello.
- Vulneración a los derechos de autor. Se emplea cuando no se reconoce como autores del artículo a aquellos que hicieron una contribución intelectual significativa en la calidad del texto.
- Conflictos de interés. Esto es atribuible a los autores que tengan algún interés de tipo económico, profesional o de cualquier otra índole que afecte el tratamiento y neutralidad de los datos y la formulación de los resultados.

3. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES

De presentarse los actos reprobables, el editor se comunicará con el autor y solicitará la aclaración de la información. Si el artículo está en revisión, el proceso se suspenderá hasta la clarificación. Queda a discreción del editor aceptar la aclaración y continuar con su revisión, o denegar y proceder a rechazar el artículo. La decisión del equipo editorial es inapelable.

4. COMPROMISOS DE LOS REVISORES

Los revisores de *Ius et Praxis* deben tener en cuenta lo siguiente:

- Conflicto de interés. Abstenerse de evaluar un artículo si existe algún condicionamiento de tipo económico, profesional o de otra índole que influya en la evaluación.
- Falta de experiencia. Informar al equipo editorial si consideran que no reúnen la suficiente experiencia académica y científica para evaluar el contenido del artículo.

- Neutralidad e imparcialidad. Desistirse de la evaluación si se identifica al autor o alguno de los autores.
- Dedicación. Garantizar el tiempo para llevar a cabo una revisión metódica, rigurosa y justa del artículo considerando que este se encuentra en periodo de embargo y los autores, revisores y editores no pueden difundir los contenidos.
- Colaboración y contribución. Sustentar de manera asertiva y constructiva sus dictámenes. No se admiten expresiones hostiles ni juicios basados en la nacionalidad, la religión, el género y otras características inferidas a partir del artículo.
- Confidencialidad. El proceso de arbitraje es confidencial antes, durante y después del proceso de arbitraje. No difundir ni discutir con otras personas o en contextos públicos el contenido, ni hacer uso del contenido del artículo para fines personales o institucionales.
- Recomendaciones a los autores. Evitar recomendaciones que afecten la neutralidad y confidencialidad del proceso de arbitraje.
- Aspectos éticos. Informar en su dictamen si encuentran irregularidades de índole ética en la investigación: plagio, autoplágio, falseamiento de fuentes, faltas en el tratamiento de datos y omisiones en la protección de datos personales.

5. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES DE LOS REVISORES

Si los revisores no cumplen las responsabilidades establecidas, el editor se comunicará con ellos y solicitará la información necesaria para aclarar el problema.

- Conflicto de interés. Ante un conflicto de intereses, el revisor no podrá participar en la revista y su evaluación será inmediatamente anulada.
- Neutralidad. Si la neutralidad se ve comprometida, el equipo editorial solicitará la aclaración debida.
- Plazos. Si el revisor no puede cumplir con los plazos, debe informar al equipo lo antes posible para poder solicitar una extensión de plazo. Si el revisor no cumple con el plazo ni se comunica con el equipo, este será entendido como no interesado y se procederá a terminar la condición de revisor.
- Comentarios derogativos o prejuiciosos. Los revisores deben evitar cualquier lenguaje sesgado. De lo contrario, el equipo editorial solicitará la aclaración al revisor y, en caso de que no se acepte dicha aclaración, se anulará. El equipo editorial se reserva el derecho de editar partes de la opinión del revisor para mantener el anonimato y la neutralidad.

6. COMPROMISO DEL EQUIPO EDITORIAL Y LOS EDITORES ADJUNTOS

Ius et Praxis se compromete a llevar a cabo las siguientes prácticas:

- Evaluación previa. La evaluación previa es realizada por el equipo editorial de *Ius et Praxis* sobre la base de las normas de publicación sin discriminación alguna por motivos de religión, género, raza o cualquier otro.
- Selección de revisores. Los revisores son elegidos por su experiencia y grado académico para garantizar la debida revisión del artículo en cuestión para la posterior publicación de un artículo de calidad.
- Confidencialidad. La información contenida en los artículos es materia de confidencialidad y no se permite difusión alguna en el proceso de edición.
- Acceso abierto. Esta revista proporciona su contenido en acceso abierto, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.
- Derechos de autor. *Ius et Praxis* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0.
- Preservación. El Fondo Editorial de la Universidad de Lima periódicamente realiza copias de seguridad de los contenidos de la revista. También se encuentra publicada en la misma página web de la revista.

REFERENCIAS

Contratexto. (s. f.). *Ética editorial*. Universidad de Lima. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/contratexto/eted>

Kleinert, S., & Wager, E. (2011). Responsible research publication: international standards for editors. A position statement developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. En T. Mayer & N. Steneck (Eds.), *Promoting Research Integrity in a Global Environment* (pp. 317-328). Imperial College Press; World Scientific Publishing. https://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011%20%281%29.pdf

POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis es la revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Tiene una periodicidad semestral y se dirige a toda la comunidad académica interesada en difundir y formar parte de la investigación jurídica, manteniendo un rol activo en los cambios y transformaciones que ocurren dentro y fuera del ámbito del derecho, siempre bajo una óptica que permite el intercambio de ideas y el fomento del diálogo.

Buscamos brindar información de calidad y relevante para la coyuntura, la cual es de acceso ilimitado y gratuito a toda la comunidad.

NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, tiene por objetivo la difusión de artículos para promover la cultura jurídica a través de la reflexión, el análisis y la investigación.

Los interesados en publicar en *Ius et Praxis* deberán enviar sus artículos en formato Word a la plataforma según las pautas establecidas en este medio. Asimismo, para más información, comunicarse al teléfono 437-6767 o escribir al siguiente correo: informes@iusetpraxis.ulima.edu.pe.

Los autores cuyos trabajos no cumplan con dichas características serán informados sobre la decisión y no serán sometidos a la siguiente fase de evaluación.

La revista agradece a los autores que la redacción de los artículos que deseen publicar tome en cuenta las siguientes normas:

1. La revista recibe artículos originales, inéditos y no enviados para su publicación en ningún otro medio. Ellos son objeto de revisión bajo un sistema de arbitraje a doble ciego, mediante evaluadores externos a los editores de la revista, profesionales en la materia del artículo, quienes tienen la facultad de aprobar, rechazar o sugerir una modificación dentro del artículo para su posterior publicación.

2. El tema de los artículos es de libre elección del autor, y la revista se reserva el derecho de publicar aquellos que considere de mayor interés. Sin perjuicio de ello, la revista puede dedicar algunos de sus números a temas específicos.
3. Los artículos pueden ser científicos, técnicos, de opinión o comentario, y deben ser enviados a través de la página web de la revista. Para ello, el autor debe crearse un usuario y enviar su artículo.

Debe incluir un resumen del *curriculum vitae* del autor en no más de cinco líneas, en que se indique teléfono, correo electrónico, identificador ORCID y dirección postal.

El autor cede y transfiere en forma exclusiva, mediante declaración jurada dirigida a la Dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en *Ius et Praxis*, tanto en forma física como virtual, en el país y en el extranjero.

4. El autor es responsable exclusivo del contenido, la autoría y la originalidad de su artículo.
5. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés.
6. Respecto al formato del artículo, las páginas deben estar numeradas y ser como mínimo 10 y como máximo 20, escritas en letra tipo Times New Roman, tamaño 12, a espacio de 1,5 de interlineado, con márgenes de 3 centímetros.

El artículo debe contener un resumen con un máximo de 12 líneas y a lo sumo 7 palabras clave. Asimismo, el título del artículo no debe exceder de 12 palabras. El texto puede incluir diagramas, ilustraciones, figuras, tablas y recuadros únicamente en blanco y negro, y en un número no mayor de cinco.

7. En caso de desistimiento respecto a la publicación, deberá comunicarlo a la brevedad posible al correo señalado anteriormente. El plazo máximo para esta comunicación es de no más de dos semanas desde su confirmación.
8. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), incluyendo lo siguiente:
 - Título (en español e inglés) y autor con su respectiva filiación académica
 - Resumen o *abstract* (en español e inglés)
 - Palabras clave o *keywords* (en español e inglés)
 - Introducción
 - Materiales y métodos

- Resultados
- Discusión
- Conclusiones
- Referencias bibliográficas

9. Características:

En la primera página se incluye lo siguiente:

- Título en español y en inglés en negrita, en tipo de fuente Times New Roman de 12 puntos.
 - Nombre del autor o los autores. Se coloca debajo de él la filiación institucional y se incluye en una nota al pie de página información sobre la filiación institucional, la ciudad, el país, la profesión y el grado académico.
 - Resumen o *abstract*. Es un texto breve en español e inglés que incluye las ideas centrales. Comprende de 150 a 250 palabras.
 - Palabras clave o *keywords*. El artículo debe incluir un máximo de 7 palabras clave.
 - Cuerpo. El artículo debe contar con un mínimo de 7000 palabras. Puede haber excepciones cuya motivación ha de ser autorizada previamente por el editor. Los párrafos no inician con sangría.
10. Publicada la revista, cada autor recibirá mediante correo electrónico la versión PDF de su artículo contemplado en la edición, la versión PDF de toda la publicación y el enlace de acceso en línea.
11. Los autores deberán considerar las siguientes pautas para la elaboración de sus artículos:
- La mención de una obra o referencia se hará en la forma (autor, fecha), es decir, colocando entre paréntesis el autor y el año de la publicación en el mismo texto. Ejemplo: (Fernández, 2009).
 - Las citas textuales de menos de cuarenta palabras deben escribirse entre comillas e indicar al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: "El índice delincencial en Lima ascendió a 13 % en el año 2015" (Villar, 2016, p. 18).
 - Las citas textuales de más de cuarenta palabras deben escribirse en párrafo aparte, sin comillas, con sangría y el tamaño de letra debe disminuirse en un punto. Ejemplo:

La adaptación partidaria depende no exclusivamente de incentivos económicos, sino también de incentivos electorales. A ese respecto, el factor que sobreviene más importante lo constituye la locación de la amenaza electoral. En efecto, los partidos de base populista enfrentan desafíos potenciales en dos frentes. Para algunos, la principal amenaza electoral proviene de competidores de centro o de centro derecha que se abren camino entre el electorado de clase media. Estos partidos populistas enfrentan el riesgo de “guetización” electoral, esto es, ser confinados a sus declinantes bases trabajadoras y de clase baja. (Burgess y Levitsky, 2003, pp. 885-886)

Para mayor información podrá consultarse el manual de APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.

12. Las notas para algún comentario o alcance que fueran necesarias se ubicarán al pie de la página del texto. Cabe precisar que se debe evitar su uso para colocar datos bibliográficos.
13. La reseña bibliográfica debe corresponder a las citas del texto y estar ordenada en forma alfabética, sin numeración. Para mayor información se sugiere revisar el manual de APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.



UNIVERSIDAD
DE LIMA

ARTÍCULOS

La conciliación extrajudicial
pospandémica en el Perú

Anticresis: una alternativa
jurídico-sociológica al problema
del acceso al crédito en el Perú

El *bullying* tras la pandemia
originada por el COVID-19
en el Perú

Delimitación del control judicial,
convencional y político ante la
vulneración de derechos
humanos en los estados de
emergencia

La contratación electrónica
internacional tras el COVID-19:
una mirada crítica desde Cuba

GANADORES DEL CONCURSO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN SOBRE BIOÉTICA Y DERECHO 2021

El derecho a la vida en tiempos
del COVID-19

Inteligencia espiritual frente a la
eutanasia y su atentado contra la
sacralidad de la vida

El mundo de los desiguales

MISCELÁNEA

La autonomía de la declaración
de parte como medio de prueba:
una lectura desde la regulación
procesal colombiana

La improcedencia de cuestionar
el laudo por vicios de fondo en
Colombia

Regular o no regular: el caso
de Airbnb en Perú

La crisis del concepto de
capacidad en la legislación
chilena: la protección
internacional y autonomía
de las personas con discapacidad
intelectual